

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

O CASAMENTO ENTRE O TEMPO E A ETERNIDADE:

**Uma análise à luz da comunhão plena de vida, da
proteção da confiança e do direito intertemporal.**

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Belo Horizonte

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

O CASAMENTO ENTRE O TEMPO E A ETERNIDADE:

**Uma análise à luz da comunhão plena de vida, da
proteção da confiança e do direito intertemporal.**

Tese apresentada por Tereza Cristina Monteiro Mafra ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para submissão à qualificação no curso de Doutorado.

Orientador Professor Doutor Arthur José de Almeida Diniz.

Belo Horizonte

2012

SUMÁRIO

RESUMO	i
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - O CASAMENTO ENTRE O TEMPO E A ETERNIDADE: DE DEVER CÍVICO A LÍQUIDO	6
1 Dever cívico	7
2 Sacramento	21
3 Contrato civil	38
4 Amor líquido	60
CAPÍTULO II - COMUNHÃO PLENA DE VIDA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	75
1 A cláusula geral da comunhão plena de vida	76
1.1 Direito pessoal: direitos e deveres conjugais	83
1.2 Direito patrimonial: comunicação de bens	89
2 Proteção da confiança e boa-fé	104
2.1 Proteção da confiança no casamento	140
2.2 Tópica e sistemática na jurisprudência de direito de família	145
CAPÍTULO III - DIREITO INTERTEMPORAL DO CASAMENTO	154
1 Noções gerais de direito intertemporal	155
2 Síntese do direito transitório no casamento	164
3 Direito pessoal intertemporal	168
4 Direito patrimonial intertemporal	179
4.1 Diretrizes para a interpretação dos regimes de bens	180
4.1.1 Liberdade de pactuar	181
4.1.2 Comunicação dos aquestos e a Súmula nº 377 do STF	189

4.1.3 Mutabilidade do regimes de bens.....	197
4.2 Bens reservados.....	205
4.3 Bens móveis e normas heterotrópicas.....	207
CONCLUSÕES.....	211
BIBLIOGRAFIA.....	216

RESUMO

O presente trabalho trata da comunhão plena de vida e da proteção da confiança no direito intertemporal do casamento. A comunhão plena de vida é uma *pedra angular* do casamento e promove efeitos em todas as suas esferas. De outro lado, embora a proteção da confiança deva orientar também o casamento, tal se vê de forma assistemática e pontual na jurisprudência. Objetiva-se, após a análise do desenvolvimento histórico do casamento, demonstrando sua contratualização, verificar *se* e *como* a comunhão plena de vida e a proteção da confiança poderiam servir de instrumentos para sistematizar a interpretação e a aplicação das normas sobre o casamento, com ênfase no direito intertemporal, diante da escassez doutrinária sobre a matéria. Compõem o marco teórico a noção de casamento como instituição, adotada por Paul Roubier e seguida por vários autores brasileiros no âmbito do direito intertemporal, a ideia lançada por Diogo Leite Campos de que a comunhão de vida é casamento enquanto estado e deve existir no duplo plano, pessoal e patrimonial, e a visão negocial do casamento, sofrendo a incidência das características do negócio de confiança, sustentada por Menezes Cordeiro e por Carneiro da Frada.

ABSTRACT

The present work has the intention of analyzing the plain communion of life and the protection of the confidence in the intertemporal rule of wedding. The plain communion of life is an angular stone of wedding and affects all its aspects. Besides the protection of confidence should lead the wedding too, it's assistematic and punctual in jurisprudence. The objective, after analyzing the historical development of wedding, is to check if and how the plain communion of life and the confidence protection may serve as instrument to systematize the interpretation and application of wedding norms with intertemporal rule, facing the lack of doctrine material around the subject. The theoretical framework is composed by the wedding comprehension as an institution, adopted by Paul Roubier and followed by several Brazilian writers, the idea that the life communion is wedding as state and must exist in both plans, personal and patrimonial, and the negotiating view of wedding, suffering the incidence of characteristics of confidence, maintained by Menezes Cordeiro and Carneiro da Frada.

