



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



KAREN MARIA SILVA LIMA

**OS DEVERES PESSOAIS NA UNIÃO ESTÁVEL E O PARADOXO DA LIBERDADE
FAMILIAR**

Recife

2021

KAREN MARIA SILVA LIMA

**OS DEVERES PESSOAIS NA UNIÃO ESTÁVEL E O PARADOXO DA LIBERDADE
FAMILIAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Transformações do Direito Privado.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal.

Recife

2021

.Catalogação de Publicação na Fonte. UFPE - Biblioteca Central

Lima, Karen Maria Silva.

Os deveres pessoais da união estável e o paradoxo da liberdade familiar / Karen Maria Silva Lima. - Recife, 2021. 139f.: il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Orientação: Larissa Maria de Moraes Leal.

Inclui referências.

1. Deveres pessoais da união estável; 2. Dever de lealdade; 3. Relações familiares; 4. Princípio da liberdade familiar; 5. Boa-fé objetiva. I. Leal, Larissa Maria de Moraes. II. Título.

UFPE-Biblioteca Central

KAREN MARIA SILVA LIMA

**OS DEVERES PESSOAIS NA UNIÃO ESTÁVEL E O PARADOXO DA LIBERDADE
FAMILIAR**

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

Área de concentração: Transformações do Direito Privado.

Linha de pesquisa: Transformações das Relações Jurídicas Privadas.

Aprovado em: 29/09/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

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

Prof. Dr. Dante Ponte de Brito (Examinador Externo)
Universidade Federal do Piauí (UFPI)

Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Aos meus pais, avós, irmãos e sobrinhos, com meu carinho e reconhecimento de que com quem mais aprendi sobre família foi com vocês.

AGRADECIMENTOS

Sempre aprendemos que os agradecimentos são opcionais à abertura de um trabalho, mas percebi que tanto é fundamental aproveitarmos cada oportunidade para reconhecermos as dádivas que temos por meio de pessoas, quanto é impossível não serem dedicadas algumas palavras aos que concluíram direta ou indiretamente este trabalho comigo.

Talvez, a maior das credoras destas singelas páginas, irrefutavelmente, é a minha orientadora, a Professora Larissa Leal, para além dos aprendizados perceptíveis, que não por acaso carrega a lealdade em seu nome e a consubstancia diariamente, sempre despertando encorajamento e persistência, em prol de uma formação acadêmica crítica e sensível. À Larissa devo a minha formação com o sentimento de que experimentei o seu abraço materno desde a graduação, com quem tanto aprendi a ouvir e a beleza em dialogar com as opiniões divergentes, com a importância de se posicionar, sobretudo quando ainda formos minoria. As gratas orientações transcendem este trabalho, as quais guardo com especial carinho e sólita saudade.

Encantar-se pelo Direito Civil tendo formação na Casa de Tobias, *alma mater*, não é algo difícil. Mas, certamente, esse extenso mérito ao tão admirado corpo docente que bem sabe dividir a sua paixão. Gratidão pelos grandes mestres com que convivi durante esses anos, pelos calorosos debates, pela escuta, pelas lições extraídas e por serem tão admiráveis. Especial gratidão aos tão queridos professores, Roberto Paulino de Albuquerque, Venceslau Tavares da Costa Filho, Torquato de Castro Jr., e Fabíola de Albuquerque Lôbo, todos com tanta simplicidade e generosidade em transmitir seus valiosos ensinamentos.

Ainda, devo minha gratidão ao tanto de Direito que aprendi com as contribuições dos professores que tive a oportunidade de dialogar durante o mestrado.

Para alguém que busca com frequência o sentido das coisas, deleitei-me nessa aventura que é a vida acadêmica e acabei me deixando descobrir no próprio caminho algumas pessoas que justificavam eu precisar passar por tudo isso agora: Raul César de Albuquerque, com especial carinho pelas infinitas trocas e xícaras de café que nos acompanharam desde a graduação; Luiz Cláudio Freire, por dividir a paixão pelo Direito de Família e tanto inspirar com sua dedicação e organização; e Hugo Leonardo de Oliveira Novaes, pela genialidade e habitual incentivo a nos socorrermos das bases filosóficas em diálogo com a dogmática. Não poderia haver melhores companhias para o crescimento, que com as nossas reuniões de divergências, pensando juntos sempre conseguimos ir muito além.

E minha sorte nesse caminhar não se esgota, tendo compartilhado aprendizados com tantos colegas aos quais sou muito grata pelas inestimáveis contribuições por meio das suas opiniões, sugestões, disponibilização de materiais e de tempo.

Além disso, é esperado que todos que se propõem a escrever sobre família saibam a importância que esta tem na construção do ser, no conforto que é ter com quem, efetivamente, dividir a vida. Tive as minhas primeiras lições do que vem a ser família com a minha própria família, muito antes de pensar em estudá-la juridicamente. A família que tenho excede e muito aquele mínimo comum, sendo a maior riqueza que eu tenho na vida.

Agradeço, especialmente, aos meus pais, Elizabete e Walker, a quem eu devo o grande incentivo ao estudo; às minhas avós Maria Dirce, pelos tantos auxílios nessa jornada, e Maria de Lourdes, pela certa intercessão lá de cima; aos meus irmãos, Luana, Marcela e Walker Filho, pelo amor fraterno e inspiração mútua que nos une; e aos meus sobrinhos, Letícia, Nicole e Pedro, por serem minhas grandes alegrias diárias, que da maneira mais pura me ensinam a permanecer simples e humilde na vida.

Devo agradecer, ainda, pelas minhas amigas que fiz na graduação e que desde então me incentivaram a insistir na formação acadêmica: Bruna Hannouche, Manuella Ferraz, Manuella Santana, Rebeca Cavalcante e Renata Dutra. Ainda como presentes da Faculdade de Direito do Recife - UFPE, na minha primeira experiência de monitoria com Direito Civil, também fiz grandes amigas, Letícia Fonseca e Marcela Magalhães, a quem tenho enorme gratidão pela amizade.

Nesse último ano, em especial, superamos toda sorte de acontecimentos, que, inevitavelmente, refletiram nessa produção. A tornaram, de fato, mais especial, como companhia e reflexão de que, assim como o Direito, hoje, se demonstra tão fugaz, tem sido a vida. Com o tempo que me for dado aqui, tenho a certeza de que quero compartilhá-la com Armando Maranhão, Alexandre Biselli, Anderson Lucena, Isabel de Carvalho, Priscila Albuquerque e Ylissa Moraes, grandes amigos a quem devo a minha especial gratidão por fazerem a vida ter sentido *extrapáginas*, me dando tanto auxílio nessa e em tantas outras jornadas.

Por fim, e, definitivamente, não menos importante, é justo agradecer a Shirley Campelo, minha querida psicóloga, com quem colecionei horas de compartilhamento das dores e delícias contidas neste trabalho e que, especialmente, me auxiliou e encorajou a atravessar esse último ano tão difícil, que nos impôs tantos distanciamentos.

RESUMO

O presente estudo tem o propósito de analisar os deveres pessoais, de lealdade, respeito, consideração e assistência moral inerentes à união estável, por meio de uma pesquisa lógico-dedutiva. Situa-os no contexto histórico brasileiro, analisando a importância dos deveres à convivência, à própria união estável e ao interesse familiar. Considerando a problemática da insegurança jurídica na família contemporânea e a omissão legislativa quanto ao descumprimento desses deveres, analisa a exigibilidade jurídica em eventual descumprimento e demonstra algumas das consequências jurídicas verificadas pela falta de previsibilidade legal. A pesquisa também confronta a disposição legal dos deveres de ordem pessoal com a liberdade familiar, expressão da autonomia privada no direito de família, analisando os parâmetros de limitação e intervenção mínima do Estado nas relações particulares. O estudo propõe a autodisciplina desses deveres e analisa a viabilidade da contratualização dos deveres da união estável. Sugere, em todos os contornos, a interpretação dos deveres pessoais da união estável com a boa-fé objetiva, como expressão da sua função corretora de condutas, em tutela à confiança, propondo parâmetros minimamente objetivos para a completude desses conceitos indeterminados. Realça a necessidade da leitura do direito de família com base na segurança jurídica, apresentando alguns perigos revelados nos fenômenos que lhe são contemporâneos, como a judicialização do direito de família, ativismo judicial e a superutilização de princípios no âmbito familiar, compreendido enquanto espaço de desenvolvimento dos seus membros.

Palavras-chave: deveres pessoais da união estável; dever de lealdade; relações familiares; princípio da liberdade familiar; boa-fé objetiva.

ABSTRACT

The present thesis aims to analyze legal personal duties to Brazilian steady union: loyalty, respect, mutual consideration, and moral assistance, through a deductive approach to research. The study inserts the legal context of the Brazilian steady union recognition, showing the importance of these duties to the necessary conviviality of the relationship and being one of the family interests. It analyses the legal enforcement in any non-compliance with the personal duties and also indicates some of the legal implications due to the lack of predictability of the steady union in the Brazilian legislation. All of it under the consideration of legal uncertainty issues in the contemporary family and legislative omissions in Family Law. This study also confronts the legal provision of those duties with the principle of freedom in Family law, in which promotes autonomy of will to the family, analyzing parameters that limit and advocate minimal state intervention in family relationships. The research proposes a self-discipline of these duties and analyzes the feasibility of negotiating existential duties in Brazilian steady union through family contracts. It suggests, in all aspects, an interpretation of these duties of steady union with objective good faith, as an expression of its corrective function of conduct, in protection of trust, while also proposes minimally objective parameters to fill these indeterminate concepts. It highlights the need to study Family law based on legal certainty, showing potential damage that may appear from contemporary trends, such as the high judicialization of Family law, judicial activism and overused principles in family issues, when it is worth remembering that family has a special role on the development of its members.

Keywords: steady union's personal duties; duty of loyalty; family relationships; principle of freedom in family; objective good faith.

RIASSUNTO

La ricerca ha lo scopo di analizzare i doveri personali inerenti all'unione di fatto e previsti dal codice civile brasiliano di lealtà, rispetto, considerazione e assistenza morale tra i conviventi di fatto da una ricerca logico-deduttiva.. Presenta il contesto del riconoscimento dell'unione di fatto e dei suoi doveri nel diritto di famiglia in Brasile. Analizza l'importanza di questi doveri alla convivenza, all'unione di fatto e all'interesse familiare. Visto che la legge non prevede le conseguenze dell'inosservanza dei doveri personali tra i conviventi di fatto, ci rivela una fonte di insicurezza giuridica e se lo Stato può obbligare la conformità oppure costringere i conviventi di fatto ad agire secondo la legge. La tesi di master evidenzia anche alcune delle conseguenze giuridiche verificate dalla mancanza di previsione nella normativa sulla materia studiata e confronta la previsione normativa dei doveri personali con il principio di libertà nella famiglia, come una espressione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia. La ricerca suggerisce imporre parametri di limitazione e di intervento minimo dello Stato nella vita privata. Intende ancora proporre l'autodisciplina di questi doveri e analizzare se sia possibile a i conviventi di fatto negoziare su questi doveri essenziali in un contratto. La propone, sotto ogni aspetto, l'interpretazione dei doveri personali dell'unione di fatto con specifico riferimento al principio di buona fede, in su senso oggettivo, come una regola di condotta da tenersi nei rapporti giuridici, tutelando la fiducia e anche suggerire parametri oggettivi di interpretazione, partendo dall'assenza di concetti determinati. Evidenzia l'importanza della sicurezza giuridica per il Diritto di famiglia e mostra alcuni fenomeni pericolosi che si osservano, come l'eccessiva giudizializzazione delle questioni familiari, l'attivismo giudiziario l'uso esagerato dei principi in materia di famiglia, mentre la famiglia ha un ruolo speciale nello sviluppo dei suoi membri.

Parole chiave: doveri personali dell'unione di fatto; dovere di lealtà; rapporti familiari; principio di libertà nella famiglia; buona fede oggettiva.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A UNIÃO ESTÁVEL NO CONTEXTO ATUAL	16
2.1 HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	18
2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL	28
2.3 DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL	39
2.4 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	45
3 DOS DIREITOS E DEVERES PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL.....	51
3.1 ESCORÇO HISTÓRICO DOS DIREITOS E DEVERES PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	54
3.2 DOS TIPIFICADOS DEVERES PESSOAIS ENTRE OS COMPANHEIROS: LEALDADE, RESPEITO, CONSIDERAÇÃO E ASSISTÊNCIA MORAL.....	57
3.3 A OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO AO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PESSOAIS DOS COMPANHEIROS E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	62
3.4 O DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PESSOAIS E PROBLEMÁTICA DA EXIGIBILIDADE JURÍDICA	73
4 A IMPOSIÇÃO LEGAL DE DEVERES DE ORDEM PESSOAL E A LIBERDADE FAMILIAR.....	87
4.1 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA	87
4.2 RELAÇÕES FAMILIARES E EXPECTATIVAS PARTICULARES.....	92
4.3 LIBERDADE FAMILIAR E A INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO: DO EXERCÍCIO E DOS EFEITOS JURÍDICOS	95
4.4 CONTRATUALIZAÇÃO DOS DEVERES PESSOAIS: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE AUTORREGRAMENTO ENQUANTO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	98

4.5 A TUTELA DA CONFIANÇA NA ANÁLISE DOS DEVERES PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA BOA-FÉ OBJETIVA?	105
4.5.1 Legítima confiança e <i>venire contra factum proprium</i>	110
4.5.2 Deveres pessoais geram expectativas legítimas?	116
4.6 REFLEXÕES SOBRE A SUPERUTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: DA BANALIZAÇÃO À (IN)SEGURANÇA NO DIREITO DE FAMÍLIA	118
5 CONCLUSÕES.....	124
REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

Tendo a legislação brasileira atribuído expressos deveres *pessoais* à união estável, elencando-os no artigo 1.724 do Código Civil, e no artigo 2º da Lei nº 9.278/1996, tem-se que são *devidos reciprocamente* lealdade, respeito, consideração e assistência moral. O texto legal ainda atribui *deveres patrimoniais* oriundos do vínculo parental, pelas relações *verticais* de família – guarda, sustento e educação dos filhos. Todavia, com nuances bem diversas e que ensejam uma análise específica e apartada, é necessário o recorte para analisar somente os deveres *pessoais* recíprocos, devidos *entre* os próprios companheiros.

A partir dos objetos de pesquisa definidos, a proposta deste trabalho é apresentar uma pesquisa lógico-dedutiva, que revele os entendimentos predominantes da doutrina e do direito jurisprudencial brasileiro quanto ao descumprimento dos deveres pessoais da união estável, com a devida confrontação entre os resultados obtidos com a análise da tutela da confiança, a liberdade familiar e o que se tem por essencial à relação familiar.

É proposta uma análise desses dispositivos à luz do princípio da *liberdade familiar*, que, por sua vez, não implica à família um *salvo-conduto* irrestrito às faculdades individuais. Centrando-se a problemática na análise das imposições legais com evidente conteúdo *moral*, somado à ausência de maiores estudos quanto às consequências do *descumprimento* desses deveres, faz-se necessário debruçar nesse cenário em que a união estável se insere. Ao passo que o Estado expressa o prestígio da *família* enquanto *base da sociedade* e protege no texto constitucional o reconhecimento da união estável enquanto entidade familiar, as definições do *instituto familiar* revestem-se de indiscutível relevância.

Conferindo essas *normas de conduta*, sem, contanto, delinear os seus contornos, o imperativo estatal esbarra nas mais variadas consequências custosas ao Direito e que, inevitavelmente, têm conduzido o cenário do Direito de Família contemporâneo a uma conjuntura preocupante.

Sem jamais desmerecer os esforços, é preciso reconhecer que os mecanismos de reação da doutrina e da jurisprudência na tentativa de *remediar* as omissões legislativas, ou de *reconduzir* sua interpretação ao que entendem por “adequação às demandas sociais”, têm recaído tanto na *falta de coerência sistemática*, quanto em insubsistências jurídicas que propiciam *insegurança jurídica* no espaço familiar, vez que não tão raro os objetos do intérprete são conceitos *vagos e subjetivos*.

A análise inserida nas linhas vindouras se insere no seguinte contexto: de um lado, temos uma *imposição estatal* de deveres em indiscutível *intervenção na relação privada*, e de outro,

a própria noção de família guarda um objeto que é peculiar à efetividade de sua essência: a *liberdade familiar*.

Resta estabelecer, no entanto, parâmetros interpretativos às diretrizes dos *deveres pessoais*, que encontram na boa-fé o seu *teor de conduta*, mas que por essa mesma boa-fé, devem encontrar os seus *contornos interpretativos*.

Compreendendo-se ainda que esse imperativo de boa-fé é essencial à *convivência*, convivência esta que, por sua vez, é imprescindível à união estável, sendo indissociável dos seus *elementos de constituição*, centra-se a presente pesquisa.

Por um lado, sob a justificativa do seu conceito indeterminado de boa-fé, o Estado adentra na relação privada por meio da disposição de *deveres de ordem pessoal*, que não deixam de ser mecanismos de controle. Por outro, há a necessidade de reconhecer reside na própria dinâmica *familiar* uma necessidade de considerar e dispor sobre as suas questões *existenciais*, não podendo o Estado se ausentar de todo também desta discussão, eis que na família centram-se também interesses *transindividuais*, sob os quais, para o Estado conferir a tutela que se compromete constitucionalmente, *deve* intervir.

Eis o *paradoxo*.

As análises debruçadas neste trabalho são tecidas em três seções: a) A união estável no contexto atual; b) Dos direitos e deveres pessoais da união estável; c) Da imposição legal de deveres de ordem pessoal e a liberdade familiar.

Na seção intitulada “A união estável no contexto atual”, inserimos a contextualização histórica da união estável, cuidando de uma necessária análise introdutória do seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Após, delineamos os elementos constitutivos da união, estabelecendo parâmetros de identificação ao reconhecimento da união estável em consequência à concreção do seu suporte fático, passo imprescindível para distinguir os planos da *existência* e da *eficácia*, de modo a evitar a confusão dos termos e insistir na coerência sistemática. Ainda, nesta seção, abordamos a classificação jurídica da entidade familiar pela análise do *fato jurídico* e, por fim, de maneira não exaustiva, apresentamos os principais princípios que direcionam o Direito de Família e suas funcionalidades no contexto hodierno de família.

Reserva-se a seção denominada “Dos direitos e deveres pessoais da união estável” a um estudo mais específico dos *efeitos* da união estável, sobretudo desses deveres pessoais. Há um esforço em conceituá-los, ante a subjetividade que estes carregam e os limites que encontram em si mesmos, dialogando – mas não se confundindo – com os deveres matrimoniais. Destacamos as consequências à família das omissões legislativas, trazendo as reações

constatadas pela doutrina e jurisprudência à legislação de conteúdo aberto da norma (ou, no mais crítico caso apontado, à ausência desta). Ainda, nesta seção, trazemos a perspectiva da análise à luz da boa-fé objetiva enquanto *justificador* de exigibilidade jurídica na interpretação de sua função corretora de condutas.

Feitas essas delimitações, tratamos na seção nomeada “Da imposição legal de deveres de ordem pessoal e a liberdade familiar”, as problemáticas colecionadas ao longo do trabalho em contraposição à liberdade familiar, adentrando-se na análise esmiuçada sob o prisma da boa-fé objetiva no Direito de Família. Propomo-nos a dialogar, em alternativa à verificada autodisciplina dos deveres pessoais, com a viabilidade de *contratualização* na relação de família. Não se pretende limitar a liberdade, mas detectar parâmetros mínimos ao *exercício* da liberdade familiar no que tange à negociação dos seus aspectos pessoais, mormente os deveres inerentes às relações convivenciais.

Por fim, na última seção, após chegarmos à constatação de que a nada se pode conferir liberdade *irrestrita*, tratamos da necessidade de delinear *freios* à boa-fé (que, por sua vez, apresentou-se também como *freio interpretativo* dos deveres – além de lhes conferir o conteúdo), reunidos nas críticas à *superutilização* dos princípios.

A experiência das tendências de prestigiar as mudanças no Direito de Família nos impõe um diálogo equilibrado e sensato, que longe de trazer *soluções* a todos os problemas jurídicos verificados, urge a consciência de que pela *importância* social da família – revelada nos atributos que, porventura, contemplam a sua *essência* –, não se pode aventurar nas *novidades* sem a percepção de que a *coerência lógica* e sistemática é necessária ao ordenamento jurídico.

Ante tantas questões complexas e toda sorte de consequências jurídicas no espaço que há de mais sensível ao ser humano, arriscaríamos que reside no *diálogo responsável* das diferentes perspectivas e fontes do Direito a destreza de nos atravessar ao melhor cenário.

2 A UNIÃO ESTÁVEL NO CONTEXTO ATUAL

“O direito não é nunca uma nuvem que flutua sobre uma paisagem histórica. É ele mesmo paisagem, ou, se preferirmos, seu componente fundamental e tipificador”

Paolo Grossi, *in* Primeira lição sobre direito.

A partir do conhecimento crítico das fontes é que se respalda o método do estudo histórico realizado ao longo deste trabalho, quanto ao reconhecimento da união estável no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, as cautelas do estudo histórico merecem ser abordadas com uma advertência, de modo a trazer certas ponderações que conduzam a reflexão histórica a uma perspectiva honesta e, por conseguinte, atinja o seu verdadeiro escopo¹.

Dito isso, intenta-se ao longo do recorte histórico, ater-se ao estudo de transformações sociais observadas por meio do estudo de diferentes fontes, posto que, inevitavelmente, as regras jurídicas refletem características dos momentos de vigência. Isso não se confunde com a observação dessas transformações enquanto uniformes, tampouco abruptas, visto que ainda que quando, diametralmente opostas às configurações sociais anteriores, as mudanças para serem marcantes como traços característicos de uma coletividade, ocorrem de maneira gradativa.

Nesse contexto, ao passo em que se propõe um estudo crítico das fontes, jamais poder-se-ia reduzir ao estudo tão somente da lei, muito embora seja uma pertinente fonte e que não se pode desconsiderada a expressiva relação do texto legal com um reflexo social temporal/social. Com efeito, a norma jurídica não é um dado, mas uma constituição que parte do texto, mas só tem sentido ater-se ao seu estudo quando este consegue refletir a prática social, de modo que para isso, as informações históricas merecem ser extraídas de fontes diversas.

Sendo assim, na busca das fontes históricas e também no estudo legal, é importante ter em mente, antes de tudo, que o próprio processo de produção normativa não se finda no momento da feitura da lei, visto que possui um caráter dinâmico, ao passo que continua a existir com a interpretação e a aplicação desta.²

¹ A comparação temporal/espacial permite a “compreensão do presente, percepção do sentido da linha na qual o presente se coloca e da qual constitui somente um ponto e capacidade de encaminhar a construção do futuro”. GROSSI, Paolo, 1933. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca - Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

² Nesse mesmo sentido, Paolo Grossi pontua: “O texto não é uma realidade auto-suficiente, mas sim incompleta e não acabada, que atingirá completude e plenitude graças à sua interpretação; a qual não se resolve somente numa

De outro giro, a própria noção de justiça exige que o Direito seja sempre dinâmico, de modo que se adapte a novas realidades sociais, sem precisar ser hermético e também sem abdicar da consciência histórica para a sua compreensão. Tampouco pode se esquivar da norma em sentido amplo, visto que consubstancia a ordem social. Em outras palavras, a lei representa reflexo social já que a sua própria construção se dá nesse sentido, ao passo que o texto positivado intenta conferir segurança, que, por sua vez, não pode ser elemento alheio e separado da noção de justiça.

Nesse viés, cumpre enfatizar que as transformações históricas estudadas neste trabalho partem de uma verdadeira retórica material, consubstanciadas em um conjunto de relatos vencedores que acabam por consolidar a realidade histórica tal qual se conhece. No entanto, a fim de evitar quaisquer equívocos interpretativos, a abordagem aqui realizada não tem por escopo trazer uma visão evolucionista do Direito.

Pelo contrário, impende registrar crítica a essa ideia de “evolucionismo” tão presente em algumas abordagens. Não convém pensar que a sociedade tal qual se observa, atualmente, está em configurações melhores ou progressivas, tão somente por ter rompido com alguns conceitos anteriores. É imprescindível ter em mente que cada configuração social consiste em escolhas, costumes e técnicas mais apropriadas para cada época, refletindo o pensamento predominante do momento.

Sobre o tema, o Professor Luciano Oliveira, precisamente, adverte:

O problema é que o jurista-autor – semelhantemente ao personagem de Molière que fazia prosa sem o saber – adota um viés evolucionista sem consciência do que está fazendo. Um evolucionismo, aliás, que em tudo se assemelha ao cumprimento de um simples ritual, pelo fato de essas incursões históricas não serem o fruto de uma pesquisa original, mas, via de regra, uma compilação de informações e autores os mais diversos e variados – muitas vezes colocados lado a lado sem um fio que os costure – , hauridos mais uma vez em manuais ou livros de divulgação, e não em literatura especializada e específica.³

Dito isso, impende reforçar que não compete a esta pesquisadora adjetivar certos aspectos dos tempos/espacos observados com a visão de quem vive um contexto completamente diverso. Não seria sequer justo, frise-se. Com efeito, os elementos históricos aqui abordados

operação cognoscitiva, mas é compreensão, no sentido de intermediação entre a mensagem do texto, alheio à história pela imobilização da escritura, e a atualidade do intérprete com o seu patrimônio de convicções adequadas à sua contemporaneidade”, *ibidem*, p. 98.

³ OLIVEIRA, Luciano. **Não Fale do Código de Hamurabi! - a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito.** In: OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 11-12.

abstêm-se de qualquer juízo de valor, reduzindo-se apenas à compreensão do presente tal qual se encontra e servindo de base para a construção de um futuro.

Sendo notório que o estudo histórico demanda certo refino na análise e depende de uma série de contextualizações, o intuito de trazer alguns elementos históricos ao longo desta pesquisa é para colaborar com a didática e a fluidez do texto. Evidentemente, com o fito de evitar qualquer má interpretação do instituto, deve-se conhecer a sua história, ampliando o ponto de vista e o alcance da análise sobre determinado objeto de estudo.

Devemos tomar essas cautelas, sobretudo para não iniciarmos os estudos com uma visão temporal/espacial descontextualizada ou que parte de um universalismo a-histórico, em que as noções se descolam tanto do contexto histórico que registram noções, universalmente falhas, que valeriam como explicações para qualquer problema, evidenciando equívocos na própria interpretação sobre o instituto e do Direito de Família.

Feitas tais observações introdutórias, cabe pontuar as principais transformações observadas quanto ao reconhecimento da união estável no ordenamento jurídico brasileiro, em uma perspectiva que nos servirá para prosseguir de maneira consciente a análise da atual configuração do instituto, permitindo a melhor compreensão das problemáticas suscitadas nas páginas seguintes.

2.1 HISTÓRICO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os vínculos interpessoais são objetos de interesse e de estudo para a compreensão da formação das sociedades, sendo as peculiaridades de tais relações fatores determinantes para a própria caracterização das diferentes organizações sociais. Dada a importância, é certo que a disciplina das relações familiares e, sobretudo, as conjugais, sempre foi de especial interesse tanto da religião quanto do Estado, de forma separada ou concomitantemente, nas mais diversas civilizações.

Regulamentar a união estável é algo que exige do legislador certo equilíbrio ao conferir uma proteção jurídica sem, todavia, retirar a liberdade inerente ao próprio instituto, ao passo que essa configuração familiar, conforme se aprofundará mais adiante, é exatamente marcada pela desnecessidade de formalidades. Em contrapartida, a regulamentação do instituto deriva-se de uma necessidade histórica em proteger, juridicamente, essas relações, tendo provocado grande interesse dos juristas para a regulamentação dos seus efeitos.

Durante muito tempo, a união estável careceu de reconhecimento jurídico no direito brasileiro. Cumpre frisar, contudo, que as relações informais que preenchessem os requisitos, atualmente estabelecidos pelo nosso código vigente enquanto constitutivos da união estável, já existiam, socialmente, há muito tempo, mas não obtinham, entretanto, o reconhecimento jurídico, tampouco o *status* de família no ordenamento jurídico.

Em outras palavras, por ser o que, hoje, chamamos de “união estável” uma forma natural de convivência, socialmente, esta mesma configuração já existia, carecendo apenas do reconhecimento jurídico do relacionamento.⁴

Vê-se que uniões informais sempre existiram no Brasil, embora apenas o casamento fosse, juridicamente, o único caminho para a formação da família legítima. A par dos setores onde a união informal era mais recorrente, na medida em que alguns casamentos caíam em sua qualidade e os casais se separavam de fato e convolvavam novas uniões, foi surgindo a necessidade de sua regulamentação jurídica.⁵

Por mais paradoxal que se demonstre a regulamentação de um instituto, essencialmente, informal como é o caso da união estável, essa se deu no ordenamento jurídico brasileiro como um grande marco para o Direito de Família, recebendo a especial proteção do Estado por força de norma constitucional⁶.

Importa destacar, porém, que para que o direito brasileiro consagrasse o reconhecimento da união estável em sua dimensão atual, a Constituinte de 1988 refletiu as demandas protetivas que acompanharam o pensamento social já bem diverso do até então positivado, que já evidenciava um lapso de pouco mais de setenta anos do até então código civilista em vigência, de 1916. Ou seja, um extenso caminho transformador foi percorrido, culminando em uma série de alterações e inovações nos textos legislativos.

É imperioso traçarmos a linha histórica, pois a análise da construção de um direito brasileiro, não com o sentido de existência de leis propriamente ditas, mas de estruturação comum em que as práticas locais se tornassem direitos⁷, deu-se ainda no Brasil colônia.

⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 43-53.

⁵ DE MENEZES, Joyceane Bezzerra. **A dimensão constitucional da união estável – e o direito sucessório?** (p. 113-128). **Nomos**. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. v. 25. Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, v.25, p. 116.

⁶ Art. 226 da Constituição Federal: “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.”

⁷ António Manuel Hespanha ressalta a necessidade de tal distinção para tal constatação, visto que a construção do direito por vezes é confundida com a produção normativa. *In: Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro*, p. 1.

É certo que o sistema jurídico colonial⁸ era carregado de uma herança cultural portuguesa e, por assim dizer, europeia. As Ordenações Filipinas, que consistiam em uma compilação jurídica, inicialmente elaborada durante o período da União Ibérica e que permaneceu vigente em Portugal ao final da União, foram as principais normas que vigoraram em matéria civil no Brasil ao longo do período colonial. Mesmo após a sua independência, e em que pese a Constituição Outorgada de 1824 trazer em seu texto o comando de organização de um código civil próprio o quanto antes⁹, este só se efetivou em 1916, o que resultou na revogação das Ordenações Filipinas no Brasil.

No quarto livro das Ordenações Filipinas, ao dispor sobre a meação do marido e mulher, o texto normativo original sugeria a possibilidade da ideia de um casamento presumido¹⁰, muito embora fosse considerada uma disposição morta, sobretudo após o Concílio de Trento¹¹. Essa

⁸ Sobre a formação do sistema jurídico como um todo, Hespanha, oportunamente, salienta: “O direito comum, quer o secular, quer o eclesiástico, eram quase exclusivamente de origem doutrinal; e, por isso, estavam cheios de controvérsias, de argumentos de sentido diferente, desembocando em soluções contraditórias. Pode dizer-se que o tecido do direito não era feito de regras, mas antes de problemas; para a resolução dos quais os juristas dispunham de fontes contraditórias, logo nos textos de direito romano, e de argumentos de sentidos contrários. A abordagem do caso concreto era, por isso, feita de uma forma tentativa, confrontando o caso com vários argumentos (ou figuras de direito) possíveis, cada um dos quais justificaria uma solução diversa.” *In ibidem*, p. 2.

⁹ Temos na Constituição Política do Império do Brasil, em seu artigo 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”

¹⁰ Estabeleciam as Ordenações Filipinas, no quarto livro, título XLVI (como marido e mulher são meeiros em seus bens): “[...] Outrossim, serão meeiros, provando que estiveram em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em publica voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo Direito, baste que para presumir Matrimonio antre elles, posto se se não provem as palavras de presente”. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹¹ Merecendo a ressalva de que essas disposições do Concílio Tridentino não foram efetivadas no Brasil. Nesse sentido, conferir: COUTINHO SILVA, Luisa Stella de Oliveira. Nem teúdas, nem manteúdas: História das Mulheres e Direito na capitania da Paraíba (Brasil, 1661–1822) *Global Perspectives on Legal History* 15, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History 2020. IX. Com o mesmo respaldo, sustenta o Professor Venceslau Tavares Costa Filho, já tendo se posicionado que “era suficiente que um homem e uma mulher, por determinado tempo, convivessem como se fossem casados, independentemente de uma cerimônia civil ou religiosa, para se reputassem submetidos ao regime do casamento. As Ordenações Filipinas (Livro IV, Título XLVI), antiga legislação portuguesa que permaneceu vigendo no Brasil mesmo após a ruptura política em relação a antiga Metrópole, também reconheciam o casamento de fato como espécie de matrimônio apto a gerar efeitos jurídicos”. *In*: Assimetria da sucessão em relação à união estável e casamento (parte 1). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-10/direito-civil-atual-assimetria-sucessao-relacao-uniao-estavel-casamento-parte>. Acesso em: 01 mar. 2021. De toda forma, na edição das Ordenações Filipinas consultada, comentada por Candido Mendes de Almeida (1818-1881), é possível depreender que após o Concílio de Trento havia sentido o reconhecimento pela Igreja do casamento de fato: “Presumir matrimonio entre elles: Por esta disposição o casamento presumido tinha todos os efeitos civis; mas era uma disposição morta, e que nunca vigorou entre nós, e nem podia vigorar depois da reforma do Concílio Tridentino; maxime sabendo-se que o casamento clandestino não os tinha, e aliás em melhores condições que este presumido casamento, que era um verdadeiro concubinato.”. *In*: Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. ecima-quarta edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, adicionada

influência das Ordenações Filipinas, por sua vez, advinha das Manuelinas, que traziam igual disposição no segundo livro, título XLVII¹².

Ainda no período colonial, marcaram o direito brasileiro as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, datadas de 1707. O contexto de colonização da época, aliado ao interesse da Coroa portuguesa na exploração das terras colonizadas demandava uma organização das regras eclesiásticas e das condutas sociais na colônia, de modo a propiciar uma catequização facilitada.¹³

Nesse panorama, as Constituições Primeiras repreendiam e criminalizavam as relações informais entre homem e mulher, conforme se percebe pela própria indicação do título destinado às disposições sobre o concubinato, reservado a tratar “dos leigos amancebados, e como se procederá *contra* elles”, que, prontamente, assim conceituava:

O concubinato, ou amancebamento consiste em uma ilícita conversação do homem com mulher continuada por tempo considerável. Conforme a direito, e Sagrado Concilio Tridentino, aos Prelados pertence conhecer dos leigos amancebados, quanto á correcção, e emenda sómente para os tirar do peccado, e em ordem a este podem proceder contra elles com admoestações, e penas, até com efeito se emendarem.¹⁴

A correção e emenda a que se aludiam era a da efetivação do casamento, ou pelo aparto da ilícita conversação, fazendo cessar o “escândalo”. Também cuidaram de dispor, expressamente, o amancebamento dos escravos, considerado usual e com “necessidade de

com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o presente. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870. Quarto Livro das Ordenações, p. 834. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹² Ainda que sem maiores compreensões do português arcaico, é perceptível que o texto é de igual teor. Vide: Collecção da Legislação antiga e moderna do Reino de Portugal. Parte I. Da Legislação Antiga. Ordenaçoes do Senhor Rey D. Manuel. Livro II. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade, 1797, p. 238. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹³ O S. Arcebispo da Bahia, ao introduzir e remeter o texto para a aprovação do Dom Sebastião Monteiro da Vide, imprimiu os motivos que justificavam a formulação do compilado eclesiástico naquele momento, adequando-se aos interesses canônicos: “E considerando Nós, que as ditas Constituições de Lisboa se não podião em muitas cousas accommodar a esta tão diversa Região, resultando dahi alguns abusos no culto Divino, administração da Justiça, vida, e costumes de nossos subditos: e querendo satisfazer ao nosso Pastoral officio, e com opportunos remedios evitar tão grandes damnos, fizemos, e ordenamos novas Constituições, e Regimento do nosso Auditorio, e dos Officiaes de nossa Justiça, por ser mui necessário para boa expedição dos negocios, e decisão das causas, que nelle se houverem de tratar, conferindo-as com pessoas doudas em sciencia, e versadas na pratica do foro, e governo Ecclesiastico” (p.21). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222291>. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹⁴ Livro V, Título XXII das Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Illustrissimo, e Reverendissimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide: propostas, e aceitas em o Synodo Diocesano, que o dito Senhor celebrou em 12 de junho do anno de 1707. S. Paulo: Na Typ. 2 de dezembro de Antonio Louzada Antunes. Data de publicação: 1853 P. 338. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222291>. Acesso em: 15 jan. 2021.

pronto remédio”, estimulando aos seus senhores que os fizessem apartar do ilícito trato ou por meio de casamento¹⁵, denotando as fortes influências canônicas, em que o casamento havia sido elevado à dignidade de sacramento, acompanhando as ideias contidas nas decisões emanadas pelo Concílio de Trento.

Havia distinção quanto ao procedimento a ser seguido contra as mulheres casadas, ou solteiras reputadas por donzelas em amancebamento, que diferentemente dos leigos amancebados, não previam penas tão severas em montantes pecuniários, prisão degredo ou excomunhão, mas somente de admoestação. Além disso, a mulher viúva ou solteira donzela que estivesse em concubinato e que contraísse o matrimônio, estaria isenta de qualquer punição.

O que se denota é que o contexto em que as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia foram redigidas demonstra total influência das decisões advindas do Concílio de Trento, ao passo que centraliza o casamento enquanto sacramento e o meio cristão legítimo de se dominar os corpos. Percebe-se, ainda, que das consideradas uniões então ilícitas, o texto das Constituições também já trazia a presença de alguns elementos caracterizadores dos relacionamentos publicidade e continuidade, porquanto divergiam os *concubinos/amancebados dos fornicários vagos*¹⁶.

Essas Constituições vigoraram até o final do século XIX, até suas disposições serem substituídas pelas decisões do Concílio Plenário da América Latina, convocado em 1899. Cumpre rememorar que essas normas que marcam o sistema jurídico colonial brasileiro vigoraram mesmo após a Proclamação da Independência do País, em 1822. A Constituição imperial de 1824, em termos de família, apenas estabelecia disposições para a família imperial e a sua dotação, bem como a sucessão do Império.

No campo infraconstitucional, por sua vez, várias normas já estavam obsoletas, já vinha acumulando esforços para a sistematização e formulação de um código civil desde o Brasil- Império, a exemplo dos esboços de Teixeira de Freitas, que vieram a inspirar o diploma civil posteriormente.

¹⁵ Nesse ponto, merece destaque que o casamento é expressamente considerado “o mais conforme á Lei de Deos, e lh’o não podem impedir seus senhores, sem muito grave encargo de suas almas”, denotando-se que o matrimônio era bastante estimulado à época. O Título LXXI “Matrimônio dos Escravos” das Constituições Primeiras disciplinava o tema, intentando garantir que o senhor não impedisse nem negasse tal direito aos escravos, a exemplo da proibição da venda isolada de um dos cônjuges.

¹⁶ No mesmo título que as Constituições reservaram ao concubinato, ao final, dispuseram sobre a fornicção ocasional: “E sendo algumas pessoas leigas, homens, ou mulheres convencidas de incontinentes, e fornicarias vagas, serão por nosso Provisor, e Visitadores reprehendidas, e advertidas paternalmente, e não se emendando, serão admoestadas por termos, sem pena pecuniária, para que perseverando em seu peccado, se proceda contra ellas como for justiça.” *Ibidem*, p. 342.

Sobressaindo-se já no âmbito republicano, o contexto do final do século XIX insculpia uma divergência significativa no tratamento entre os gêneros. O Código Penal de 1890 reservou um capítulo para dispor sobre as penas de adultério ou infidelidade conjugal, diferenciando os transgressores pelo seu gênero, visto que para caracterizar o adultério praticado pela mulher, bastava o “desvio da fidelidade conjugal”¹⁷, enquanto para o homem incorrer nas mesmas penas, deveria ter concubina teuda e manteuda¹⁸.

A Constituição promulgada em 1891, por sua vez, preceituava, rigorosamente, que a República só reconhecia o casamento civil, determinando a gratuidade da sua celebração, conforme estampava o seu art. 72, § 4º. Um processo de secularização¹⁹ se demonstrava cada vez mais evidente nos textos normativos²⁰ e também na doutrina:

O Estado a seu turno não tem o direito de impôr que os contrahentes se casem segundo as prescrições da religião que professão. A observancia dos deveres religiosos deve ser deixada á liberdade de consciencia. A coacção sob qualquer fórma, nesse assumpto, disvirtua o acto aos olhos da moral e da própria religião, e dá lugar á scenas de ignominiosa hypocrisia. [...] O Estado não pode, não tem o direito de forçar a consciencia do individuo para aceitar antes uma religião do que outra. Não póde, pois, privar do direito de fundar família legitima aos que não professão a religião preferida.²¹

O primeiro *códex* civil brasileiro trouxe em seu texto o Direito de Família logo no seu primeiro livro da parte especial, o que por si só já demonstra a precípua distinção e relevância dada na época às questões familiares. Para o legislador de 1916, a união informal de homem e

¹⁷ A diferença de tratamento à infidelidade do marido ou da esposa era nítida ao analisar o artigo 279 do Código Penal de 1890, no qual à mulher casada não necessitava a manutenção da relação adúlterina, bastando cometer um adultério pontual para incorrer nas penas previstas, *ipsis litteris*: “Artigo 279: A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos.

§ 1º Em igual pena incorrerá:

1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda;”

¹⁸ Assim chamavam, em português arcaico, concubina “tida e mantida”, em uma referência ao sustento financeiro da mulher por parte do homem.

¹⁹ Sobre o processo de secularização no Brasil em excelente aprofundamento, consultar CARNEIRO FILHO, Humberto João. **Entre leis e cânones**: a marcha da secularização do casamento no Brasil (1822- 1916). Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, 2018.

²⁰ Tem-se, por exemplo, a culminância do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, que dispunha sobre o casamento civil.

²¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Editores Virgilio Maia & Comp, 1918, p. 32. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496212>. Acesso em: 15 jan. 2021.

mulher, ante a ausência das solenidades do casamento, por sua vez, denominava-se *concubinato*. Era, por assim dizer, subproduto da monogamia.²²

A monogamia se apresenta como princípio adequado e funcional a justificar o tratamento que o sistema jurídico pátrio deu ao concubinato. Revela-se como legitimador por excelência da marginalização da outra família, que se constitui como resíduo do sistema da família matrimonializada, fundada no casamento-aliança, tão adequado ao modelo do individualismo proprietário. O princípio da monogamia cumpriu e, ainda, cumpre papel neutralizador do concubinato, para que este não se convertesse em fator disfuncional do sistema centrado na propriedade, que tem na família matrimonializada um dos pilares de sua sustentabilidade e segurança.²³

Destaque-se que a codificação de 1916 só conferia a legitimidade da família matrimonializada, conforme é possível extrair da leitura do seu artigo 229²⁴, pelo qual legitimava também os filhos provenientes do casamento.²⁵

Da promulgação do Código de 1916, um processo de construção da família não matrimonializada passou a ser vivenciado na doutrina, ao passo que a expressão “concubinato” passou a ser utilizada em dois contextos, diferenciando-se em concubinato *puro* e *impuro*. Tais denominações distinguiam os relacionamentos afetivos de maneira que na primeira, tratava-se da união entre homem e mulher, sem nenhuma restrição impeditiva ao casamento, e sem a solenidade deste. Já no concubinato impuro, um dos concubinos – ou ambos – era impedido legalmente de casar-se e de criar esse vínculo jurídico.

Há de se ressaltar que, visando a caracterização do concubinato *puro*, porém, foram importados alguns requisitos que já se assimilavam e eram fundamentais para a caracterização de família à época. O jurista Marcos Alves da Silva²⁶ percebe que, para se aferir o critério da

²² Marcos Alves da Silva anota categoricamente: “O concubinato é por excelência o principal subproduto da monogamia”, ao assimilar as reflexões de Engels no clássico “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”. *In: Conjugalidade sem casamento. A genealogia do concubinato no Brasil: demarcações para superação de um lugar de não-direito*, p. 2-3. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a322852ce0df73e2>. Acesso em: 21 dez. 2020.

²³ *Ibidem*, p. 10.

²⁴ Art. 229 do Código Civil de 1916: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”.

²⁵ Art. 353 do Código Civil de 1916: “A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho.”

²⁶ Para sustentar a presença do requisito da fidelidade nas relações concubinárias puras, ele traz oportunamente as definições destas por Luiz Pinto Ferreira: “a união estável e prolongada de homem com mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo pelos laços do casamento, revestindo-se, porém, tal união, necessariamente, de algum requisito, como a notoriedade, fidelidade da mulher e continuidade de relacionamento sexual.” e de Antônio Chaves: “união fiel, com dedicação recíproca e colaboração da mulher no sustento do lar, na sua função natural de administração e de provedora, não como mera fonte de disposição e de despesas.” com semelhantes posicionamentos quanto à presença da fidelidade para a determinação da “pureza” concubinária. *In: FERREIRA,*

pureza ou não da relação concubinária, além dos impedimentos para o casamento, era necessário debruçar-se fundamentalmente na verificação da fidelidade da mulher.²⁷

Pontes de Miranda, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, anotava a complicada posição da relação concubinária no âmbito do Direito Privado nacional. Rechaçada, por motivos morais, sua colocação entre os institutos de Direito de Família, ficou relegada ao direito das obrigações, com direito a uma série de peripécias jurídicas para explicar, por exemplo, as relações paterno-filiais surgidas do concubinato:

O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessam pelo fato de existir, socialmente, o concubinato. Assim, serve êle de base à reivindicação dos bens comuns doados ou transferidos pelo marido à concubina (Código Civil, arts. 248, 1.177); à ação de investigação da paternidade, nos casos do art. 363, I; etc.²⁸

Observa-se que o concubinato sequer era visto como instituição de Direito de Família, não tendo o condão de legitimar a paternidade nem a maternidade. O escólio de Pontes nos permite concluir, ainda, que apesar de o Direito não tutelar a relação concubinária, este jamais conseguiu ignorar o fato de ele existir socialmente.

Em 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380²⁹, consolidando o posicionamento jurisprudencial de admissão da existência de sociedade proveniente do concubinato. Ainda que de maneira tímida, o pronunciamento representou um regulamento daquele instituto, consagrando a importância e os efeitos de uma situação fática na partilha patrimonial. Conforme se percebe, aos poucos, o concubinato foi passando por uma transição, procurando “dignificar-se” com a aferição de sua “pureza”, aproximando-se das disposições do casamento para, a partir dele, harmonizar-se ao que se compreendia por família legítima.

A Lei nº 6.215, de 1975, ao alterar a Lei nº 6.015 de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, trouxe a possibilidade, ainda que excepcional, de requerimento de averbação do patronímico do companheiro no registro de nascimento da mulher solteira, desquitada ou viúva

Luiz Pinto. **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 113 e CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil: direito de família**. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 12 *apud* DA SILVA, Marcos Alves. *Op. cit.*, p. 27-28.

²⁷ DA SILVA, Marcos Alves. *Op. cit.*, p. 26.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito de Família, vol. I: Direito matrimonial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 95.

²⁹ Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

que *vivesse* com homem também solteiro, desquitado ou viúvo.³⁰ Esse pedido, por seu turno, passa pela apreciação do juiz, que somente pode processá-lo se, além da vida em comum, houverem decorrido, no mínimo, cinco anos *ou* se existirem filhos da união.³¹

Apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, é que o termo *união estável* foi assim inserido no contexto jurídico brasileiro. Isso porque a Lei Maior, em seu art. 226, §3º, confere o expresse reconhecimento da união estável como entidade familiar, além de garantir a proteção especial do Estado.

De outro giro, cumpre enfatizar que já havia a proteção da família enquanto instituição social³², expressamente, em todos os textos constitucionais brasileiros desde a Constituição de 1934³³, não havendo, no entanto, a menção expressa da união estável como uma modalidade familiar.

Com efeito, o texto constitucional alterou, substancialmente, a estrutura do Direito de Família e do ordenamento civilista. Isso derivou da necessidade de adequação ao pensamento já mais aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sobretudo no que concerne aos filhos dessas uniões até então não reconhecidas enquanto famílias, os quais carregavam consigo uma rotulação retida à circunstância dos pais, considerados ilegítimos, adulterinos, incestuosos. Impor que a família só devesse ser constituída, legitimamente, pelo casamento, já era algo

³⁰ “Art. 57. §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. (Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975).”

³¹ O §3º do art. 57 da Lei nº 6.015 de 1973 assim estabelece: “3º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união. (Redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975)” Merece ser pontuado que caso desquitado o companheiro, o pedido só terá curso se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado aos apelidos do marido. “§ 4º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia. (Redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975).”

³² Pontes de Miranda, ao analisar o intuito ético-político do legislador constituinte de 1946 enfatiza que este não pretendia defender a família somente enquanto *instituição jurídica*, mas sobretudo enquanto *instituição social*. In: **Tratado de Direito de Família, vol. I: Direito matrimonial**, 1947. p. 53-54.

³³ Art. 144 da Constituição Federal de 1934: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”.
 Art 124 da Constituição Federal de 1937: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. As famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.”
 Art 163 da Constituição Federal de 1946: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”
 Art 167 da Constituição Federal de 1967: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”

totalmente descabido diante dos anseios sociais e das gradativas transições do pensamento geral em relação ao tema.

Em que pese a proteção constitucional, somente em 1994 é que foi editada a primeira dentre as normas que geraram direitos em decorrência da união estável: a lei nº 8.971. No texto do artigo 1º do referido diploma, é possível consubstanciar a proteção jurídica conferida em virtude da união estável, reconhecendo o direito à percepção de alimentos aos companheiros.³⁴

Em 1996, foi sancionada a Lei nº 9.278/1996, que surge com o escopo de regulamentar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. A própria definição atual da união estável emerge desse diploma, a qual foi, basicamente, reproduzida no Código Civil. Ao longo dos seus dispositivos, é possível observar a proteção de direitos patrimoniais dos companheiros (art. 5º), bem como o de real habitação na dissolução da união estável por morte do outro convivente (art. 7º).

Separada por um lapso de pouco mais de oitenta anos do Código Civil de 1916, é, finalmente, sancionada a Lei nº 10.406: o código civilista de 2002. É certo que o próprio código civilista até então vigente destoava, completamente, o seu conteúdo das alterações e garantias mais recentes, sobretudo no âmbito do Direito de Família. O anteprojeto original do Código Civil atual é de 1972 – elaborado um pouco antes da promulgação da Constituição Cidadã –, acabando por denotar o quão dispendioso é todo o processo legislativo de um código civil, tendo em vista a sua promulgação cerca de 30 anos depois.

O Código Civil de 2002, por sua vez, destina o Título III do Livro IV, exclusivamente, para a união estável. Nele, é consagrada a definição já reproduzida na Constituição Federal de 1988, além de ter estabelecido os critérios estruturais da união estável, bem como seus efeitos, com um nítido propósito de distingui-la do relacionamento concubinário impuro, conforme se verifica a redação do art. 1.727 do código³⁵.

O Livro IV do Código Civil dispõe sobre o Direito de Família, no qual se subdivide em Título I (do direito pessoal), sendo este último fragmentado em dois subtítulos: do casamento e das relações de parentesco. Já o Título II (do direito patrimonial), engloba quatro subtítulos: do

³⁴ “Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”.

³⁵ “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

regime de bens entre os cônjuges, do usufruto e a administração dos bens de filhos menores, dos alimentos e do bem de família.

Merece destaque, sobretudo, é que o legislador, ao sistematizar o novo código, não classificou a união estável de maneira a não se enquadrar nem enquanto direito pessoal, nem patrimonial. Ou seja, é como se a união estável não carregasse consigo um status de direito pessoal, quando, efetivamente, o é, tendo em vista que ela ganha um título próprio (III). Por sua vez, ao referir-se ao concubinato (*impuro* ou *adulterino*, pela sua essência histórica), definiu-o enquanto relações não eventuais entre pessoas impedidas de se casarem, conforme se verificou no teor do art. 1.727 do Código.

Após suscitar algumas alterações no direito brasileiro, há de se ressaltar que o mais recente Código de Processo Civil (2015) trouxe em alguns dos seus artigos uma equivalência procedimental entre o matrimônio e a união estável³⁶, diferentemente da legislação processual anterior (1973) que – muito embora em sua interpretação doutrinária e jurisprudencial já caminhasse para esse entendimento – expressamente sequer considerava a união estável como entidade familiar, dado o contexto histórico aqui esboçado.

É possível admitir, portanto, que um longo caminho foi percorrido tanto para que os direitos dos conviventes fossem, de fato, reconhecidos, quanto para que a união estável adquirisse espaço e proteção enquanto entidade familiar. De outro lado, seria verdadeira inocência acreditar que houve uma completa ruptura com as suas bases, findadas sob o estigma do concubinato, como se pode perceber. Outrossim, o lapso de omissão legislativa, juntamente aos próprios remendos legislativos e jurisprudenciais ao longo dos anos, em uma tentativa de regulamentar a união estável, acabou por evidenciá-la enquanto um instituto tanto complexo, quanto maleável.

2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Por ser oriunda de uma situação fática, o reconhecimento da união estável é de difícil caracterização, visto que a informalidade ressalta enquanto característica natural. Há possibilidade de formalização por meio da escrituração pública, de caráter meramente declaratório, sem que haja o condão, contudo, de mascarar uma situação fática. Serve, tão

³⁶ Cite-se, como exemplo os seguintes dispositivos: art. 23, III; art. 53, I; art. 73, §3º, art. 189, II; art. 319, II; art. 693, art. 732 e art. 733.

somente, como elemento probatório, mas que deve ser sempre observado em conjunto com as demais peculiaridades do caso concreto.

Os elementos constitutivos da união estável foram estabelecidos no Código Civil em seu art. 1.723³⁷, os quais devem subsistir, concomitantemente, para que haja o reconhecimento jurídico da relação familiar. Embora as disposições objetivas inseridas no diploma civil, indispensáveis para o preenchimento do suporte fático e da posterior existência da união estável enquanto um fato juridicamente relevante, trata-se de elementos ainda dotados de grande carga de subjetividade para a sua aferição, principalmente quando se verifica sob a perspectiva do tratamento familiar entre os próprios companheiros³⁸.

De início, cumpre enfatizar que muito embora a redação do caput do referido dispositivo, e também do texto constitucional,³⁹ mencionem, expressamente, tratar-se da união entre homem e mulher, a distinção de sexo foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2011⁴⁰, o que por conseguinte, ensejou o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em se admitindo que a distinção entre os sexos é inconstitucional, e isso não se discute mais, a questão que se coloca é que após a decisão de inconstitucionalidade de efeito vinculante, apaga-se de vez sua eficácia no ordenamento jurídico.⁴¹ Ainda que se posicione a união homoafetiva como uma entidade familiar à parte⁴², dada a sua importância histórica – o que

³⁷ 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.

³⁸ Nesse mesmo sentido, é o que se extrai da leitura da ementa do REsp 1.678.437/RJ, rel. ministra Nancy Andrighi, 3ª turma, julgado em 21/8/18, DJe 24/8/18: “[...] Embora a identificação do momento preciso em que se configura a união estável, deve se examinar a presença cumulativa dos requisitos de convivência pública (união não oculta da sociedade), de continuidade (ausência de interrupções), de durabilidade e a presença do objetivo de estabelecer família, nas perspectivas subjetiva (tratamento familiar entre os próprios companheiros) e objetiva (reconhecimento social acerca da existência do ente familiar).”

³⁹ Tem-se no texto da Constituição Federal, em seu art. 226, § 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.”

⁴⁰ A ADI 4277/2011, que *a priori* foi protocolizado na Suprema Corte Federal como ADPF 78, intentava a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com a conseguinte extensão dos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis para as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Também merece destaque a ADPF 132, na qual pugnou a aplicação do mesmo regime jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil também às uniões homoafetivas, reconhecendo-se a dissonância com o artigo 3º, inciso IV, do texto constitucional, que veda, dentre outras formas, a discriminação em virtude de sexo.

⁴¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 60.

⁴² Nessa esteira, é o entendimento do professor Paulo Lôbo: “A união homoafetiva é entidade familiar quando preencher os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiver escopo de constituição de família. [...]”

demanda uma especial análise pelo que representa em termos de uma constante luta à homofobia no Brasil –, nos moldes atuais, não há distinção quanto ao regramento dos companheiros do mesmo sexo com os companheiros de sexo diverso, surpreendendo, portanto, essa necessidade de distinguir-se enquanto nova entidade familiar.⁴³

É provável que as complexidades familiares não estejam sempre sincronizadas com a sistematização jurídica, posto que – literalmente – há dinâmica na sociedade e por mais que o direito tente, os ritmos são inevitavelmente distintos. Entretanto, é preciso enfatizar os contrastes que os neologismos⁴⁴ carregam sutilmente, pois distraem a atenção de bons juristas as grandes novidades, enquanto velhos problemas persistem sem soluções – e pioram na ausência de interesse doutrinário. Ou, tomando empréstimo da metáfora já utilizada pelo professor Otávio Luiz em contexto similar, não deixam de ser “vinhos velhos servidos em taças novas”⁴⁵.

A denominação “união homoafetiva” terminou por prevalecer, no Brasil, em virtude de ressaltar a união afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo, o que transcenderia o propósito meramente sexual”. [...] A ausência de lei que regulamente essa união não é impedimento para sua existência, porque as normas do art. 226 são autoaplicáveis, independentemente de regulamentação. A união homoafetiva é constitucionalmente protegida enquanto tal, com sua natureza própria. As regras da união estável são-lhe aplicáveis, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução), em virtude de ser a entidade familiar com maior aproximação de estrutura, nomeadamente quanto às relações pessoais, de lealdade, respeito e assistência, alimentos, filhos, adoção, regime de bens e impedimentos.”
In: Direito civil: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 86.

⁴³ Dedicou-se José Fernando Simão a elucidar essa tendência: “É curioso como em direito de família atualmente vive um jogo de palavras em que se pretende mudar a natureza das coisas por meio de eufemismos. É verdade que no mundo politicamente correto as palavras têm mais importância que as ações. [...] Causa espanto, por exemplo, a tentativa de substituição do termo concubinato por famílias simultâneas ou paralelas, como se o primeiro fosse necessariamente um xingamento. E mais, levando a crer que estes novos conceitos colocariam em xeque a monogamia – uma temerária confusão.” *In: Doutrina nem jurisprudência reconhecem prestação de alimentos a amantes*. Artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Publicação em 24.05.2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1215/Doutrina+nem+jurisprud%C3%Aancia+reconhecem+prestacao%20de+alimentos+a+amantes>. Acesso em: 01 fev. 2021.

⁴⁴ A crítica contextualizada se destina ao voto na ADPF 132, o ministro Ayres Britto, com naturalidade inova com a menção de um novo conceito: a “união estável heteroafetiva”: “Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da *união estável heteroafetiva*.”.

⁴⁵ Com inspiração nas obras de Reinhard Zimmermann, questiona antigas doutrinas e teorias apresentadas como novidades pela jurisprudência em suas interpretações (The New German Law of Obligations Historical and Comparative Perspectives. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 1-38, item 10 *apud* RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 147-148).

Nada obstante, o que se conclui, pela decisão do Supremo Tribunal Federal, é que sendo um par, o comando legal deve ser interpretado sem a distinção de sexo para que se reconheça a constituição da união estável, em consonância com a Carta Magna, pela *ratio decidendi* desenvolvida⁴⁶. Cumpre frisar que no campo legislativo, não houve alteração. Nem no conceito de união estável englobou a união entre pessoas do mesmo sexo, tampouco houve regramento em instituto próprio.

Ainda no resguardo normativo, mas em âmbito administrativo, porém, foi editada a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, com o fito de dar eficácia às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Tal resolução veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Cumpre frisar, por sua vez, que todo o sistema se adequa ao entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, visto que não há alteração substancial em nenhum direito, efeito ou dever por isso. Pelo contrário. Representa uma consolidação necessária, urgente e significativa a uma sociedade que se diz igualitária – muito embora não substitua a legislativa, pela qual ainda se aguarda uma reforma no mesmo sentido.

Não se pode chegar à mesma conclusão com as chamadas *uniões paralelas*⁴⁷. Isso porque o nosso sistema não recepciona as famílias simultâneas de forma tão natural⁴⁸. Não que o fenômeno não exista socialmente, o que, aliás, não intenta esse trabalho adentrar-se nessa complexa discussão, mas porque o ordenamento é estruturado de maneira binária: para dois. É certo que não enseja em qualquer diferença a distinção de sexo, mas a quantidade altera,

⁴⁶ Destacam-se os trechos da ementa: “O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil.” (ADPF 132, Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05.05.2011, Publicação em 14.10.2011).

⁴⁷ Para um maior aprofundamento sobre o tema, recomenda-se a seguinte obra: BRASILEIRO, Luciana. **Famílias simultâneas e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁴⁸ Nesse sentido, foi aprovada a tese de repercussão geral do STF, que discutia a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte, no julgamento do RE 1.045.273, em 11.12.2020: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”.

substancialmente, a forma sob a qual se estruturaram as normas correlatas, visto que a monogamia foi a viga mestra da construção do sistema tal qual se encontra⁴⁹.

Para que se configure a união estável, necessária se faz também a convivência *more uxorio*⁵⁰ dos companheiros, por meio da cumulação dos requisitos da publicidade, continuidade e durabilidade, além da presença do objetivo de constituição de família. Por publicidade, implica dizer o *modus vivendi*, a notoriedade social, ou o conhecimento da relação no âmbito social. Não se confunde, contudo, com a exposição da intimidade dos conviventes, posto que inviolável por comando constitucional⁵¹.

Essa publicidade se consubstancia, portanto, no comportamento exteriorizado enquanto casal, podendo ser evidenciada, por exemplo, na visibilidade do companheirismo, do esforço comum, da participação na vida e projetos um do outro. Compreende-se, portanto, no conhecimento social da relação, visto que “a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, pelos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem”⁵².

No tocante à durabilidade enquanto elemento constitutivo da união estável, por não mais estipular parâmetro temporal⁵³, é o mais difícil dos critérios, sendo imprescindível a análise do caso particular. O que deve prevalecer, contudo, é a existência de uma relação sólida, em que

⁴⁹ Regina Beatriz Tavares assim compreende: “Por ser, efetivamente, a viga mestra do casamento e da união estável, sem o princípio estruturante da monogamia seria arruinado todo o sistema logicamente construído para a proteção da família, núcleo essencial da sociedade” (p. 574). *In: Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável*. Em: Família e pessoa: uma questão de princípios. coord. SILVA, Regina Beatriz Tavares de ; BASSET, Ursula Cristina. São Paulo: YK Editora, 2018, (p 570-617), p. 574. Em que pese se tratar de um longo debate a questão da imprescindibilidade da monogamia para a constituição de família, principalmente quando se questiona a amplitude das liberdades individuais e a redução da intervenção estatal, é inconteste que a sistematização do ordenamento jurídico brasileiro foi desenvolvida sob um viés monogâmico.

⁵⁰ Compreende-se a expressão enquanto a convivência como se casados fossem, do latim: *more* (latim vulgar moro, -are, de moror, morari, demorar-se, habitar, tardar, cativar) *uxorio* (uxor, -oris, esposa + -io), conforme **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**, 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/more> e <https://dicionario.priberam.org/ux%C3%B3rio>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁵¹ O art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 estabelece que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁵² AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 398.

⁵³ A Lei 8.971/1994 impôs a convivência superior a cinco anos – o que foi parcialmente revogado pela Lei 9.278/1996, que passou a exigir a convivência duradoura e contínua com o objetivo de constituir família, independentemente de tempo determinado, sendo a redação basicamente reproduzida em sua íntegra no Código Civil de 2002.

se verifica um decurso de tempo significativo que justifique a construção dessa solidez, juntamente com a presença dos demais requisitos da união estável. Não importa, portanto, exatamente, o lapso, mas que este se demonstre apto à construção de uma relação estabilizada, firme e consolidada, visto que “o tempo do Direito nem sempre é o do relógio. O tempo do Direito é antes o tempo existencial, das relações humanas e da participação”.⁵⁴

Os critérios devem levar em conta, portanto, lapsos temporais razoáveis a consolidar relações convivenciais, visto que “a falta do requisito temporal no Código Civil para a definição de estabilidade da união estável, não autoriza o seu reconhecimento, e todos os seus efeitos jurídicos, sem a comprovação da estabilidade dessa relação que se adquire pelo tempo”⁵⁵.

A revogação parcial da Lei 8.971/1994, que exigia a convivência superior a cinco anos para atribuir-lhe os efeitos jurídicos da união estável, revela-se coerente, por mais complexo que seja deixar o instituto sem parâmetros minimamente objetivos para mensurar um lapso temporal apto a ensejar estabilidade. Embora ainda haja esforço doutrinário nesse sentido de delimitar um tempo mínimo para a caracterização das estabilidades⁵⁶, a união estável é, por si só, formada por elementos de caráter, notadamente, subjetivos, de modo que a fixação de um parâmetro tão objetivo lhe tira a sua essência, que é fática.

Ademais, conforme já se percebe, a estabilidade é composta pela reunião de uma série de fatores, não podendo um critério temporal assumir a sua roupagem nas análises, ou resultaria na redução da complexidade e amplitude que tal conceito detém. De fato, o critério temporal é indicador de uma estabilidade, mas não se confundem e nem podem se confundir, sob o risco de desfigurar completamente o conceito da união *estável*, visto que esta ultrapassa uma mera união que preenche um mínimo lapso temporal.

⁵⁴ Miguel Reale sustentou tal afirmação em contexto diverso, contrapondo-se às exigências de prazos rígidos para a adoção plena, bastando que o adotando, com idade inferior a dezesseis anos, tenha estado sob os cuidados de do adotante, afastando critérios cronológicos como impeditivos da adoção. *In*: Anteprojeto do código civil. Conferência do Magnífico Reitor Miguel Reale, da Universidade de São Paulo, sobre o Anteprojeto do Novo Código Civil (Reconstituída segundo notas taquigráficas), no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 8 de junho de 1972. **Revista de Informação Legislativa**, v. 9, n. 35, p. 3-24, jul./set. 1972, p. 21. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180616>. Acesso em: 04 jan. de 2021.

⁵⁵ GARBI, Carlos Alberto. **A união de fato “duradoura” – Em busca do tempo perdido**. Tratado da união de fato = tratado de la unión de hecho; coordenação Regina Beatriz T. da Silva, Atalá Correia, Alcía García de Solavagione. São Paulo: Almedina, 2021, (259-271), p. 263.

⁵⁶ Tenha-se, por exemplo, a doutrina de Carlos Alberto Garbi, que defende como razoável o tempo mínimo de 02 (dois) anos para a atribuição de efeitos, ao analisar conjuntamente a Lei previdenciária de nº 8.213/1991, alterada pela Lei nº 13.135/2015, que exige dois anos, pelo menos, para a caracterização da união estável para qualquer benefício previdenciário; a o art. 1.830 do código civil, por só reconhecer direito sucessório a outro quando a separação de fato do cônjuge dura mais de 02 (dois) anos; e outros dispositivos do código civil que apontam que o prazo de dois anos se demonstra razoável para a verificação da irreversibilidade da situação fática. *In*: **A união de fato “duradoura” – Em busca do tempo perdido**.

A estabilidade, com efeito, não pode exigir critérios temporais fixos para a sua caracterização, vez que apenas quando reunidos os seus demais indicativos (publicidade, continuidade e objetivo de constituir família), é que ela atinge a sua real semântica. A título de exemplo, pode-se mencionar que uma relação que se iniciou há cinco anos, já teve tanta interrupção, tantos objetivos e demonstrações comportamentais diversas e tantos percalços, que o critério temporal do início da relação não se demonstra sequer como fundamental ao analisá-la.

Em contrapartida, há relações oriundas de um namoro ou amizade anterior, que demonstram que a fixação de um critério mínimo não questionaria as suas estabilidades. É certo, pois, que tudo deve ser ponderado de maneira razoável, visto que o conceito de durabilidade, inerente ao de estabilidade, inevitavelmente exige o decurso do tempo. O que não se revela adequado e tampouco necessário, contudo, é a fixação de um parâmetro de fixação mínima deste lapso, conforme já exposto.

Os conceitos de continuidade e durabilidade, por outro lado, são, intrinsecamente conexos, possuindo sutis diferenças. A continuidade se expressa na constância da relação, em um sinônimo de perenidade, enquanto a durabilidade guarda relação com a longevidade do relacionamento com o decurso do tempo. Evidenciando o rigor do Código em não os apresentar enquanto sinônimos perfeitos, Marcos Bernardes de Mello diferencia e revela a suscitada conexão entre os vocábulos:

Parece-nos bastante evidente que, com os vocábulos contínua e duradoura o legislador quis dar especial ênfase à circunstância de que a convivência do casal (a) não pode ser fugaz, eventual, circunstancial, episódica, efêmera, nem ter raízes superficiais, mas, ao contrário, deve-se manter no tempo, ser persistente e perseverante, portanto, duradoura e (b) também ter perenidade, constância e sem interrupções, sem descontinuidades. O ser duradoura (= permanente) implica a necessidade de que a relação persista durante um lapso temporal razoável.⁵⁷

A constância na relação, traduzida na continuidade e durabilidade, é necessária para lhe atribuir aspecto familiar, diferindo das relações eventuais. Não porque a família apenas se derive de longas relações⁵⁸, mas porque em se tratando de uma situação fática, trata-se de

⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 39, maio/jun. 2020. p. 150.

⁵⁸ Por outro lado, não se desconhece enquanto família o casamento, por mais rápido que se configure, visto que é possível o divórcio a qualquer momento após a celebração. Entretanto, ressalte-se a exteriorização da vontade, a formalidade e todo o rigor declarado e suplicado ao direito pelo seu reconhecimento. Todavia, ao se tratar de uma relação fática, o direito precisa reforçar a cautela dos seus reconhecimentos, atribuindo o que há de mais peculiar à caracterização de uma *família* no suporte fático da união estável, sem, contudo, forçar que às relações efêmeras se atribuam direitos e deveres familiares, o que enfraqueceria a solidez que lhe é necessária.

elemento imprescindível para o seu reconhecimento jurídico. Do contrário, subsistiriam reconhecimentos de relações fáticas que “escorrem entre os dedos”⁵⁹ enquanto *famílias*, o que recairia tanto no enfraquecimento do conceito de família⁶⁰, quanto na percepção do direito de família enquanto um centralizador das relações jurídicas manifestamente obrigacionais.

Dito isso, conclui-se que tanto a *continuidade* quanto a *durabilidade* são conceitos incluídos ao conceito de estabilidade, intrínseco à união estável, como o próprio nome da entidade familiar sugere, vez que “uma convivência que se interrompe ou que se suspende com frequência quebra o relacionamento familiar, que necessita ser constante, com certa estabilidade.”⁶¹

Impende destacar, ainda, que o Código Civil estabeleceu ao casamento “a vida comum, no domicílio conjugal”⁶² enquanto dever de ambos os cônjuges, demonstrando a relevância que se confere à convivência do casal. Não diferencia tanto da relação de união estável, em que pese não haver disposição enquanto *efeito* da relação, na condição de dever aos companheiros. A convivência é, para a união estável, essencial à sua *existência*, visto que para a configuração da entidade familiar deriva da “*convivência* pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, consoante o artigo 1.723 do Código Civil.

Não se confunde tal convivência, contudo, com a necessidade de coabitação dos companheiros. Também não há menção de escolha de um domicílio conjugal, diferentemente do que ocorre casamento, embora esclareça-se, de antemão, que não se trata de um requisito do matrimônio, mas de um *efeito* deste, e assim também seria caso houvesse tal determinação à união estável.

Mesmo que o Supremo Tribunal Federal não tenha editado súmula específica para a união estável, há quem defenda a aplicação da *ratio* da Súmula 382⁶³ à união estável⁶⁴, a qual

⁵⁹ Em referência ao que Zygmunt Bauman se refere à liquidez das relações efêmeras, traduzidas nas suas fragilidades. Cf: **Amor líquido**. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

⁶⁰ E, com isso, torna-se importante rememorar o papel da família como “base da sociedade”, constitucionalmente reconhecido, por meio do *caput* do art. 226 da Constituição Federal. Sendo assim, enfraquecendo-se a solidez da *família*, enfraquecer-se-ia a própria sociedade.

⁶¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Op. cit.*, p. 398.

⁶² Nos exatos termos do art. 1.566, II, do Código Civil.

⁶³ “Súmula 382. A vida em comum sob o mesmo teto, “*more uxorio*”, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

⁶⁴ Nesse sentido: “Súmula do STF dispensa a vida *more uxorio* dos concubinos. Ainda que tenha sido editada para interpretar a palavra “concubinato” para fins de investigação de paternidade, restou por cunhar um conceito, que

admitia ser dispensável a vida em comum dos concubinos, sob o mesmo teto, para a caracterização do concubinato. Muito embora culmine em uma verdade a desnecessidade da coabitação para a configuração da *convivência* exigida para a caracterização da união estável, não se pode encontrar embasamento por meio dessa Súmula, vez que não sustenta matéria conexa.

Ao ser editada, a Súmula tinha por referência legislativa o art. 363, I, do Código Civil de 1916, o então código vigente à época. Tal dispositivo autorizava que os filhos ilegítimos pudessem propor ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação se ao tempo da concepção a mãe do filho ilegítimo estivesse concubina com o pretendido pai. O STF, ao analisar apenas dois recursos extraordinários⁶⁵ que culminaram na Súmula 382, entendeu que a concepção podia decorrer de uma simples relação sexual, razão pela qual seria dispensável a convivência *more uxorio* sob o mesmo teto para tais fins.

Decorrência lógica dessa rápida análise é que a *ratio decidendi* dessa Súmula só possui sentido para fins de investigação de paternidade em disposições do Código não mais em vigência sobre concubinato, não se extraindo, tampouco, nenhum outro elemento que se aproveite para fundamentação da sua aplicabilidade à união estável.

De fato, a coabitação merece ser vista enquanto um elemento de prova da convivência, posto que se presume que um casal que divide um mesmo espaço tem certa convivência. Todavia, não se revela suficiente enquanto elemento isolado, tanto por não haver exigência legal de coabitação para a união estável, quanto pela escolha de coabitação poder estar totalmente dissociada da vontade de efetivamente *ser* família, podendo um casal dividir um mesmo espaço por conveniência e interesses *particulares*, ou também encontrar-se sob tetos diversos pelos mesmos motivos.

Com efeito, não são raras as situações em que namorados ou noivos dividem a mesma residência, seja por alguma comodidade, ou até mesmo enquanto tentativa de experiência da compatibilidade do casal na dinâmica cotidiana, servindo como uma espécie de ponderação para uma futura formação familiar. Ao namoro, por sua vez, não é dado o *status* de família, não ensejando em direitos ou deveres familiares e, “pelas mesmas razões, não se pode confundir

cabe ser estendido à união estável.” In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 14 ed. Salvador: Editora JusPodivum, 2021, p. 601-602.

⁶⁵ RE 49212 Publicação: DJ de 19/07/1962 e RE 2004 Publicação: DJ de 06/09/1932.

necessariamente noivado e união estável. Nesta, já existe a entidade familiar; naquele há intenção de constitui-la.”⁶⁶

Essa conjuntura revela que a linha tênue na configuração da união estável daquelas relações afetivas se centraliza na presença e demonstração do *objetivo de constituir família*, requisito indispensável para a constituição da união estável. A sua identificação se manifesta pelo comportamento e assimilação do casal enquanto família no momento presente, e não pelo objetivo de uma formação familiar futura.

A imprescindibilidade da identificação do objetivo de constituir família se torna ainda mais visível quando, muito embora não seja entidade familiar ou figura jurídica⁶⁷, o namoro passou a ser dividido em duas categorias e pela doutrina⁶⁸: namoro simples ou namoro qualificado, já tendo este último termo sido suscitado em decisão do Supremo Tribunal de Justiça⁶⁹ e de alguns tribunais⁷⁰, com a definição de uma relação em que as partes fazem planos de uma família para o futuro. Rememore-se, porém, que na união estável, as partes já estão vivendo, efetivamente, uma família, sendo esta, portanto, a melhor definição desse elemento constitutivo da união estável: o objetivo de constituir família consiste em já *ser efetivamente família*.

Percebe-se, por conseguinte, que os esforços doutrinários apontam uma cronologia das relações afetivas enquanto casal, de acordo com a evolução das responsabilidades, para: 1)

⁶⁶ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*, p. 170.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 169.

⁶⁸ Tome-se por exemplo a preleção de Carlos Alberto Dabus Maluf: “A doutrina divide o namoro em simples e qualificado. O namoro simples é facilmente diferenciado da união estável, pois não possui sequer um de seus requisitos básicos. É, por exemplo, o namoro às escondidas, o namoro casual, o relacionamento aberto. Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra, e por vezes até pernoitarem com seus namorados, não têm o objetivo de constituir família. Por esse motivo é tão difícil, na prática, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado.” *In*: DABUS MALUF, Carlos Alberto; DABUS MALUF Adriana Caldas do Rego Freitas, **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital (E-pub), p. 248.

⁶⁹ Por meio do REsp: 1454643 RJ 2014/0067781-5 (Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 03/03/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 10/03/2015).

⁷⁰ Cite-se, como exemplo, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), nos autos da Apelação Cível 0007908-16.2016.8.17.2810, de relatoria do Des. Itabira de Brito Filho, julgado em 14/05/2020, conforme se extrai da ementa: “[...] a comprovação de que as partes tinham a intenção de, futuramente, morar juntos e celebrar casamento, não é suficiente para a configuração da união estável. Trata-se, na verdade, de um namoro qualificado. Para o reconhecimento da união estável, não basta haver a vontade de formar uma família, mas efetivamente viver como uma.”. Além do TJPE, outros tribunais também já se manifestaram em sentido similar a exemplo do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP – Apelação nº 1003600-68.2018.8.26.0038), Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ-DF Apelação nº 0010569-48.2015.8.07.0007), Tribunal de Justiça do Amapá (TJAP - Apelação nº 0024607-60.2016.8.03.0001), Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2 – Apelação nº 0004779-38.2014.4.02.5101).

namoro simples; 2) namoro qualificado; 3) noivado; e 4) união estável ou casamento; mesmo que seja clarividente que nenhum casal precise passar, necessariamente, por todas essas etapas, sobretudo pela proteção constitucional que é assegurada à intimidade e vida privada.

De toda sorte, a carga de subjetividade na aferição desse elemento constitutivo de *objetivo de constituir família* nos aponta um verdadeiro paradoxo, visto que o requisito para a *constituição* da entidade familiar, necessário, efetivamente, já *ser*. Isso se deve à característica fática da união estável que, na verdade, adquire o *status* jurídico de família, exatamente, porque já se demonstra enquanto *família de fato*. O direito exige, portanto, o requisito a que dá proteção, ao passo que para *ser* família de direito, já *deve assim ser* família. Resta claro que o direito não *criou* a união estável enquanto família, mas apenas a disciplinou, visto que esta já é família natural há tempo.

Nesse contexto, há evidência de que em matéria de família, o direito não *cria* as formações familiares, não devendo se antecipar à realidade. Ou, melhor dizendo, o direito se atém aos fatos sociais e os elege enquanto relevantes ao mundo jurídico e não o contrário. Nessa conjectura, necessária se faz a prévia existência social para o reconhecimento jurídico desta, não sendo oportunas especulações que vislumbram possibilidades de recepção ao mundo do direito que sequer existem ou repercutem no mundo fático.