RÉSUMÉ

Le présent travail traite de la communion de vie et la protection de la confiance dans le droit intertemporal mariage. communion de vie est la pierre angulaire du mariage et de la promotion de ses effets dans toutes les sphères. En revanche, même si la protection de la confiance devrait également guider le mariage, tel est vu de façon non systématique et de la jurisprudence ponctuel. Objective- après une analyse de l'évolution historique du mariage, montre ses relations contractuelles voir si et comment la pleine communion de vie et la protection de l'acte de fiducie pourrait servir à systématiser l'interprétation et l'application des règles sur les normes relatives au mariage, en mettant l'accent sur droit intertemporelétant donné pénurie la doctrine en la matière. Rédige le cadre théorique de la notion de mariage comme une institution, adopté par Paul et Roubier suivie par plusieurs auteurs sous intertemporelle loi brésilienne, l'idée proposée par Diogo Leite Campos à la communion de vie que le mariage est et doit exister en tant qu' état dans le double plan personnelle et patrimoniale de vision et de négocier le mariage, la souffrance de l'impact des caractéristiques des entreprises de confiance, soutenue par Menezes Cordeiro et Carneiro da Frada.

Agradecimentos

Agradeço a todos que não mediram esforços para contribuir na realização deste trabalho: Bruna Colombarolli, Davi Diniz, Edgard Audomar Marx Neto, Fernando Drummond, Lucia Massara e Marcelo de Oliveira Milagres (a turma do Direito, pelo apoio sempre seguro e pela frutífera troca); Paulinho, Quito e a Turma do Chapéu (pela companhia na hora certa e por entenderem as ausências); Daniela Fávero e Renata Costa Fávero (minha família socioafetiva - por todas as incondicionalidades); Família Mafra (Artur, Magaly, Nícia, Lucas e Leandro - que tanto sentiram minha falta); Canis familiaris (Frida, Valentina, Zeca e Tito - que brincaram ao meu lado o tempo todo, incansavelmente).

Não posso deixar de fazer um agradecimento especial ao querido Professor Doutor Artur Diniz, que aceitou, na inteira confiança, assumir a orientação do presente trabalho.

Para Dany,
porque quem confia tem força!

INTRODUÇÃO

Pesquisa implica seleção de informações sobre um tema-problema escolhido, e, uma vez definido o tema objeto do estudo, determinados aspectos são tomados de maneira mais minuciosa, em relação a outros, o que não se faz aleatoriamente, mas em razão da metodologia, dos objetivos e dos marcos teóricos eleitos.

Como objeto do presente trabalho elegeu-se o direito intertemporal do casamento. Por ser essa a entidade familiar mais importante, tem apresentado crescimento desde 2004, e ainda porque sua regulamentação serve de modelo para tentativa de equiparar seus efeitos a outras formas de constituição de família¹.

Três premissas, inicialmente, foram tomadas como ponto de partida: a) apesar de terem sido poucas as mudanças introduzidas no Código Civil de 2002 quanto ao direito patrimonial do casamento, em decorrência das grandes alterações ocorridas no direito de família, é importante tentar sistematizar e atualizar seu tratamento; b) a jurisprudência, especialmente dos tribunais superiores, não é uniforme e se modifica com frequência; c) é escassa a literatura jurídica brasileira específica sobre o direito intertemporal no direito de família, não obstante o fato de que muitas pessoas, hoje e nas próximas décadas, terão seus bens partilhados à luz do direito patrimonial regulado pelo Código Civil de 1916, sob cuja vigência se casaram.

Acrescenta-se, ainda, a inexistência de diretrizes claras para interpretação, identificáveis, de maneira uniforme e sistematizada, na lei, na doutrina e na jurisprudência, no tocante às relações econômicas da conjugalidade.

¹ Aumentou em 7,7% o número de casamentos realizados no Brasil em 2004, em relação a 2003. Foram 806.968 casamentos, o maior número desde 1994. Esse crescimento resultou, em parte, da realização de casamentos coletivos em diversas unidades da federação, decorrentes de parcerias estabelecidas entre as prefeituras, cartórios e Igrejas, com o objetivo de legalizar uniões consensuais.
http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=512.