Além dos já suscitados requisitos para a caracterização da união estável – publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituir família –, Paulo Lôbo, ainda, acrescenta a possibilidade de conversão para o casamento também enquanto pressuposto para a existência da união estável, o que o faz já com ressalvas⁷¹. Apesar de compreender as razões do seu escólio, não logra ser considerada essa possibilidade de conversão enquanto um elemento constitutivo, posto que é consequente à própria existência da união, servindo mais como um comando para demais normas que porventura venham a existir *a posteriori*. Ou seja, a união estável pode se constituir normalmente, sendo apenas a elasticidade do ordenamento determinada no sentido da facilitação da conversão da união estável ao casamento.

De outra forma, é certo que aqueles termos anteriormente trazidos enquanto elementos constitutivos expressam por si só os seus conteúdos, de fácil assimilação semântica. Contudo, são de difícil aferição na prática, posto que dotados de grande carga subjetiva nas circunstâncias

⁷¹ Em suas palavras, entretanto, justifica: “É questionável a inclusão da conversibilidade para o casamento, como requisito, e só o fazemos em razão dos enunciados normativos vigentes e para demonstrar sua impropriedade. O enunciado da Constituição, que tem servido a argumentos discriminatórios contra a união estável, é “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” O que se tem aí não é um requisito nem condição resolutive. Reordenando os requisitos, temos que a união estável é exigente dos que são comuns a todas as entidades familiares e um específico, que lhe destaca a identidade e a autonomia”. In: LÔBO, Paulo, *Op. cit.*, p. 166.

concretas. O que se constata é que o direito se preocupa, sobretudo, com a exteriorização desses elementos para conferir reconhecimento à relação enquanto família, mormente pela *publicidade* exigida para a caracterização da união estável. Ou seja, há uma tentativa de objetividade dos critérios, consubstanciados muito mais na *aparência* de união estável, do que propriamente nas efetivas intenções dos companheiros de assim se identificarem enquanto família nestes termos e com os seus efeitos correlatos.

Ao direito, por outro lado, compete a fixação de requisitos que, quando cumulados, possuem o condão de constituir união estável, tarefa importante e que sobressai à noção, puramente, existencial da família, ao passo que o reconhecimento jurídico da relação enquanto família, em raras hipóteses, acaba pela simples satisfação pessoal do ato declaratório da condição de entidade familiar. São os efeitos patrimoniais os que, geralmente, centralizam as questões de reconhecimento e dissolução, por meio das repercussões de alimentos, sucessórias e previdenciárias, igualmente importantes para garantir o desenvolvimento da personalidade, em clara evidência de que as questões existenciais não se demonstram antagônicas às patrimoniais, mas sim, caminham juntas.

2.3 DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA UNIÃO ESTÁVEL

Igualmente importante quanto à contextualização histórica, é a compreensão da classificação jurídica de qualquer objeto de estudo jurídico que se proponha a analisar, para a melhor compreensão dos efeitos das relações jurídicas oriundas das categorias dos fatos jurídicos. Tal classificação deriva da teoria desenvolvida por Pontes de Miranda, cujo escopo se observa na sistematização do que o direito toma para si enquanto relevante diante dos acontecimentos do *mundo fático* ao ponto de se tornarem pertencentes ao *mundo jurídico*.

Essa composição do mundo jurídico se dá por fatos juridicamente relevantes, quando os suportes fáticos são suficientes para a incidência das regras jurídicas. Em outras palavras, para que haja a eficácia de determinada regra jurídica, alguns elementos fáticos exigidos pela própria norma para a sua incidência⁷² devem estar presentes na situação posta em análise. A esses elementos fáticos previstos e exigidos pela própria regra, damos o nome de suportes fáticos.

Posto que para a incidência da norma, é necessário que haja o preenchimento do suporte fático do fato analisado, imprescindível se torna a definição deste suporte, para que haja a

⁷² Sobre a incidência, clara se faz a explicação de Marcos Bernardes de Mello: “a incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico” *In: Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77.

jurisdicização deste, momento em que o fato se torna jurídico, passando a existir para o mundo jurídico, e estando apto a produzir efeitos. Ou seja, é com essa *jurisdicização*, expressa na presença de todos os elementos que o direito atribui enquanto essenciais para reconhecer-lhe a existência, que permite gerar os efeitos, igualmente, determinados pelo direito.

Ao analisarmos a união estável, objeto de estudo do presente trabalho, podemos observar que o suporte fático necessário para que os efeitos da união possam ser irradiados, consiste, exatamente, nos elementos constitutivos abordados no tópico anterior. Ou seja, a norma jurídica determina que para existir a união estável, necessária a cumulação daqueles elementos, a saber: a) a existência de uma união entre duas pessoas; b) que essa união seja pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família.

Marcos Bernardes de Mello, por sua vez, sustenta que “o suporte fático da união estável se compõe por (a) um elemento subjetivo consubstanciado no objetivo de constituição de família, e (b) uma situação fática materializada na união pública, contínua e permanente de duas pessoas que não sejam impedidas de casar em razão de impedimento dirimente absoluto, exceto se, sendo casada, estiver separada de fato do cônjuge (Código Civil, art. 1.723, §1º in fine).”⁷³

Essa visão, todavia, merece ressalvas, com base no que se entende por *objetivo de constituir família*, já sintetizado no tópico anterior enquanto *ser efetivamente família no presente*, e não objetivar sê-la em tempos futuros. Portanto, não merece separação enquanto elemento *subjetivo* do suporte fático, visto que é, igualmente, aferível uma situação fática materializada, pela manifestação do comportamento do casal enquanto família. No entanto, isso não se confunde com a carga subjetiva inerente ao conceito, ao passo que essa subjetividade, diga-se de passagem, é observada também nos demais elementos constitutivos⁷⁴.

Por certo, não obstante o objetivo de constituir família seja um requisito da união estável, necessária se faz a percepção de que os companheiros não necessariamente exteriorizam que desejam *estar* em união estável, com os exatos termos que o direito lhe atribui. No decorrer do tempo, a relação pode ir se estabelecendo de forma que preencha os requisitos do suporte fático da união estável, mas não, necessariamente, o casal intencionava ter aqueles *exatos* efeitos jurídicos, posto que não é exigido que o elemento volitivo seja exteriorizado com

⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável**. p. 158.

⁷⁴ As noções de publicidade, continuidade e durabilidade são também dotadas de carga subjetiva, visto que não há determinação legal com exatidão e objetividade como é que tais conceitos deverão ser observados pelo intérprete. São, por outro lado, critérios de materialização de uma situação fática.

quaisquer formalidades⁷⁵. Por mais subjetivo que seja o seu conteúdo, o objetivo de constituir família também é aferido de forma fática.⁷⁶

Noutro viés, caso houvesse o simples *objetivo de constituir família* enquanto elemento suficiente ao suporte fático da união estável – insta dizer, dissociado da continuidade e da durabilidade –, perderia o sentido de construção e, por conseguinte, a presunção de esforço comum inerente à própria noção de família. Seria, pois, algo impossível, visto que é contraditório imaginar o preenchimento do desse suporte fático quando uma relação objetiva constitui família e, ao mesmo tempo, não se dá tempo suficiente à construção de uma vida comum, com esforços comuns para a formação da relação.

Marcos Bernardes de Mello também argumenta que “toda vez que a norma jurídica prevê exteriorização consciente de elemento volitivo na composição do núcleo do suporte fático, não há ato-fato, mas ato jurídico lato sensu”⁷⁷. Tem absoluta razão. Entretanto, defende que a classificação da união estável enquanto ato jurídico *lato sensu*, mais especificamente enquanto um negócio jurídico, que ele bem ressalva que diverge do ato jurídico *stricto sensu* pela “atribuição que o sistema jurídico traz às pessoas do poder de escolha da categoria jurídica e, nos limites que estabelece, de estruturar o conteúdo das relações jurídicas dela resultantes (= poder de autorregramento da vontade, também dito de autonomia da vontade, autonomia privada).”.

Irrefutavelmente, Marcos Bernardes de Mello é um dos grandes estudiosos da teoria desenvolvida por Pontes de Miranda, elucidando com maestria todas as definições da teoria do fato jurídico. Não há divergência na fixação dos conceitos por ele trazidos sobre cada categoria

⁷⁵ Diferentemente ao casamento, no qual é imprescindível a expressa manifestação da vontade, sendo parte da solenidade a arguição aos nubentes quanto a livre e espontânea vontade do ato de celebração do matrimônio, consoante dispõe o art. 1.535 do Código Civil: “Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.”

⁷⁶ Em igual sentido, temos o teor da decisão do REsp 1.257.819-SP, na qual demonstra o reconhecimento fático, sintetizado nos trechos de sua ementa: “Na verdade, ainda que a habitação comum revele um indício caracterizador da *affectio maritalis*, sua ausência ou presença não consubstancia fator decisivo ao reconhecimento da citada entidade familiar, devendo encontrar-se presentes, necessariamente, outros relevantes elementos que denotem o imprescindível intuito de constituir uma família [...] Efetivamente, a dedicação e a solidariedade prestadas pela ora recorrente ao namorado L., ponto incontroverso nos autos, por si só, não tem o condão de transmutar a relação de namoro para a de união estável, assim compreendida como unidade familiar. Revela-se imprescindível, para tanto, a presença inequívoca do intuito de constituir uma família, de ambas as partes, desiderato, contudo, que não se infere das condutas e dos comportamentos exteriorizados por L., bem como pela própria recorrente, devidamente delineados pelas Instâncias ordinárias.”

⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável**. p. 159.

jurídica, mesmo porque é brilhante seu estudo da teoria ponteana. Não obstante, a discordância se dá na classificação da união estável enquanto negócio jurídico tanto pela já demonstrada divergência na delimitação do suporte fático, como também pela antecipação de critérios que são de observância consequente à existência do fato – e não o contrário.

Sustenta o jurista alagoano que fulmina a ideia da união estável se enquadrar enquanto ato-fato jurídico pela necessidade de capacidade plena para assim ser classificado. Contudo, é possível se concluir de forma diversa⁷⁸, posto que em essência, basta que o ato seja recebido pelo mundo jurídico com desprendimento do elemento volitivo, assim se classifica enquanto ato-fato jurídico, não devendo a análise das incapacidades se antecipar a isto. Ademais, nada impede que haja um ato-fato jurídico e a lei exija uma idade mínima para a sua capacidade, ou que se verifique o necessário discernimento para esse ato familiar, visto que se trata de uma situação existencial.

Ainda assim, em breves linhas, há de se frisar que o Código Civil não estabelece idade mínima para o reconhecimento da união estável, ao contrário do casamento, que após a nova redação do art. 1.520 do Código Civil⁷⁹, não é permitido, em qualquer caso, para quem não atingiu a idade núbil.⁸⁰

Cumprir enfatizar, por outro lado, que diante dessa lacuna, não é possível utilizar-se da aplicação da analogia, pois “em se tratando de dispositivos que limitam a liberdade, ou restringem quaisquer outros direitos, não se admite o uso da analogia”⁸¹, e importar a

⁷⁸ O próprio Pontes de Miranda, ao analisar as discussões travadas com o código civil alemão acerca da classificação jurídica da *ocupação* evidencia a incongruente lógica de se questionar acerca da incapacidade antes do que substancia: “o grande êrro da doutrina alemã foi inquirir da questão da capacidade, perguntando se o incapaz podia ocupar, em vez de apurar qual a diferença, se tal diferença existia, entre o sentido da posse própria, tratando-se de teoria possessória, e a posse própria exigida para a aquisição por ocupação”. In: **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. São Paulo: Borsoi, 1954, p. 383.

⁷⁹ Antes da alteração legislativa, exc tinha-se a seguinte redação: Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

⁸⁰ A Lei de nº 13.811, de 2019, conferiu nova redação art. 1.520 do Código Civil, que antes previa hipóteses permissivas para a capacidade para o casamento com o fito de evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. A supressão dessas hipóteses resultou na atual redação do dispositivo: “Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código”. Nesse viés, aos menores de 16 (dezesesseis) anos, o Código não estabelece permissões legais de capacidade civil para o casamento.

⁸¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 174.

capacidade civil do casamento é, notadamente, uma limitação da liberdade. Além disso, não dá para considerar a relação enquanto concubinária pelos mesmos motivos⁸².

A analogia, por outro lado, só poderia ser cogitada no sentido de conferir certeza de que o reconhecimento da união estável seria garantido aos companheiros que atingissem a idade núbil. Ou seja, aos maiores de dezesseis anos, que preenchessem os requisitos do art. 1.517, analogicamente teriam esse direito ao reconhecimento. Entretanto, é preferível assumir que diferentes entidades familiares possuem disciplinas diversas, sendo um reforço a um modelo unitário de família qualquer tentativa de comparação.

Com efeito, a tutela constitucional ao livre planejamento familiar⁸³ assegura à união estável a proteção das suas particularidades, ao passo que a reconhece enquanto instituto familiar essencialmente diverso do casamento e a possibilita disposições diversas e próprias.

De outro giro, a ideia de que a constituição de família se apresenta enquanto um risco parece se desconectar cada vez mais do ordenamento, que era tido enquanto “proteção” jurídica deu espaço para efetivação da família, sobretudo após o Estatuto da Pessoa com Deficiência.⁸⁴ Bem por isso, “não se pode negar que a constituição de uma união estável é uma situação existencial e, tendo o menor de idade o necessário discernimento para esse ato familiar, pode ele ser tido como plenamente válido.”⁸⁵

Retomando o posicionamento do Marcos Bernardes de Mello, há de se ressaltar que essas conclusões tomadas pelo jurista partiram de uma reanálise do seu entendimento anterior,

⁸² A interpretação mais adequada ao “impedidos de casar”, a que faz referência que faz o art. 1.727 do Código Civil (“As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”), é a de que estes se restringem aos impedimentos estabelecidos no art. 1.521 do mesmo Código.

⁸³ É o que estabelece o art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988:

⁸⁴ A visão da incapacidade enquanto “proteção” jurídica (sobretudo patrimonial) deu espaço para efetivação da família enquanto ato essencial à existência, respaldando a igualdade e a não discriminação, ao passo que assegura expressamente em seu art. 6º, I, a plena capacidade civil para constituição do casamento e de união estável. A “proteção patrimonial” aparenta, portanto, não se sobressair aos interesses extrapatrimoniais. Cf. TARTUCE, Flávio. A lei n. 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos. **Revista eletrônica IBDFAM**, publicada em 25/04/2019. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/1331/A+lei+n.+13.8112019+e+a+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+do+menor+de+16+anos#:~:text=Seguindo%20essa%20posi%C3%A7%C3%A3o%2C%20a%20uni%C3%A3o,para%20a%20C3%BAltima%20entidade%20familiar](https://ibdfam.org.br/artigos/1331/A+lei+n.+13.8112019+e+a+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+do+menor+de+16+anos#:~:text=Seguindo%20essa%20posi%C3%A7%C3%A3o%2C%20a%20uni%C3%A3o,para%20a%20C3%BAltima%20entidade%20familiar.). Acesso em: 05 fev.2021.

⁸⁵ Assim Flávio Tartuce justifica a sua colocação: “A melhor expressão de análise casuística da vontade no ato-fato jurídico é retirada do teor do Enunciado n. 138, aprovado na III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese dos menores de 16 anos, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto” *In: Ibidem*.

o qual também merece ser mencionado, classificando-a enquanto ato jurídico *stricto sensu*⁸⁶. A fundamentação para essa classificação se dava pela compreensão de que à exteriorização da vontade de viver em comunhão não seria necessário definir os efeitos pretendidos com a manifestação, ao passo que esta se complementava com a efetiva observância do estado de fato, ou seja, da união pública, contínua e duradoura entre os companheiros.

De outro lado, preleciona Paulo Lôbo, oportunamente, que “ainda que os companheiros ou conviventes declarem, expressamente, em algum ato jurídico, que não desejam constituir família, a natureza desta será apurada objetivamente pelo juiz, ante as circunstâncias fáticas. Se de ato de vontade se cuidasse, não haveria necessidade de ser apurada a publicidade, a duração, a continuidade, que são situações fáticas objetivas.”⁸⁷ Por certo, o fato se realiza sem a relevância dessa vontade para a concreção do suporte fático e o seu consequente reconhecimento jurídico, o que nos leva a insistir na classificação da união estável enquanto ato-fato jurídico.

Em outras palavras, no ordenamento jurídico brasileiro, o suporte fático da união estável entra no mundo jurídico enquanto ato-fato jurídico. É facultada, contudo, aos conviventes a pactuação do regime de bens por meio de contrato escrito⁸⁸, o que não tem o condão de atribuir-lhe natureza negocial, vez que além de ser a exceção do instituto, tais contratos não possuem natureza constitutiva, mas declaratória de questões que os conviventes podem dispor *a posteriori*. No entanto, a despeito da existência da união estável em si, não se exige o acordo de vontades.

Pode-se concluir que a análise do perfil jurídico da união estável é deveras complexa, sendo respeitáveis e coerentes as diferentes visões apresentadas. Isso deve-se ao fato de que a própria união estável tem esse caráter desafiador ao direito que lhe é peculiar, por ser uma relação natural e fática, mas garantir efeitos que se assemelham a relações dotadas de

⁸⁶ Mais especificamente enquanto um ato jurídico *stricto sensu* composto, classificação na qual “o suporte fático é composto por manifestação de vontade que, no entanto, não é bastante em si, mas necessita da existência de circunstâncias de fato que as complete”. Além disso, Marcos Bernardes de Mello defendia que se enquadrava nestes termos porque para a constituição da união estável “é necessária uma manifestação de vontade que se completa com a ocorrência de um estado de fato materializado na convivência pública, contínua e permanente entre os conviventes durante um tempo razoável”. *In: Sobre a classificação do fato jurídico da união estável – Famílias no Direito Contemporâneo* (coord. Gustavo Andrade, Fabíola Lobo e Catarina Oliveira). Salvador, JusPodivm, 2000, p. 162 e 163.

⁸⁷ LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais**. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2014. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/953/A+concep%3%a7%3%a3o+da+uni%3%a3o+est%3%a1vel+co+mo+ato-fato+jur%3%addico+e+suas+repercuss%3%b5es+processuais#_ftn1. Acesso em 05 fev.2021.

⁸⁸ É o que preconiza o art. 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

formalidades. A compreensão da classificação jurídica se torna importante, contudo, para a coesão e delimitação da abordagem trazida ao instituto, visto que não é adequado sustentar sistemáticas incompatíveis com a própria análise da entidade familiar no universo dos fatos jurídicos.

2.4 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios, assim como as regras, são espécies de normas jurídicas, que possuem uma relação conexa, visto que “a regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o “atravessamento” de uma regra⁸⁹”. Além de possuírem conteúdo normativo próprio, também são dotados de teor essencialmente imperativo que dirige as interpretações dos demais preceitos, consistindo em “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade”⁹⁰

Nessa perspectiva, os princípios fundamentais são normas explícitas que condicionam e direcionam a interpretação dos demais enunciados. São elevados a princípios fundamentais mediante juízo de valor e a importância deste para a sistemática do legislador, e por isso são observados antes das interpretações dos demais enunciados, de forma análoga à lei superior⁹¹. Divergem dos princípios gerais,⁹² que, por sua vez, são normas implícitas, frutos de criações

⁸⁹ Lênio Streck assim conclui: “A regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo autossuficiente). O princípio é a enunciação do que está enunciado.” *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 117-118.

⁹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p 60.

⁹¹ “I giuristi elevano un enunciato legislativo al rango di principio fondamentale mediante un giudizio di valore circa l'importanza comparativa di tale enunciato nel discorso del legislatore. Questo giudizio di valore funge poi da giustificazione di alcune decisioni interpretative”. [...] *l'interpretazione degli enunciati che esprimono principi fondamentali condiziona e dirige l'interpretazione degli enunciati subordinati. Sono escluse quelle interpretazioni degli enunciati subordinati, le quali farebbero sorgere un conflitto con il principio fondamentale. Da questo punto di vista, i principi fondamentali operano sull'interpretazione in modo analogo a quello della <<lex superior>>*”. *In: GUASTINI, Riccardo. Produzione di norme a mezzo di norme. Informatica e diritto*, XI Annata, v. XI, n. 1, p. 7-31, 1985. p. 23.

⁹² Nesse sentido: “In un primo senso, si parla di principî per designare enunciati (e/o norme esplicite) che occupano, nel discorso legislativo, un ruolo comparativamente <<importante>>, in virtù della loro posizione funzionale nel sistema giuridico. A questo riguardo, propongo di usare l'espressione <<principî fondamentali>>. In un secondo senso, si parla di principî per designar enorme implicite di contenuto comparativamente generale. Tali norme implicite sono costruite mediante una sorta di ragionamento <<indutivo>>, a partire da una pluralità di norme esplicite particolari. A questo riguardo, propongo di usar ela locuzione <<principî generali>>.” *In: Ibidem*, p. 22-23.

doutriniais, revelando-se como “intrusão do jurista no discurso legislativo”⁹³. São estes, frequentemente, utilizados pelos juristas enquanto um modo de teoria explicativa do material legislativo existente e de preencher lacunas normativas.⁹⁴

Decorre dessa essência implícita dos princípios gerais um trabalho complexo da doutrina civilista na extração das regras diretrizes que são basilares ao direito de família brasileiro. Por ser um trabalho doutrinário, depreende-se a dificuldade de unanimidade quanto aos exatos princípios que formam e direcionam esse ramo do Direito Civil, sendo uma tendência à concepção de novos termos enquanto princípios, sobretudo pela difundida ideia do novo constitucionalismo de que estes seriam “positivações dos valores”⁹⁵.

Insta dizer, portanto, que a apresentação dos princípios enquanto justos resolutivos e esteio para releituras das regras jurídicas em suas conformidades oportuniza um cenário de protagonismo da doutrina para a identificação e delimitação dos princípios incidentes no Direito de Família. Esse contexto acaba evidenciando uma atividade subjetiva na construção doutrinária deste assunto, visto que as contribuições dos juristas partem de descrições explicativas do direito positivo de maneira, naturalmente, livre e com olhar individual, que por conseguinte, gera olhares e entendimentos diversos, dificultando a unanimidade.

De toda forma, sendo a família verdadeiro espaço de realização pessoal, importante a fixação de diretrizes que caracterizam a proteção jurídica, diferindo das demais relações jurídicas. Não obstante, os reconhecidos princípios do direito de família encontram alicerces no texto constitucional e também na legislação infraconstitucional, não dotando, por vezes, idêntica semântica nesses dois âmbitos, revelando-se importante a intermediação principiológica própria do Direito Civil pelo operador do direito⁹⁶.

⁹³ *Ibidem*, p. 23.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁹⁵ Nesse sentido, escreve Lênio Streck: “Parece, assim, que o maior problema reside na “equiparação” dos princípios aos “valores”. Efetivamente, parcela considerável dos juristas optou por considerar os princípios constitucionais como um sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como sendo o “suporte dos valores da sociedade” (o que seria isso, ninguém sabe e tampouco houve alguém que se arriscasse a dizê-lo). Um dos chavões com que a discussão vem sendo posta é que, no novo constitucionalismo, ocorreu a “positivação dos valores”. Esse “anúncio” facilita a “criação” (sic), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem”. *In: Op. cit.*, p. 117-118.

⁹⁶ Por certo, “é problemática por degradar a Constituição e por piorar os espaços de discricionariedade e de conformação do legislador ordinário, de decisão dos particulares e os âmbitos de racionalidade intrínseca ao Direito Privado”. *In: RODRIGUES JR., Otávio. Op. cit.*, p. 336-338.

Paulo Lôbo, por sua vez, disciplina que o direito de família tem por princípios fundamentais a 1) dignidade da pessoa humana; e a 2) solidariedade familiar; e, enquanto princípios gerais: 3) igualdade familiar; 4) liberdade familiar; 5) responsabilidade familiar; 6) afetividade; 7) convivência familiar; e 8) melhor interesse da criança.⁹⁷ De toda sorte, não há como negar que a menção de tais princípios revela a ressignificação da própria estrutura familiar atual, ao passo que “novos valores, princípios, quebras de paradigmas estão entre as tantas conquistas rupturas da família contemporânea”⁹⁸.

Já tendo sido ressalvada a dificuldade de unanimidade doutrinária na extração das regras diretrizes do direito de família e, sobretudo, na definição da nomenclatura dos termos, utilizaremos os descritos elencados anteriormente, vez que suficientes para a compreensão das discussões trazidas ao longo deste trabalho, em especial os da solidariedade, liberdade, responsabilidade e convivência familiar.

Acrescentar-se-á, apenas, um princípio que é, por vezes, esquecido no rol de princípios do direito de família, mas que direciona deveres de conduta assim como os demais, sendo, aliás, um princípio geral de todo o direito privado: a boa-fé. Não se pode olvidar de elencar a boa-fé enquanto princípio do Direito de Família quando cada vez mais se reconhece a responsabilidade civil nas relações familiares⁹⁹, tendo em vista a correlação desses conceitos, já que o Código Civil estabelece que em exercendo algum direito, o titular deste ultrapasse os limites da boa-fé, recai em ato ilícito, surgindo a obrigação de indenizar, típica da responsabilidade civil.¹⁰⁰

É imprescindível aclarar que ao mencionar a boa-fé enquanto princípio, deve ser compreendida a sua expressão objetiva, haja vista a dualidade contida no termo. A distinção

⁹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. Vol. 5, 2018, p. 55.

⁹⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **A família Eudemonista do século XXI**, In: ANAIS do VIII. Congresso do IBDFAM (Prelo). Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, p 88-95, p. 93.

⁹⁹ Nesse sentido: “Os remédios específicos e tradicionais do Direito de Família têm se mostrado insuficientes para tutelar os interesses – especialmente os existenciais – lesados no âmbito das relações familiares. Basta recordar o exemplo marcante do chamado abandono afetivo, em que o remédio típico, previsto na disciplina reservada pelo Código Civil ao Direito de Família, seria a “perda do poder familiar”, medida que funcionaria como verdadeiro prêmio para o pai negligente. Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva “fuga” dos remédios tradicionais do Direito de Família, por meio da busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses lesados. A Responsabilidade Civil, como remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a esperança para onde convergiram todos esses anseios.” In: SCHREIBER, Anderson. **Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária / Responsabilidade civil no direito de família** (coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa), (p. 32-49). São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

¹⁰⁰ É o que se extrai da leitura conjunta dos artigos 187 (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”) e o *caput* do art. 927 “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”, ambos do Código Civil.

entre a boa-fé objetiva e subjetiva centraliza-se na forma de observação da situação posta em análise, sendo para esta última, suficiente a análise da intenção do sujeito na relação jurídica, visto que “pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação; ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato.”¹⁰¹ De maneira diversa, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico que emana diretrizes de conduta, imprimindo, portanto, um modelo ético comportamental.

Muito embora a resistência da aceção da boa-fé enquanto um princípio do direito de família pela sua assimilação automática se aproximar da área contratual, ao direito de família não se pode negar as diretrizes elencadas pela boa-fé nas obrigações familiares, visível pela determinação de certas regras de conduta, a exemplo dos deveres jurídicos oriundos dos vínculos familiares. Sendo o agir com boa-fé objetiva traduzido na ação com lealdade, transparência e honestidade pública, é inconteste a sua aplicabilidade no Direito de Família, vez que tais condutas são essenciais para atingir o efeito prático que justifica e consolida a própria formação familiar.

Certamente, há de se ressaltar que a incidência da boa-fé objetiva é percebida tanto na seara patrimonial quanto para o direito pessoal de família ¹⁰², neste último, destacando-se pela função de controle ou corretora, “para impedir o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas.”¹⁰³

Ademais, a necessidade de boa-fé se justifica pela imprescindibilidade de *eticidade* nas relações jurídicas, sobretudo no viés existencial. Não há como defender a proteção dos direitos existenciais sem vislumbrar um mínimo ético comum, o qual acaba por estabelecer os limites necessários para a convivência e a própria manutenção da relação posta em análise. Aliás, é exatamente “nos vínculos jurídicos que envolvam valores relacionados ao bem comum e de

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado, critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital (E-pub), p. 180.

¹⁰² Ao se referir ao pronunciamento do STJ (REsp 1087163/RJ. Terceira Turma. Relatora M in. Nancy Andrighi. Julgamento em 11.10.2011. DJ de 24.10.2011), Judith Martins-Costa bem respalda tal afirmação: “Não é por escapar à seara patrimonial que o Direito Pessoal de Família está isento de manifestações da boa-fé objetiva. O princípio pode incidir na sua função corretora de condutas. Assim restou expressado no caso do registro civil de Anita. A boa-fé incidiu no momento do exercício jurídico, impedindo o comportamento deslealmente contraditório na assunção de relação de parentalidade. Foram expressamente destacadas suas funções integrativas e de limite.” *In: Ibidem*, p. 194.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 411.

caráter personalíssimo, tais como as relações familiares, que o dever de cooperação e a preservação da confiança alheia se fazem ainda mais necessários.”¹⁰⁴

É certo, contudo, que por ser também um princípio com vasta incidência no ordenamento jurídico, não se tem lembrada, por vezes, a sua menção no rol de princípios aplicáveis ao Direito de Família. Isso não pode, contudo, servir como justificativa para subtrair a aplicabilidade desta no Direito de Família especificamente, ao ponto de considerar que a maleabilidade da boa-fé pudesse comprometer o seu uso nesse âmbito, amplamente, relevante.

Com efeito, não é novidade a incidência da boa-fé no Direito de Família brasileiro, visto que o Código de 1916 já se utilizava dessa diretriz em matéria de família¹⁰⁵. Outrossim, no código civil de 2002, há uma presença marcante desse princípio na parte geral¹⁰⁶, além da sua já suscitada expressão no próprio Direito de Família, manifestada pelo estabelecimento dos deveres pessoais elencados às relações familiares.

Dessa forma, superados os motivos para a compreensão da boa-fé objetiva enquanto princípio do Direito de Família, não cabe adentrar no aprofundamento de mais princípios nesse momento, sobretudo porque estes serão detalhados nos contextos oportunos no decorrer deste trabalho. Por ora, é necessário compreender que a demarcação dos princípios é um elemento muito mais didático para contribuir com a percepção que deve ser desenvolvida a partir de uma situação analisada, haja vista a impressão de valores nos seus conteúdos. Ou seja, não importa a nomenclatura que se dá ao princípio, mas a extração dos valores que fundam e sistematizam com coerência o ordenamento jurídico.

Nesse momento, porém, cumpre refutar a ideia de que a leitura e a aplicação principiológica devem ser feitas com a máxima cautela, sob pena de se afastar do próprio valor insculpido no princípio em análise. Ao invocar os princípios, descomedidamente, e apenas enquanto reforço argumentativo – o que, aliás, demonstra-se fácil, devido à natural vagueza e a amplitude destes –, perde-se a grandeza que a expressão valorativa destes trazem enquanto escopo no ordenamento jurídico, vez que “os princípios não se constituem em álibis teóricos

¹⁰⁴ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. 275 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 122.

¹⁰⁵ O artigo 221 daquele Código já evidenciava a diretriz valorativa emanada pela boa-fé, a qual tinha o condão de modular os efeitos civis do casamento putativo: “Art. 221. Embora annullavel, ou mesmo nullo se contrahido de bôa fé por ambos os conjuges, o casamento, em relação a estes aos filhos, produz todos os efeitos civis até ao dia da sentença annullatoria. Parágrafo único. Se um só dos cônjuges estava de boa fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão.”

¹⁰⁶ Tem-se, como exemplo, os artigos 113, 128, 164 e 187 do Código Civil atual.

para suplantar problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras.”¹⁰⁷ No direito, percebe-se, na verdade, que o que tudo pode ser, efetivamente nada é.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Op cit.* p. 116.

3 DOS DIREITOS E DEVERES PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

Se há tantas cabeças quantas são as maneiras de pensar, há de haver tantos tipos de amor quantos são os corações.

TOLSTÓI, Liev, *in* Anna Kariênina.

O reconhecimento jurídico de determinadas composições enquanto entidades familiares pressupõe, assim como nas demais relações jurídicas, a aptidão para a produção dos efeitos derivados deste reconhecimento. Nesse âmbito dos *efeitos* é que observam os *reflexos* da relação jurídica, ou seja, os direitos e deveres oriundos desta, sob os quais o Direito sistematiza todas as normas correlatas. Implica dizer que, após preenchidos os elementos do suporte fático de determinada entidade familiar, há a potencialidade para a produção dos efeitos, mormente os direitos e deveres estabelecidos e considerados reciprocamente e que consubstanciam a própria relação jurídica.¹⁰⁸

Por consistirem em efeitos, a análise desses direitos e deveres é realizada no plano da eficácia jurídica, segundo a classificação defendida por Pontes de Miranda em sua teoria do fato jurídico.¹⁰⁹ Ou seja, revelam-se enquanto uma das *categorias eficaciais*, mais especificamente enquanto das situações jurídicas intersubjetivas multilaterais, segundo classifica Marcos Bernardes de Mello. São, portanto, espécies de irradiações da eficácia jurídica, os quais pressupõem que são efeitos de um fato existente.

Constituem categorias de eficácia jurídica: i) as situações jurídicas: i. a) básicas; i. b) simples, ou unissubjetivas; i. c) complexas, ou intersubjetivas: i. c. a) unilaterais; i. c. b) multilaterais, que consubstanciam as relações jurídicas e seu conteúdo de **direitos** ↔ **deveres**, pretensões ↔ obrigações, ações ↔ situações de acionado e exceções ↔ situações de excetuado; ii) as sanções civis e penais; iii) as premiações; iv) os ônus.

¹¹⁰

¹⁰⁸ “Em todo o campo do direito, sempre que se menciona haver um direito, um dever, uma pretensão, uma obrigação ou qualquer outra categoria eficaz, estar-se-á, em geral, diante de uma relação jurídica, porque haverá sujeitos de direito, um em face do outro, considerados reciprocamente”. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 194.

¹⁰⁹ A que se dá o nome, comumente, de “escada ponteana”, ao passo que os fenômenos jurídicos são observados em três planos: existência, validade e eficácia.

¹¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte, 2015. p. 48.

Da classificação anteriormente reproduzida, é possível analisar que alguns termos podem causar confusão semântica no contexto jurídico da palavra, vez que correspondem, no sentido literal, a expressões tidas como sinônimas. Contudo, faz-se necessário evidenciar algumas distinções terminológicas desses termos, principalmente nos conceitos de *dever jurídico*, *obrigação* e *ônus*, vez que todos estes se encontram na categoria de eficácia jurídica, mas dotam de particularidades.

Tal distinção já foi feita com habilidade e clareza por Eros Grau, ao delimitar com precisão as diferenciações destes vocábulos. Para o jurista, o dever jurídico corresponde a uma relação instituída, “precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser, compulsoriamente, cumprido, sob pena de sanção jurídica — o seu não atendimento configura comportamento ilícito”.¹¹¹ Há de se ressaltar, contudo que no dever jurídico, essa referida vinculação é imposta à vontade, mas consiste no interesse de outrem.

Quanto ao termo *obrigação jurídica*, adverte-nos o professor Eros Grau sobre a sua dualidade, visto que também é utilizado para referir-se à parte passiva de qualquer relação jurídica. Em sentido estrito, porém, consiste em um vínculo relacional entre um sujeito ativo e um passivo, tendo por objeto uma prestação a ser cumprida. Ou seja, “a obrigação consubstancia um direito relativo, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor.”¹¹²

Frise-se que a obrigação também pode se assumir enquanto direito pessoal, conquanto que, “descumprido o dever de prestação, a sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor; de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo Direito.”¹¹³

O *ônus*, por fim, pode ser compreendido como o “vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição à obtenção ou conservação; pelo próprio sujeito, de um interesse seu”. Tal vínculo, contudo, ao contrário daquele que se observa no *dever jurídico*, é abordado com

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 77, p. 177-183, 1982, p. 178. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 18 fev. 2021.

¹¹² *Ibidem*, p. 179.

¹¹³ *Ibidem*.

base no próprio interesse do sujeito e a sua vontade. Nesse mesmo sentido, já elucidou tal distinção Pontes de Miranda:

a) a diferença entre *dever* e *ônus* está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe em satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.¹¹⁴

Feitas tais distinções, rememore-se que o suporte fático da união estável se preenche com a existência de uma união entre duas pessoas, sendo esta pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família. Havendo a juridicização deste suporte fático suficiente, o ordenamento jurídico estabelece direitos e deveres correspondentes, sendo estes de natureza tanto patrimonial, quanto pessoal, haja vista a característica existencial inerente ao próprio direito de família.

Os efeitos patrimoniais da união estável consubstanciam os direitos e deveres de valor econômico, como o nome já pressupõe. Exemplifica-se, portanto, dentre as consequências patrimoniais da união estável as obrigações alimentares e o direito real de habitação, além dos direitos sucessórios e previdenciários. De outro lado, os efeitos pessoais podem ser compreendidos nos direitos e deveres pessoais correspondentes elencados, de natureza não econômica, mas de essência existencial, assim entendida pela intrínseca relação com a personalidade humana. Ressalte-se enquanto característica desses direitos e deveres correspondentes, também, que estes, via de regra, não vinculam terceiros, ao passo que não pode incidir sob estes a responsabilidade oriunda de eventual descumprimento.

Dedica-se esta seção, portanto, à análise desses direitos e deveres pessoais da união estável e as suas implicações práticas, que tal qual a própria união estável, são repletos de subjetividade. Outrossim, tendo em vista que o escopo deste trabalho é evidenciar os direitos pessoais específicos entre os companheiros, em que pese também sejam estabelecidos enquanto efeitos decorrentes da união estável, envolvem consequências peculiares ao próprio vínculo de filiação, a exemplo da guarda e educação dos filhos.¹¹⁵ Assim, oportuna a abordagem aos direitos e deveres, estritamente, dispostos e assumidos entre os companheiros.

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 282 a 443. Tomo IV. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 253.

¹¹⁵ Estes estão expressos tanto no art. 1.724 do código civil, quanto no art. 2º, III, da Lei 9.278/96, que regula a união estável.

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO DOS DIREITOS E DEVERES PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Ao consagrar esses deveres pessoais provenientes da união estável, o legislador, certamente, o fez baseando-se nos deveres do casamento¹¹⁶, entidade familiar até então tida enquanto modelo e ponto de partida no ordenamento civil. Entretanto, apesar da semelhança em alguns aspectos, os efeitos da união estável não possuem correspondência exata, assim corroborando para o reconhecimento da particularidade dos institutos, sendo esta respaldada no respeito à pluralidade familiar materializado em nosso ordenamento jurídico.

Conforme já abordado alhures¹¹⁷, o Código vigente trouxe expresso em seu texto o reconhecimento da união estável, diferentemente do diploma anterior, que apenas reconhecia a família matrimonializada. O ponto de partida não poderia ser outro senão o casamento, tendo em vista que, por mais que houvesse a ampliação do reconhecimento de outras entidades familiares, as estruturas e diretrizes do modelo consolidado por anos não foram – e nem teriam como ser – ignoradas pelo legislador ao elaborar o novo Código Civil.

As normas estruturais dos direitos e deveres dos companheiros tiveram como parâmetro as designadas aos cônjuges, seja para retirar a carga negativa que a relação ainda possuía no ordenamento, encontrando na equiparação ao casamento uma forma de dignificá-la¹¹⁸, seja pela essência da convivência enquanto geradora de estado de casado¹¹⁹.

O Código Civil de 1916 reservava o Título II do Livro I (“Do direito de família”) para tratar “Dos efeitos jurídicos do casamento”, no qual dispunha alguns deveres jurídicos recíprocos, além de atribuir direitos e deveres específicos do marido ou da mulher. Enquanto deveres de ambos cônjuges, elencava-se no art. 231: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; e sustento, guarda e educação dos filhos.

¹¹⁶ Esses estão dispostos no art. 1.566 do código civilista, o qual disciplina: “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.”

¹¹⁷ Cf. tópico 1.1.2: “Da regulamentação da união estável no ordenamento jurídico brasileiro”.

¹¹⁸ Muito se atribui, às equiparações contemporâneas da união estável ao casamento esse fundamento, embora registre-se as ressalvas quanto ao evidente reforço da consideração do matrimônio enquanto modelo familiar “por excelência”.

¹¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil. Famílias**, 2018. p. 172.

No código de Beviláqua, as mulheres casadas, enquanto subsistia a sociedade conjugal, possuíam incapacidade relativa¹²⁰. Com as disposições do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 1962), que conferiu a plena capacidade jurídica à mulher, esta assumiu a condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal¹²¹, ampliando, também, a sua atribuição nesta, mormente pelo dever de velar pela direção material e moral da família¹²².

Importa destacar, de outro giro, que aquele Código possuía essa “falta de ordenação lógica, entremeando-se preceitos de natureza pessoal com os de ordem patrimonial”¹²³, distintamente do Código de 2002, que procurou trazer uma sistematização maior desses pontos, reservando no seu Livro IV, o Título I às disposições de direito pessoal e no Título II, as de direito patrimonial, conforme as próprias designações revelam.

Fato é que, clarividente que o Código Civil de 2002, em seu art. 1.724, basicamente reproduziu as normas estabelecidas entre os cônjuges, ao passo que elenca lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos enquanto deveres recíprocos que compreendem a união estável. É certo que se avultam divergências dos termos atribuídos, visto que para o casamento é disposta a fidelidade enquanto dever pessoal oriundo da relação conjugal, ao passo que para a união estável, comina-se a lealdade, distinções terminológicas que serão melhor analisadas mais adiante. Destaque-se, ainda, que a Lei 9.278/1996, que até então balizava as relações convivenciais, absteve-se de eleger quaisquer desses dois termos

¹²⁰ É justo registrar, contudo, que não se atribui à Clóvis Beviláqua a inclusão do inciso II do artigo 6º no código civil de 1916, mas sim à comissão revisora do projeto: “Foi a Comissão Revisora do Projeto por êle elaborado que fez êsse acréscimo o qual se pode classificar de excrescência, no sentido, que os dicionaristas registram, de ‘cousa que afeta ou desequilibra a harmonia de um todo’ (Laudelino Freire, Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa; Aulete, Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa).” *In*: Parecer da Comissão Especial, publicado no Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros de 1949, p. 222-226, aprovado em 18 de maio de 1950, conforme ata da V Sessão Ordinária do Instituto *apud* GAZELE, Catarina Cecin. **Estatuto da mulher casada**: uma história dos direitos humanos das mulheres no Brasil.194f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Naturais) – Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo, 2005. p. 74.

¹²¹A primeira redação do art. 240 do código registrava a mulher enquanto “auxiliar” nos encargos da família. Impende destacar, contudo, que o Estatuto da Mulher Casada, ao alterar o art. 233, continuou atribuindo ao marido a condição de chefe da sociedade conjugal, acrescentando-se a colaboração da mulher para o interesse comum do casal e dos filhos.

¹²² Com a Lei nº 4.121, de 1962, acrescentou-se ao mesmo artigo o dever da mulher de velar pela direção material e moral da família: Art. 240 do Código Civil de 2016, incluído pela Lei nº 4.121. de 1962: “A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.”. Este trecho do dispositivo foi mantido na última alteração da redação, feita pela Lei nº 6.515, de 1970, que apenas retirou a assunção automática dos apelidos do marido pelo casamento, ao passo que permitiu a escolha quanto ao acréscimo ou não.

¹²³ REALE, Miguel. **Anteprojeto do código civil**. Conferência do Magnífico Reitor Miguel Reale, da Universidade de São Paulo, sobre o Anteprojeto do Novo Código Civil (Reconstituída segundo notas taquigráficas), no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 8 de junho de 1972, p. 21.

suscitados em seu artigo 2º¹²⁴, sendo, de fato, algo acrescido ao ordenamento jurídico pelo Código Civil de 2002. Impende registrar, contudo, que ainda em 1996, tramitava o Projeto de Lei de nº 2.686/96, que já trazia a lealdade enquanto consequência da união estável em seu texto.¹²⁵

A existência desses deveres pessoais, por conseguinte, é para imprimir às relações familiares uma proteção à personalidade de seus membros, vez que estabelecendo os deveres enquanto qualidades essenciais à manutenção de um relacionamento “saudável”, ter-se-iam protegidas as condições psíquicas das atitudes do outro. Insta dizer, em outras palavras, que esses deveres pessoais consistem em alguns valores são postos enquanto primordiais para que a relação não enseje em danos à personalidade de seus membros.

Contudo, a análise desses deveres pessoais, devido, especialmente, à carga moral que carregam, depara-se com uma contraditória tendência: ao mesmo tempo em que cresce na doutrina civilista o espaço de proteção para novos valores que se determinam a marcar a família contemporânea¹²⁶ – a exemplo do afeto e da visão do *eudemonismo* como elemento estruturante do direito de família¹²⁷ –, valores estes de dimensão igualmente moral e que têm sido suscitados enquanto aptos a ensejar responsabilização, insiste grande parte da doutrina em afastar a relevância jurídica dos deveres pessoais, considerando-os letra morta no ordenamento jurídico, exatamente, pelo seu “ultrapassado” teor moralista.

A constatação desse descompasso, portanto, exige a análise pormenorizada desses deveres, da exigibilidade jurídica e das suas implicâncias práticas, vez que as dinâmicas sociais, tendem a remodelar até mesmo os mais sólidos e – supostamente – intocáveis institutos do Direito. Nesse diapasão, faz-se interessante o reexame contínuo destes, com o intuito de compreender a aplicabilidade de determinadas normas jurídicas e contextualização na atual concepção do Direito de Família, releitura à qual dedicam-se as próximas páginas.

¹²⁴ Este, por sua vez, assim prevê: “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.”

¹²⁵ A redação do projeto também não estabelecia os deveres oriundos das relações de filiação, trazendo ao art. 2º o seguinte texto: “Decorrem da união estável os seguintes direitos e deveres para ambos os companheiros, um em relação ao outro: I- lealdade; II- respeito e consideração; III- assistência moral e material.”

¹²⁶ Nesse viés, tem-se as palavras da Professora Fabíola Albuquerque “novos valores, princípios, quebras de paradigmas estão entre as tantas conquistas rupturas da família contemporânea”. *In: Op. cit.*, p. 93.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 92.

3.2 DOS TIPIFICADOS DEVERES PESSOAIS ENTRE OS COMPANHEIROS: LEALDADE, RESPEITO, CONSIDERAÇÃO E ASSISTÊNCIA MORAL

Conforme já antecipado, destinam-se a disciplinar os deveres pessoais da união estável a Lei 9.278/1996, em seu art. 2º, juntamente ao Código Civil vigente, em seu art. 1.724, dispositivos estes que estabelecem, praticamente, conteúdos similares. Naquela lei, contudo, destaca-se que não foi elencada a *lealdade* enquanto direito e dever igual dos conviventes, limitando-se esta a definir em seus incisos I e II aqueles oriundos da relação e de alcance aos próprios conviventes (respeito e consideração mútuos e assistência pessoal e material recíproca) e no inciso III, os intrínsecos à própria relação de filiação (guarda, sustento e educação dos filhos comuns).

Cumprir frisar que esses “direitos e deveres mencionados nos incisos I e II são recíprocos, demonstrando-se não só no tratamento íntimo dos conviventes, mas também em seu relacionamento”¹²⁸. Ou seja, apesar de aparente subjetividade, são passíveis de ser aferidos também de maneira objetiva, na presença de alguns comportamentos esperados e característicos da própria relação. É imprescindível reiterar, contudo, que tais características apesar de serem postas enquanto essenciais à relação familiar, jamais podem ser confundidas enquanto elementos de constituição, já tendo sido demonstrado que constituem verdadeiros *efeitos* derivados da união estável, devendo centrar a análise na *eficácia* e não na *existência* do fato jurídico centrado na formação desta entidade familiar.

A confusão nessa análise se dá, entretanto, pela semelhança entre as atitudes esperadas de uma relação, sobretudo na aferição do *objetivo de constituir família*. Sendo esse elemento constitutivo compreendido e aferido na prática pela análise das características comportamentais, já que consiste na avaliação do comportamento de *ser efetivamente* família, é de fácil confusão com os *deveres pessoais* da união estável, já que também pressupõem certos *comportamentos* esperados e essenciais ao vínculo familiar. Em que pese seja fácil incidir em tal confusão, juridicamente esta jamais pode subsistir, sob pena de cair em atecnia, motivo pela qual insiste-se no apelo da análise dos *deveres jurídicos* na categoria *eficacial*.

O Código Civil, por sua vez, além de acrescentar o dever jurídico de *lealdade*, expressamente, diferentemente da Lei nº 9.278/1996, não distinguiu as formas de *assistência*, em que pese seja evidente a leitura deste pelo viés pessoal e patrimonial. Resta claro, no entanto,

¹²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Op. cit.*, p. 313.

que essa *assistência*, em qualquer dos sentidos, demonstra-se enquanto expressão do princípio da *solidariedade*, basilar para todo o Direito de Família.

Diversamente da assistência material, contudo, a assistência moral não reflete em teor economicamente valorado, consistindo na adoção de uma postura de ajuda ao outro, de esforço pessoal comum, na formulação conjunta de planos ou de projetos de vida. Pode ser considerada, ainda, enquanto sinônimo de *apoio*, ao passo que se torna imperiosa a conscientização da individualidade de cada companheiro, evidenciando a importância do reconhecimento das particularidades de cada companheiro e do apoio recíproco nas atividades desenvolvidas por estes. Ou seja, dedicar-se a dar conselhos, ao priorizar a companhia, presença e participação na vida um do outro, e ao conferir disponibilidade e ajuda nos mais diversos momentos, pode-se compreender enquanto exemplos de assistência pessoal.

Também é de fácil percepção que a assistência moral consiste em reflexo do *objetivo de constituir família*, visto que é esperado do *ser família*, a ajuda mútua e o apoio nos projetos individuais e comuns. Por consistir em um critério mais amplo, será mais facilmente compreendida como toda a colaboração que não for patrimonial, o que engloba o apoio psicológico e pessoal necessário à vida comum e, ainda, à individualidade de cada companheiro. Essa consideração à individualidade pode ser compreendida, por sua vez, enquanto reflexo do *respeito*, igualmente elencado como dever jurídico.

Em linhas gerais, o dever de respeito consiste na observância das liberdades individuais e dos direitos da personalidade no trato entre os companheiros, de modo a conferir harmonia na relação familiar, evitando conflitos que comprometam a paz e o bom convívio familiar. Ou seja, impõe de um companheiro ao outro o bom trato, com a consciência e a compreensão das individualidades, bem como aos acordos desenvolvidos na própria relação, de conhecimento particular do casal, atendendo à confiança estabelecida e esperada pelo vínculo familiar.

A *consideração*, por seu turno, consiste em um misto dos dois deveres anteriormente esmiuçados: o respeito e a assistência. Essa consideração se demonstra enquanto atitude de reflexo do respeito e estima exigido às relações convivenciais, verificada ainda no atendimento às *expectativas* de conduta do casal, seja pelos pactos particulares estabelecidos por estes, seja pela expectativa de comportamento geral de uma relação familiar.

De outro giro, ao rememorar a *eticidade* enquanto princípio fundamental do Código Civil de 2002, encontramos em todos esses deveres suas expressões, além de residir a sua máxima no *dever de lealdade* atribuído aos companheiros. O contraste em evidência desta *eticidade* se torna nítido, especialmente, quando analisado ao formalismo técnico-jurídico do Código anterior, ao passo que a legislação de 2002 objetivou um sentido mais aberto e

compreensivo dos vínculos, sobretudo com atenção às ampliadas influências que os meios de informação exerceram no final do século XX.¹²⁹

A lealdade estabelecida como um dever expresso às uniões estáveis se justificaria enquanto um apelo do código civilista também em reforço à solidariedade entre os conviventes, que, aliás, é uma conduta esperada em todas as relações jurídicas, visto que é expressão clara da boa-fé objetiva. Com efeito, “se já nas relações em geral as pessoas devem agir com lealdade, imperativo de solidarismo que se atingiu ao patamar de valor fundamental da República, como está no artigo 3º, I, da Constituição Federal, tanto mais assim em que é relação familiar, marcada pelo afeto e pela especial noção de solidariedade entre os conviventes”¹³⁰

Demonstra-se manifesto o conteúdo ético no subjetivismo que carrega a noção de lealdade, possuindo diferenças semânticas à própria *fidelidade* estabelecida enquanto *efeito* do casamento. Evidenciando essa distinção, percebe-se que à fidelidade é atrelada um teor monogâmico, sobretudo quando se analisam outras questões marcantes no histórico do ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode olvidar que o Código Penal, datado de 1940, reservou um capítulo específico para tipificar os crimes contra o casamento, inclusive o de adultério,¹³¹ denotando a repulsão que tal prática desenhava ao ordenamento jurídico, especialmente, por ser matéria penal, seara que consiste na *ultima ratio* de nosso sistema.

Assim como os demais deveres jurídicos, espera-se certos comportamentos éticos por força tanto da lealdade quanto da fidelidade. No entanto, nesse último, destaca-se pelo conteúdo monogâmico expresso enquanto efeito do casamento. Não se intenta retomar, todavia, a questão da aplicabilidade da monogamia nas uniões estáveis, visto que já discutido no item 2.3. que o histórico, a estruturação e o reconhecimento jurídico tal qual se insere a união estável

¹²⁹ Sobre a eticidade no Código Civil de 2002, nada melhor do que os comentários de quem participou de sua elaboração, e que ao comparar com o então código em vigência (1916) com as inovações trazidas no novo código, oportunamente nos trouxe sua visão quanto a eticidade. Nas suas palavras: “Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles devem se compatibilizar. [...] Freqüente é no Projeto a referência à probidade e à boa-fé, assim como à correção (*correttezza*) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídicas.” In: REALE, Miguel. Visão geral do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, Edição Especial Parte I, Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil”, p. 38-44, fev./jun. 2002, p. 40.

¹³⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Efeitos pessoais da união estável**. In: Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. José Fernando Simão, Jorge Shiguemitsu Fujita, Silmara Juny de Abreu Chirellato, Maria Cristina Zucchi, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 332.

¹³¹ Apesar da prática social já revelar há certo tempo a sua inaplicabilidade, o crime de adultério apenas foi revogado em 2005, por força da Lei de nº 11.106.

ainda pressupõe e estampa monogamia às relações. Essa distinção semântica entre fidelidade e lealdade já foi inclusive levantada como decorrência lógica para a possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, mas com forçoso esquecimento da monogamia enquanto elemento estruturante do sistema jurídico¹³², que não prosperou, conforme já exposto no tópico 2.2 deste trabalho.

Defende Flávio Tartuce, de outro giro, que “a exclusividade, apesar de não constar, expressamente, no art. 1.723 do novo Código Civil, constitui para nós um dos requisitos para a união estável, relacionada com a intenção de constituição de família – boa-fé subjetiva – e decorrente dos seus deveres, constantes do art. 1.724 da atual codificação – boa-fé objetiva.”¹³³ Apesar de concordar com a expressividade e indispensabilidade da boa-fé, entende-se de maneira diversa quanto à inserção da *exclusividade* no elemento constitutivo, vez que esta não se confunde com o reconhecimento da relação entre *duas pessoas*, ao passo que mais se aproxima do *efeito* da fidelidade.

Quando defende a doutrina¹³⁴ que lealdade é gênero da qual a fidelidade é espécie, assiste razão, visto que é notório o seu amplo alcance, exatamente, por remeter à cláusula geral de boa-fé, tendo em vista que a lealdade consiste no “respeito aos compromissos assumidos, radicando nos deveres morais de conduta”¹³⁵. A fidelidade, por sua vez, restringe-se ao reforço da estruturação monogâmica do direito de família, além de que “a razão de se adotar lealdade, em vez de fidelidade, é o intuito do legislador de acatar uma postura mais ampla e mais aberta, pois ela não se restringe à questão sexual, mas abrange a existência de honestidade mútua dos companheiros”¹³⁶

¹³² Nesse sentido: “Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexiste a obrigação de ser fiel. E, se os companheiros não têm o dever de ser fiéis nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas. Assim, nada impede o reconhecimento de vínculos simultâneos.” *In*: DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias** / Maria Berenice Dias. 14 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 602.

¹³³ TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1986, 8 dez. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12050>. Acesso em: 09 set. 2020.

¹³⁴ Nessa perspectiva, Cf: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Op. cit.*, p. 407 e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil, volume XX**: da união estável, da tutela e da curatela. Colaboradores e equipe de pesquisa, Ana Carolina Brochado Teixeira, Cláudia Maria Silva; coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 95.

¹³⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias, p. 173.

¹³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 96.

Constata-se, portanto, que a *lealdade*, especialmente, revelada enquanto expressão de boa-fé, demonstra-se enquanto um elemento imprescindível para além da relação pessoal do casal, consistindo em um componente essencial na formação familiar. Por ter a família especial proteção do Estado conforme comando constitucional, não se pode ignorar um mínimo ético comum, sob pena desta proteção se dar com bases frágeis.

Não se defende, contudo, nenhuma grande imposição de *deveres* moralizantes excessivo ou sem sentido ou razão de existir no ordenamento, mas admitir condutas de má-fé no Direito de Família, quando estas não são admitidas nas relações negociais, por exemplo, é o mesmo que reduzir sua grandeza no sistema jurídico e até coloca em *xequê* a sua relevância social, desconsiderando aquela que outrora se conferiu o *status* de *base da sociedade*.

O princípio da liberdade familiar, por sua vez, não merece ser suscitado para ausentar um elemento que preexiste à própria família, além de que este dever de boa-fé se apresenta enquanto um limitador das atitudes de cada companheiro não de maneira arbitrária e injustificada, mas em prol da relação familiar. Não se deve confundir a defesa desta intervenção estatal com a imposição de *manter* a família em termos diversos dos pretendidos pelos companheiros, visto que desinteressa ao direito qualquer determinação que fere a *pluralidade*. Tratam-se tais direitos-deveres, portanto, de imperativos relacionais.

Sem embargo, a tipificação desses deveres pessoais imprime às relações familiares uma proteção à personalidade de seus membros, vez que ao elencar tais os deveres enquanto qualidades essenciais à existência, desenvolvimento e manutenção de um relacionamento “*sadio*”, estabelecem premissas mínimas e basilares a qualquer relação. Sendo esses deveres primordiais para que a relação não enseje em danos à personalidade de seus membros dentro de um âmbito propício a um mínimo existencial, as suas tipificações se justificam ainda mais diante da crescente visão da família enquanto espaço de realização existencial de seus membros, especialmente, pela ideia de “*repersonalização*”¹³⁷ do Direito de Família.

Esses deveres de ordem pessoal elencados tanto no art. 1.724 do *códex* civilista, juntamente com os do art. 2º da Lei 9.278/1996, revelam-se enquanto uma tutela *supraindividual*, não se limitando a tutelar interesses específicos da personalidade de cada um dos membros da família, mas os interesses do próprio grupo familiar. Apesar da família

¹³⁷ Sobre este termo, a Professora Larissa Leal nos adverte oportunamente: “[...] sendo conveniente lembrar que jamais foi personalizado, jamais teve como núcleo central a pessoa humana, aspecto que nos autoriza a entender tal fenômeno como uma personalização do direito de família, movimento inédito e relevante para o tratamento das questões familiares. Não haveria, por esse modo, repersonalização, mas, sim, personalização do direito de família nos tempos atuais.” *In: A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação / Larissa Maria de Moraes Leal. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, 2006, 272 f., p. 171 e 173.*

consistir em um espaço em que a individualidade é desenvolvida, os efeitos esperados da união estável expressam um reforço da necessidade de se tutelar a família, visto que a *lealdade*, o *respeito*, a *consideração* e a *assistência moral* são de um companheiro perante o outro, visto que essenciais para a própria essência de uma família estada na convivência.

Em outras palavras, esses deveres de ordem pessoal são verdadeiros comandos a que os companheiros estão obrigados entre si por força da própria união estável. Não se trata de normas de conteúdo ético sem efeito por simples presunção doutrinária, ao passo que se revelam necessários os esforços para analisar os critérios que preenchem o conteúdo que tais normas trazem em sua essência. Ou seja, não há como analisar os efeitos da união estável sem antes recorrer à pergunta do que consiste o próprio instituto familiar, ou do que espera o ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecê-lo enquanto família.

Não se pretende, com tal análise, trabalhar em um direito *em descompasso* com a sociedade, nem tampouco se socorrer às buscas de uma família ideal, mas é imperioso que se analise a especificidade dessa configuração familiar, sob pena de comprometer a sua própria autonomia, caso se ponha de lado os parâmetros relacionais aos quais o direito conferiu proteção.

Pelo que se depreende do próprio texto constitucional, são vários os princípios que consolidam essa proteção familiar para que se assegure o desenvolvimento das personalidades dos próprios integrantes da família. As normas de conduta estabelecidas na legislação infraconstitucional, em relação aos deveres dos companheiros, portanto, têm como escopo atender aos valores elencados por meio de comando constitucional, vez que refletem direitos e garantias individuais aos quais o ordenamento jurídico conferiu especial relevância ao desenvolvimento pessoal.

E é, justamente, para assegurar um ambiente familiar propício ao desenvolvimento de cada integrante da família, atendendo-se, dessa forma, aos referidos comandos constitucionais, que a legislação infraconstitucional estabelece determinadas normas de conduta. Nessa senda, a assistência moral, a consideração, bem como condutas leais e respeitadas são esperadas pelos companheiros, revelando-se enquanto *freios* em proteção ao desenvolvimento das personalidades dos integrantes da família.

3.3 A OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO AO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PESSOAIS DOS COMPANHEIROS E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Apesar de havê-los elencado, o ordenamento jurídico brasileiro não determinou nenhum critério legal-objetivo quanto ao que, efetivamente, consistem, tampouco quanto às consequências do descumprimento dos deveres pessoais entre os conviventes, revelando-se enquanto perigosas normas “*coringas*” aos operadores do direito, visto que propiciam fundamentações de decisões de acordo com a vontade.

É preciso rememorar, primeiramente, que a herança histórica por mecanismos que garantissem à sociedade a liberdade e autonomia refletiu, na formação da estrutura do direito civil brasileiro, sobretudo com o fenômeno de codificação. No século XX, a crença na segurança jurídica por meio dos códigos, gerava nos juristas a necessidade de consolidação de um direito de caráter sistemático, visto que a tendência de codificação parecia ser a promessa de previsibilidade do comportamento alheio dos indivíduos e dos limites de interferência estatal.

Essa codificação, inevitavelmente, trouxe fortes legados de modos de observação de aspectos valiosos à análise do Direito Civil, sobretudo em relação à necessidade de segurança jurídica. Sob o viés da codificação, era feita uma análise dinâmica da matéria ali condensada, visto que “não se aproveitam somente as leis existentes, mas são feitas eliminações, adaptações e inovações”¹³⁸. Essa tendência à exaustividade na regulação, por sua vez, tem consabida base iluminista e jusracionalista¹³⁹, ao passo que intentava prever o alcance de todas as situações imagináveis à sociedade.

Com o passar dos anos, sobretudo com as fortes mudanças sociais do cenário pós-guerra, o mundo, de uma maneira geral, deparou-se com a necessidade de reanalisar e contemplar outros valores igualmente importantes à segurança jurídica, sendo exigida a adequação do direito às novas demandas que surgiam. Principalmente após a Segunda Guerra Mundial, “as demandas sociais impostas pela realidade exigiram uma legislação mais dinâmica, efêmera e adequada a esse fim assistencial às novas classes e grupos sociais emergentes”¹⁴⁰.

¹³⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 61.

¹³⁹ Como bem esclarece Wieacker, diferem-se os movimentos, em que pese correlacionados e, fortemente marcados pelo racionalismo, ao atentar que o iluminismo se caracteriza, sobretudo, por conferir uma ruptura moral e religiosa, que culminou em um novo modo de atitudes em relação à vida, enquanto o novo sistema do jusracionalismo foi uma versão desenvolvida através de uma filosofia social já presente na tradição da Antiguidade ocidental, só tendo se tornado possível sua nova formação através dos pensadores do primeiro iluminismo. *In*: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 353-354.

¹⁴⁰ TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização e reprivatização no direito privado: o código ainda é útil? **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Ano 1, n. 10, p. 6417-6453, 2012. p. 6436.

Esse cenário revelou um período em que os códigos civis transpareciam as suas limitações, culminando em um momento de certa frustração com o escopo inicialmente previsto da codificação, não se ignorando que leis de conteúdo gerais continuaram sendo elaboradas, como bem elucida o Professor Torquato de Castro Jr.:

Entre as promessas emancipatórias da modernidade, podia-se inscrever a expectativa de que a lei, assumindo essa forma sistêmica de “códigos”, pudesse traduzir ostensivamente todo o direito exigível, relativamente a certa área do saber jurídico, revelando-o por meio de formulações gerais de caráter cogente, que assim se tornariam acessíveis à compreensão de todos. A promessa certamente não se cumpriu; porém, os códigos sobreviveram, não sem perdas, a essa frustração que, vista de hoje, era, todavia tão claramente previsível. E se não se espera mais que esgotem o direito, leis de caráter sistêmico, conceituais e relativas a certa generalidade de problemas continuam a ser elaboradas, em nível nacional e, principalmente, nos novos regramentos de mercado e comércio internacionais.¹⁴¹

Nesse viés, é certo que, hodiernamente, não se espera mais que a lei esgote todas as possibilidades do direito exigível, especialmente em matéria de família que, além de ter um caráter socialmente dinâmico, reúne questões sensíveis, dada a importância da instituição no desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes. Ainda, não se pode olvidar da própria liberdade de constituição que lhe é essencial e requer uma intervenção mínima do Estado, ao passo que o Direito de Família tem um direcionamento principiológico que *incentiva e salvaguarda* a criação do espaço de particularidades.

Já conformados de que a lei não consegue compreender determinações para todas as situações fáticas, juridicamente relevantes, deve se assessorar das outras fontes do direito, sobretudo quando se depara com o fenômeno das lacunas. Tal fenômeno consiste, em síntese, na “deficiência” de abrangência do direito, em que algumas situações não são contempladas pela norma, cabendo ao intérprete a tarefa de tentar solucionar tal problema.¹⁴² A lacuna seria, assim, uma incompletude insatisfatória dentro da totalidade jurídica.

A inevitável existência de lacunas no direito não pode impedir o controle jurisdicional, sendo a inafastabilidade do controle jurisdicional um comando constitucional, que assume a

¹⁴¹ CASTRO JR, Torquato de. Constitucionalização do Direito Privado e Mitologias Da Legislação: Código Civil Versus Constituição? *In: O judiciário e o discurso dos direitos humanos* / Artur Stamford da Silva, organizador. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011, p. 62-63.

¹⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5.d. São Paulo: Atlas, 2007. p. 218-223.

característica de princípio jurídico¹⁴³, respaldado no art. 5º, XXXV¹⁴⁴. Na legislação infraconstitucional, o Código de Processo Civil assim dilucida, em seu art. 140: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Nesse mesmo contexto, ainda dispõe a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁴⁵, em seu art. 4º, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Dessa forma, em decorrência de tais normas, o Poder Judiciário não pode deixar de julgar uma causa a ele submetida, vez que sobrevém a vedação ao *non liquet*¹⁴⁶, um axioma, raramente, contestado ou debatido no direito brasileiro¹⁴⁷, que para evitar um colapso no sistema pela escusa de solução jurisdicional, proíbe a abstenção do Estado de decidir a generalidade das questões que lhe são postas. No entanto, é imprescindível pontuar que apesar da impossibilidade de não se furtar da decisão, isso “não significa que ele deva, necessariamente, decidir todas as questões, substituindo-se à vontade das partes.”¹⁴⁸

Há questões que não estão sujeitas a intervenção judicial (questões políticas, por exemplo) e outras em relação às quais as partes podem dispor como bem entenderem (em diversas matérias patrimoniais, v.g.) e, inclusive, recorrer a métodos alternativos de solução de conflitos, que afastam a possibilidade de o Estado-Juiz arbitrar ou decidir a matéria. Em outras palavras, a intervenção judicial é obrigatória de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes. A inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser assegurada tanto quanto possível, mas pode ceder a outros valores (como autonomia da vontade, por exemplo, no caso da arbitragem) igualmente fundamentais.¹⁴⁹

¹⁴³ Nesse sentido, ressalta Rafael Koatz que, em sua maioria, os direitos fundamentais são positivados, por meio de princípios, e não de regras. Em sua visão, a inafastabilidade do controle jurisdicional é um princípio jurídico, pois deve ser assegurada tanto quanto possível, mas pode ceder a outros valores fundamentais. Parte da premissa que a realização do que a norma exige seria parcial no caso de um comando principiológico, enquanto os direitos garantidos por uma norma com estrutura de regra, o direito deve ser realizado de maneira total. *In: A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015, p. 176-181.*

¹⁴⁴ “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: [...] XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁴⁵ Decreto-Lei nº 4.657 de 1942.

¹⁴⁶ Termo de herança do Direito Romano, no qual era possibilitado ao juiz que se deparava com uma questão em que havia obscuridade na situação jurídica analisada, declarar o “*non liquet*”, que, em tradução livre, significa que “não está claro”. Assim, o juiz se desobrigava da decisão.

¹⁴⁷ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *Op. cit.*, p. 173.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 180.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*.

Em que pese a existência de lacunas, bem como a necessidade de interpretação do juiz inerente à própria atividade jurisdicional, não há como interpretar as normas sem critérios minimamente estabelecidos. É imperiosa a existência de parâmetros capazes de guiar a a decisão do magistrado, impondo limites à interpretação do texto legal, sob pena de usurpar a competência do poder legislativo e incorrer em grave afronta à separação dos poderes e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Não se pode olvidar, ainda, que a função interpretativa e aplicadora da norma deve se pautar em parâmetros que guardem coerência com as disposições recorridas. No Direito de Família, sobretudo, o equilíbrio entre a interpretação e a segurança jurídica deve ser constante, de modo que qualquer decisão proferida consiga perceber as particularidades de cada família, mas também não se transforme em um direito à mercê das interpretações, como se já não bastasse as dificuldades da dinâmica social no decurso do tempo que lhe são peculiares.

Há de se observar que as normas de conteúdo mais amplos e genéricos acabam sendo necessárias à legislação em matéria de família pela sua própria essência plural. Essa peculiaridade do Direito de Família, em que não se pode engessar nem reduzir o amplo significado que alcançam palavras como “respeito, lealdade, consideração e assistência”, não pode, contudo, afastar um valor que sempre foi necessário ao direito: a segurança jurídica. Para isso, é necessária a coerência das decisões judiciais com os princípios e os valores que traduzem a identidade cultural da sociedade, como bem sintetiza Gustavo Tepedino:

Entretanto, não há respeito à isonomia quando o magistrado deixa de perceber a singularidade de cada caso concreto e, mediante procedimento mecânico, faz prevalecer o texto abstrato da regra. Por outro lado, o silogismo revela-se capaz de camuflar intenções subjetivas ou ideológicas do magistrado, poupando-lhe da imperiosa necessidade de justificar sua decisão e oferecendo-lhe salvo-conduto para escapar do controle social quanto à aderência de sua atividade interpretativa à axiologia constitucional. Segurança jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios e os valores constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade. Em alguma medida, as novas tecnologias denunciam, com o dinamismo de sua evolução, o ocaso da ideologia da subsunção. Surgem a cada dia questões inovadoras, sequer cogitadas pelo legislador, muito distantes das previsões abstratas pretensamente capazes de regular o comportamento social. Basta pensar no impacto das tecnologias de captação, armazenamento e divulgação de imagens na tutela da personalidade; das tecnologias de comunicação na formação dos contratos; das tecnologias de construção e exploração econômica sobre a propriedade e outros direitos reais; das tecnologias reprodutivas sobre o direito de família e de sucessões, e assim por diante.¹⁵⁰

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis Gustavo Tepedino. *Revista novos estudos jurídicos*, v. 24, n.1, p. 22-32, 2019, p. 34-35.

É fato que se percebe no Direito de Família uma tendência de priorizar o princípio da pluralidade familiar, sobretudo pelos crescentes esforços dos últimos anos nos reconhecimentos da família não matrimonializada. Mas, ao socorrer do Judiciário em todas as demandas familiares, inevitavelmente, revela-se “uma sociedade que espera, através da decisão judicial, a resposta para todos os seus conflitos, aí incluídos aqueles que sequer têm solução jurídica possível”.¹⁵¹

O cenário do Direito de Família brasileiro encontra barreiras, ainda, em seu próprio processo legislativo, que reitera certa inércia em regulamentar algumas questões constitucionais pontuais de eficácia limitada, ao passo que a necessidade de se submeter à prestação jurisdicional para obter o efetivo exercício do direito acaba sendo inevitável. A bem da verdade, isso contribuiu para que o Direito Civil, de modo geral, se transformasse em “um imenso laboratório de ponderações alquímicas. É difícil comparar o Direito Civil com alguma outra área jurídica na qual a ponderação atingiu semelhante nível de excessos. Mesmo em conflitos que dispensariam perfeitamente o recurso a direitos fundamentais, procede-se à “ponderação de princípios”.¹⁵²

O que se percebe é que se, de um lado, tem-se no Direito Civil brasileiro a necessidade de sistematizar seus institutos por meio da lei, tem-se, do outro, a igual necessidade em se resguardar as particularidades inerentes à família, sobretudo pelo comando constitucional de liberdade familiar. O trânsito e o importante equilíbrio entre essas necessidades são perceptíveis ao analisar no que, efetivamente, consiste o descumprimento dos deveres pessoais inerentes à união estável, escopo deste trabalho.

Ao passo que o Código estabelece os seus valores esperados à relação entre os companheiros, não determina, legalmente, a sua conceituação, conforme já ponderado, o que dificulta a delimitação do que vem a configurar um descumprimento daqueles deveres, bem como as suas consequências. Em que pese as indiscutíveis dificuldades suscitadas, cumpre enfatizar que a omissão legal, por si só, não tem o condão nem de “*fazer inexistir*” a norma, visto que a exigibilidade e coercitividade independem da norma expressa.

Sabendo da limitação das leis, que não mais se atêm ao escopo exegético de trazer respostas para todas as situações, por meio da análise literal do texto legislativo, tem-se

¹⁵¹ CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do direito de família codificado no Brasil**. Porto: Editorial Juruá, 2019. p. 219.

¹⁵² RODRIGUES JR, Otávio. **Direito civil contemporâneo**. Estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais, p. 274.

enquanto decorrência fática a judicialização das demandas, sobretudo no Direito de Família. Essa judicialização é “circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”, pelo próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, quando adota a possibilidade do controle difuso, que permite o exercício da jurisdição tanto por juiz singular, quanto pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário, de modo a constatar se as normas aplicáveis ao caso concreto atendem aos preceitos da Constituição Federal.

A *judicialização*, contudo, não se confunde com a *jurisdicização da sociedade* que, como bem sintetiza o Professor Dimitre Braga, corresponde ao “fenômeno que reconhece os juízes e tribunais como peças-chave na tomada de decisões de significativa importância e sensibilidade para o contexto social. Tanto mais profunda será a judicialização das relações de família quanto mais jurisdicizada for a sociedade em análise.”¹⁵³ Tampouco não se confundem *judicialização* e *ativismo judicial*, este último compreendido enquanto uma ação do julgador, consubstanciada na “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”¹⁵⁴

Ainda, essa atuação com desvio da função judicante é perigosa ao direito de maneira geral, sobretudo porque “nesses casos de criação judicial do direito, o que move os juízes a manipularem o sentido literal das normas jurídicas, descobrindo novos significados para estes textos legais, está intimamente relacionado com o sentimento de justiça que carregam.”¹⁵⁵ Assim, aceitar com naturalidade a prática do ativismo judicial é deixar o Direito de Família à mercê do poder criativo dos magistrados, com base em uma vergável noção de justiça. O papel da doutrina na sugestão de limites e indicação de critérios e situações em que o magistrado dita o direito torna-se oportuno para a conjectura atual, como bem elucida Maria Celina Bodin de Moraes:

Se antes as soluções repousavam na lei –na época em que o juiz era considerado simples mensageiro desta (na expressão clássica de Montesquieu, *la bouche de la loi*) –, o problema a ser enfrentado, no contexto atual, corresponde a determinar de que forma (isto é, em que nível de fundamentação), com base em que critérios e

¹⁵³ E prossegue: “No contexto brasileiro, a junção dos vários aspectos tratados anteriormente (excesso de princípios, constitucionalização do Direito de Família, uso indiscriminado de cláusulas gerais, subjetivização extrema das relações de família etc.) construíram uma sociedade extremamente jurisdicizada, visceralmente afeita aos contornos judiciais, com destaque para a matéria de família.” *In: CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. A Crise do Direito de Família Codificado no Brasil.* p. 222.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In: Suffragium* – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v.5, n.8, p.1-177, jan/dez. 2009. p. 14.

¹⁵⁵ NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do direito.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 164.

em que situações o Direito deverá ser dito pelo magistrado (o direito segundo a boca-do-juiz). O deslocamento foi radical e parece imprescindível sua rápida identificação, para que se comece, doutrinariamente, a sugerir limites e a indicar possibilidades.¹⁵⁶

Apesar de a própria aplicação da lei não se reduzir, por si só, a uma atividade, puramente cognitiva do texto literal da norma, visto que não há como se afastar, completamente, de normas de moral, justiça, juízos sociais de valor¹⁵⁷, cumpre enfatizar que “a superação da aplicação mecânica não pode funcionar como pretexto para se conferir ao magistrado anuência para decidir, de acordo com suas concepções pessoais, mediante a invocação genérica de algum princípio constitucional que ele acredite amparar sua própria e individual versão de justiça.”¹⁵⁸

Robert Alexy, reconhecendo as limitações das normas jurídicas oriundas dos procedimentos legislativos, e ciente de que a tomada da decisão jurídica não é amparada somente no texto normativo, ao desenvolver a sua teoria da argumentação jurídica¹⁵⁹, defende a introdução de formas e regras para a argumentação jurídica:

As normas jurídicas que emergem dos procedimentos legislativos não resolvem todos os problemas. Repetidamente é tornado claro que elas não determinam totalmente a tomada de decisão jurídica. Para isto têm sido citadas quatro razões: (1) a incerteza da linguagem jurídica, (2) a possibilidade de conflitos entre normas, (3), o fato de que pode haver casos que exigem resolução jurídica, mas cuja resolução não é providenciada por nenhuma norma válida existente, e também (4) a possibilidade em casos especiais de tomar uma decisão que vai contra a letra da lei. Se sempre

¹⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. **Revista de direito privado**, v. 14, n. 56, p. 11-30, out./dez., 2013, p. 28-29.

¹⁵⁷ Kelsen já defendia a interpretação como ato de conhecimento ou de vontade, quando sustentou que o juiz “é um criador do direito e é também, relativamente, livre nessa função.” Ele compreende que os variados sentidos conferidos a uma norma estabelecem uma moldura, na qual dentro dos seus limites, o aplicador/intérprete da norma pode exercer sua escolha de acordo com sua vontade, de modo a consubstanciar a norma aplicada pela sua decisão: “[...] a elaboração seria o caso, então, que o próprio direito positivo, de algum modo, delegasse a norma metajurídica, como a moral, a justiça e assim por diante, e que, por causa disso, essas normas fossem transformadas em normas de direito positivo” *In: Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito/ Hans Kelsen; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 8. ed., rev. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 153-154.*

¹⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. **Revista de direito privado**, v. 14, n. 56, p. 11-30, out./dez., 2013. p. 26;

¹⁵⁹ Em linhas gerais, defende o ilustre jurista alemão que para a justificação racional de uma decisão jurídica, deve haver a integração entre os argumentos jurídicos e os argumentos práticos gerais. Sustenta, ainda, que a argumentação prática geral só deve intervir após a argumentação notadamente jurídica não estiver mais acessível, esclarecendo, também, que quaisquer soluções jurídicas devem ser extraídas derivadas conclusivamente da lei, sugerindo a imposição de tais limites à argumentação jurídica. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** (Theorie der Juristischen Argumentation). Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

estivéssemos inclinados a preencher essa área de incerteza recorrendo apenas à argumentação prática geral, as fraquezas do discurso prático geral continuariam a ser transmitidas para um grau considerável de tomadas de decisão jurídicas. Assim, é racional introduzir formas e regras de argumentação jurídica e institucionalizá-las como ciência jurídica, integrando-as ao mesmo tempo no contexto dos precedentes. Deste modo é possível reduzir o alcance de possibilidades discursivas na área da incerteza deixada pelas novas jurídicas.¹⁶⁰

Não omissos à essa problemática e necessidade de conferir limites à atuação do Judiciário, o atual Código de Processo Civil atentou-se a adotar o sistema dos precedentes obrigatórios¹⁶¹, que, muito embora não tenha o condão de extinguir a insegurança jurídica conferida pela *superjudicialização*¹⁶² do Direito Civil, demonstra-se como uma ferramenta que visa ao menos, uniformizar as decisões, denotando a preocupação da processualística na consistência, estabilidade e coerência destas.