Na doutrina estrangeira, há fundamento para sustentar que os direitos familiares patrimoniais, conquanto sujeitos à incidência do direito de família, não perdem suas características essenciais de relações obrigacionais ou reais² - questão sobre a qual é silente é a maciça maioria da doutrina pátria³.

Não obstante o direito patrimonial do casamento possa e deva ser orientado pelos princípios gerais do Código Civil, sendo cabível a aplicação supletiva, ora do direito das obrigações, ora dos direitos reais⁴, quando o caso concreto não encontra resposta específica no direito de família, verifica-se que a jurisprudência é assistemática e pontual, não revelando critérios específicos ou uniformidade de soluções para hipóteses semelhantes⁵.

Um rápido olhar sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) revela a dissintonia entre Ministros de uma mesma Turma, entre Turmas e variações de posicionamento, acerca de uma mesma tese, quando se trata da interpretação dos regimes de bens, ainda que a matéria seja julgada à luz do Código vigente, com redação e conteúdo diversos dos contidos no Código de 1916⁶.

² CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 133.

³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933; CARVALHO SANTOS, J.M. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 5; ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008; LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869]; PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família, *in* **Anteprojeto do Código Civil**. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça. 1975, v. 155, p. 153.

⁵ MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: RT, 2007, p. 357.

⁶ No REsp 77.676, a 3ª Turma do STJ (rel. Min. Costa Leite) entendeu que a indenização trabalhista, percebida após a ruptura da vida conjugal, seria incomunicável (art. 263, XIII, CC/1916). Essa posição prevalecia desde 1998, mas em 2003, com os Ministros Menezes Direito e Ari Pargendler vencidos, a 3ª Turma, decidiu que: *No regime de comunhão universal de bens, admite-se a comunicação das verbas trabalhistas nascidas e pleiteadas na constância do matrimônio e percebidos após a ruptura da vida conjugal*. (REsp 355581). Essa última decisão passou a prevalecer no STJ, desde 2004, após julgamento de Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp 421801), quando 3ª e 4ª Turmas enfrentaram a questão, vencido o Min. Humberto Gomes de Barros. Recentemente, apesar da redação diversa do Código Civil de 2002 (ao invés de *frutos civis do trabalho* refere-se a *proventos do*

A falta de aplicação supletiva dos princípios patrimoniais contemporâneos, contidos na Parte Geral, no Direito das Obrigações e nos Direitos Reais, poderia induzir à ideia de autonomia no tratamento científico do direito patrimonial do casamento.

Mas, na verdade, o que se constata são interpretações assistemáticas, sem preocupação em construir explicações além de genéricas formulações referentes a *eqüidade*, *enriquecimento sem causa*, *ausência de esforço comum*, *rompimento da comunhão de vida*, etc, com decisões pontuais e isoladas que acabam se transformando em *leading cases*, principalmente quando proferidas pelo STJ, como se verifica nas vagas e múltiplas fundamentações acerca dos efeitos da separação de fato e sua incidência na eficácia dos regimes de bens (comunitários) do casamento⁷.

De outro lado, considerando que o casamento, em princípio, envolve um vínculo jurídico que se prolonga no tempo (*facta pendentia*), diante da frequente sucessão de leis no direito de família, parece estranho haver tão pouca literatura jurídica especializada sobre o tema.

Os principais autores brasileiros⁸, anteriores e posteriores ao Código Civil de 2002, tomam como marco teórico Paul Roubier⁹, em cuja obra, ao tratar do casamento, adota a noção de casamento como uma instituição e não como um contrato.

trabalho), a 3ª Turma (rel. Min. Massami Uyeda) decidiu que: *As verbas que tiverem momento aquisitivo durante a constância do casamento devem ser partilhadas.*

⁷ Os bens adquiridos por um dos cônjuges após a separação de fato não integram o acervo a ser partilhado pelo casal. (AgRg no Ag 961871/GO). Em princípio, consoante pacificado entendimento jurisprudencial predominante nos órgãos fracionários, integrantes da Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça, bens adquiridos após a separação de fato, "à conta de um só dos cônjuges", não se comunicam ao outro consorte (REsp 32218; REsp 40785 e REsp 140694).

⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980; DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2005; ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. (atual. Silva Pacheco). 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1; FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**. 2.ed., São Paulo: RT, 1968 e **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 3. ed., São Paulo: RT, 1982; MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955; OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, v. 1.

⁹ ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps**. Paris: Dalloz, 2008.

Com efeito, o cotejo das disposições gerais com as pertinentes ao direito de família permite identificar um verdadeiro *direito transitório especial*, em que se evidencia um mimetismo, uma instrumentalização do direito transitório pelo direito de família, com fins políticos: a jurisprudência, apesar de assistematicamente, explicita a evolução do direito de família e, com isso, determina a esfera de aplicação temporal da lei nova.

Assim, à parte o tratamento jurídico dogmático do casamento, a análise do direito intertemporal na comunicação dos bens não pode prescindir da abordagem de institutos afins, de sua delimitação, bem como da família, em que se insere; tampouco podem ser desprezados os relevantes elementos fornecidos pela evolução histórica e as contribuições de outras disciplinas.

Dáí emergiram três principais indagações desenvolvidas ao longo de três capítulos: a) tendo o principal marco teórico da doutrina do direito intertemporal adotado a corrente institucionalista do casamento, qual seria, hoje no Brasil, a natureza jurídica do casamento? b) qual a influência dessa visão contemporânea no direito intertemporal do casamento? c) a comunhão plena de vida e a proteção da confiança servem como diretrizes para sistematizar a interpretação do direito intertemporal do casamento, tornando-o mais seguro e efetivo?

A pesquisa adotou a interdisciplinaridade, pela coordenação de várias disciplinas jurídicas e sociológicas, porquanto o estudo dos instrumentos de sistematização e interpretação do direito intertemporal patrimonial do casamento pressupõe a análise de sua natureza jurídica atual, a partir da evolução histórica, assim como se recorreu ao direito estrangeiro.

O processo de estudo pertence à linha crítico-metodológica, à vertente jurídico-sociológica, por se basear no conceito, interpretação e aplicação crítica do direito intertemporal e da proteção da confiança no direito patrimonial do casamento.

A pesquisa segue o tipo metodológico jurídico-exploratório, mediante análise do término da comunhão plena de vida e seus reflexos na partilha de bens.

Quanto à natureza dos dados, são dados primários da pesquisa, as leis, decisões judiciais visando a identificação dos problemas já apresentados e possibilidades de atuação na solução dessas controvérsias. São dados secundários da pesquisa, a doutrina referente a conflitos familiares patrimoniais, além de outras correlatas.

CAPÍTULO I - O CASAMENTO ENTRE O TEMPO E A ETERNIDADE: DE DEVER CÍVICO A AMOR LÍQUIDO

Embora tenha começado como fenômeno biológico, caracterizado por ser uma unidade precipuamente reprodutora, a família evoluiu para fenômeno social, permitindo uma identificação mais ou menos clara de *status* e papéis desempenhados por seus membros, voltada para congregação de esforços para sobrevivência e perpetuação da espécie, portanto, valendo-se dos meios necessários para assegurar, além da própria subsistência, a procriação¹⁰.

O casamento, tido como um dever cívico na antiguidade, passou a ser considerado indissolúvel por influência do cristianismo que, depois, elevou-o à categoria de sacramento.

Mais tarde se configurou como contrato civil chegando à contemporaneidade marcado pela simplificação das formas de desfazimento, pela dessacralização e pela fluidez dos relacionamentos.

A compreensão das transformações ocorridas no casamento constituem premissa necessária para o estudo dos aspectos dogmáticos relativos ao direito transitório na comunicação de bens, destacando-se a *fides* e a comunhão de vida como elementos presentes.