Não obstante, as particularidades inerentes ao Direito de Família, o sistema de precedentes obrigatórios deve também ser aplicado, em respeito à processualística, sobretudo porque existem questões que exigem certa unicidade, devendo ser respeitado o princípio da igualdade entre casos idênticos. Nesse contexto, a exemplo da própria exigibilidade dos deveres pessoais da união estável, objeto do presente estudo, percebe-se que é mais factível de se afastar das peculiaridades e ter certa unicidade decisória do que, por exemplo, valores de fixação de alimentos, visto que nesse último caso, a necessidade de verificação das particularidades é muito mais evidente. Torna-se imperiosa, na aplicação do sistema de precedentes obrigatórios, a identificação da *ratio decidendi*.

Dadas as peculiaridades inerentes no bojo familiar, a insatisfação com as soluções do judiciário tem crescido juntamente com a progressiva judicialização dos conflitos. Não tão raro o operador do direito não consegue sequer orientar quanto às prováveis decisões que podem ser

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 268.

¹⁶¹ Tem-se evidenciado o cuidado com a segurança jurídica no código processualístico nas ponderações do Lucas Buril de Macêdo: “Nada obstante, é completamente correto afirmar que a proteção da segurança jurídica no processo é um dos mais importantes vetores do CPC/2015. Isso está demonstrado ao longo do seu texto, ao regular uma série de dispositivos que visam concretizar a segurança jurídica nas decisões judiciais. Veja-se, apenas como exemplo, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o novo regime para os recursos especiais e extraordinários repetitivos. Mais ainda: a maior novidade do Código é justamente o regime de precedentes obrigatórios dos arts. 926 e 927, normatização fundada no princípio da segurança jurídica que esteve presente em todas as versões do projeto de CPC durante o seu trâmite legislativo. *In: Precedentes judiciais e o direito processual civil*, Salvador: Jus Podivm, 2016.p. 321.

¹⁶² Nesse sentido, Cf. CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do direito de família codificado no Brasil**. Porto: Editorial Juruá, 2019, p. 217-224.

proferidas em um processo judicial de família, deparando-se, frequentemente, com verdadeiras surpresas revestidas com toda sorte de hermenêutica para fundamentá-las.

Esse cenário indica enquanto imprescindível o estímulo de mecanismos alternativos para dirimir conflitos familiares. Tem-se, a exemplo, a mediação familiar, que tem por característica esta “atitude de ampliar o olhar para além do litígio, apoiado no conhecimento vindo de outras ciências, acolhendo e incluindo a pluralidade de motivos que deram origem ao conflito familiar”¹⁶³

Há de se frisar que “a falta de mediação é potencialmente ofensiva a relevantes interesses envolvidos na disputa.”¹⁶⁴ Com ênfase, é muito mais propício que um terceiro à relação familiar, na figura do mediador, facilite o diálogo das partes de maneira mais justa, efetiva e mais adequada aos entes, visto que os integrantes da família participam, ativamente, nas próprias apresentações de soluções. Ou seja, “nessa busca da melhor solução para o caso concreto, à luz do diálogo e das recíprocas concessões, em vez da substituição da vontade das partes pela imposição do Estado-juiz, a mediação mostra-se, na grande maioria das vezes, muito mais vantajosa.”¹⁶⁵

Com efeito, não se pode olvidar que “cabe ao Estado assegurar condições mínimas de realização da autonomia necessária à vida em família como grupo e às iniciativas individuais de seus membros. A mediação e a conciliação podem ser tomadas como expedientes que visam a realização desta garantia de liberdade ou de autonomia no seio das famílias”¹⁶⁶.

Portanto, com o fito de compactar algumas das consequências oriundas da omissão legislativa, em síntese, menciona-se principalmente: 1) insegurança jurídica; 2) *superjudicialização* das relações de família; 3) espaço oportuno para crescente ativismo judicial; 4) ênfase na inafastável obrigação de obediência ao rito processualístico do sistema de precedentes, sob pena de colapso do sistema jurídico; e 5) necessidade da propagação e estímulo à meios alternativos de solução de conflitos no direito de família.

¹⁶³ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

¹⁶⁴ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**. Limites para intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. São Paulo: Editora Processo, 2016. p. 101.

¹⁶⁵ Renata Vilela Multedo, acertadamente, enfatiza: “Ao contrário da lógica do ganhar e perder, ínsita aos processos judiciais, a mediação busca que as partes em conflito identifiquem por si mesmas as alternativas do benefício mútuo.” *In: op. cit.*, p. 97.

¹⁶⁶ COSTA FILHO, Venceslau Tavares; SILVA, Ana Carolina Alves da; SOUZA, Felipe Barros de. **A conciliação e a mediação de conflitos familiares no Código de Processo Civil brasileiro de 2015**. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). Novo CPC: doutrina selecionada. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 513-523.

Essas consequências, deveras, têm sido observadas no Direito de Família de maneira geral, ante a dinâmica normativa que lhe é peculiar, pelo já mencionado espaço necessário de equilíbrio das disposições legais com a liberdade e a pluralidade familiar. Essa reunião de consequências desse panorama descrito, tem atingido quanto ao descumprimento dos deveres pessoais da união estável, ao passo que é possível observar um mesmo Tribunal de Justiça utilizando de um mesmo fundamento, profere decisões, diametralmente, opostas sobre a mesma questão.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Corroborando para a exemplificação, em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), temos decisão no sentido de reconhecimento da união estável, mesmo com a violação do dever de lealdade:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL JULGADA PROCEDENTE - INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO PELO RÉU - REJEIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL - IRRELEVÂNCIA DA NÃO CONSTITUIÇÃO DE PROLE - COEXISTÊNCIA DE MORADIAS COM A GENITORA E A COMPANHEIRA QUE NÃO DESCARACTERIZA A UNIÃO ESTÁVEL - PERMANÊNCIA DO VÍNCULO MESMO COM A VIOLAÇÃO DO DEVER DE LEALDADE. Apelação desprovida. (TJ-PR - AC: 5930136 PR 0593013-6, Relator: Elizabeth M F Rocha, Data de Julgamento: 19/05/2010, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 408) – *grifos acrescidos*.

Em sentido diverso, porém, temos decisão proferida pela 12ª Câmara Cível, também do Tribunal de Justiça do Paraná, com que desconhece união estável por não restar configurada, utilizando-se do fundamento de que o atendimento em momentos de necessidade e de carência seria imprescindível à relação familiar, quando se verificaria a lealdade e mútua assistência desejadas pelo legislador à união estável, senão vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE NÃO RECONHECEU A EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. DESCUMPRIMENTO PELA APELANTE DE SEU ÔNUS PROBATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A união estável tem por requisitos para sua configuração a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família, conforme estabelece o art. 1.723 do Código Civil. 2. De tais requisitos, o mais tormentoso para análise, tanto do ponto de vista doutrinário como na verificação caso a caso, é o que diz respeito ao objetivo de constituição de família. 3. Representaria um retrocesso histórico considerar que tal objetivo necessita de uma exteriorização de vontade expressamente declarada, pois condenaria um grande número de grupos familiares à invisibilidade jurídica, o que é incompatível com os ideais do direito de família brasileiro contemporâneo. Em um contexto onde os relacionamentos evoluem com extrema dinâmica, quando os próprios envolvidos não sabem precisar o grau de compromisso, há necessidade do julgador, apreciando as questões que lhe são postas, avaliar fatos objetivos, eis que muito dificultoso adentrar no plano das intenções dos consortes. 4. Desta forma, embora exista uma vontade que impulse as ações dos envolvidos dentro da esfera afetiva, são estes atos objetivos, e não o elemento volitivo, que deve ser apreciado na hora de se averiguar a ocorrência ou não de uma união estável, pelo que, dentro da tradicional classificação dos fatos jurídicos, ela melhor se enquadra na definição de ato-fato jurídico. 5. **Na apreciação das ações objetivas de um afetivamente envolvido para com o outro, a fim de se saber se o relacionamento é um namoro ou uma união estável, faz-se necessário ter em conta os deveres enunciados pelo legislador aos companheiros no art. 1.724 do Código Civil, não porque haja uma imposição à esfera íntima familiar, mas sim porque há uma valoração das atitudes a ser considerada pelo intérprete para se avaliar adequadamente o que é ou não família.** 6. No caso dos autos, verifica-se que a Apelante, que se pretendia companheira, **não demonstrou atender o de cujus em seus momentos de necessidade e carência, pelo que não se verifica a lealdade e a mútua assistência desejadas pelo legislador no âmbito da união estável, não restando esta configurada.** A mera comprovação de existência de um relacionamento afetivo não induz ao reconhecimento e à consequente proteção própria das entidades familiares conferida pelo texto constitucional e legislação cabível. 7. Demais pedidos prejudicados, em razão da declaração de inexistência da união estável." (TJPR - 12ª C. Cível - Ap. Cív. 1052520-1 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Maringá - Rel.: Ivanise Maria Tratz Martins - Unânime - J. 25/09/2013 - DJ 17/10/2013). – *grifos acrescidos*.

Todo esse panorama exposto é frequente nas decisões que versam sobre a união estável. Percebe-se que a pouca regulamentação sobre o instituto propicia a eclosão de várias lacunas, o que faz com que a atividade jurisdicional exerça um papel fundamental de interpretação sistemática da união estável. Por seu turno, a noção de sentido não pode ser norteadada e influenciada pelos valores pessoais dos juristas atribuem a cada instituto, nem tampouco deve o intérprete atribuir à valoração de critérios que, supostamente, devem ser considerados – em uma fundamentação que extrapola o texto legal – para que haja o reconhecimento ou não da relação familiar alegando que os deveres – e, portanto, efeitos – da união estável seriam os “valores da família”¹⁶⁸, conforme exaustivamente trazido ao longo deste trabalho, visto que os deveres não são elementos constitutivos da relação familiar.

Em contrapartida, portanto, a atuação do intérprete na omissão legislativa quanto ao descumprimento dos deveres deve socorrer-se à *ratio* da norma, mas não de modo a extrapolá-la ou ignorar norma que dispõe em sentido diverso. Deve o intérprete tanto assessorar-se das demais fontes do direito, como atentar-se aos parâmetros e limites à atividade jurisdicional, de maneira coerente com o próprio sistema jurídico, para que se possa conferir aos jurisdicionados uma adequada, estável e segura medida aos conflitos e situações familiares.

3.4 O DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PESSOAIS E PROBLEMÁTICA DA EXIGIBILIDADE JURÍDICA

Após o complexo delineamento dos *deveres pessoais* da união estável, ante a carga subjetiva apresentada em seus termos, esbarra o Direito na necessidade de delimitar as atitudes que ensejam nos seus descumprimentos, sendo decorrências próprias do comando ético tais dificuldades, precipuamente pela inexistência de amparo legislativo acerca do descumprimento dos deveres pessoais ou de suas implicâncias práticas, conforme já exposto no tópico anterior. Ademais, após a constatação do comportamento que enseja o descumprimento de algum daqueles *deveres pessoais*, imprescindível se torna o exame mais aprofundado de como se configura a quebra, bem como a análise da exigibilidade jurídica destes.

Primeiramente, é necessário insistir que o descumprimento de quaisquer desses deveres pessoais suscitados não deve ser considerado como causa de não reconhecimento da relação

¹⁶⁸ Em trecho do último acórdão anteriormente transcrito, por exemplo, não passa despercebida a valoração que ora se rechaça, conforme novamente se reproduz: “[...] faz-se necessário ter em conta os deveres enunciados pelo legislador aos companheiros no art. 1.724 do Código Civil, não porque haja uma imposição à esfera íntima familiar, mas sim porque há uma valoração das atitudes a ser considerada pelo intérprete para se avaliar adequadamente o que é ou não família.”

jurídica, por motivos já superados, visto que a análise se perfaz no plano eficaz. Outrossim, cumpre enfatizar que atribuir a quebra de alguns desses deveres enquanto causa para que o direito por si só reconheça a dissolução da união estável, inevitavelmente, seria insistir em *perquirição de culpa*, algo que, gradualmente, já se tornou repellido pelo Direito de Família brasileiro.

Não obstante, ao adentrar na análise da configuração do descumprimento dos deveres pessoais da união estável e a exigibilidade jurídica, também é preciso ter em mente o aspecto funcional da norma, devendo prever o interesse tutelado, este revelado enquanto “centro de unificação do qual se compõem os elementos estruturais do instituto”¹⁶⁹. No tema posto em análise, dado o estudo da união estável, esse interesse encontra a sua unificação consubstanciada na própria estabilidade necessária para a configuração familiar com ausência de formalidade.

Ao passo que o Direito, inquestionavelmente, reconhece e tutela a união pela sua própria estabilidade¹⁷⁰, os efeitos provenientes desta devem, ao menos, propor a sua manutenção. Não se confunde esse escopo de manutenção do vínculo familiar, entretanto, com a interferência estatal na vida privada, mas é natural ao Direito que este indique efeitos à tutela que elevou sua importância, mormente pela valorização de elementos que lhe são relevantes.

Na análise das normas elencadas, que apontam como esperados certos comportamentos éticos a medida em que se atribui enquanto deveres entre os companheiros a lealdade, respeito, consideração e assistência moral, torna-se essencial compreender a diferença entre o Direito e a moral. Nitidamente, estes são, intrinsecamente, conectados, visto que “ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois, se não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral”¹⁷¹.

¹⁶⁹ Trecho traduzido livremente, do original de Salvatore Pugliatti, ao ponderar sobre a função dos institutos jurídicos, que assim elucida: “*Essa, infatti, dà la ragione genetica dello strumento, e la ragione permanente del suo impiego, cioè la ragione d'essere (oltre a quella di essere stato). La base verso cui gravita e alla quale si collegano le linee strutturali di un dato istituto, è costituita dall'interesse al quale è consacrata la tutela. L'interesse tutelato è il centro di unificazione rispetto al quale si compogno gli elementi strutturali dell'istituto.*” In: PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964. p. 300.

¹⁷⁰ O que é possível concluir pela observância do próprio nome do instituto jurídico, diga-se de passagem.

¹⁷¹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 337.

Privado da moralidade, carece o Direito do seu sentido, “embora não perca necessariamente império, validade, eficácia.”¹⁷² Sentido este que não se confunde com a sua constituição, objetivo ou finalidade, mas lhe caracteriza a essência¹⁷³, vez que “embora o direito imoral seja destituído de sentido, isso não quer dizer que não exista concretamente. A imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida.”¹⁷⁴

Como bem esclarece Tércio Sampaio Ferraz Jr., “o direito é uma organização de relações de poder. Seu princípio constitutivo é impositividade autoritária. Todavia, seu princípio regulativo, que lhe confere sentido, é a justiça.”. Em linhas bastante reducionistas, percebe-se no escopo do Direito, a consideração de aspectos exteriores à conduta, atendo-se à a relação do sujeito com a sociedade. De maneira diversa, a norma puramente moral se relaciona com mais facilidade com os aspectos individuais do sujeito, com questões de foro íntimo.

De maneira não menos importante, Michael Sandel nos traz um outro interessante ponto de análise, quando concebe a noção de que existem questões históricas pelas quais ainda se deve um reflexo da norma na atualidade.¹⁷⁵ Se o filósofo americano está certo, podemos concluir que o histórico de reconhecimento familiar da união estável, especialmente pela sua raiz na antes indigna relação concubinária, deve haver no ordenamento jurídico a preocupação em manter o reconhecimento de maneira digna, já que elevada ao status de família, que, por sua vez, possui especial proteção do Estado por comando constitucional.

Reside na proteção dessa estabilidade, portanto, a razão específica da tutela estatal à união pública, contínua, duradoura entre duas pessoas com o objetivo de constituir família. Há de se frisar, ainda, que na classificação jurídica da união estável em ato-fato, como já defendida

¹⁷² Assim defende Tércio Sampaio Ferraz Jr., concluindo com a válida reflexão: “Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despuadorado cinismo.” *In: Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* – 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 340.

¹⁷³ “A perda do sentido não altera a factualidade da existência, pois algo ou alguém ou alguma atividade qualquer pode continuar existindo em que pese ter perdido o sentido. A perda do sentido afeta, porém, a orientação do homem.” *In: FERRAZ JR., Op. cit.*, p. 339.

¹⁷⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 338.

¹⁷⁵ Para tal, Michael J. Sandel utiliza-se do questionamento quanto às dívidas históricas por erros cometidos durante a Segunda Guerra Mundial e os pedidos de desculpas, materializados na responsabilização coletiva por meio de indenização com o intuito de reparar os erros cometidos pelos que infligiram a injustiça ou quedaram-se omissos ao invés de evitá-la. *In: Justiça. O que é fazer a coisa certa.* Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 6. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, (E-pub), p. 222-227.

ao longo deste estudo¹⁷⁶, uma vez que não se analisa o elemento volitivo para a concreção do seu suporte fático e consequente reconhecimento jurídico, não afasta a possibilidade de reanálise da justificativa da existência ou não dos deveres pessoais, tampouco da sua exigibilidade.

Em outras palavras, o consentimento e análise do elemento volitivo como a razão de existir e se cobrar os deveres, por si só, não é argumento suficiente para justificar os deveres,¹⁷⁷ podendo o argumento moral transcender essa ideia de consentimento. Há de se ressaltar que a especial obrigação que os membros da família têm entre si assim como não se reduz a esse consentimento, também não pode se reduzir à verificação de reciprocidade na relação.

A análise das implicações de cogência da norma que alberga esses deveres ultrapassa, portanto, um juízo lógico de natureza hipotética, pois não se reduz a compreender se um companheiro descumpra o dever, o que cabe ao Direito exigir ou responsabilizar o agente. Não se pode olvidar a compreensão de que há implícito o valor dado à lealdade, à assistência e ao respeito enquanto fundamentos morais, vez que expressos no comando de dever atribuído pelo ordenamento jurídico com o fito de assegurar terreno adequado à necessária estabilidade da relação tutelada ou à própria convivência, sendo este último elemento constitutivo da união estável.

De outro giro, não há como se compreender o pedido de reconhecimento jurídico das relações informais sem, em contrapartida, reconhecer o que é intrínseco à conservação do instituto e à atribuição de efeitos que garantam tal proteção. De maneira lógica, ao passo em que a família ganha especial proteção do Estado no texto constitucional, não se queda razoável deixar a própria família, unicamente responsável pela sua conservação e tutela, sem poder recorrer à efetivação dos efeitos patrimoniais e pessoais provenientes do status de família conferido por meio do reconhecimento jurídico da relação. É certo, contudo, que os limites à intervenção estatal são mais do que necessários, mas de maneira geral, é ilógico afastar, sumariamente, a responsabilidade do Estado na atribuição dos efeitos e na sua efetivação.

¹⁷⁶ Vide tópico 1.3 deste trabalho: “Da classificação jurídica da união estável”.

¹⁷⁷ Em exemplo ilustrado por Michael J. Sandel, podemos concordar: “Suponhamos que duas pessoas idosas precisem de cuidados; uma é minha mãe e a outra é a mãe de um estranho. A maior parte das pessoas concordaria que, embora fosse admirável se eu pudesse cuidar de ambas, tenho uma responsabilidade especial em relação à minha mãe. Nesse caso, o argumento do consentimento não justifica meu dever. Eu não escolhi meus pais; nem sequer escolhi ter pais.” In: SANDEL, Michael J. **Justiça**. *Op. cit.*, 239.

O que se verifica, de fato, é que esse comando constitucional de conferir especial proteção à família, insculpido no art. 226, § 3º, da Carta Magna, inevitavelmente, requer, em contrapartida ao reconhecimento, certa “cessão” da liberdade da relação. É impossível ao ordenamento tutelar sem conferir limites à atuação individual ou com a concessão de liberdade irrestrita às atitudes dos seus membros, sob pena de um colapso no sistema, ante a perda da própria função organizacional do Estado. Cediço, aliás, que nenhum princípio fundamental ou valoração deve ser considerado absoluto no nosso ordenamento.

Há de se rememorar, nesse ponto, que a família tem status constitucional de base da sociedade, o que justifica a sua especial proteção. É preciso ressaltar, ainda, que é tão reconhecida a importância da família, que grandes esforços dos juristas têm sido no sentido de ampliar o reconhecimento de outras configurações ainda não recepcionadas juridicamente¹⁷⁸, ante a sua importância para o próprio desenvolvimento da personalidade. Logo, fato é que os direitos subjetivos de família ultrapassam os limites do indivíduo, em que pese seja também um espaço em que a individualidade é desenvolvida.

Fato é que na proteção jurídica da personalidade, apresentam-se direitos que tutelam interesses individuais. Diferentemente, nos direitos subjetivos familiares, por sua vez, desenhados como poderes à realização simultânea tanto do interesse individual enquanto membro da família quanto do interesse do grupo familiar de maneira geral, constatando-se que a proteção não se reduz apenas aos interesses instituídos de um titular, isoladamente, considerado.

Nessa senda, imperiosa também se faz essa distinção antes da análise da exigibilidade, visto que eventual descumprimento aos deveres pessoais da união estável, embora guarde relação com o indivíduo, não se confunde com a tutela consubstanciada por meio da obrigação familiar.

Passadas algumas considerações essenciais à análise dos descumprimentos dos deveres pessoais, Álvaro Villaça, ao comentar os deveres dos companheiros dispostos na Lei 9.278/1996 traz algumas hipóteses de quebra dos deveres, apontando que “podem ser descumpridos os deveres de respeito e de consideração, quando existe uma conduta injuriosa grave de um dos conviventes, atingindo a honra ou a imagem do outro, com palavras ofensivas, com gestos indecorosos ou com deslealdade”¹⁷⁹. Com argúcia, associa o descumprimento do

¹⁷⁸ Nesse sentido, por todos, o reconhecimento das famílias simultâneas, defendido por Luciana Brasileiro, *In: Famílias simultâneas e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁷⁹ AZEVEDO, *Op. cit.*, p. 314.

dever de respeito e de consideração à atitude desleal, visto que esta pressupõe uma postura de cortesia em sua essência.

Consequência disso é a clarividência de que a ação desleal é atrelada hipótese de quebra dos deveres de respeito e consideração. Sustenta Villaça que “o descumprimento da lealdade provoca injúria grave; paralelamente à deslealdade, está, no casamento, o adultério, que implica a quebra do direito-dever de fidelidade”.¹⁸⁰ Percebe-se, de antemão, que a conduta desleal desatende à boa-fé e à recíproca cooperação, efeito prático que justifica a própria existência da família.

Maria Berenice Dias, ao anotar sobre eventual inadimplemento dos deveres do casamento, sustenta, acertadamente, que “eventual ou reiterado, dissimulado ou público, o inadimplemento dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do casamento”¹⁸¹, o que se concorda, em equiparação lógica ao que já foi defendido nas páginas deste trabalho em relação à união estável.

Ao analisar a exigibilidade dos deveres do casamento, contudo, a jurista defende que “O descumprimento de qualquer dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar seu adimplemento em juízo”,¹⁸² o que aponta à defesa de uma inexigibilidade jurídica dos deveres conjugais, a menos que a afirmação esteja se referindo à responsabilidade civil por meio de tutela específica do adimplemento da obrigação.

Ainda com a análise do escólio de Maria Berenice Dias, tem-se, em relação aos deveres matrimoniais, que a quebra destes “vem sendo considerada violação à boa-fé objetiva, lesando a confiança que um deposita no outro”,¹⁸³ ocasião em que com reconhecido conhecimento da causa, a então desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aponta que este tem sido o frequente fundamento utilizado nas ações indenizatórias.¹⁸⁴ No entanto, em

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 407.

¹⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. / Maria Berenice Dias. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivum, 2021. p. 496.

¹⁸² *Idem, ibidem*.

¹⁸³ *Idem*, p. 497.

¹⁸⁴ Tenhamos, como exemplo: “APELAÇÃO CÍVEL – ADULTÉRIO – DANO MORAL – TRAIÇÃO POR SI SÓ E SUAS CONSEQUÊNCIAS NÃO GERAM DEVER DE INDENIZAR – INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUANTO À POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO AO DEVER DE FIDELIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP - APL: 00768634020138260002 SP 0076863-40.2013.8.26.0002, Relator: Giffoni Ferreira, Data de Julgamento: 28/10/2014, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/10/2014) – *grifos meus*.”

seu posicionamento, defende que tais regras estabelecidas para vigorarem na constância da vida comum, têm utilidade reduzida à fundamentação de pleito indenizatório, não sendo a imposição da norma de conduta responsável por consolidar a relação conjugal.

Merece ressalvas o posicionamento trazido, vez que reflete também no entendimento quanto aos deveres da união estável, sobretudo pela já trazida relevância das normas de conduta que, de certa forma, são essenciais à composição familiar. De toda sorte, inafastável que a quebra dos deveres configure violação à boa-fé objetiva, ao passo que a quebra do da fidelidade configura também lealdade, vez que este é gênero da qual aquela é espécie.¹⁸⁵ Reitera-se, ainda, que a lealdade consiste no “respeito aos compromissos assumidos, radicando nos deveres morais de conduta”¹⁸⁶.

Ao defender Maria Berenice Dias que não é a imposição de normas que consolida a estrutura conjugal¹⁸⁷, mas sim “a consciência dos papéis desempenhados que garante a sobrevivência do relacionamento como sede de realização pessoal”¹⁸⁸, a jurista não leva à ponderação que tal consciência se revela nas normas jurídicas, pelo conteúdo ético-jurídico que lhe é essencial e, inevitavelmente, contido nas normas de família, visto que lhe confere sentido, conforme já discorrido.

Por sua vez, o Professor Paulo Lôbo, pautando-se na caracterização destes enquanto obrigações naturais, defende a inexigibilidade jurídica destes, enfatizando as peculiaridades da união estável na liberdade de constituição e dissolução:

Entre si os companheiros assumem os direitos e respectivos deveres de lealdade, respeito e assistência. O Código Civil acrescentou para os cônjuges, além desses deveres, os de fidelidade recíproca e de vida em comum, no domicílio conjugal (art. 1.566), que não são exigíveis dos companheiros, em virtude das peculiaridades da união estável, matizada na liberdade de constituição e de dissolução. Os deveres de lealdade e respeito configuram obrigações naturais, pois são juridicamente inexigíveis, além de não consistirem em causas da dissolução. O conceito de lealdade não se confunde com o de fidelidade, restrito aos cônjuges. A lealdade é respeito aos compromissos assumidos, radicando nos deveres morais de conduta.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Por todos, Cf: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Op. cit.*, p. 407 e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 95.

¹⁸⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. p. 173.

¹⁸⁷ Assim resume, no entanto, no sentido de reconhecimento da relevância da lealdade: “No atual estágio das relações afetivas, é a absoluta lealdade recíproca que deve pautar os vínculos amorosos, principalmente quando existe um projeto de comunhão de vidas com identidade de propósitos.” *In*: DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 497.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁸⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. p. 173.

Ao considerar os deveres pessoais da união estável enquanto obrigações naturais¹⁹⁰, necessária a compreensão de que a responsabilidade se põe como elemento alheio à obrigação natural. Ressalte-se, também, que as obrigações naturais não se confundem com as obrigações puramente morais, pois nelas falta a ação, mas não é de todo anulada a pretensão.¹⁹¹

Compreende-se a obrigação natural enquanto “uma relação obrigacional desprovida de ação, mas não totalmente de tutela jurídica”¹⁹², podendo assim ser conceituadas, na lição do italiano, Roberto de Ruggiero:

Obrigações de caráter social, reconhecidas pelo direito, mas que o direito não torna coativas, de modo que não as faz acompanhar de ação, elevadas a uma dignidade superior à dos puros deveres de consciência, visto o seu espontâneo cumprimento não se considerar como ato de liberalidade, mas como verdadeiro e próprio cumprimento – é isto o substrato de modernas obrigações naturais.¹⁹³

Por outro lado, caso considerada a classificação desses *deveres pessoais* enquanto obrigações naturais, o resultado é a inexigibilidade, reiterando-se, todavia, que esta não teria o condão de esquivar a *responsabilidade*, vez que

A falta de ação na obrigação natural não significa que esta seja uma obrigação desprovida de responsabilidade, senão que não existe débito, visto que a lei deixa livre o suposto devedor para cumprir o dever extrajurídico. A *solutio retentio* é permitida porque, não obstante a inexistência de débito jurídico, a lei entende ser relevante o cumprimento do dever moral, social ou religioso.¹⁹⁴

Em que pese a natureza personalíssima dos deveres pessoais da união estável, pela essência insculpida na família pelas suas características especiais, é necessário compreender que o descumprimento da obrigação não pode ensejar na análise da culpa ante o inadimplemento, visto que a *perquirição da culpa* é rechaçada pelo ordenamento jurídico de família. É preciso atentar-se que a obrigação familiar não é sequer de todo inadimplida, também porque não se olvida que ainda existem deveres patrimoniais.

¹⁹⁰ “A obrigação natural constitui, tanto quanto a obrigação civil, relação pré-constituída de crédito e débito que, por alguma razão de ordem legislativa, não se elevou ao nível das obrigações civis, ou então, tendo sido obrigação civil, perdeu por força de lei, sua exigibilidade” *In*: COVELLO, Sérgio Carlos. **A obrigação natural**: elementos para uma possível teoria / Sergio Carlos Covello. Leud: São Paulo, 1996. p. 76-77.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 86.

¹⁹² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 81.

¹⁹³ RUGGIERO, Roberto de. **Instituição de Direito Civil**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 33-34.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 100.

Ainda, considerar os deveres pessoais enquanto obrigações naturais, enfrenta-se a inevitável análise também de eventual possibilidade de compensação pelo descumprimento mútuo das partes. Nessa lógica, por figurarem os companheiros em posições jurídicas simultâneas de *credores* e *devedores*, esbarra o Direito na necessidade de avaliar possibilidade de compensação dessas prestações dos deveres.

Nas obrigações naturais em que figuram polos de credor e devedor simultâneo, sendo as prestações ali inexigíveis pelo seu caráter espontâneo e sem coatividade, não haveria o que se cogitar tal compensação ante mútuo descumprimento. Todavia, conforme defendido, se temos que os deveres pessoais da união estável devem sua leitura à luz da boa-fé, tendo como fundamento da proteção jurídica a devida defesa da tutela da confiança e das expectativas legítimas criadas durante a relação, é necessário superar também este ponto.

Isso porque, tem-se como expressão da boa-fé, a regra do *tu quoque*¹⁹⁵, que impera no sentido de que não se pode uma parte que viola norma jurídica, socorrer-se da exigência de cumprimento da mesma norma na atitude da outra parte, em se tratando de situação substancialmente idêntica. Consequência dessa regra seria, portanto, concluir que à luz da boa-fé, essa compensação seria possível, em que pese afastando-se do sentido desse efeito ao direito de família, o descumprimento dos deveres pessoais por ambos os companheiros restaria compensado por não poderem exigir da outra parte o cumprimento da regra que também se transgrede. Poderia haver, portanto, compensação fundada na manifestação das vontades, por ser tácito o comportamento esperado pelo outro convivente, no caso da quebra mútua dos deveres pessoais.

Percebe-se, de outro lado, que não é de todo adequada a classificação enquanto obrigações naturais, visto que ao analisar por meio da tutela da confiança, as compatibilidades com os conceitos nem sempre se adequam. De toda sorte, não se pode afastar de toda a exigibilidade jurídica se a leitura se dá à luz da boa-fé objetiva, sobretudo porque já constatado que esses deveres não alcançam sentido diverso senão enquanto verdadeiros correspondentes e expressões de boa-fé no bojo familiar.

Faz-se oportuno compreender que “nem sempre é a consciência que impele ao cumprimento do dever. A ação, que ampara o sujeito ativo das obrigações civis, tem por fim justamente compelir o devedor, que, surdo à voz da consciência, não cumpre a obrigação

¹⁹⁵ A expressão deriva da célebre frase atribuída ao Imperador Romano Júlio César, nos idos de 44 a.C., “*Tu quoque, Brute, fili mi*”, que na tradução livre corresponderia a “Até tu, meu filho?”, que consagrou famosa pela tradição de que teria sido proferida em reação à inesperada surpresa no momento em que percebeu que dentro do grupo de senadores que estava conspirando a sua morte, estava Marco Júlio Bruto, que considerava enquanto filho adotivo.

assumida.”¹⁹⁶. Entretanto, ainda que cumprida a obrigação natural pela consciência, esta não se confunde com o simples dever moral¹⁹⁷, visto que na obrigação moral, atua-se por mera liberalidade, por meio de princípios pessoais. De maneira diversa, se partíssemos da premissa de que consistem em obrigações naturais, ter-se-ia que as condutas de lealdade, respeito, consideração e assistência pessoal, espontaneamente atendidas seriam irretratáveis.

No entanto, sendo os deveres pessoais da união estável expressões da boa-fé, resta inadequada a classificação sumária enquanto obrigações naturais, visto que não se trata de matéria tutelada apenas quando cumprida espontaneamente. Além de existir o vínculo jurídico por meio da relevância da norma, não pode o Estado ignorar a tutela da confiança no ambiente familiar.

Por oportuno, em que pese a boa-fé ter suas origens na esfera contratual, há de se questionar a valoração da relação de confiança no âmbito familiar. Diferentemente da seara contratual, em que os espaços de negociação necessitam o reforço em mecanismos de reforço à confiança, é muito mais cogitar associar que as relações de família possuem, em sua unicidade, presumida confiança. Não obstante, se é verdade que “o perfil consensual e o afeto a affectio constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.”¹⁹⁸, sequer deve ser cogitada a importância da tutela da confiança nos membros, pelo inevitável envolvimento familiar que proporciona uma confiança interpessoal baseada no afeto.

Cumprido frisar que de maneira, essencialmente, diversa das relações consanguíneas, o cenário atual do Direito de Família nos permite observar que nos vínculos por afinidade as formações familiares são oriundas de escolhas, posto que construídas, naturalmente, por cogação e valores comuns entre seus membros, o que se pressupõe existir confiança entre as partes, inerente ao próprio processo de desenvolvimento do relacionamento. Essa confiança também é relacionada ao respeito, consideração e lealdade, o que por conseguinte relaciona-se à boa-fé, inclusive porque essa norma opera a tutela da confiança.

De toda sorte, constata-se que a relação de todos esses deveres, deleita-se no imperativo de boa-fé, vez que a lealdade centraliza elementos de condutas inculpidos nesta norma jurídica, ao passo que direciona os comportamentos aos valores éticos-jurídicos em consideração às

¹⁹⁶ COVELLO, Sérgio Carlos. **A obrigação natural**: elementos para uma possível teoria / Sergio Carlos Covello. Leud: São Paulo, 1996. p. 86.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 87.

¹⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil-constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244.

legítimas expectativas dentro do âmbito familiar. Toda a assimilação desses deveres enquanto corolários implícitos da boa-fé, convidam-nos a analisar a exigibilidade jurídica deleitando-nos na análise também sob o auxílio desse viés.

Por ser a análise dos deveres pessoais relacionada a um conteúdo derivado da boa-fé, compreensível se torna a inexistência, a priori, de disposição exata das consequências dos seus descumprimentos, ante a amplitude de áreas e ocasiões de incidência, bem como da magnitude semântica que o princípio imprime. Essa leitura com base na boa-fé objetiva, por sua vez, auxilia-nos a estabelecer parâmetros, conferindo uma interpretação da norma à luz desse princípio.

Efeito prático da leitura dos deveres da união estável à luz da boa-fé, tem-se que desatendendo a boa-fé, configura-se num ato ilícito^{199 200}. Há de se ponderar, primeiramente, que a boa-fé é analisada no plano da validade do ato jurídico. Não obstante se defenda a classificação jurídica da união estável enquanto ato-fato jurídico não é um obstáculo estrutura familiar se apresentar com boa-fé, ante a qualidade de princípio norteador das disposições de família. Há de se enfatizar que a condição de um ato não negocial não implica na não incidência da boa-fé na conduta típica.

De toda forma, se é verdade que a boa-fé é princípio aplicável ao Direito de Família, que a conduta desleal desatende à boa-fé e que a ação desleal é atrelada hipótese de quebra dos deveres de respeito e consideração, tem-se que não se pode reduzir a exigibilidade da norma a essa primeira análise. É possível concluir, portanto, que a exigibilidade posta em análise, não é uma eficácia automática de ato ilícito por dever convivencial inadimplido, mas sim da violação à boa-fé objetiva esperada nas no âmbito familiar, que, muito além, revela-se imprescindível às relações privadas, em geral.

¹⁹⁹ Esse comando de ilicitude encontra-se no artigo 187 do Código Civil, conferindo limites ao exercício de direitos subjetivos, quando não se admite contrariedade aos valores de lealdade e confiança nas relações contratuais, quando assim dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”. Enquanto princípio do Direito de Família, essa ilicitude ao desatendimento da boa-fé teria em aplicação de maneira diversa, falta de coerência sistemática com os valores trazidos no próprio ordenamento.

²⁰⁰ Sobre atos ilícitos, merece a tão bem pontuada ressalva do saudoso Zeno Veloso: “quando defendemos a tese de que o ato ilícito não é um ato jurídico, não estamos sinonimizando juridicidade e liceidade, como a dizer que só é jurídico o que for lícito. O ilícito também está inserido nos domínios do jurídico, o que não implica que ele seja um ato jurídico.”. Ainda, defendendo que a consequência jurídica do ato ilícito é o dever de reparar o dano, Zeno já esclarecia: “no ilícito, o pressuposto é a ação ou a omissão à qual a norma confere uma sanção punitiva. Esta sanção é o efeito jurídico do ato ilícito. [...] Ocorrendo a conduta (comissiva ou omissiva), que é a negação da conduta exigida pelo direito como dever jurídico, surge a sanção. O efeito jurídico, a conduta, todavia, foi antijurídica”. *In*: VELOSO, Zeno. Fato jurídico – Ato jurídico – Negócio Jurídico. **Revista de informação legislativa**, v. 32, n. 125, p. 87-95, jan./mar. 1995, p. 91. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176311> . Acesso em: 26 maio 2021.

Tem-se, ainda, que a análise sob o prisma da situação jurídica se faz oportuna à compreensão do tema. Torquato de Castro nos apresenta a estrutura da situação jurídica elencando como seus elementos constitutivos o sujeito, o objeto e a posição de sujeito,²⁰¹ ressaltando que “próprio da norma é qualificar sujeito e objeto, para dispô-los na ordem de seu escopo atributivo”.

Torquato de Castro também defende que nas situações jurídicas que expressam relações intersubjetivas de ordem familiar ou institucional protetiva, envolvendo interesses morais pertinentes à persistência do grupo, por atenderem a fins éticos *per se stantes*, e pela natureza da atividade que os sujeitos jurídicos desempenham “jamais se institui como forma de poder livre da parte de quem o exerce, e sim, na de um poder-função, em que a atividade a ser desenvolvida permanece condicionada ao objeto institucional da proteção mesma, isto é, condicionada pelo interesse de outrem – seja do grupo familiar, seja da pessoa em cuja proteção ele se institui”.²⁰²

Adverte-nos Torquato de Castro, que “um direito que é, desse modo, subalterno à vontade de seu titular, chegou a ser descaracterizado, quando foi confundido com o domínio que sobre ele exercer quem o detém; isto é, veio a ser confundido com o comando que sobre seu objeto exerce o titular, mesmo que esse comando possa ser nenhum.”²⁰³ Castro, então, conclui: “Tratando-se de poder que é, ao mesmo tempo, função, é manifesto que tal poder não se faz de liberdade pessoal da parte de quem o exerce, mas de ação vinculada à proteção do interesse de outrem. Trata-se de poder que é ao mesmo tempo dever, ou poder-dever funcional”.²⁰⁴

De outro modo, compreende-se posição jurídica, enquanto “termo que congrega em síntese todas as relações possíveis que cabem a um sujeito, dentro da unidade normo-dispositiva impressa pela norma a cada situação jurídica.”²⁰⁵

²⁰¹ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: Estrutura, Causa e Título Legitimário do Sujeito**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 67.

²⁰² *Ibidem*, p. 79.

²⁰³ *Ibidem*, p. 82.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 83.

²⁰⁵ Deleitando-se nos ensinamentos de Aristóteles, Torquato de Castro defende que “para que haja posição, é necessário haver uma *disposição*”. In: *Op. cit.*, p. 97.

Ao debruçar na análise de posição jurídica²⁰⁶ do companheiro em união estável, deve-se compreender que “a qualificação jurídica dada a cada pessoa em razão do estado de família ou do estado civil pertence à ordem das situações jurídicas uniposicionais, enquanto, sob tal aspecto, ela individualiza cada sujeito perante a ordem jurídica.”²⁰⁷ Pode-se compreender que ser companheiro em união estável consubstancia uma *situação jurídica uniposicional*, visto que é uma qualificação jurídica dada à pessoa em razão ao *status* de família.²⁰⁸

É possível depreender que o status de família que é conferido, constitucionalmente, ao companheiro em união estável,²⁰⁹ constitui um título jurídico de uma situação jurídica individualizante do sujeito – companheiro –, que permite a sua participação em determinadas situações de direito. Sendo assim, analisa-se a situação de direito específica da relação obrigacional dos deveres pessoais, ao passo que estes são objetos estudados. Ainda, o *status familiae*, proveniente da relação de união estável, é também título para a vocação ao exercício do comportamento esperado pelos deveres pessoais correspondentes, devendo sua interpretação respeito à boa-fé.

Sobre o título jurídico proveniente dessa situação jurídica individualizante, faz-se oportuno ressaltar sua importância, tendo em vista que as características eventualmente suscitadas à qualificação jurídica “estereotipam situações jurídicas cujo objeto se liga pessoalmente ao sujeito – isto é, situações jurídicas individuais, não extensivas a qualquer outro sujeito que não aquele que as recebe da norma.”²¹⁰

No caso posto à análise, mormente relacionado aos deveres pessoais da união estável, percebe-se que tais situações jurídicas não são extensivas a outro sujeito, tendo em vista que as mútuas “prestações e contraprestações”²¹¹ de lealdade, respeito, consideração e assistência

²⁰⁶ “Por posição jurídica entendemos a relação normo-dispositiva entre o sujeito e tudo quanto situacionalmente a norma lhe atribui”, CASTRO, Torquato. *Op. cit.*, p. 96.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 71.

²⁰⁸ Destaque-se: “A construção da figura do terceiro é própria da teoria do título jurídico. “Terceiro é, por definição, todo aquele que diretamente não recebe título de sujeito para participar de determinada situação jurídica.” CASTRO, Torquato. *Op. cit.*, p. 101.

²⁰⁹ Rememore-se, ainda, que não há alteração do estado civil, diferentemente do casamento.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 73.

²¹¹ “Débito e crédito nas situações jurídicas relacionais, correspondem às posições respectivas de cada sujeito, e são perfis da relação de cada um deles diante do objeto, como diante do outro sujeito” CASTRO, Torquato. *Op. cit.*, p. 96.

peçoal são de caráter essencialmente singular e individualizado, não se admitindo sujeitos plurais, eis que não extensivas a outrem que não os próprios companheiros.²¹²

Ao prosseguir com a análise sob o prisma da teoria da situação jurídica, constata-se que o objeto jurídico ora analisado, é mensurado nas condutas e eventos do próprio conteúdo da lealdade, respeito, respeito e assistência pessoal. Em relação à sua disponibilidade, é possível classificá-lo enquanto indisponível, classificação que se dá ao “o objeto da situação relacional expressa valor não subalterno, e sim, um fim ético em si, ou fim institucional, como nas relações de família ou nas de direito protetivo, desaparece aquela disponibilidade, gerada pela subalternidade de seu escopo”.²¹³ Deriva da indisponibilidade, pois, barreira à negociação dos deveres pessoais da união estável.

Por fim, após debruçar com algumas contribuições à análise sob o prisma da teoria da situação jurídica, merece a compreensão de que essas qualificações jurídicas apontadas, pela posição jurídica que lhe é correlata e pelos títulos jurídicos emanados, por si sós são relevantes ao universo jurídico, vez que são “bem jurídico em si mesmas, defensáveis isoladamente por tutela processual; pelo que são autônomas as situações que as ostentam como seu objeto direto e próprio”²¹⁴

Não é preciso muito esforço para perceber, desse modo, que os comandos de deveres elencados aos companheiros conferem sentido à própria estrutura familiar. A noção de exigibilidade jurídica não pode ser, sumariamente, compreendida enquanto um ônus pura e simplesmente atribuído aos companheiros, quando se verifica na essência das normas a proteção jurídica necessária para o papel da família no desenvolvimento dos seus membros. Também é verdade que não pode se apartar de característica de cogência pela qual o direito se distingue da ética e da moral apenas com a bandeira da liberdade. É substancial ao direito contê-la na responsabilidade.

²¹² Oportuno anotar que consequência dessa qualificação singular atribuída à condição de companheiro, revela-se enquanto obstáculo ao pretenso reconhecimento das uniões simultâneas protagonizado pela doutrina. Nesse sentido pelo reconhecimento, confira-se, por exemplo: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. Famílias paralelas, visão atualizada. In: **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019.

²¹³ CASTRO, Torquato. *Op. cit.*, p. 82.

²¹⁴ CASTRO, Torquato. *Op. cit.*, p. 74.

4 A IMPOSIÇÃO LEGAL DE DEVERES DE ORDEM PESSOAL E A LIBERDADE FAMILIAR

“O homem, estando condenado a ser livre, carrega nos ombros o peso do mundo inteiro: é responsável pelo mundo e por si mesmo enquanto maneira de ser.”

SARTRE, Jean-Paul, *in* O ser e o nada – Ensaio de ontologia fenomenológica

4.1 A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Sobretudo enquanto reflexo do pós-guerra, a tendência legislativa foi no sentido de se atinar aos ideais de *solidariedade* e de amenizar a intervenção estatal na esfera privada. A *autonomia privada* – expressão da *autonomia da vontade* – suas raízes na sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX, reúne em seu conteúdo certas *flutuações semânticas* no tempo e no espaço, por assim dizer. Indiscutível é, por outro lado, a relevância deste preceito ao direito em toda a sistematização do Direito, sobretudo nas relações privadas.

Francisco dos Santos Amaral Neto compreende a *autonomia privada* enquanto o “poder dos particulares de regular por exercício da própria vontade as relações que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica”.²¹⁵ Também revela o jurista a sensível diferença na sua conceituação, ao passo que diverge da autonomia da vontade, ao pontuar que esta “tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real”.²¹⁶

A questão terminológica não se esgota nas ponderações de Amaral Neto²¹⁷, tendo muitos juristas se debruçado sobre o tema. Pontes de Miranda, por seu turno, por considerar que a

²¹⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Autonomia privada como fundamento da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e funcional.** Estudo em homenagem ao Prof. Ferrer Correia. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1989. p. 14.

²¹⁶ *Idem, ibidem.*

²¹⁷ Cumpre destacar que se atribui ao italiano Luigi Ferri alguns dos grandes esforços na diferenciação entre os termos mencionados. Nesse sentido: “A noção de autonomia privada começa a ser aventada pela doutrina italiana, mas até a obra de Luigi Ferri, a civilística daquele país não havia se debruçado com maior propriedade sobre o seu conceito. As considerações eram superficiais, insatisfatórias. Os autores que teciam comentários sobre o assunto acreditavam que a própria autonomia privada era um fenômeno social, que, existindo além do direito, seria apenas por ele reconhecido. [...] Surgiria, assim, a necessidade de formular o conceito de autonomia privada em termos jurídicos precisos, também para evitar a imprecisão no uso indiscriminado de expressões como autonomia privada, autonomia da vontade, e liberdade contratual” *In*: WALKER, Marck Pickersgill; e SIERRA Joana de Souza. **Da autonomia da vontade à autonomia privada: a evolução do princípio basilar do direito contratual.** Congresso

expressão autonomia privada acabava por restringir o alcance da vontade aos atos jurídicos entre particulares, preferia se referir ao que chamamos de autonomia da vontade enquanto autorregramento da vontade, o que resultaria no elemento em que poderia “compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade.”²¹⁸

Eximindo-se de encontrar a melhor definição terminológica para o que, efetivamente, diferencia o que chamamos de autonomia privada, autonomia da vontade, ou o autorregramento da vontade, temos enquanto suficientemente adequado o termo da autonomia privada para analisar o objeto deste trabalho. E assim podemos fazer, porque a necessidade de exteriorização da vontade de viver em comunhão não se revela nem como essencial à concreção da união estável, não se cuidando de um ato de vontade.²¹⁹

Podemos considerar por autonomia privada, em singela definição, o espaço de liberdade conferido aos particulares para regularem a relação jurídica da qual fazem parte. Esse espaço de liberdade concedido, por sua vez, nos obriga à análise de que, inevitavelmente, acaba por sofrer limites pelo próprio ordenamento jurídico que lhe garante.

De toda sorte, importa dizer que por mais amplo que seja o conteúdo da autonomia privada, não há como negar a sua relevância natural às relações privadas, como o próprio nome sugere, encontrando no Direito de Família um hospitaleiro espaço para a sua incidência. Em que pese o seu aspecto basilar à interpretação das normas de família, impende ressaltar que a invocação irrestrita da autonomia privada, concedendo-lhe eficácia direta²²⁰ revela-se um tanto quanto ameaçador ao cenário brasileiro,²²¹ visto que amplia seu espaço de aplicação.

Nacional da CONPEDI nº XXV. Curitiba: 2016, p. 14 e 15. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/ylu20h4l/nOtF4G1Ylj7O4BN2.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

²¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 55-56.

²¹⁹ Nesse sentido, conferir a nota de rodapé de número 88.

²²⁰ Atribuem os doutrinadores que defendem a aplicação da eficácia direta, também chamada de eficácia *imediate*, o fundamento constitucional insculpido no art. 5º, §1º, da Constituição Federal: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²²¹ Assim Otávio Luiz Rodrigues Jr. ilustra a conjuntura dessa doutrina no cenário brasileiro: “A doutrina da eficácia direta no Brasil não pode ser enquadrada em um modelo com características uniformes. Mesmo com risco de se perder algumas nuances, pode-se dividir o modelo em três: (i) um fraco, que concebe a eficácia direta como *ultima ratio* e que deve ser aplicada em caráter residual (embora não se exija a mediação legislativa como obrigatória); (ii) um forte, que utiliza a eficácia direta dos direitos fundamentais em caráter primário; (iii) um sincrético, cujas características não são bem definidas e torna-se difícil de enquadrar nas subdivisões anteriores”. In: RODRIGUES JR. Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**. Estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. p. 296-297.

A autonomia privada tem regime de proteção constitucional específica, o que não permite a identificação absoluta das relações submetidas ao Direito Público com aquelas nas quais há prevalência da autonomia privada. De tal forma, não se pode considerar o modelo de eficácia direta inimigo da ‘autodeterminação das pessoas’. Até porque só há autonomia privada em sentido mais pleno quando a parte é aliviada dos efeitos da desigualdade e dos embaraços materiais a seu exercício. A eficácia direta fortaleceria a autonomia privada.

Os perigos ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio da doutrina de atribuição da eficácia direta²²² dos direitos fundamentais vislumbra-se na tendência de transferência do espaço decisório da autonomia privada para o âmbito judicial, como bem pondera Otávio Luiz Rodrigues Jr. ao se deleitar sob a análise desse argumento:

Este talvez seja o mais grave dos problemas da eficácia *imediata* dos direitos fundamentais em relação aos particulares: o desrespeito aos esquemas mentais, às circunstâncias metajurídicas e à racionalidade própria (ou a falta dela), dos agentes que negociam sob o prestígio da autonomia privada. [...] E se os direitos fundamentais vinculam diretamente o Poder Judiciário e os magistrados obrigam-se a aplicá-los em suas sentenças, não haveria uma eficácia direta sobre as partes (os particulares em litígio)?²²³

A leitura à luz da doutrina da eficácia indireta, por sua vez, revela-se como “indispensável a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil.”,²²⁴ vez que além de amortizar essa transferência total do nível decisório para a competência do Judiciário, inevitavelmente se propõe a respeitar o espaço democrático e a separação dos poderes, além de permitir a previsibilidade do direito.²²⁵

Assim ponderando, não há como defender a autonomia privada sem antes definir a eficácia mediata dos direitos fundamentais como modo de reger a vinculação dos particulares. Com efeito, o que entendemos por autonomia privada não pode se submeter ao controle total das definições entendidas pelo Judiciário. Já foi visto, em diversas oportunidades ao longo desse trabalho, que um dos problemas enfrentados pelo Direito de Família tem sido essa falta de previsibilidade, que repercute, inevitavelmente, na insegurança jurídica no âmbito familiar.

²²² Como a defendente da eficácia plena das normas e princípios constitucionais que fundamentam as relações civis, temos, por todos, LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 22 jan. 2021.

²²³ RODRIGUES JR. Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**. Estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. p. 340-341.

²²⁴ *Idem*, p. 338.

²²⁵ *Idem, ibidem*.

Defende Ana Carolina Brochado uma reconstrução dos ideais de autonomia privada, pautando-se na diferença qualitativa na eficácia em situações jurídicas patrimoniais e existenciais.²²⁶ Em que pese as fundamentações bem desenvolvidas, merece anotação de que essa divisão em categorias antagônicas do ser e do patrimônio que tem fundado diversas teses em Direito de Família, deve se restringir a fins, meramente, didáticos. Não deixando de perceber a essência diversa entre as esferas pessoal e a patrimonial, é preciso, de uma vez por todas, afastar o caráter repulsivo do direito do patrimônio.

É bem verdade que o ordenamento jurídico brasileiro adquiriu um aspecto de atenção à esfera pessoal após a Constituição Federal de 1988, o que se torna inquestionável tão somente a se analisar o extenso rol do art. 5º, que reúne os direitos fundamentais estabelecidos. É preciso considerar que o texto constitucional se insere em uma mentalidade pós-guerra e também direcionada a se contrapor aos regimes totalitários, conferindo limites ao intervencionismo estatal e contemplando a liberdade de iniciativa em sua ordem econômica.²²⁷

Não é adequado, no entanto, forçar um antagonismo que por vezes é habitual às mudanças entre as disposições anteriores e as atuais. É, naturalmente, esperado que as normas em vigência contemplem de maneira mais adequada a estrutura social atual, pela necessidade inerente às rupturas, de adequação das normas às dinâmicas sociais, sob pena de se afastar de um dos escopos do próprio Direito.

A toda evidência, atribuir efeitos patrimoniais por vezes são necessários para garantir questões existenciais. Sob pena de perder sua coerência lógica e sistemática, o Direito não pode ser interpretado em ignorância à importância de fundir os interesses existenciais e patrimoniais, vez que são mutuamente dependentes. É certo que os esforços da doutrina têm sido de reconhecer que a ordem jurídica, de fato, tem estabelecido uma atenção à pessoa. Isso não significa e nem pode significar dizer que há evolução no pensamento social, mas sim, que o Direito tem se adaptado, em adequação às demandas sociais.

Após essa breve distinção, podemos concordar que apenas após a Constituição Federal de 1988 que houve uma efetiva tutela positiva à autonomia privada, mormente em se tratando de situações jurídicas existenciais²²⁸. Ao se referir ao que chama de autonomia existencial,

²²⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia existencial**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018, p. 81-89.

²²⁷ Conforme se verifica no art. 170 da Constituição Cidadã: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”

²²⁸ Pauta essa reestruturação em três alicerces: “(i) mudança da tutela da liberdade de negativa para positiva; (ii) insuficiência da autonomia patrimonial para regular a autonomia existencial, o que aponta para a necessidade da

todavia, Brochado defende que os seus limites são internos, considerando que “o ordenamento garante o exercício de liberdades em determinados espaços nos quais a decisão só é legítima se tomada pela própria pessoa, por fazer parte da construção da sua vida privada, da sua intimidade e personalidade.”²²⁹

[...] não há alternativa a não ser concluir que os limites à autonomia são internos, pois estão previstos pelo próprio ordenamento jurídico, ou seja, o ordenamento autoriza espaços para ação individual, de modo que, em tais espaços, a decisão só é legítima se for tomada pela própria pessoa, por fazer parte da construção da sua vida privada.²³⁰

Não obstante, entendendo de maneira diversa, impende destacar que o ordenamento autoriza *espaços* para ação individual, espaços estes que não são conferidos em *completude*, tampouco são sinônimos de liberdade irrestrita. Existe, de fato, uma liberdade jurígena²³¹, mas isso não implica dizer que o Direito confere à ação individual uma autonomia, de modo a autorizar que a ação individual deve ser guiada tão somente pelos interesses individuais, sobretudo quando o Direito é um imperativo de convivência social.

Essa convivência social é um fator que delimita as ações individuais, cedendo espaços em que deve ser priorizado o interesse comum. Conforme já exaustivamente visto, temos na família um espaço *transindividual* em sua essência relacional.²³²Essa disposição tampouco habilita o Direito a desatender os interesses individuais.

O que se verifica é que não é de hoje que paira sobre o estudo do Direito Privado a discussão das intenções e das declarações, que se reúnem no que chamamos de vontade. Considerando que em cada pessoa reside em um universo único, não é razoável que o Direito deixe seu dever de ordem à mercê das vontades individuais, ou ainda tome para si a função de intervenção apenas de acordo com as particularidades de cada caso. Ou, como já fomos outrora

na sua revisão, já que a liberdade no âmbito patrimonial e no existencial se implementa de forma diferenciada; (iii) diante dessas transformações, propõe-se mudanças qualitativas no tratamento jurídico da autonomia.” *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op.cit.*, p. 82.

²²⁹ *Idem*, p. 104.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Espaço de “liberdade jurígena” como menciona o português Antônio Menezes Cordeiro, ao passo que defende que está longe de ser absoluta. *In*: CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**, Tomo I, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.217.

²³² A menos que se trate de uma família unipessoal, é tácito que haja o interesse de, pelo menos, dois indivíduos no bojo familiar. Sobre família *unipessoal*, a Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça sugere seu reconhecimento, ao estabelecer que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

advertidos, “se nós nos convertemos em pessoas que só se interessam pelos seus próprios interesses, vamos converter-nos em feras contra feras.”²³³

Só é possível ao Direito, todavia, trabalhar com a análise da vontade posta, não deixando de atender à intenção, mas desde que ela seja razoável, objetivamente presumível. Ademais, reitera-se a necessidade já apontada de delinear os espaços de intervenção que justifiquem que o Estado utilize de suas rédeas, tanto para conferir sentido à proteção que promete às famílias, quanto para assegurar a autonomia necessária ao harmonioso desenvolvimento destas.

4.2 RELAÇÕES FAMILIARES E EXPECTATIVAS PARTICULARES

Decerto, sendo a família um *solo fértil* para o desenvolvimento das personalidades dos seus membros, não há o que se questionar quanto à existência de *expectativas particulares* no ambiente familiar.

Michael Sandel, em questionamento retórico, traz uma oportuna reflexão: “será possível traduzir todos os bens morais em uma única moeda corrente sem perder algo na tradução?”,²³⁴ quando de pronto nos adianta que: “não é possível transformar em moeda corrente valores de naturezas distintas.”²³⁵ Assim são as expectativas particulares que residem nos universos pessoais, em uma reunião de valores, propósitos, desejos e vivências que direcionam as condutas e escolhas em perspectivas que são de acesso restrito a cada indivíduo.

Consequência lógica da liberdade de escolha será a expectativa de efetivação dos motivos que guiaram o indivíduo a fazê-la. Noutras palavras, manifesta-se na expectativa individual a natural crença na efetivação dos fundamentos outrora ponderados que, por algum grau de liberdade oportunizado, levaram à escolha. Pode-se dizer até que as expectativas ultrapassam o campo da liberdade, sendo crível que constem até mesmo quando ausente um espaço liberdade, pelo caráter interno de manifestação, dentro universo individual de esperança tão comum à condição humana.

Desse modo, qualquer relação expectada não deixa de ser uma aposta aos resultados desejados em alguma situação posta.

No campo familiar, na função que lhe é intrínseca, de desenvolvimento dos seus membros, a questão das expectativas guarda delicada relevância. A toda evidência, por

²³³ Frase atribuída ao escritor português, José Saramago.

²³⁴ SANDEL, Michael J. **Justiça**. *Op. cit.*, p. 47.

²³⁵ *Idem.*, p. 56.

imperativo de liberdade familiar, a construção e o desenvolvimento dos integrantes da família merecem especial cautela, vez que qualquer frustração das expectativas esperadas tem potencial danoso ao desenvolvimento dos seus membros.

Apesar da relevância de sua compreensão, a preocupação com as expectativas individuais é um lugar de não direito. Não consegue o Direito adentrar em um aspecto tão subjetivo, de acesso restrito, como dito alhures. Todavia, insiste-se em trazer a consideração à tona, vez que reside no âmbito familiar uma sensibilidade temática, que não deve ser ignorada em detrimento de uma rigidez jurídica.

Como o próprio nome sugere, não restam dúvidas de que o valor e a expectativa individual atribuída à relação familiar são expressos em moeda variável a cada pessoa. De semelhante modo, ainda que coincidam entre os membros, podem não coincidir com idênticas atribuições à “valoração” percebida pelo Estado.

A noção particular de família, no espaço de não direito, é, como sói ser, muito mais livre e fluida do que a família tutelada pelo Direito. É uma verdade que o a tutela estatal deve se dar em um inafastável reflexo da sociedade, mas há de se reconhecer a dificuldade de estabelecer uma expectativa comum e uniforme das famílias, cabendo ao Direito sistematizar e elencar o que lhe é essencial em um mínimo comum, como assim o faz.

Imperativo de ordem, inevitavelmente, será a disciplina desse comportamento ético esperado às famílias. Observando a união estável, tem-se que o direito confere autodisciplina ao estabelecer os deveres pessoais, ao passo que estabelece limites, para uma esperada convivência harmônica entre os companheiros. Revelam-se esses deveres enquanto contornos necessários para a existência social da família nos termos juridicamente reconhecidos, visto que carregam em seu conteúdo valores essenciais à família, sobretudo para propiciar a convivência, aspecto intrínseco às uniões estáveis.

O Direito é de todo conectado, e assim deve ser. É necessária a compreensão, ainda, de que espaço para a afetividade, que tanto se demonstra enquanto elemento de ruptura do que costumam chamar de novo perfil da família,²³⁶ tem sua especial valorização pela convivência.

²³⁶ Nesse sentido, é capaz de ilustrar as transformações do conceito de família, “a partir dos quais a legislação amplia seu caráter protetivo obedecendo a uma realidade fática, contemporânea, que traduz o novo perfil que a família tem assumido atualmente, evidenciando a primazia do indivíduo nas relações familiares, o valor da afetividade, o respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.” *In*: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 315. doi:10.11606/T.2.2010.tde-31012011-154418. Acesso em: 16 ago. 2021.

O dever de convivência valorizou o afeto nas relações familiares, o qual assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, na exigência da *affectio maritalis* (como decorrência do sentimento recíproco de amor entre o casal) e no reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, na qual o vínculo sentimental entre pais e filhos pode, muitas vezes, se sobrepor a relações de consangüinidade. A família, a partir de agora, passa a ser um “núcleo sócio-afetivo que transcende a mera formalidade.”²³⁷

Sendo a família o espaço de desenvolvimento dos seus integrantes, esta “deve ser protegida pelo papel que, faticamente, exerce na sociedade, ou seja, por sua capacidade de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros, independentemente de solenidades e formalismos”²³⁸

Conjeturar que as expectativas particulares teriam origem não voluntarista, sem embargo, seria uma afronta à noção de liberdade e à própria noção de família. Com efeito, na união estável, não se nega a existência de vontade, mas apenas enfatiza-se que não possui relevância no seu reconhecimento.

Não se trata, contudo, de observar as expectativas particulares. Apesar do ambiente familiar ser um palco de realizações pessoais, o direito deve se abster e respeitar os espaços notadamente particulares. Deve garantir o pleno exercício dessas realizações e só deve intervir pela, igualmente, necessária responsabilidade familiar.

Decorrência dessa breve e tímida análise é que não se pode negar um grau de responsabilidade pretendido entre os seus membros com as expectativas depositadas em suas escolhas familiares. Responsabilidade esta no sentido de sensatez entre os integrantes de uma relação familiar, que se apoia na solidariedade, na sua dimensão ética e moral que respaldou a sua elevação a princípio jurídico. Por oportuno, tem-se nessa percepção da solidariedade “um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade”.²³⁹

De outro giro, há de se considerar que, os limites dessa responsabilidade recíproca, que pautada na trazida categoria de solidariedade, só podem ser aferidos nos parâmetros do que se é externado na relação. Só podem ser levadas ponderadas se, antes de mais nada, essas

²³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. IBDFAM, Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família, nov. 2007. p. 3. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf>. Acesso em: 16 ago 2021.

²³⁸ *Idem*, p. 7.

²³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias, p. 57.

expectativas forem visíveis e cognoscíveis ao outro sujeito. De modo semelhante, resta-nos a percepção de que o Direito, nos espaços e ocasiões que lhe são apropriados intervir, só pode assim proceder sob a análise de uma conduta externa.

4.3 LIBERDADE FAMILIAR E A INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO: DO EXERCÍCIO E DOS EFEITOS JURÍDICOS

A Carta Magna estatui que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, com fundamento no princípio da dignidade humana²⁴⁰, tornando defesa qualquer coercitividade na forma por parte das instituições oficiais ou privadas, além de atribuir a competência do Estado na propiciação de recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Esse direito, consiste, em outras palavras, na expressão do que se entende por liberdade familiar, consagrado enquanto também enquanto princípio do Direito de Família.²⁴¹

O Código civilista, por seu turno, também reforça essa disposição, insculpindo em seu artigo 1.513, que “é defeso a qualquer pessoa, de Direito Público ou Privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Antes de mais nada, todavia, é imprescindível a aceção da liberdade familiar enquanto um conceito amplo, que compreende tanto a liberdade de constituição, manutenção e de facilitação da sua dissolução, enquanto uma consagração da autonomia da vontade dos seus entes no âmbito familiar. O professor Paulo Lôbo assim conceitua e exemplifica:

O princípio da liberdade familiar diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização ou extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.²⁴²

²⁴⁰ Consoante o estabelecido no §7º do art. 226 da Constituição Federal, quando dispõe sobre a proteção familiar conferida pelo Estado: “§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

²⁴¹ Como já afirmado em doutrina: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. p. 66-67; ou, ainda, em LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias, 2018. p. 66-67.

²⁴² LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias, 2018. p. 66.

A intervenção do Estado, todavia, surgirá da necessidade de responsabilidade proveniente da relação jurídica entre os seus entes. Ou seja, reside na concepção de responsabilidade o papel de conferir freio, ou limite, na atuação do exercício dessa liberdade familiar²⁴³. É tão somente nesse espaço que a atuação estatal se justifica, quando superadas as razões que ensejem a necessidade de responsabilização, centralizando-se a grande questão, portanto, em compreender o que, exatamente, poder-se-ia considerar elemento hábil a justificar eventual responsabilização dentro da relação de família.

De outro lado, há de se ponderar que por ser um âmbito notadamente plural, de expressões particulares que, igualmente caracteriza a família em um palco de exercícios de liberdades, é cada vez mais difícil definir os atributos ou denominadores comuns a todas as famílias, a ponto de delinear limites que justifiquem a interferência estatal sob um viés objetivo.

Como visto, o próprio mínimo ético insculpido às relações convivenciais enquanto deveres pessoais, que se revelam enquanto expressões da boa-fé entre os membros, são vistos pelo Judiciário ou por parte da doutrina enquanto normas sem grande relevância jurídica.

Nesse diapasão, os critérios antes estabelecidos que estruturavam o Direito de Família são, constantemente, revisitados, questionados e rediscutidos, não somente pelo caráter dinâmico da sociedade já mencionado alhures, mas também será inevitável que assim seja até pela efetivação do exercício da própria liberdade familiar. De outro lado, “o Homem não pode viver sem limites e sem regras. Porque o vazio jurídico torna tudo possível”²⁴⁴.

Se não há qualquer limitação nas relações convivenciais, inclusive no âmbito pessoal, chegaríamos a um espaço de “vale-tudo” no Direito, que não teria outra consequência senão a de fragilizar ou retirar a própria importância das relações familiares. Se o Estado confere especial proteção à família e a considera como base da sociedade, é porque há o reconhecimento do papel social da família, bem como o da sua contribuição para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros.

Há de se refletir, ainda, que a bandeira da liberdade familiar enquanto uma forte característica da união estável, ainda que com certa razão se interpretada enquanto liberdade de não casar, merece ponderações sob um olhar discordante. Isso porque, sob a perspectiva da

²⁴³ A Professora Fabíola Albuquerque, ao analisar os conceitos de liberdade e responsabilidade familiar, assim o faz sem dissociá-los da solidariedade, considerando que esta atua enquanto um limite interno e qualificador da liberdade. *In*: O espaço da liberdade nas relações de família. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Ano 3, n. 4, p. 489-514. Lisboa: Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2017, p. 502.

²⁴⁴ LEITE, Eduardo Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 102.

união estável enquanto ato-fato jurídico, o Estado, ao elencar os requisitos para concreção o suporte fático de família, assim o faz e atribui o elo familiar aos seus membros por meio da observância de uma situação fática, sem, diga-se de passagem, atribuir enquanto relevante a manifestação de vontade dos companheiros, o que não deixa de configurar uma supressão da liberdade daqueles indivíduos.²⁴⁵

É preciso sempre compreender que a afirmação da família enquanto um espaço de desenvolvimento da personalidade, enquanto existencial, é um fator que colabora para a proteção constitucional desta. Também por isso, simultaneamente, a capacidade de intervenção estatal terá que acompanhar os avanços, ou então não há proteção do que o Estado se prestou a proteger.

Por estar em união estável, impõe-se um comportamento perante terceiros, uma conduta respeitável reforçada pela ostensividade da relação. Sendo assim, o interesse de cada um dos companheiros passa a ser visto de maneira externa. Há de se rememorar, aliás, que a ostensividade da relação vem como peculiaridade da união estável, vez que a publicidade é um inafastável elemento constitutivo do instituto jurídico. Essa essência publicista à relação, por sua vez, não guarda relação com nenhuma necessidade de aceitação da relação perante terceiros ou perante o próprio Estado, mas reside na importância histórica da ostensividade ao reconhecimento jurídico da própria união estável.

Ao preencher os elementos constitutivos da união estável, portanto, há de se reconhecer que os companheiros, inevitavelmente, cedem liberdade comportamental, a toda evidência, pelo surgimento do interesse familiar, que ultrapassa as esferas pessoais. Essa “cessão” da liberdade se dá não pela manifestação expressa do desejo de consubstanciar uma união estável posto que o fato se realiza sem a relevância desta vontade para a concreção do suporte fático da entidade familiar.

Já que em contrapartida ao reconhecimento jurídico da união estável, os companheiros submetem-se as liberdades à autodisciplina, em razão ao status de família, há de se reconhecer que uma vez configurada a união estável, surgem interesses transindividuais, passando a serem tutelados de maneira, minimamente, externa. Evidentemente, encontra a união estável o desafio

²⁴⁵ “É do conjunto de características atinentes aos fatos jurídicos que os atos-fatos haurem a centralidade do resultado e colhem dos elementos dos atos jurídicos a relevância da conduta juridicamente significativa.” *In*: ALBUQUERQUE, Raul César de. Do ato-fato jurídico (e da vontade posta entre parênteses). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 92, n.1, p. 67-83, out. 2020, p. 74. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248400>. Acesso em: 22 jan. 2021.

de equilibrar-se na publicidade que lhe é intrínseca, com o limite necessário à individualidade, consubstanciada no direito pelos princípios da liberdade e da pluralidade familiar.

A bem da verdade, os contornos delineados revelam que liberdade familiar se depara em um paradoxo que lhe é peculiar, evidenciando elementos de contradição. Por um lado, o Estado adentra na vida privada do particular por meio de mecanismos de controle, sob a justificativa traduzida dessa boa-fé, que não se pode negar que ainda tem conceito indeterminado. E, por outro lado, há a necessidade de reconhecer que esse comando de boa-fé gera deveres anexos que devem ser seguidos pelos particulares, de modo a não serem reprimidos pelo Estado, visto que imprescindíveis à própria noção de família.

4.4 CONTRATUALIZAÇÃO DOS DEVERES PESSOAIS: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE AUTORREGRAMENTO ENQUANTO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Em tentativa de reação à intervenção estatal nas relações familiares, e com o intuito de reduzir os espaços de regulação estatal e garantir com mais efetividade a *autonomia privada*, vivencia o Direito de Família uma tendência de socorrer-se da *contratualização*, que imprime aos membros a possibilidade de *autorregramento* das suas relações. Apostam os defensores da contratualização em uma concepção *subjetivista* do Direito, ao passo que sugere a aplicação de *contratos existenciais*, assim compreendidos pela natureza dos objetos postos à negociação.

[...] compreender que cada família pode construir seu próprio Direito de Família, é uma mudança radical no sistema jurídico brasileiro, que aponta a diminuição da importância estatal, desburocratiza a família, afasta a ‘inflação legal’ (caracterizada pela produção cada vez maior de normas) e supervaloriza as convicções individuais acerca das suas próprias relações jurídicas.²⁴⁶

Não é de todo inédita ao Direito de Família a tentativa de contratualizar no âmbito do Direito de Família, sobretudo relativo à união estável. Em análise ao Projeto de Lei nº 1.881 de 1991, que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal,²⁴⁷ já era possível verificar essa

²⁴⁶ CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Contratos familiares**: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. Publicado em: 01/07/2020. IBDFAM. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%C3%ADlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia#_ftn11 Acesso em 04 de maio de 2021.

²⁴⁷ O referido Projeto de Lei foi inspirado nos estudos de Álvaro Villaça Azevedo, tendo a pretensão inicial de regulamentar toda a matéria da união estável, dispendo-se a revogar a Lei nº 8.971 de 1994. Depreende-se das razões de veto que a matéria insculpida nos trazidos artigos do Projeto de Lei nº 1.881/91 já havia sido objeto de tratamento parcial nesta lei. Após, houve reapreciação das inserções na Lei de nº 9.278, de 1996, tendo sido vetada, nos termos trazidos.

tendência. Naqueles idos, porém, de maneira mais tímida à época, mas no rol de dispositivos vetados, expressamente considerados contrários ao interesse público, tinha-se os artigos 3º, 4º e 6º,²⁴⁸ todos com o escopo de introdução da união estável contratual.

Em análise às razões dos vetos, por suas vezes, tais dispositivos foram considerados contrários ao interesse público, com as seguintes fundamentações:

Em primeiro lugar, o texto é vago em vários dos seus artigos e não corrige as eventuais falhas da Lei nº 8.971. Por outro lado, a amplitude que se dá ao contrato de criação da união estável importa em admitir um verdadeiro casamento de segundo grau, quando não era esta a intenção do legislador, que pretendia garantir determinados efeitos a posteriori a determinadas situações nas quais tinha havido formação de uma entidade familiar. Acresce que o regime contratual e as presunções constantes no projeto não mantiveram algumas das condicionantes que constavam no projeto inicial.

Assim sendo, não se justifica a introdução da união estável contratual nos termos do art. 3º, justificando-se pois o veto em relação ao mesmo e, em decorrência, também no tocante aos artigos 4º e 6º.²⁴⁹

Há de se concordar que a redação dos dispositivos propiciava certas críticas ao seu texto, mas eximindo de fazê-las nesta oportunidade, a análise permite-nos a constatação de que se a tentativa de introdução da união estável contratual pela via legal não se efetivou. Não obstante, hodiernamente, são visíveis os crescentes avanços de aceitação da contratualização das relações existenciais por parte da doutrina e acompanhada da jurisprudência, sem, sequer, haver o amparo no texto legal.²⁵⁰

²⁴⁸ “Art. 3º. Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta Lei, as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais do direito.

Art. 4º. Para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser registrado no Cartório de Registro Civil de residência de qualquer dos contratantes, efetuando-se, se for o caso, comunicação ao Cartório de Registro de Imóveis, para averbação.

Art. 6º. A união estável dissolver-se-á por vontade das partes, morte de um dos conviventes, rescisão ou denúncia do contrato por um dos conviventes.

§ 1º Pela vontade das partes, os conviventes põem termo à união estável, amigavelmente e por escrito, valendo entre os mesmos o que for estipulado no acordo, desde que não contrarie o estatuído nesta Lei.

§ 2º Havendo contrato escrito e averbado em cartório, qualquer dos conviventes deverá requerer a averbação do acordo de dissolução da união estável

§ 3º Ocorre a rescisão quando houver ruptura da união estável por quebra dos deveres constantes desta Lei e do contrato escrito, se existente.

§4º A separação de fato dos conviventes implica denúncia do contrato, escrito ou verbal”

²⁴⁹ Mensagem de veto do Projeto de Lei nº 1.881 de 1991, que regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9278-1996.pdf. Acesso em: 02 fev. 2021.

²⁵⁰ Menciona-se em relação à lei expressa nesse sentido, não contemplando as “interpretações segundo a Constituição”. Há de se ressaltar que, em relação à união estável, o Código Civil apenas faz menção expressa da possibilidade de contrato escrito entre os companheiros para as relações eminentemente patrimoniais, consoante estabelecido no art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

A expressividade da norma, por seu turno, teria a inafastável incumbência de conferir mais previsibilidade às relações familiares, sobretudo porque um dos fundamentos da sua contratualização é pautado na diminuição dos espaços de regulação, em detrimento da autonomia privada plena. Não é que no contrato não tenha a previsibilidade, mas, refere-se à previsibilidade da própria essência familiar, que, aderindo, descomedidamente, à contratualização, perderia a unidade²⁵¹ familiar comum e equiparar-se-ia o valor familiar ao direito contratual.

Eis, ainda, uma incoerência em que se depara a contratualização das relações familiares: socorre-se do contrato, instrumento que, tradicionalmente, confere segurança jurídica, quando, a contrário senso, extrapola os termos legislativos, que possui essa semelhante função.

Ao passo que dessa contratualização das relações familiares “compreende-se que cada um pode escolher e definir o que família deve significar na sua vida, sobretudo por meio de contratos não patrimoniais”,²⁵² é esperado dessas definições um favorecimento à clareza interpartes, revelando-se em um aspecto positivo. De toda sorte, não se pode negar que qualquer acordo, quando tem suas vontades reduzidas a termo, depara-se com a possibilidade de conferir clareza aos critérios elencados. Proporcionar clareza, dentro do âmbito relação familiar, é um ponto bem-vindo.

A questão da análise da vontade, consubstanciada na intenção tida e na declaração reduzida a termo, também não passará despercebida à contratualização das relações familiares. Todavia, ainda que se trabalhe com a hipótese de conversão de vontades em expressão às vontades particulares, considerando que a própria vontade não é um elemento de todo estático, há de se admitir que o Direito não deixará de fazer suas intervenções, nem que seja quando chamado a dirimir sobre a execução do contrato.