¹⁰ LINTON, Ralph. **O Homem: Uma Introdução à Antropologia**. (trad. Lavínia Vilela). 12ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 157.

1 Dever cívico

"Em todos os casos, case-se: se encontrar uma boa esposa, você será feliz. Caso se depare com uma má esposa, você se tornará um filósofo, o que é excelente para o homem." (Sócrates)

Todas as sociedades reconhecem a existência de certas unidades cooperativas, internamente organizadas, que fazem a ligação entre os indivíduos e a sociedade a qual pertencem. A família nuclear tem desempenhado um papel importante na história do gênero humano. Desde Heródoto foram recenseadas mais de quatro mil sociedades e em todas elas a família conjugal está presente¹¹.

Durante a segunda metade do século XIX e princípio do século XX, os antropólogos trabalharam sob a influência do evolucionismo biológico, organizando seus dados, de modo que as instituições dos povos mais rudimentares correspondessem a um estágio primitivo da evolução da humanidade e, uma vez que a família fundada no casamento monogâmico era considerada mais digna de atenção, inferiu-se que os grupamentos menos desenvolvidos não deveriam conter modelo tão requintado.¹² Contudo, a partir da segunda metade do século XX, cada vez mais ganhou força a ideia de que a união duradoura, socialmente aprovada, e nuclear (pai, mãe e filhos) constitui um fenômeno universal, com algumas exceções, preponderando padrões culturalmente estabelecidos¹³.

Lévi-Strauss sustentou que a evolução do casamento institui a estrutura social. Na obra *Les Structures Élémentaires de la Parenté*, o autor desenvolveu uma teoria do parentesco edificada em torno de *estruturas elementares* e

¹¹ GOODY, Jack. **La famille en europe**. Paris: Seuil, 2001, p. 12-15.

¹² VAN DEN BERGHE, Pierre L. **Sistema de la familia humana: una vision evolucionista**. México: F.C.E., 1983, p. 14-15.

¹³ AUGÉ, Marc. **Os domínios do parentesco: filiação, aliança matrimonial, residência**. (trad. Ana Maria Bessa). Lisboa: Edições 70, 2003, p. 38-40; LINTON, Ralph. **O homem: uma introdução à antropologia**. (trad. Lavínia Vilela). São Paulo: Martins Fontes, 1981, p. 153-155; SHAPIRO, Harry Lionel. **Homem, cultura e sociedade**. (trad. G. Robert Coracy, Joanna E. Coracy, Margarida Maria C. Oliva). São Paulo: Martins Fontes, 1982, p. 355-361.

estruturas complexas. Elementares são os sistemas cuja nomenclatura permite determinar imediatamente o círculo de parentes e seus aliados. De outro lado, complexos são os sistemas que se limitam a definir os círculos de parentes, deixando a outros mecanismos, econômicos ou psicológicos, a tarefa de fazer a determinação dos cônjuges. Cuida-se de uma formulação mais detalhada da célebre oposição entre natureza e cultura. A primeira se define como universalidade e a cultura, ao contrário, é própria de cada grupo social. No final da obra encontra-se uma teoria da família: "O reconhecimento social do casamento (a transformação do encontro sexual promíscuo em contrato, em cerimônia ou em sacramento) é sempre uma aventura angustiante; e a sociedade tem procurado se proteger contra riscos pela imposição contínua e quase maníaca de sua marca"¹⁴.

Não se questiona que tais unidades primitivas tenham derivado de grupos biologicamente determinados, dada a preponderância das relações endogâmicas. Entretanto, tais unidades são muito variadas, tanto na forma, quanto no conteúdo, sendo o traço comum mais constante as atitudes gerais impostas aos seus membros. Em cada época, conforme as necessidades próprias de seu tempo, toda sociedade atribui certas funções a suas unidades familiares.

Na síntese de Radbruch "é no casamento que o direito se defronta com fatos e circunstâncias tais, de ordem natural e sociológica, condicionados por determinismos de tal modo poderosos, que, não só se sente incapaz de os dominar, mas se vê obrigado a transigir largamente com eles"¹⁵.