A experiência contratual nas relações familiares, ainda, precisará enfrentar alternativa do socorro ao Judiciário como forma de dirimir eventuais pontos controversos nas questões avançadas em acordos familiares. Nesse ponto, o que se apresenta enquanto consequência à judicialização, ainda não apresenta respostas que se direcionem à diminuição dos poderes.

Pelo contrário, a autonomia privada que se pretende assegurar aos membros, ao entender que nenhuma vontade reduzida a termo por meio do que se é declarado em um instrumento

²⁵¹ Não se contrapõe essa referência à *pluralidade* familiar, eis que também essencial ao direito de família, mas se propõe a reflexão sobre o que diferencia a família das demais relações jurídicas, consistindo essa característica de essência na *unidade* comum a todas as famílias.

²⁵² CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Contratos familiares**: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. Acesso em 04 de maio de 2021.

contratual é dotada de estática suficiente a se quedar intacta no tempo e no espaço, esvaziam-se alguns argumentos levantados em prol da contratualização das relações familiares.

Isso porque, admitindo mínima dinamicidade à vontade, restaria esperar eventual divergência dos termos desses contratos de família sua solução na autocomposição, método mais difícil e que requer dos conflitantes um esforço ético, ou recorrer à jurisdição. Ainda, cumpre enfatizar que até mesmo para se cogitar um fortalecimento da autocomposição nas relações familiares, haveria o Direito de considerar um elo ético nessas relações, revelando-se outro fundamento à necessidade de reforço do reconhecimento deste conteúdo ético como intrínseco à família.

Não se pode negar que recorrendo à jurisdição enquanto o meio para a solução de eventuais conflitos oriundos desses contratos, retornar-se-ia a um inevitável problema de cessão da interpretação da vontade segundo o intérprete, não conferindo total saída à pretensa expressão de liberdade individual, visto que encontra essa forma de conferir a outrem a interpretação dessa liberdade, que não há como ser estritamente precisa.

Feitas algumas ressalvas à contratualização das relações familiares, sobretudo no que tange à exequibilidade dos pactos avençados entre os familiares, que não se esgota nesse trabalho, impende retomar, em linhas gerais com o que, atualmente, entende-se dessa tendência, à análise da possibilidade de pactuar sobre os deveres pessoais da união estável.

É certo que o grande cerne da doutrina que defende a contratualização no âmbito familiar, todavia, versa sobre a discussão do objeto existencial como possível de regulamentação particular, ao passo que preconiza que aos membros da família seriam facultados os poderes de disciplinar e transigir em relação às diretrizes existenciais. Assim compreende a doutrina que “na medida em que a família é um espaço de autoconstituição coexistencial, não cabe nem ao Estado nem à comunidade a definição de como essa autoconstituição será desenvolvida.”²⁵³

Há de se assentar que

Se a expressão jurídica da família tem, entre suas funções, o exercício, a proteção e a promoção de liberdade(s), admitir uma interpretação restritiva que elimine, em termos concretos, a proteção jurídica de opções de constituição familiar livres na normatividade que esse (con)viver enseja, pode ser encarado como uma violação dessa dimensão funcional.²⁵⁴

²⁵³ MULTEDO, Renata Vilela. *Op. cit.*, p. 203.

²⁵⁴ *Ibidem*.

Merece dialogarmos com os posicionamentos de Renata Vilela Multedo que, ora, debruçamo-nos. Ainda há no Estado a função essencial de estabelecer os parâmetros mínimos de convivência, não se podendo olvidar que o próprio texto constitucional confere especial proteção à família, quando a reconhece como base da sociedade. Conforme já trazido, o dever de convivência valoriza o desenvolvimento do afeto nas relações familiares, aspecto que tem sido considerado expressão do princípio do Direito de Família.²⁵⁵ Consequência lógica é que ao Estado, a família possui distinto valor no ordenamento jurídico, especialmente pela necessidade do atendimento conforme suas diretrizes, e da proteção do seu valioso conteúdo existencial.

Não se pode fazer da família um espaço de liberdade irrestrito, assim como não seria adequado atribuir cem por cento de liberdade em qualquer instituto. Isso porque, vale rememorar que nenhum bem jurídico pode ser considerado em sua individualidade como se não existissem outros tantos bens igualmente preciosos ao Direito e que, porventura, na disposição de coexistência desses bens jurídicos tutelados esperada pela própria dinâmica social, não há como, igualmente, conferir proteção integral à liberdade.

O que o ordenamento confere, aliás, é a intervenção estatal mínima, em momento nenhum se confundindo com a não intervenção estatal na esfera familiar. A propósito, não há como o Direito prometer proteção irrestrita sem, em contrapartida, tenha intervenção, seja para, minimamente, estabelecer parâmetros de assegurar o que por si será tutelado, seja para forçar o cumprimento das suas disposições, pela sua função cogente que lhe é característica. Ou, respaldando-se nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, “a atividade individual, contudo, está sob a vigilância do Estado, ainda que como emanção da liberdade, a autonomia da vontade se constitua em direito supraestatal, e não seja, assim, faculdade delegada.”²⁵⁶

Registrou-se que o status de família conferido pelo Estado, confere a autodisciplina dos efeitos.²⁵⁷ Haveria, portanto, uma indisponibilidade do objeto dos deveres da união estável, vez que expresso nas condutas e eventos do próprio conteúdo da lealdade, respeito, respeito e assistência pessoal, estando os membros, inevitavelmente, sujeitos ao fim ético que confere o status pela subalternidade ao escopo familiar.²⁵⁸ Encontra-se na sustentada indisponibilidade do

²⁵⁵ Nesse sentido, a *afetividade* “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida”. In: LÓBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. p. 70.

²⁵⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 24.

²⁵⁷ Assim defendemos no item 3.2 deste trabalho.

²⁵⁸ CASTRO, Torquato. *Op. cit.*, p. 82.

objeto, pautada na análise da situação jurídica, outro contratempo à negociação dos deveres pessoais da união estável.

A despeito das ponderações trazidas, não se pode deixar de reconhecer ao contrato, sua função auxiliar de clareza dos comportamentos esperados entre os seus membros, que, ainda que não sendo fiel tradutor da vontade, garante atributo que assessora o interesse familiar.

Admitindo o escopo dos contratos a função de conferir clareza *interpartes*, tem-se que justificado que a autonomia privada e a liberdade individual se sobressaiam à natural e automática classificação da indisponibilidade do objeto que consubstancia os deveres da união estável. No entanto, essa relativização da disponibilidade do objeto só deve ser assim considerada com a observância de critérios mínimos também defendidos.

Adverte-nos Dimitre Braga, referência na doutrina que defende a valorização das convicções individuais sobre as suas próprias relações pela contratualização das relações familiares, que

nenhum contrato afetivo ou de família pode desprezar a dignidade humana dos envolvidos, tratar homens e mulheres de forma diferente, viabilizar distorções por questões de gênero, tolerar qualquer tipo de violência física, psicológica ou patrimonial, ou deixar de observar os direitos e garantias constitucionais de crianças, adolescentes, idosos, portadores de deficiência ou qualquer outro grupo em situação de vulnerabilidade.²⁵⁹

Abstendo-se de ponderar a vasta delimitação que imprime o conteúdo de *dignidade da pessoa humana*, entende-se que aos companheiros, em se constituindo a união estável, haveria, inicialmente, a *autodisciplina estatal* dos deveres da união estável, com a respectiva cogência delineada nos contornos da boa-fé.

Alternativa que pode ser considerada aos companheiros, é admitir a faculdade dos companheiros *contratualizarem* os deveres da união estável com a propósito de *esclarecimento interpartes* dos comportamentos esperados e desde que os termos dessas *normas de conduta* estabelecidos *não restrinjam*, tampouco *renunciem* ao mínimo conferido pela *autodisciplina*.

Oportunamente, Miguel Reale define por normas de conduta “as que deixam os destinatários o direito de dispor de maneira diversa.”, enfatizando, ainda, que não consistem em normas que podem ser revogadas pela vontade das partes, mas que é a natureza da regra dispositiva “estabelecer uma alternativa de conduta, de tal maneira que os seus destinatários

²⁵⁹ CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Contratos familiares**: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. Documento não paginado.

possam, ou disciplinar eles mesmos a relação social, ou, não o fazendo, sujeitar-se ao que a norma determina.”²⁶⁰

Implica anotar que o próprio suporte fático da união estável, recepcionado pela classificação de ato-fato, não obsta que seja feito um contrato *a posteriori*. Evidência disso é que o próprio ordenamento jurídico admite negócio jurídico subsequente que permite a alteração de regime de bens, conforme preleciona o artigo 1.725 do código civilista. Demanda dizer que, preenchendo o suporte fático da união estável, há a consequente autodisciplina do regime de bens da relação.

Não ignorando que são, substancialmente, distintos os objetos comparados, eis que de natureza patrimonial o regime de bens, e de natureza pessoal os deveres postos à análise, já se constata nos efeitos da união estável, que essa autodisciplina inicial não impede a negociação posterior das partes em sentido diverso. Cumpre esclarecer, porém, que qualquer pactuação em regime diverso deve dotar de coerência sistemática nos limites da legislação.

De semelhante modo aos negócios de declaração²⁶¹ da própria união estável, não é conferido a qualquer pretensa contratualização da relação o poder de se sobrepor ao que, eventualmente, se verifique e considere na observância da realidade fática vivida pelos companheiros, não tendo o condão de mascarar-la, portanto.

A despeito das cautelas necessárias nos termos de pactuação, considerando o valor atribuído ao objeto dos deveres (eis que intrínsecos à convivência, assim também dota de especial relevância à própria ideia da união estável enquanto família), não se verifica óbice à disposição a posteriori, com o fito, sobretudo, de conferir clareza aos membros.

Ao ganhar substrato jurídico eventual contrato familiar entre os companheiros que verse sobre os efeitos pessoais da relação, verifica-se que não é adequado tratar enquanto uma novação da obrigação havida entre os membros, já que não há diversidade substancial entre o dever anterior e o pactuado pelas partes, já que o conteúdo antes autodisciplinado permanece em seu conteúdo, servindo enquanto contorno da relação.

Essa expressão de liberdade familiar por meio da contratualização, por sua vez, a toda evidência fica em dívida com a almejada expressividade de autonomia privada irrestrita, eis que encontra seus limites na necessidade de que os termos estabelecidos estejam em consonância

²⁶⁰ E ainda ilustra, em complementação: “Por outras palavras, Fulano e Sicrano tinham o direito de dispor de forma X ou Y: se não o fizerem, deverá ser aplicado o disposto na regra dispositiva que disciplina a espécie.” *In*: REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. p. 125.

²⁶¹ Aqui merece a cautela de enfatizar pela natureza fática da união estável, os negócios de reconhecimento da relação não possuem natureza de ato com efeito constitutivo positivo, mas sim, teor declaratório.

com outros pressupostos inerentes ao Direito de Família, como o princípio da igualdade familiar,²⁶² propiciando um equilíbrio no acordo, de modo a não vulnerabilizar nenhuma das partes.

Tem-se nesses contratos, pois, uma forma de melhor exteriorizar o que se entende do comportamento esperado pelos companheiros, não deixando de ser um mecanismo que auxilia a compreensão do comportamento esperado pelo casal, conforme a boa-fé. De toda sorte, cumpre ressaltar que nesses acordos devem ser respeitados os princípios da igualdade entre os companheiros e a proteção da personalidade na propositura de assuntos comuns, insculpidos os companheiros no dever de chegarem a um acordo equilibrado.

Cabe pontuar com especial ênfase que não se pode afastar, independentemente de expressão de vontade, a atuação da boa-fé objetiva nesses contratos familiares, sobretudo para fins de aprimoramento do conteúdo voluntário, nos ajustes de integração dos termos pactuados.

4.5 A TUTELA DA CONFIANÇA NA ANÁLISE DOS DEVERES PESSOAIS DA UNIÃO ESTÁVEL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA BOA-FÉ OBJETIVA?

Adianta-nos Judith Martins-Costa que “não é por escapar à seara patrimonial que o Direito Pessoal de Família está isento de manifestações da boa-fé objetiva. O princípio pode incidir na sua função corretora de condutas”²⁶³ Essa mencionada função, por seu turno, assim é delineada:

A função corretora se abre em duas distintas vertentes: a boa-fé auxilia a corrigir o exercício jurídico, direcionando-o e ajustando-o aos padrões de licitude (Código Civil, art. 187, a contrário); e pauta a correção do próprio conteúdo contratual, nas hipóteses de abusividade e de desequilíbrio contratual, neste último caso atuando por meio de institutos especificamente previstos pela lei.²⁶⁴

Enxergando a problemática específica dos deveres pessoais da união estável e questionando a aplicabilidade da boa-fé nesse âmbito, imprime-se na função corretora da boa-fé a sua esperada atuação. Tem-se que primeira vertente de auxílio à correção do exercício

²⁶² “O princípio da igualdade familiar dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, (...) e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.” *In*: LÔBO, Paulo. **Direito civil**. Famílias, p. 60-61.

²⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Livro digital (E-pub), p. 194.

²⁶⁴ *Idem*, p. 194.

jurídico da função corretora no momento do exercício dos direitos, quando esta se impõe para “impedir o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas.”²⁶⁵

Tem-se na boa-fé, como expressão da sua função corretora, a sua articulação “com outras regras e princípios que denotam os vetores valorativos incidentes à relação contratual: a liberdade, a coerência, o equilíbrio, a justiça comutativa e a utilidade, nascendo, dessa articulação, as configurações ou facetas da boa-fé no momento do exercício dos direitos.”²⁶⁶

A tutela do comportamento esperado aos companheiros, por sua vez, deve ser analisada sob o prisma da boa-fé objetiva, que no caso da união estável, convida-nos, inevitavelmente, a uma análise da sua atuação no plano da eficácia jurídica, sobretudo por considerarmos tanto a união estável enquanto ato-fato jurídico²⁶⁷ quanto pela categoria eficaz que os deveres inerentes se inserem.

À vista disso, temos oportuno que “o papel precípua da boa-fé objetiva é o de atuar como diretriz comportamental, configurando norma de prescrição de comportamentos leais; uma vez violada, importará na atuação de regras situadas no plano da eficácia jurídica.”²⁶⁸ Por assim dizer, não se dirime na abordagem dos deveres pessoais entre os companheiros a nulidade do ato enquanto consequência pela interpretação desconforme com a boa-fé pela, residindo a perspectiva na eficácia indenizatória.²⁶⁹

De outro modo, ao esmiuçar quais as substâncias dos deveres pessoais da união estável, já se demonstrou imprescindível a análise do que se demonstra essencial ao próprio reconhecimento do instituto jurídico enquanto família, sob pena de enfraquecer a caminhada que se deu em prol do seu atual status jurídico até então. Essa análise, inevitavelmente, há de

²⁶⁵ *Idem*, p. 194.

²⁶⁶ *Idem, ibidem*.

²⁶⁷ E, por isso, tem-se que não se sujeitam à análise do plano da *validade*, ou “não são postos à verificação de sua aptidão pra atuar e permanecer no mundo jurídico”. *In*: ALBUQUERQUE, Raul César de. Do ato-fato jurídico (e da vontade posta entre parênteses). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 92, n.1, p. 67-83 out. 2020, p. 77. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248400>. Acesso em: 21 jan. 2021.

²⁶⁸ E continua: “Mas a boa-fé corretiva pode funcionar, também, excepcional e restritamente, como norma de validade do conteúdo contratual, em vista de corrigi-lo que entra não como controlador de uma validade, mas com sua função interpretativa principiológica” *In*: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação, p. 415.

²⁶⁹ Em que pese trazer à baila a abordagem indenizatória, uma análise apurada em termos de responsabilidade civil merece um estudo a parte, ficando em débito para posterior escrito.

encontrar um denominador comum às famílias que não pode ser relativizado diante de uma proteção à liberdade individual, posto que essenciais às suas próprias autonomias enquanto institutos jurídicos.

Com a união estável e a formação familiar, provém um limite relativo à faculdade do direito de liberdade comportamental. Isso ocorre justamente quando se preenche o suporte fático da união estável, na ocasião de compleição dos elementos constitutivos. Uma vez ocorrendo, tem-se por consequência essa limitação relativa comportamental, vez que a tutela à família se impõe ao Direito, sobretudo pelo status constitucional de base da sociedade. Ou seja, trata-se de uma consequência inevitável, fruto da formação fática, sobretudo porque um dos seus elementos já coincide com o comportamento efetivo enquanto família.

Debruça-se na observação dos contornos do comportamento dos familiares, que só podem se dar pelos aspectos externos de conduta, devendo admitir como essencial à convivência. Ainda, na especial análise da união estável, não se pode esquecer que o instituto carrega em seu próprio nome a percebida magnitude da estabilidade nessa relação. O grau da estabilidade dessa relação fática, é percebido pelo próprio comportamento.

Centrando-se a inevitável análise do comportamento na união estável, mesmo para relação existir no universo jurídico, cumpre diferenciar que a conduta ora posta à observação não se confunde – nem pode se confundir – com os elementos de constituição da entidade familiar. Diferentemente, contudo, ressalta-se a relevância do comportamento, entendendo-nos efeitos sua pertinência de análise, visto que são concentrados na conduta alguns aspectos de interesse familiar. Com efeito, a própria “solidariedade social impõe a proteção das expectativas geradas em terceiros a partir do comportamento inicial.”²⁷⁰

Pelo aspecto peculiar de cooperação entre os membros de família, na medida em que consiste a comunidade familiar um âmbito em que esse atributo se manifesta em sua plenitude²⁷¹, na mesma linha dos argumentos já abordados, anteriormente, neste trabalho, temos que “cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum.”²⁷²

²⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium, p. 272.

²⁷¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 34.

²⁷² *Idem, ibidem*.

Há de se perceber na manifestação da boa-fé objetiva a sua conexão com o conceito de confiança, ao passo que esta “confere-lhe base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica”²⁷³. De toda forma, “a confiança, de fato, somente resta eficientemente tutelada na hipótese de se obstar o comportamento que se dirigia à sua ruptura.”²⁷⁴

Dessa forma, e considerando-se hipóteses de autodisciplina, há de entender que é possível a exigência de deveres pessoais por uma leitura da boa-fé objetiva, que justificariam a tutela estatal, pela necessidade de coerência no comportamento familiar e, sobretudo, com o fito de obstar comportamento que rompa a confiança, atributo necessário a concreção do interesse familiar, eis que inafastável dos conceitos de estabilidade e coerência.

Ainda, a naturalização na admissão de contratos nas relações familiares reforça a necessidade da incidência e aplicação da boa-fé objetiva, ante o seu atributo e função de controle dos atos de autonomia privada. Merece a reflexão, aliás, se a tendência dessa contratualização não aparece como uma reação à essa necessidade de imperar a boa-fé objetiva na família de uma vez por todas, como um mecanismo de retomar a confiança entre as partes, a segurança, e tantos outros valores que têm esvaziado o conceito outrora tão mais comum de família.²⁷⁵

O imperativo de confiança à convivência e à estabilidade gera essa necessidade de se reforçar leitura à luz da boa-fé objetiva, categórico a todas as relações de família. Adentra com um diferencial interpretativo porque independe da vontade individual para a sua expressividade, vez que dota de critério objetivo, auxiliando ao mínimo comum de aferição.

Também é preciso evidenciar a imprescindibilidade da coerência comportamental nas relações familiares, precipuamente na união estável, visto que é, diretamente, interligada à própria noção de estabilidade. Com efeito, não se pode olvidar que a análise realizada é em uma entidade familiar em que a estabilidade revela a sua importância em seu designativo. Outrossim,

²⁷³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1250.

²⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. p. 164.

²⁷⁵ De maneira, estritamente, objetiva e, enfaticamente, sem intentar qualquer recuo à noção de família anterior, a provocação apenas intenta ressaltar que as multifacetadas formas familiares reconhecidas no Direito contemporâneo, em contraposição à ideia da família matrimonializada como única concepção jurídica de família, pulverizam uma noção comum de família. Decorrencia disso é a insegurança jurídica de seus conceitos, atributos e efeitos, problema que tem reclamado esforços aos juristas. De outro giro, inegável que o *contrato* é um artefato que intenta conferir segurança jurídica.

essa a estabilidade comportamental é inerente à união estável como um todo, inclusive relevante a ao seu elemento constitutivo de continuidade.

Logo, a limitação da liberdade dos companheiros se dá como consequência de um estado jurídico oriundo do próprio comportamento convivencial, em proteção a um instituto jurídico, constitucionalmente, reconhecido e protegido, em que se classifica a união estável: a família. Logo, é preciso compreender que alguns deveres inerentes à união estável nada podem extrapolar àquele mínimo que caracteriza o status conferido à relação e protege, sobretudo, a especificidade dessa entidade familiar.

A boa-fé objetiva, considerada em si também enquanto cláusula geral, revela-se essencial, aliás ao Direito Privado como um todo. Pela ótica da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, merece o entendimento que

A cláusula geral de Direito Privado não subtrai o conhecimento da lide ao juiz ordinário. Mantém-se o conflito na esfera cognitiva da justiça infraconstitucional. O magistrado, em primeira linha, deverá ater-se ao Direito Civil e utilizar-se do arsenal teórico peculiar a esta disciplina. As cláusulas gerais privatísticas têm por si, especialmente a boa-fé objetiva, uma centenária produção bibliográfica que lhe empresta um grau de concretude incomparável até mesmo com institutos e figuras contidos em normas jurídicas de caráter objetivo. Essa vinculação ao juiz ordinário, ao menos em tese, retarda o juízo formulado com fundamento preponderantemente constitucional, que seria esperável quando o recurso fosse (eventualmente) examinado pelo STF.²⁷⁶

Com efeito, sendo a boa-fé objetiva extraída de uma cláusula geral, evidencia-se “um meio de civilização do direito fundamental. Esse papel único e só acomodável ao modelo da eficácia indireta. Os casos envolvendo a propriedade, o contrato ou a família, quando apreciados pelo juiz ordinário, serão decididos com uma leitura também civil.”²⁷⁷

Atentando-se, pois, às dificuldades de estabelecer parâmetros ante a vagueza que o conceito da boa-fé pode imprimir, propõe-se a atender à *função corretora* que lhe é peculiar. Para isso, faz-se imprescindível a *articulação* da boa-fé objetiva com a *coerência* tanto com o que consiste na *essência* do próprio conceito de família, quanto com um dos valores que é inerente a ela: a *liberdade*.

²⁷⁶ RODRIGUES JR. Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**. Estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. p. 342.

²⁷⁷ *Idem, ibidem*.

4.5.1 Legítima confiança e *venire contra factum proprium*

O princípio da proibição do comportamento contraditório, sendo expressão da boa-fé objetiva, ao balizar o comportamento relacional, demonstra-se enquanto uma maneira de contensão do das liberdades individuais.

Já tendo superado que não sendo o prestígio do direito à autonomia privada um sinônimo de concessão da liberdade individual irrestrita, insere-se a tendência do convite à centralização na dignidade da pessoa humana os seus termos necessários de releitura, mormente pela “consagração da solidariedade como norma constitucional, e o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas constitucionais sobre as relações privadas, impuseram intensa reformulação do conceito”.²⁷⁸

Apona-nos Schreiber, enquanto elementos propulsores à necessária reformulação do conceito da autonomia privada, ora sob um viés solidarista, “a consagração da solidariedade como norma constitucional, e o reconhecimento da aplicabilidade direta das normas constitucionais sobre as relações privadas”.²⁷⁹

Cumpra ponderar, contudo, que essas transformações jurídicas das relações privadas merecem cautela pelo objeto no qual incidem as normas. A toda evidência, “dentro do contexto de constitucionalização do Direito Privado e, em especial, do Direito de Família, as definições tornaram-se ainda mais perigosas, senão definitivamente ilegítimas sempre que dissociadas de uma atenta observação sobre as quais deverão incidir.”²⁸⁰

Em que pesem os reconhecidos esforços doutrinários em delimitar o conteúdo das normas, não há como negar que o Direito sofre uma recorrente transmissão de significados, leituras e releituras em seu ordenamento, cambiando suas diretrizes de um conceito fluido a outro, sem, no entanto, trazer um mínimo de exatidão. Mas, talvez a inconsistência não esteja somente na linguagem, esteja no próprio mundo.²⁸¹

²⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 60.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*.

²⁸⁰ LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Op. cit.*, p. 169.

²⁸¹ Assim conclui Calvino, após pontual reflexão: “Às vezes me parece que uma epidemia pestilenta tenha atingido a humanidade inteira em sua faculdade mais característica, ou seja, no uso da palavra, consistindo essa peste da linguagem numa perda de força cognoscitiva e de imediaticidade, como um automatismo que tendesse a nivelar a expressão em fórmulas mais genéricas, anônimas, abstratas, a diluir os significados, a embotar os pontos expressivos, a extinguir toda centelha que crepita no encontro das palavras com novas circunstâncias.” *In*: CALVINO, Ítalo. **Seis propostas para o próximo milênio**. [Lezione americane – sei proposte per il prossimo millennio, 1988]. Tradução de Ivo Barroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1990., p.52.

De todo modo, é possível concluir que reside na ideia de confiança a sua expressão de boa-fé, tendo especial função de conferir uma interpretação moderada ao comportamento dos indivíduos, enquanto sujeitos de uma relação jurídica. Consistem, pois, em rédeas à liberdade individual, que ora ou outra os intérpretes do Direito demonstram a utópica e inatingível pretensão de assumi-la enquanto irrestrita.

Ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo de boa-fé objetiva, mas também como forte expressão de solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo.²⁸²

O brocardo latino do *nemo venire contra factum proprium*²⁸³, que guarda relação tanto com a solidariedade social quanto com a boa-fé objetiva, fundamenta a normativa de objeção ao comportamento contraditório. Traduz seu sentido no entendimento

de que ninguém estaria autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado anteriormente, desde que este tenha uma função orientativa, ou seja, na medida em que dirija a conduta dos sujeitos ou implique na tomada de decisão por parte deles. Na exata proporção em que é informação relevante e necessária para o agir, o ato próprio vincula, de modo que não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade.²⁸⁴

No entanto, não deixando de considerar que a inconstância comportamental é algo da essência humana, que está em consecutivas mudanças ao longo da vida, não se trata de elemento seguro para determinar com qualquer exatidão um comando tão complexo quanto o da proibição do comportamento contraditório.

É necessário um mínimo de objetividade para que se detecte que, dentro de uma relação de essência tão subjetiva, havia uma confiança na conservação do comportamento inicial e uma quebra na linearidade comportamental capaz de ensejar no outro um direito subjetivo à sua manutenção, ou de presumir a adesão aquele primeiro comportamento demonstrado.

²⁸² SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. p. 95.

²⁸³ Podemos considerar seu significado, em livre tradução: “Ninguém pode vir contra seus próprios atos”. Ou, socorrendo-se das palavras de Luciano Penteado: “Literalmente, venire contra factum proprium significa vir contra um fato próprio.” In: PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Revista Eletrônica Thesis**, São Paulo, Ano IV, v. 8, p. 39-70, 2007. p. 48. Disponível em: http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/3_luciano.pdf. Acesso em: 31 jul. 2021.

²⁸⁴ *Idem, ibidem*.

Nesse sentido, ressaltando que apesar de análise ser bastante particular de cada caso concreto e que não se exige uma demonstração rigorosa do estado de confiança, Schreiber aponta elementos que servem de indícios gerais para a verificação da confiança e da expectativa de que se conservaria o comportamento inicial:

Somente na análise de cada caso concreto será possível verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial, mas servem de indícios gerais não cumulativos (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas ou abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de sua repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de futura mudança de comportamento, e assim por diante.²⁸⁵

Cumprido destacar, portanto, a importância da detecção para além do estado de confiança. A própria noção de lealdade dos guarda relação com o conceito de confiança e isso confunde os institutos, visto que, mutuamente, incluídos, devido ao conteúdo símile já evidenciado. Torna-se imprescindível a análise quanto a legitimidade desta, de modo a evitar a banalização da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Ao analisar a aplicabilidade do princípio da proibição do comportamento contraditório, é imprescindível superar a verificação da legítima confiança. Não é suficiente constatar que há uma contradição quanto a um comportamento inicial, mas que havia uma legítima confiança em sua manutenção e na conservação da conduta.

Observe-se que, em que pese não haver nenhuma disposição específica quanto às consequências e suas sanções, a quebra dos deveres pessoais da união estável pressupõe ilicitude, visto que desatende à boa-fé. Nesse ponto, não há como defender a aplicabilidade de uma eventual proteção à confiança e à solidariedade nas relações familiares se o próprio ordenamento não assumisse qualquer consequência na quebra desses deveres.

Só se é possível se falar em qualquer tutela efetiva, aliás, se são apresentados mecanismos que embarguem a conduta contrária ao que se espera proteger.

A disposição desses deveres sem uma sanção determinada no Código tem dado espaço para normas interpretativas confusas tão somente por haver tais diplomas no nosso ordenamento. É fundamental que se afaste essa disposição e que haja um retorno aos institutos gerais (*venire contra factum proprium*), que embora por si só já terem esse poder de tutelar a confiança, demonstram reforço com disposição específica à união estável. Deve-se preocupar, contanto, com a coerência na aplicabilidade da própria tutela da confiança.

²⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*, p. 141-142.

As dificuldades de estabelecer parâmetros não deixam de exigir do intérprete esforços engenhosos, sobretudo porque o comportamento contraditório se reveste de um comportamento aparentemente lícito. Isso porque “se a contradição à conduta inicial se dá por meio de um ato que o ordenamento jurídico já considera ilícito, as sanções a este ato decorrerão de disposições específicas do próprio ordenamento, e não de uma eventual proteção à confiança e à solidariedade nas relações sociais”.²⁸⁶

A via de análise por meio do comportamento, ainda, se revela adequada ao Direito de Família, visto que não deixa de exigir uma análise individual e pormenorizada de cada caso. A autodisciplina dos deveres pessoais por parte do Estado encontra seu parâmetro de análise pela interpretação por meio do comportamento esperado, tal qual já habituado o Direito a fazer pela função integrativa da boa-fé. De toda forma, não se olvida que os deveres pessoais emanam por expressão da função corretora da boa-fé objetiva, exigindo especial atenção ao que é de interesse familiar, em equilíbrio com as particularidades havidas.

Implica dizer, por outro viés, que em sentido oposto, admitir-se-ia má-fé nas relações familiares, configurada na admissão de que o conceito indeterminado de liberdade familiar concedido ultrapassasse os parâmetros mínimos da boa-fé, tanto em sua função corretora, quanto em sua função integrativa. Inexistiria, assim, qualquer proteção à família, tampouco podendo-se amparar que essa proteção estaria contida no ideal de liberdade, visto que a liberdade irrestrita resultaria em uma autodestruição da família pelos seus próprios princípios, em efeito notadamente contrário ao que se propõe.

Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. Passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou²⁸⁷.

De outro giro, não se pode negar que os companheiros possuem pactos, acordos e até expectativas que se renovam, que não, necessariamente, possuem idênticas maneiras de conduta, eis não se trata de um relacionamento estático no início, meio e fim. Com o decurso do tempo, é inevitável que certos comportamentos se tornem habituais ou não, bem como haja

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 145-146.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 94.

a alteração dos sentidos e expectativas na vida a dois. Ainda, fruto da própria convivência é a construção comum ao casal dos seus próprios conceitos.

Não se confundem os deveres pessoais com um dever jurídico absoluto de coerência²⁸⁸, mas são melhor analisados sob o prisma da boa-fé objetiva.

Ou seja, da mesma forma que tratamos com expectativas, devemos também evidenciar como esperadas as transformações ao longo do tempo, tornando-se aceitáveis e até esperáveis as mudanças de hábitos e de certas percepções, ainda que em pequenas proporções. Com convicção, conceber tal margem de variação é, também, uma das formas de efetivar o exercício da liberdade familiar.

Há, a boa-fé objetiva, tríplice função no sistema jurídico: “(i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) a função restritiva do exercício de direitos.”²⁸⁹

Extrai-se da divisão sistemática proposta por Schreiber, a análise da boa-fé em, praticamente, todas as suas funções levantadas, com base nos estudos já trazidos. A primeira, em se admitindo a contratualização dos deveres pessoais da união. A segunda, ao observar que a autodisciplina tem por fundamento a proteção do interesse familiar, que a função criadora dos deveres, estes independem da vontade das partes, podendo surgir até mesmo contra esta vontade²⁹⁰. Na terceira função, encontra-se o sentido proibitivo na restrição do exercício dos direitos:

A terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos standards, impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé.²⁹¹

A abstenção de se agir com *desrespeito* ou *deslealdade*, por excelência, seria exercer a boa-fé objetiva nessa terceira dimensão.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 80.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 86.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 88.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 89.

Hodiernamente, o que se percebe é uma crescente progressão na visão individual, na família enquanto *realização individual* também. De outro bordo, isso não nos permite esquecer que a família tem caráter relacional, sendo um *instituto* também *social*.

Nesse aspecto, a consolidação da *solidariedade familiar* é crescente, devendo assim também alargar a sua expressividade na *repercussão* dos atos individuais na tríade com a *liberdade* e a *responsabilidade*, para equilibrar a ponderação e *justificar* a responsabilidade, vistas como indissociáveis. Portanto, indissociável da *solidariedade*, deve considerar a sua incidência nas repercussões na *conduta* e no *comportamento* relaciona.

Considerando, ainda, a justificativa do *interesse familiar* como intrínseco à noção de *solidariedade*, há de se decorrer a *responsabilidade* que lhe é *indissociável*, independente da vontade *individual*, emanando eficácia obrigacional.

Temos, pois, que na análise da *autodisciplina*, as *expectativas particulares* são afastadas, tendo como critérios objetivos a leitura sob o viés da boa-fé objetiva, na aferição do que convém ao *interesse familiar*. Ou seja, caberia ao Direito, por meio do seu intérprete, se ater à observância de elementos *externos* da conduta e não os subjetivos, para justificar a sua *exigibilidade*.

Pondere-se que a legislação civilista, expressamente, elegeu alguns *deveres específicos* à união estável e ao casamento, *ainda que já* existente a exigibilidade da conduta coerente pela cláusula de boa-fé, que imprime *proibição ao comportamento contraditório*. Documentam essas disposições, contudo, tanto a relevância dos deveres à família quanto a relevância da família ao direito.

A incidência da boa-fé objetiva nessa ambiência, puramente, existencial²⁹² do Direito de Família deve ser apresentar, portanto, enquanto um mecanismo de controle dos atos de autonomia privada, nas hipóteses em que outros instrumentos mais específicos já não exerçam esta função.²⁹³

²⁹² Para Schreiber, faz-se necessária a distinção entre a aplicação da boa-fé objetiva no direito de família no que tange às relações patrimoniais e as existenciais. Em relação à primeira categoria, afirma não haver dúvidas quanto à aplicabilidade da boa-fé objetiva, assemelhando-se às outras espécies de relação embasada no direito das obrigações, ante a sua natureza negocial. Quanto às relações existenciais, reforça a necessidade de cuidado na aplicação da boa-fé objetiva, justificando-se: “não porque a cláusula geral não se aplique, mas porque o caráter existencial da relação atrai, de forma muito mais intensa, a incidência de princípios constitucionais que podem se chocar com a lógica negocial que subjaz, ao menos em perspectiva histórica, ao desenvolvimento da cláusula geral de boa-fé objetiva.” In: SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família, <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/6.pdf>, p. 12-15.

²⁹³ SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/6.pdf>. p. 19

A despeito da função de integração do seu conteúdo em eventual contratualização dos deveres pessoais, à boa-fé objetiva já é conferida complexa atribuição: de estabelecer os deveres, por meio da sua função corretora de condutas. E de ser seu próprio freio na análise dos deveres.

Resta-nos saber, fora da sua multifacetada apresentação, qual o *standard* que freia e segura a boa-fé, visto que a liberdade familiar, que outrora parecia ser o mais amplo dos poderes que poderia estiar as suas bandeiras para se contrapor, já se revelou controlado pela própria boa-fé por meio da análise dos deveres pessoais. Parece nos indicar ter autocontrole, parecendo tratar-se de um esforço *cíclico*.

4.5.2 Deveres pessoais geram expectativas legítimas?

Não é de todo inusitado a esse estudo, o questionamento quanto à verificação da *expectativa legítima* dos deveres pessoais elencados à união estável.

Ainda na análise dos deveres decorrentes da relação de união estável, merece atenção a abordagem do que se extrai enquanto efeitos implícitos, comum ao ordenamento jurídico civilista, por força dos reflexos da boa-fé objetiva. Esse *dever* consiste em não fraudar as *expectativas* criadas por meio de *comportamentos* e *atos* durante a relação familiar, peculiares formas de conduta, com *exteriorização*.

Ressalta-se, no entanto, que a distinção reside na verificação da legitimidade de tais expectativas, sendo consideradas legítimas “apenas se os elementos do caso vierem a comprovar a existência de fundadas razões para que a parte frustrada acreditasse na seriedade de propósitos do outro agente.”²⁹⁴ Tem-se, pois, que as expectativas legítimas geram os deveres na situação fática e não o contrário.

Ainda, a função corretora da boa-fé objetiva, expressa nesses deveres autodisciplinados, une-se a outras normas que valorativas que expressam “a liberdade, a coerência, o equilíbrio, a justiça comutativa e a utilidade, nascendo, dessa articulação, as configurações ou facetas da boa-fé no momento do exercício dos direitos.”²⁹⁵

De outro giro, a própria noção de boa-fé objetiva imprime que o potencial exigível dos deveres pessoais só inicia com o comportamento. Na aferição, não se trata de interpretação lógica. O que se defende é uma leitura, condução e interpretação desses deveres por meio da

²⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 194. Livro digital (E-pub), p. 287.

²⁹⁵ *Idem*, p. 411.

boa-fé, em defesa da manutenção do comportamento coerente, inadmissibilidade da má-fé no direito de família e da proteção aos interesses familiares que pautam, por exemplo, a convivência, estabilidade e solidariedade.

Tem-se, portanto, que a leitura à luz da boa-fé objetiva nos permite balizar que em autodisciplina dos deveres pessoais da união estável, as expectativas legítimas são consubstanciadas no atendimento ao que se pode extrair enquanto interesse familiar, atendendo àquela noção comum já trazida, mormente pelo aspecto funcional da norma no ordenamento jurídica.

Não seria de todo relevante esse interesse familiar se, demonstrando em sentido diverso, se as partes compreendem as suas condutas enquanto coerentes. Nesse ponto, havendo a comum ideia das partes quanto à aceitação dos seus comportamentos recíprocos em maneira diversa e estando o entendimento parametrizado no mínimo esperado da relação familiar, não se justificaria a intervenção estatal, eis que atenderia aos interesses familiares preconizados.

Sob essa mesma perspectiva, havendo contratualização dos deveres pessoais, ter-se-ia no contrato um mecanismo de auxílio à clareza dos termos que se entende. Não obstante, considerado nos limites das disposições possíveis de serem contratualizadas pelas partes, configuram um mecanismo em que a própria família pode estabelecer clareza quanto ao comportamento e expectativa esperados pelos seus membros. Atendendo-se, pois, aos parâmetros mínimos preconizados pela boa-fé, e que consubstanciam o interesse familiar, tem-se um espaço de não direito, que em detrimento da autonomia privada, não se justifica a intervenção estatal.

Não é possível defender a retirada da proteção que é feita às condutas contraditórias e desleais por meio da tutela da confiança e boa-fé objetiva por, no mínimo, dois motivos que já seriam suficientes, pelo que essa defesa postula. Seria admitir a má-fé no Direito de Família; e seria retirar a imposição de estabilidade do comportamento da união estável, que precisa da própria estabilidade para assim existir.

Existe, para além do âmbito familiar, um dever “de corresponder à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos, assim impedindo surpresas desleais, visto que a contradição, a instabilidade comportamental, a inconstância afetam um vínculo que o ordenamento jurídico pretende dotar de estabilidade”.²⁹⁶

²⁹⁶ “Há um dever de coerência consistente em manter-se a palavra dada ou o comportamento manifestado, agindo segundo os fins do contrato, e corresponder à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos, assim impedindo surpresas desleais, visto que a contradição, a instabilidade comportamental, a inconstância afetam um vínculo que o Ordenamento jurídico pretende dotar de estabilidade. Assim se pronuncia a jurista francesa Horatia Muir-Waï, para quem o princípio da coerência em matéria contratual tem a dupla função de atuar como «um posto

Impende rememorar que regra de boa-fé objetiva no Direito de Família, sobretudo nas relações entre os companheiros, não se pauta tão somente na pretensa manutenção do vínculo conjugal. O comando constitucional, contudo, atribui especial proteção do estado à família, o que por si só resulta na interpretação protetiva da família, não para forçar a manutenção naquele vínculo – porque também não se pode olvidar da liberdade de desconstituição – mas para atender a confiança que foi criada em seu bojo.

Pelo aspecto peculiar de cooperação entre os membros de família, na medida em que consiste a comunidade familiar um âmbito em que esse atributo se manifesta em sua plenitude²⁹⁷, na mesma linha dos argumentos trazidos, anteriormente, neste trabalho, temos que “cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum.”²⁹⁸

Tomando por empréstimo as prudentes palavras de Torquato Castro, sejamos enfáticos que “na vida corrente do direito, todo *debitum* tem uma causa jurídica que, de fora dele, o justifica; e, sem isso, ninguém assume em direito posição de dever, sem mais que para dever.”²⁹⁹ Essa causa jurídica, no caso posto em análise, reside no próprio interesse familiar que, por traduzir a relevância da família ao desenvolvimento do indivíduo que, sendo um verdadeiro sujeito coletivo de direito, requesta a necessidade da coerência de conduta esperada entre os seus membros.

4.6 REFLEXÕES SOBRE A SUPERUTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: DA BANALIZAÇÃO À (IN)SEGURANÇA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Diante de tantos conceitos, essencialmente, subjetivos, e ainda que com grandes esforços para estabelecer nos estudos critérios comuns objetivos que delimitem, minimamente, as matérias de família, ainda assim, não deixa de ser um universo complexo. Afastar-se das visões que visam costurar o Direito de Família de maneira rápida, submergida em vasto

avançado da força obrigatória do contrato» e um dever «impondo a estabilidade do comportamento».” *In*: MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 194. Livro digital (E-pub), 162.

²⁹⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 34.

²⁹⁸ *Idem, ibidem*.

²⁹⁹ CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: Estrutura, Causa e Título Legitimário do Sujeito. p. 85.

subjetivismo decisório e aproximar do mínimo comum à essência da família é não esquecer a segurança jurídica, que tem se revelado o grande problema do Direito de Família das últimas décadas.³⁰⁰

De mais a mais, revela-se na imensidão semântica contida nos princípios um prato cheio para a insegurança jurídica.

Dito de outro modo, o que se tem visto é o crescimento ‘criativo’ de um conjunto de álibis teóricos que vêm recebendo ‘convenientemente’ o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciárias, mas que, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metarregras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de o reforçar.³⁰¹

A *superutilização* dos princípios traz, ao Direito de Família, o seu descrédito, a sua necessidade de reformulação, um convite de retorno às *estruturas* que lhe são seguras. O que serve de embasamento para decisão em qualquer sentido, com teor, completamente, manipulável, perde a sua função determinante a qualquer fundamentação. O retorno a uma *noção mínima comum* objetiva se faz necessária para conferir algum grau de segurança, vez que cabe à própria ciência jurídica a sua contribuição ao Direito enquanto imperativo de convivência social. Isso não se confunde com rigidez, mas entra em atenção à estabilidade.

É o que Lênio Streck apresenta, enquanto um fenômeno complexo, o qual intitula pamprincipiologismo³⁰², ressaltando a banalização destes, posto que reduzidos a pura argumentação retórica quando observados enquanto comandos de conteúdo vago, mandados de otimização ou “um catálogo infinito de slogans e standards aptos a servir de “capas de sentido” ao Direito.³⁰³

³⁰⁰ Destaque-se os últimos anos pelo ativismo judicial.

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 120.

³⁰² Em sua coluna jurídica, STRECK, Lênio Luiz, O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. **Coluna “Senso incomum”**. 10.10.2013, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 23 out. 2020.

³⁰³ STRECK, Lênio Luiz, O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. **Coluna “Senso incomum”**, . 10.10.2013, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 23 out. 2020. Documento não paginado.

A plurivocidade e inevitável vagueza no conteúdo dos princípios se observa tanto por não possuírem um campo exato de aplicação quanto por não prescreverem uma conduta determinada, mas expressarem um valor ou uma conduta a ser seguida.³⁰⁴

No caso dos princípios, o julgador deve apresentar fundamentações que avaliem a correlação entre os efeitos da conduta e a realização gradual do estado de coisas exigido. Pela suposição de maior grau de determinação do comportamento devido pelo teor prescritivo ou definitório dos enunciados, na aplicação das regras o intérprete tem um suporte, que estabelece uma correspondência entre o fato e o teor do enunciado.³⁰⁵ Nas cláusulas gerais e nos princípios normativos, por suas vezes:

Na aplicação das cláusulas gerais, tal como na aplicação dos princípios normativos, a argumentação do julgador deve traçar uma relação que é de correspondência fundamentada, sob dupla forma: deve o julgador estabelecer a correlação in abstracto entre os deveres previstos de modo vago no enunciado (comumente pelo reenvio a princípios), buscando na tipologia social a descrição dos deveres que seriam exigíveis em vista da situação concreta, para o fim de especificar, ainda in abstracto, o comportamento devido; e, num segundo passo, deve estabelecer entre o fato concreto (comportamento, circunstâncias objetivas e subjetivas), e os deveres já então especificados, a relação de correspondência, definindo, também, a consequência jurídica. Na verdade, a conduta é indicada de forma genérica. Ao complementar a norma, o julgador fará a especificação, que será definitiva para o caso concreto e indicativa (e, nesse sentido instável), para os casos similares³⁰⁶

Assumindo a família o seu papel de *base da sociedade*, com irrefutável relevância no âmbito jurídico, urge a necessidade da sistematização *responsável* dos seus institutos, assegurando-se a *unidade* da ordem jurídica.

Consoante melhor doutrina, tem-se na eficácia direta um dos fatores que facilitam a justificativa metodológica e propiciam o abandono dos métodos hermenêuticos adequados e recurso imediato à ponderação, levando-nos a um crítico cenário de trivialização.³⁰⁷

Desconsideram-se a interpretação e seus métodos na formulação que a dogmática do Direito Civil levou quase 200 anos para desenvolver e que terminou por ser apropriada pelas demais áreas do Direito. O texto normativo primário é abandonado. As raízes históricas e a visão lógico-sistêmica da lei ou do código são desconsideradas. Elementos importantes para a construção de soluções técnico-jurídicas, como as

³⁰⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil. 2005. p. 189.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. p. 110-111.

³⁰⁶ *Idem, ibidem*.

³⁰⁷ RODRIGUES JR. Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**. Estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. p. 343-345.

fontes romanísticas, o estudo dos trabalhos preparatórios e dos anteprojetos de lei, são tidos como dispensáveis no processo hermenêutico peculiar ao Direito Civil.³⁰⁸

Temos experimentado no Direito de Família, pois, um *enfraquecimento* metódico que corrobora com a *insegurança jurídica* no seio familiar.

A insegurança jurídica ainda é experimentada na aplicação contraditória dos princípios quando alcança patamares de interpretações em sentido, completamente, oposto, nas quais percebemos que “chegamos a situações de completo absurdo jurídico: por vezes o mesmo texto legal, quer constitucional, quer ordinário, pode ser usado tanto para fundamentar a prática de certos atos, como, paradoxalmente, para negá-los”.³⁰⁹

A crítica ora tecida não se reduz a um prestígio positivista do Direito. Diga-se que já estão superadas as apostas na lei como a solução de todos os problemas jurídicos, eis que já reconhecidos tanto os limites da previsibilidade completa dos seus alcances interpretativos, quanto a necessidade de se compreender que a função complexa e dinâmica do Direito jamais poderá ser reduzida em textos.

Há, contudo, de se compreender que a construção de um *ordenamento* jurídico parte de premissas sistemáticas, não sendo adequada a extração de sentidos que jamais foram antes concatenados àquelas regras analisadas. Não há como utilizar-se de fundamentos jurídicos soltos, com olhar, totalmente, dissociado desse processo edificativo do próprio *sistema* jurídico.

Ainda, não se pode retirar do ordenamento os seus *pontos de partida*.

Os fundamentos de “*superações*” das normas não podem, simplesmente, retirar a aplicabilidade das normas desacompanhados de justificativas, ou pior, reunidos em toda sorte de *princípios*, que tudo podem significar.

Atenta-se ao perigo de, apenas, se *desconsiderar* o texto legislativo sem insistir na própria revogação da norma. De semelhante maneira, não se pode *considerar* inserido no texto legislativo, em *entrelinhas desfocadas*, de visibilidade, completamente, *disforme* aos juristas.

Se é que, ainda, poderia considerar conjectura pior, tem-se a tendência de *remendar* todo o ordenamento jurídico, em ingênua tentativa de entender no Direito de Família o *melhor de dois mundos*, aproveitando-se das *bases* do Direito, para *adequá-la* à “melhor interpretação” do que se entende por família.

³⁰⁸ RODRIGUES JR. Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**. Estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais, p. 343.

³⁰⁹ LEAL, Larissa Maria de Moraes. *Op. cit.*, p. 163.

Deve haver um retorno da harmonia e congruência nas entusiastas inovações no Direito de Família, de modo que tal reconhecimento se dê de maneira responsável e coerente com o ordenamento que lhe é próprio. É preciso encontrar, nesse direito que se diz pós-moderno³¹⁰, os traços essenciais para o reconhecimento da família. Se é verdade que a família é lugar de desenvolvimento individual dos seus membros e se revela em um teor relacional, precisa-se chamar à responsabilidade.

Essa responsabilidade na interpretação sobre o Direito de Família é imprescindível ao que a Constituição reservou um capítulo especial, ao passo em que conferiu à família o status não somente de instituição jurídica, mas como instituição social.³¹¹

Ainda, considerando a inquestionável relevância social da família, é necessário que os reconhecimentos jurídicos rememorem a importância de serem efetivados pela via competente. O comando constitucional de separação dos poderes não permite que o Judiciário, Executivo, e Legislativo usurpem, descomedidamente, as competências que lhe são, separadamente, incumbidas.

Revestido de razão, Otávio Luiz Rodrigues Jr nos alerta à importância da doutrina diante de eventuais alterações, quando afirma, categoricamente, que “com tantos e tão significativos câmbios legislativos, a doutrina terá um papel essencial para resistir às tentações de se reescrever os fundamentos do Direito Privado, ignorando-se a tradição milenar de seu sistema e de suas normas.”³¹²

Não obstante, em um cenário em que hoje há uma pulverização da ciência jurídica, pelo seu maior alcance pelos cursos jurídicos menos restritos, é fato que experimentamos um decorrente aumento quantitativo dos operadores do Direito. Aposta-se as melhores conduções ao Direito de Família não por esses números, mas pelo ganho de diferentes perspectivas. Em que pese a consequente complexidade, o ambiente cada vez mais plural possibilita alguns

³¹⁰ Sobre o termo, conferir: CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do direito de família codificado no Brasil**. p. 163-174.

³¹¹ Como já ressaltava Pontes de Miranda, ao analisar a proteção da diretriz programática da Constituição de 1946, aplicável à de 1988. In: **Tratado de Direito de Família**. vol. I: Direito matrimonial, p. 53-54.

³¹² E assim faz, referindo-se às mudanças legislativas do ano de 2019, fazendo destaque à Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, chamada de Lei da Liberdade Econômica, além de mencionar alterações na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015 de 1973); na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Por força da Lei nº 13.853 de 2019, alterou-se a Lei 13.709 de 2018, que passou a assim chamar Lei Geral de Proteção de Dados); e a nova redação conferida ao artigo 1.520 do Código Civil, já mencionada ao longo desse trabalho, pela Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, pela qual foram suprimidas as exceções legais que permitiam o casamento de quem não atingiu a idade núbil. In: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Um ano conturbado para o Direito Civil (parte 2)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-01/direito-comparado-ano-conturbado-direito-civil-parte>. Acesso em: 26 mar. 2021. Documento não paginado.

diálogos que nos são necessários: entre os próprios indivíduos, entre as famílias, entre a doutrina, entre as normas que traduzem o ordenamento jurídico e, ainda, entre o passado, presente e futuro.

5 CONCLUSÕES

Em vez de lhes contar como escrevi aquilo que escrevi, talvez fosse mais interessante falar dos problemas que ainda não resolvi, que não sei como resolver e que tipo de coisa eles me levarão a escrever...

Às vezes procuro concentrar-me na história que gostaria de escrever e me dou conta de que aquilo que me interessa é uma outra coisa diferente, ou seja, não uma coisa determinada, mas tudo o que fica excluído daquilo que deveria escrever: a relação entre esse argumento determinado e todas as suas variantes e alternativas possíveis, todos os acontecimentos que o tempo e o espaço possam conter.

CALVINO, Ítalo *in* Seis propostas para o próximo milênio.

Tendo a família especial relevância ao Estado, o estudo sistemático das suas disposições legais se faz de interesse e de estudo para a compreensão dessa *instituição social*. As peculiaridades das *entidades familiares* são fatores determinantes para a o estudo da relevância de seus respectivos *reconhecimentos jurídicos*.

É exigido do próprio *legislador* um equilíbrio a dispor nos dispositivos legais, os traços essenciais para o reconhecimento da família, mormente para entender quais os elementos que conferem o *status* familiar. O desafio ainda é percebido quando deriva da proteção familiar (e assim, paradoxalmente, confere-lhe tutela), a diretriz de *liberdade familiar*.

Ademais, a regulamentação da união estável, além de sua necessidade histórica, respalda a sua necessidade pelo aspecto de *segurança jurídica* ao passo que os textos legislativos, quando bem escritos, minimizam a área de alcance interpretativo da norma, ao direcioná-la para os fins a que destinaram.

O conceito de um direito não pode ser *adstrito* tão somente ao seu tipo (nem assim confundido). Estando superadas, porém, as apostas, *puramente*, positivistas de que a lei abarcaria a *previsão* e a respectiva *forma de solução* de todos os problemas jurídicos, instaura-se o cenário da necessidade de *diálogo das fontes*. Propõe-se uma leitura sistemática dos deveres pessoais da união estável com a boa-fé objetiva.

Da análise histórica, ainda foi possível constatar que não há como se depreender uma ruptura com as *bases* em que se inseriu a proteção da união estável, conferindo-lhe *status* de família. O abandono das bases históricas ao propor uma *ruptura* com a “antiga concepção de família” demonstra um *enfraquecimento metódico*, que se afasta da lógica-sistêmica a que foi proposto o *reconhecimento jurídico familiar* da união estável.

De outro modo, evidenciaram-se as dificuldades de análise dos parâmetros práticos de *aferição* dos elementos de *constituição* da união estável, ante o seu peculiar atributo de *situação fática*. Isso se deve ao fato de que os elementos constitutivos que devem subsistir concomitantemente para a detecção de sua *estabilidade* da união estável – e para que assim se preencha o *suporte fático* da união estável –, possuem carga, igualmente, subjetiva e de difícil *aferição* na prática.

Para essa *aferição*, imprescindível se faz a percepção da *publicidade* tanto como elemento constitutivo da união estável, mas para conferir a *exteriorização* dos atos de conduta do casal, mormente para detecção dos *comportamentos* típicos ao mínimo comum do reconhecimento de família.

Foi possível revelar, ainda, a necessidade de nuances de *proximidade* entre as relevâncias dos efeitos *patrimoniais* e dos *existenciais*, ambos de especial relevância ao desenvolvimento dos membros na conjectura familiar. Dessa forma, as questões existenciais não podem ser compreendidas enquanto antagônicas às patrimoniais, entendendo-se que possuem papéis *complementares* no contexto familiar.

Inevitável se fez para a construção dos pontos desenvolvidos neste trabalho, debruçarmo-nos no estudo da *classificação jurídica* da união estável. Constatando-se que este *fato* jurídico se realiza sem a *relevância* da vontade para o preenchimento do suporte fático e o então esperado *reconhecimento* jurídico, defendeu-se a melhor classificação da união estável enquanto *ato-fato jurídico*.

Ganhou especial relevo neste trabalho, a importância dos *princípios* ao direito de família, bem como o seu *uso adequado*. Foi percebido nos *princípios* verdadeiros mecanismos que consistem artefatos vulneráveis ao protagonismo do Poder Judiciário, em sua função decisória, e da própria doutrina, na tarefa de interpretar o Direito.

Apresentou-se o princípio da boa-fé objetiva, já antes notoriamente aplicado em outras searas do Direito Privado, no rol de *princípios do direito de família*, na sua função corretor, dirigindo *deveres de conduta* aos seus membros. Traduz a atitude conforme a boa-fé objetiva na ação com lealdade, transparência e honestidade pública, elementos que se tornaram indissociáveis ao efeito prático que justifica e consolida a própria formação familiar.

Havendo a juridicização do suporte fático suficiente da união estável, o ordenamento jurídico estabelece direitos e deveres correspondentes. Constatou-se que os *direitos e deveres* da união estável são seus *efeitos*, inserindo-se a análise no *plano da eficácia*.

O panorama histórico trazido foi capaz de revelar que a codificação civilista teve nos deveres recíprocos entre os cônjuges a inspiração para sistematizar as disposições reservadas a regulamentar a união estável. Esses deveres, por suas vezes, consistem em normas com notório conteúdo ético.

Pela dinâmica modificação das interpretações legislativas nos últimos tempos e verificadas algumas *lacunas*, mormente pelas *omissões legislativas* na regulamentação da união estável, o panorama familiar tem experimentado as consequências. Considerou-se fundamental a estipulação de parâmetros capazes de conduzir as interpretações, com especial atenção à relevância da *separação dos poderes* no Estado Democrático de Direito.

Outrossim, verificou-se que o modelo constitucional adotado propiciou a *judicialização* das demandas familiares. Neste panorama, oportuna se demonstrou a defesa do estímulo aos *métodos alternativos* de solução de conflitos nas relações familiares, ao passo que se revelam mais adequados à *sensibilidade* necessária à própria esfera existencial.

Estabeleceram-se, ainda, críticas ao *ativismo judicial*, evidenciando esse fenômeno enquanto especialmente perigoso dentro do contexto familiar. Constatou-se a necessidade de o *intérprete* do Direito assessorar-se das demais fontes do Direito, estabelecendo *diálogos adequados*, e dentro dos parâmetros esperados da atividade jurisdicional.

Após contextualizado o panorama em que se insere a atual problemática, passou-se à análise da exigibilidade dos deveres, considerando-se, sobretudo, a omissão legal.

Nesse contexto, ainda que parte considerável da doutrina defenda a completa *inexigibilidade jurídica* dos deveres pessoais à união estável, observou-se que a proteção deles permanece pelo ordenamento, podendo ser *exigível* em leitura proposta conforme a boa-fé objetiva. Os deveres pessoais são assim compreendidos enquanto *disposições comportamentais mínimas* e essenciais para a própria formação familiar, traduzidas em deveres *implícitos* da boa-fé. Ou seja, a boa-fé aparece enquanto necessário freio à liberdade familiar, sendo um elemento de *justificativa* a intervenção estatal.

Não é possível defender a retirada da proteção que é feita às condutas contraditórias e desleais por meio da tutela da confiança e boa-fé objetiva por, pelo menos, dois motivos: 1) seria admitir a *má-fé* no direito de família; e 2) seria retirar o imperativo de *estabilidade e convivência*, intrínsecos à própria união estável, doravante o seu reconhecimento jurídico

Seria, ainda, dizer que o Direito Civil protege da má-fé as outras relações jurídicas e não as de direito de família, o que seria contraditoriamente o “palco das realizações pessoais” e de amplo espaço para o exercício da autonomia da vontade e da liberdade.

De modo semelhante, resta-nos a percepção de que o direito, nos espaços e ocasiões que lhe são apropriados intervir, só pode assim proceder sob a análise de uma *conduta externa*.

O Direito pode *exigir*, portanto, um comportamento *exterior*, em análise às *condutas* verificadas nos *atos* de seus membros, mas jamais um comportamento subjetivo, ou naqueles que são de conhecimento *internos* de seus membros – as *expectativas particulares*. Essas *condutas externas* são os *fios condutores* de eventual intervenção estatal, ao passo que não se pode cogitar a exigibilidade de elementos, puramente, subjetivos.

Os limites dessa responsabilidade recíproca, revelados pelo aspecto de *solidariedade*, devem ser, portanto, aferidos nos parâmetros *externados* na relação. Nessa perspectiva, só podem ser levadas em consideração para a análise do comportamento se as expectativas forem *visíveis* e *cognoscíveis* ao outro membro.

Há de se considerar, por outro lado, que a análise sob o prisma da boa-fé não põe fim às problemáticas havidas ao Direito de Família nas dificuldades de definição dos *contornos* desses *deveres pessoais*, e, sobretudo, das consequências jurídicas do seu descumprimento.

O *descumprimento* desses deveres pessoais, cuja autodisciplina é observada no momento de reconhecimento da união estável, ensejam, no cenário jurídico, uma *afrenta* ao que se costuma entender por *interesse familiar*, em uma concepção da família enquanto um *sujeito coletivo de direitos*.

Foi possível constatar uma tendência doutrinária na visão jurídica da família enquanto espaço de *realização individual*. O fundamento de *autonomia privada*, no entanto, não se revelou suficiente para afastar o caráter *relacional* da família, instituto este que é, notadamente, *social*. Em consequência a isso, os *interesses comuns* à família não podem ser apartados da análise, sob pena de retirar-lhe a própria tutela conferida pelo texto constitucional, de *base da sociedade*.

Demonstra-se necessária, portanto, *leitura* a boa-fé objetiva em *articulação*, *equilíbrio* e *coerência* tanto com o que consiste na *essência* do próprio conceito de família, quanto com a *liberdade* que lhe é inerente.

Além disso, constatou-se que os *deveres pessoais* elencados pelo ordenamento jurídico expressam a *função corretora* da boa-fé objetiva. Ainda, exigem a aplicação da boa-fé em sua função *integrativa* e *proibitiva de comportamentos*. O cenário hodierno do Direito de Família

não pode ignorar essas funções da boa-fé objetiva na compreensão de *deveres pessoais*, sob a bandeira da autonomia privada, sob pena de se aceitar a inafastável consequência de aceitação da *má-fé* nas relações familiares.

Restaria configurada essa tácita admissão *má-fé* nas relações familiares na admissão de que o conceito indeterminado de *liberdade familiar* concedido, respaldado no ideal de *autonomia privada*, ultrapassasse os parâmetros mínimos estabelecidos pela boa-fé objetiva, tanto em sua função *corretora*, quanto em sua função *integrativa*.

Ainda, em se admitindo uma *leitura desgovernada* dos princípios e valores sem que o direito dote de elementos de um *mínimo comum* que caracteriza a família, inexistiria assim, qualquer *proteção* à família. Tampouco revela-se adequado amparar que essa proteção estaria contida por si só em um ideal de liberdade, visto que a *liberdade irrestrita* demonstra propiciar uma *autodestruição* da família pelos seus próprios princípios, em efeito notadamente contrário ao que se propõe.

É necessário rememorar, com a ressalva de um mínimo objetivo exigível, que se funda na lealdade e em nome da boa-fé, no *exteriorizado*, assim como é cobrado em todas as demais outras relações jurídicas. Não com o escopo de manutenção do vínculo, mas com o intuito de proteger a *confiança gerada em nome do vínculo*, e o desenvolvimento pleno da personalidade dos envolvidos, pois mexe diretamente com a essência.

Não se sustenta a leitura sob o prisma da boa-fé objetiva enquanto a *solução* de todas as problemáticas que envolvem a análise dos deveres pessoais da união estável e análise da sua *exigibilidade jurídica*, eis que há de se considerar a própria indeterminação do conteúdo da própria boa-fé. De maneira diversa, aliás, é constatada uma clara dificuldade de que a aplicação *técnica-jurídica* seja suficiente ao ponto de minimizar outros tantos problemas igualmente atinentes ao panorama em que se insere o estudo, como a *judicialização*, *ativismo judicial* e *superutilização dos princípios*.

A toda evidência, o direcionamento ainda não resolve o problema de *insegurança jurídica*.

Não há como, nesse primeiro momento, concluir pela presunção de dano pela quebra dos deveres da união estável. Ainda que na *autodisciplina* estatal, ou em *contratos existenciais* que versem sobre esse objeto, eventual *descumprimento* deveres de lealdade, respeito, consideração, assistência moral devem ser objeto de análise se foi criada entre os conviventes a *expectativa legítima*.

Declina-se ao entendimento de que a ação comportamental observada na própria relação, por meio da perpetuação de comportamentos e atos, é que revela o *mínimo potencial*

exigível. Cabe ao intérprete, antes de uma análise automática, a *análise objetiva* ante eventual descumprimento dos deveres, requerendo um esforço argumentativo enorme, na qual a boa-fé surge enquanto *regra de calibração*.

A ótica sob a *eficácia direta dos princípios constitucionais* opera uma dificuldade sistemática à análise, eis que considerada a boa-fé objetiva um princípio de Direito Privado, revelado no ordenamento infraconstitucional. A percepção dos princípios constitucionais, contudo, não impede a lógica que incide na leitura no viés da boa-fé objetiva nas relações existenciais, mesmo porque atua como controle às aplicações dos princípios.

Ainda que sob o *discutível* método da *incidência direta* dos princípios constitucionais, continua aplicável a sua leitura pelo viés de igualdade e solidariedade social, considerando a igualdade de deveres e obrigações e o teor, notadamente, *solidário* insculpido nos deveres pessoais estudados.

Propôs-se, de modo diverso, a leitura da boa-fé objetiva pelo modelo da *eficácia indireta* dos direitos fundamentais, acomodando-se em uma leitura civil, considerando-se que a boa-fé objetiva é um princípio extraído de uma cláusula geral.

A noção de *limite*, se é que se pode definir, apresenta questões que se deleitam em um campo, infinitamente, vasto quando se analisa o ambiente familiar.

Verificou-se que o *descumprimento* desses deveres está à mercê da interpretação judiciário. Já foram apresentados os problemas do ativismo judiciário e a norma sem previsão continua no ordenamento, sendo considerada pela doutrina majoritária enquanto inexigível, enquanto o judiciário tem decidido pelo não reconhecimento de algumas uniões pelo descumprimento dos deveres, com confusão entre elemento constitutivo e efeito da união estável.

É certo que considerar o cumprimento dos deveres pessoais da união estável, sob o prisma da boa-fé objetiva também não traria a segurança jurídica almejada ao Direito de Família, mas não se pode negar que ela deve ser aplicável, pelos motivos já elencados. Foi apontado enquanto consequência, sobretudo, as confusões interpretativas entre *elemento constitutivo* e *efeito* por meio de algumas decisões paradigmas.

De outro giro, admitindo-se a classificação da união estável como como *ato-fato*, a melhor compreensão é de que a configuração da união estável em si não exige o acordo de vontades. Preenchendo o suporte fático da união estável, confere-se a autodisciplina dos deveres pessoais pelo Direito. Essa autodisciplina, por sua vez, é necessária, sistematicamente, ao Direito, ao passo que considerar que a aplicação dos direitos pessoais sob a compreensão estatal se torna menos custosa do que analisar, subjetivamente, *cada família*.

Ainda assim, consequência dessa *autodisciplina* ao Direito é o desafio de estabelecer critérios mínimos aos significados atribuídos a esses deveres, sobretudo porque também é função do direito o controle jurisdicional.

Esbarra o Direito, ainda, na dificuldade quanto aos contornos de *exigibilidade* da norma, que se reveste da sua *cogência* apenas quando interpretada segundo a boa-fé.

Então, a sua exigibilidade jurídica enquanto deveres da união estável em si se demonstra necessária, mas confunde pela despercebida separação da boa-fé, como se fossem coisas que pudessem ser diferenciadas. Esses deveres são, entretanto, a *própria expressão da boa-fé*. Ainda que não estivessem tipificados, seria inafastável a proteção por meio da tutela da confiança (instituto que opera um freio objetivo, independente da vontade, à liberdade).

Ou seja, não há como negar que ainda que retirada a determinação do art. 1.724, permaneceria a *cogência* de certos deveres anexos por meio da aplicação da boa-fé objetiva, na sua função de “*regra de calibração*”. Entretanto, exigir-se-ia um esforço muito maior argumentativo para fazer incidir a norma, visto que não é vinculada a um texto rígido. Em que pese a insegurança jurídica também presente ante a falta de especificidade³¹³, o Judiciário confundiria menos os institutos entre elementos constitutivos e os efeitos da união.

Além de defender a tradição dos institutos – que tem uma razão sistêmica – é possível demonstrar que na prática, por ser norma de conteúdo manipulável, é passível de vários perigos oriundos da má aplicação de conceitos básicos de teoria geral do direito, das cláusulas gerais e dos princípios jurídicos.

O Direito continua com o mecanismo de “controle” à deslealdade em um conceito macro e isso não pode ser alterado nem negado. Não se tratou de defender, em nenhum momento, a excessiva moralização do Direito, mas da importância de estabelecer critérios relacionais básicos.

É necessário o uso da boa-fé enquanto “regra de calibração”, como já se exige em todo o ordenamento, e não enquanto elemento constitutivo, visto que os deveres estão no plano eficaz. Nesse viés, o esforço argumentativo seria muito maior ao incidir uma norma de cláusula geral do que um dispositivo específico da união estável, muito embora a própria essência dos deveres pessoais da união estável guarde relação com a boa-fé, por meio da sua

³¹³ Nesse mesmo sentido, assinala Judith Martins-Costa: “Contudo, o fato de a cláusula geral não especificar previamente os elementos da *fattispecie*, nem conectar, de modo estrutural e prévio, ao comportamento previsto, determinadas consequências jurídicas, proporciona a existência de decisões contraditórias, antinômicas ou díspares sobre uma mesma situação de fato, o que enseja malefícios cuja evidência é manifesta. Os perigos derivam do inadequado preenchimento do *standard* ou concretização do valor, gerando insegurança e o vício do *arbitrio judicial*.” p. 123 (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 194. Livro digital (E-pub).

função criadora de deveres implícitos (nesse caso, expressos). Mas, a norma exigiria o mesmo esforço argumentativo que já exige para os outros institutos, estando menos “evidente” ao judiciário.

Não se trata, contudo, de jogar para a resolução por meio de princípios, constatando-se que o imperativo de boa-fé é dotado de uma concretude muito maior do que outros tantos abstratos conceitos jurídicos. O reforço das condutas relacionais em matéria de família, por sua vez, deriva da relevância social do instituto.

Havendo uma retirada da regra cogente da legislação, da imposição de deveres da evidência do ordenamento jurídico, poderia diminuir a quantidade de malabarismos hermenêuticos com essa norma (ativismo judicial), além de que diminui o descrédito no direito positivo de família.

Significa dizer que o conteúdo da lealdade jamais deixará de ser cobrado pelo ordenamento jurídico, visto que a boa-fé objetiva ainda incide em *exigibilidade* ao ordenamento, por meio da suas mais várias funções observadas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **A família Eudemonista do século XXI**, In: ANAIS do VIII. Congresso do IBDFAM Belo Horizonte: IBDFAM, 2012, (p 88- 95). (Prelo).

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O espaço da liberdade nas relações de família. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Ano 3, n. 4, p. 489-514. Lisboa: Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), 2017.

ALBUQUERQUE, Raul César de. Do ato-fato jurídico (e da vontade posta entre parênteses). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 92, n.1, p. 67-83, out. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248400>. Acesso em: 01 set. 2021.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. ecima-quarta edição segundo a primeira de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, adicionada com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o prezente**. Rio de Janeiro: Typ. Do Instituto Philomathico, 1870. Quarto Livro das Ordenações. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 15 jan. 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Suffragium** – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v.5, n.8, p.1-177, jan/dez.2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em 08 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em 21 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975.** Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6216.htm#art58. Acesso em 21 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994.** Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18971.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.** Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL. **Mensagem de veto do Projeto de Lei nº 1.881 de 1991,** que regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9278-1996.pdf. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASILEIRO, Luciana. **Famílias simultâneas e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CALVINO, Ítalo. **Seis propostas para o próximo milênio.** [Lezione americane – sei proposte per il prossimo millenario, 1988]. Tradução de Ivo Barroso. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. **Entre leis e cânones:** a marcha da secularização do casamento no Brasil (1822-1916). Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **A crise do direito de família codificado no Brasil.** Porto: Editorial Juruá, 2019.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. **Contratos familiares:** cada família pode criar seu próprio Direito de Família. Publicado em: 01/07/2020. IBDFAM. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%C3%ADlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia#_ftn11. Acesso em: 04 maio 2021.

CASTRO JR, Torquato de. Constitucionalização do Direito Privado e Mitologias da Legislação: Código Civil Versus Constituição? In: SILVA, Artur Stamford da (org). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos.** Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011. p. 59-66.

CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistentes**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: Estrutura, Causa e Título Legitimário do Sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil**: direito de família. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. Tomo I, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Assimetria da sucessão em relação à união estável e casamento (parte 1)**. Acesso em: 01 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-10/direito-civil-atual-assimetria-sucessao-relacao-uniao-estavel-casamento-parte>. Acesso em: 01 mar. 2021.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; SILVA, Ana Carolina Alves da; SOUZA, Felipe Barros de. A conciliação e a mediação de conflitos familiares no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). **Novo CPC**: doutrina selecionada. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2015.

COUTINHO SILVA, Luisa Stella de Oliveira. **Nem teúdas, nem manteúdas**: História das Mulheres e Direito na capitania da Paraíba (Brasil, 1661–1822). Global Perspectives on Legal History 15, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2020.

COVELLO, Sérgio Carlos. **A obrigação natural**: elementos para uma possível teoria. São Paulo: Leud, 1996.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DA SILVA, Marcos Alves. **Conjugalidade sem casamento. A genealogia do concubinato no Brasil**: demarcações para superação de um lugar de não-direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a322852ce0df73e2>. Acesso em 21.12.2020.

DE MENEZES, Joyceane Bezzerra. **A dimensão constitucional da união estável – e o direito sucessório?** Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 25, p. 113-128, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 14 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivum, 2021.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Investigação de paternidade, concubinato e alimentos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

GARBI, Carlos Alberto. A união de fato “duradoura” – Em busca do tempo perdido. In: DA SILVA, Regina Beatriz T.; CORREIA, Atalá; SOLAVAGIONE, Alícia García de (coords). **Tratado da união de fato** = tratado de la unión de hecho. São Paulo: Almedina, 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função social da família e jurisprudência brasileira**. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA IBDFAM, 4, 2007, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/177.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

GAZELE, Catarina Cecin. **Estatuto da mulher casada**: uma história dos direitos humanos das mulheres no Brasil. Orientadora: Adriana Pereira Campos. 2005. 194f. Dissertação (Mestrado em História) – Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2005.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Efeitos pessoais da união estável. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHIRELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (orgs). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaza Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 77, p. 177-183, 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 18 fev. 2021.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Orientador: Francisco José Cahali. 2008. 275 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, São Paulo, 2008.

GUASTINI, Riccardo. **Produzione di norme a mezzo di norme. Informatica e diritto**, XI Annata, v. XI, n. 1, p. 7-31, 1985.

HESPANHA, António Manuel. **Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro**. Panóptica, n. 1.3, p.95-116, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Famílias paralelas, visão atualizada**. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 2, jul./dez. 2019.

HURD, Heid M. **O combate moral**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
KAFKA, Franz. A pequena fábula. In: Narrativas do espólio. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 8. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação**. 2006. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

LEITE, Eduardo Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais**. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2014. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/953/A+concep%3%a7%3%a3o+da+uni%3%a3o+est%3%a1vel+como+ato-fato+jur%3%addico+e+suas+repercuss%3%b5es+processuais#_ftn1. Acesso em: 05 fev. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. Orientador: Roberto João Elias. 2010. 44f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital (E-pub).

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro digital (E-pub).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Breves notas sobre o perfil jurídico da união estável**. Revista IBDFAM: Família e Sucessões, Belo Horizonte, v. 39, p.138-164, maio/jun. 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Sobre a classificação do fato jurídico da união estável**. In: **Famílias no Direito Contemporâneo**: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. ANDRADE, Gustavo; LOBO, Fabíola; OLIVEIRA, Catarina (coords). Salvador: JusPodivm, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia: 1ª parte. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Luciano. Não Fale do Código de Hamurabi! - a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium**. Revista Eletrônica Thesis, São Paulo, Ano IV, v. 8, p. 39-70, 2007. Disponível em: http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/3_luciano.pdf. Acesso em: 31 de jul. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Editores Virgílio Maia & Comp, 1918. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496212>. Acesso em: 15 jan. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil**, volume XX: da união estável, da tutela e da curatela/ Rodrigo da Cunha Pereira; colaboradores e equipe de pesquisa, Ana Carolina Brochado Teixeira, Cláudia Maria Silva; coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 282 a 443. Tomo IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**, vol. I: Direito matrimonial. 3ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II, São Paulo: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

REALE, Miguel. **Anteprojeto do código civil**. Conferência do Magnífico Reitor Miguel Reale, da Universidade de São Paulo, sobre o Anteprojeto do Novo Código Civil (Reconstituída segundo notas taquigráficas), no Instituto dos Advogados do Distrito Federal, em 8 de junho de 1972. Revista de Informação Legislativa, v. 9, n. 35, p. 3-24, jul./set. 1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180616>. Acesso em: 04 jan. 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. **Visão geral do Novo Código Civil**. Revista da EMERJ, Edição Especial Parte I, Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil”, p.38-44, fev./jun. 2002.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Um ano conturbado para o Direito Civil (parte 2)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-01/direito-comparado-ano-conturbado-direito-civil-parte>. Acesso em: 26 de mar. 2021.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituição de Direito Civil**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1958.

SANDEL, Michael J. Justiça. **O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015 (E-pub).

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada - Ensaio de ontologia fenomenológica**. Título original: L'êtré et le néant - essai d'ontologie phénoménologique. Tradução de Paulo Perdigão. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. Tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária**. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coords.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

SIMÃO, José Fernando. **Doutrina nem jurisprudência reconhecem prestação de alimentos a amantes**. Artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Publicação em 24.05.2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1215/Doutrina+nem+jurisprud%C3%A2ncia+reconhecem+prest+a%C3%A7%C3%A3o+de+alimentos+a+amantes>. Acesso em: 01 fev. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TARTUCE, Flávio. **A lei n. 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos**. Revista eletrônica IBDFAM, publicada em 25/04/2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1331/A+lei+n.+13.8112019+e+a+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+do+menor+de+16+anos#:~:text=Segundo%20essa%20posi%C3%A7%C3%A3o%20a%20uni%C3%A3o,para%20a%20C3%BAltima%20entidade%20familiar>. Acesso em: 05 fev. 2021.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1986, dez. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12050>. Acesso em: 09 set. 2020.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável**. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (coords.). Família e pessoa: uma questão de princípios. São Paulo: YK Editora, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autonomia existencial**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 32, out./nov. 2005.

TIMM, Luciano Benetti. “**Descodificação**”, **constitucionalização e reprivatização no direito privado**: o código ainda é útil? Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1, n.10, p. 6417-6453, 2012.

TOLSTÓI, Liev. **Anna Kariênina**. Tradução de Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VELOSO, Zeno. **Fato jurídico – Ato jurídico – Negócio Jurídico**. Revista de informação legislativa, v. 32, n. 125, p. 87-95, jan./mar. 1995. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176311> . Acesso em: 26 maio 2021.

WALKER, Marck Pickersgill; SIERRA, Joana de Souza. **Da autonomia da vontade à autonomia privada**: a evolução do princípio basilar do direito contratual. In: CONGRESSO NACIONAL DA CONPEDI, 25, 2016. Curitiba: 2016, p. 14-15. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/ylu20h4l/nOtF4G1Ylj7O4BN2.pdf>. Acesso em: 02 de julho de 2021.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.