Historicamente, todas as sociedades humanas organizadas não deixaram a cargo somente da vontade dos indivíduos as uniões socialmente reconhecidas, cuja existência dependia do reconhecimento do grupamento social ou religioso. Em qualquer época, a *summa divisio* das regras de organização social em matéria familiar reside na fronteira que separa as

¹⁴ LÉVI-STRAUS, Claude. **Les structures élémentaires de la parenté**. Paris: La Haye, 1947, p. 548-570.

¹⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. (trad. L. Cabral de Moncada). Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p. 292.

"uniões legítimas" das outras formas de relações entre os sexos. Qualquer que seja o conteúdo de tais normas, orais ou escritas, independente do âmbito das tolerâncias ou restrições admitidas, da diversidade de suas formas, o casamento, meio cultural por excelência para restaurar a ordem na desordem natural da sexualidade e da procriação, ao mesmo tempo serve de parâmetro para definir o *status* e a disciplina relativamente às pessoas que se relacionam "fora do casamento": da proibição à tolerância como relações de fato até o reconhecimento, ainda hoje o casamento é o modelo de família preferido pelos legisladores em todos os sistemas jurídicos¹⁶.

A família, formada pelo casamento e sob o comando da autoridade paterna, forneceu o modelo ou a metáfora para as relações de poder, tendo o patriarcado, na impactante formulação de Engels, caso tenham existido o matriarcado ou a igualdade sexual, representado a "a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo"¹⁷.

A civilização grega é apontada por estudiosos como a origem da história na Europa, uma vez que seu modelo marcou profundamente o Ocidente. As narrativas da história da sociedade grega descrevem não apenas aspectos materiais da estrutura econômica, política e social, mas também um complexo de valores espirituais¹⁸.

Pode-se dizer que a mitologia grega, fundada nas relações entre os deuses, semideuses e homens, representa simbolicamente as paixões humanas. Os deuses não são submetidos a nenhuma lei. O mundo divino apresenta uma imagem grandiosa da humanidade: os deuses são bons e generosos, mas também violentos e cruéis. Tal violência e as injustiças dela decorrentes inspiram aos homens normas e instituições que a devem reprimir.

¹⁶ MEULDERS, Marie-Thérèse. L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: de l'institution au contrat, et au-delà. In: **Le droit de la famille en europe**. (Org. GANGHOFER, Roland). Strasbourg: PUS, 1992, p. 215-231.

¹⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. (trad. José Silveira Paes). São Paulo: Global, 1984, p. 95.

¹⁸ FRAZER, James George. **Les origines de la famille et du clan**. (trad. J. de Pange). Paris: Paul Geuthner, 1922, *passim*; VERNANT, Jean-Pierre. **Edipe et ses mythes**. Bruxelles: Complexe, 1988, p. 148.

O nascimento e ascensão de Zeus como Deus absoluto constituem a figura do *pai todo poderoso*, com poder de vida e de morte, o *Dis Pater*, que mais tarde influenciou os imperadores romanos. A mitologia grega não vetava que um filho tomasse o lugar de seu pai, mesmo que via parricídio - Cronos e Zeus o fizeram *heroicamente*. O pai era o detentor do poder, representante de seu grupo familiar e social. O pai é sacerdote, rei e, por vezes, também profeta: ele fala por Deus, por sua autoridade, tornando suas as palavras divinas. Em outras palavras, ele dita a lei (*pater conscripti*) e a aplica, fazendo com que se submetam a ela, resolve os litígios. O pai é a lei. A função paterna e a função legislativa são intimamente confundidas. Ou seja, o pai, na mitologia grega, tinha também uma função de estruturação e regulamentação, de proibições e sancionador - pelo que se poderia formular um paralelo, considerando-o como uma primitiva *origem* do direito, não somente dentro da família, mas da sociedade e do Estado¹⁹.

Este poder absoluto paterno, comparável ao poder divino, segundo Freud deve-se ao fato de que o Deus é formado à semelhança do pai e que, "no fundo, Deus nada mais é que um pai glorificado"²⁰. A própria origem etimológica da palavra *Pater* (do sânscrito *Pitar*) revela estar plenamente justificado no seu emprego mitológico, pois "corresponde à qualificação permanente do Deus Supremo dos indo-europeus, figura no vocativo do nome de Júpiter, e o termo latino se originou de uma fórmula de invocação *Dyen Pater = Pai Celeste*, como no vocativo grego: *Zeû Páter*"²¹.

O fundamento do poder paterno, na tradição mais antiga, antecede, mesmo, a existência da *Cidade-Estado*, como observa Fustel de Coulanges, salientando a importância do culto dos antepassados, tanto na sociedade grega quanto na romana, ao afirmar que a família não recebeu suas leis da cidade: "a lei que permite ao pai vender e mesmo matar seus filhos, tanto em Roma quanto

¹⁹ DEPRET, Laurence. Une origine du droit de la famille en Europe: la mythologie grecque. In: **Le droit de la famille en europe**. (Org. GANGHOFER, Roland). Strasbourg: PUS, 1992, p. 55-63; VERNANT, Jean-Pierre. **Edipe et ses mythes**. Bruxelles: Complexe, 1988, *passim*.

²⁰ FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. (trad. Jayme Salomão). Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. 13, p. 76.

²¹ DE CICCIO, Cláudio. **Direito: Tradição e Modernidade**. São Paulo: Icone, 1993, p. 22.

na Grécia, não foi imaginada pelo legislador, existe antes dele, tendo sido, antes, imposta a ele, pois nasceu da família"²².

Ou seja, o direito antigo não é obra de legisladores, mas formado a partir de antigos princípios e crenças então admitidos, e que se impunham sobre as vontades das pessoas.

Ao lado do poder paterno consagrou-se a proibição do incesto, sob o fundamento de que "as famílias podem se aliar unicamente umas às outras, e não cada uma por sua conta, consigo"²³.

Com base no patriarcado e na vedação ao incesto estabeleceu-se a dimensão sócio-biológica da família, não se restringindo a limitar a liberdade de escolha dos noivos. Repousa também sobre aspectos fisiológicos. Mas, tendo em vista que o casamento é, outrossim, um compromisso social, o direito impõe respeito às interdições de caráter sociológico²⁴.

O repúdio ao incesto mostra a formação da personalidade dentro da estruturação da família e estabelece um dos maiores tabus, que, segundo Freud, são proibições de antiguidade primeva que foram, em certa época, externamente impostas a uma geração de homens primitivos e devem ter sido impostas de forma violenta pela geração anterior, relacionadas com atividades para as quais havia forte inclinação²⁵.

A representação simbólica mais famosa do repúdio ao incesto é o mito de Édipo, narrado por Sófocles: o filho elimina a figura do pai e toma o seu lugar, ao lado da própria mãe.

²² FUSTEL DE COULANGES. **La Cité Antique**. 25^{ème} ed., Paris: Hachette, 1919, p. 93.

²³ HÉRITIER, Françoise. **Masculin/féminin, la pensée de la différence**. Paris: Odile Jacob, 1996, p. 119.

²⁴ BRANLARD, Jean-Paul. **Le sexe et l'état des personnes: aspects historique, sociologique et juridique**. Paris: L.G.D.J., 1993, p. 184.

²⁵ FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu** (trad. por Jayme Salomão). Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. 13, p. 51.

O pai dos tempos arcaicos, para Roudinesco, "é a encarnação familiar de Deus, verdadeiro rei taumaturgo, senhor das famílias"²⁶.

A ruptura com o mito começa a partir da escola jônica²⁷, e, embora Aristóteles, em *De Anima*, atribua a Tales de Mileto a célebre frase: "tudo está pleno de deuses"²⁸, sua visão da família não se subordina à religião.

Para Aristóteles, a família se define como uma associação estabelecida por natureza para atender às necessidades quotidianas das pessoas, denominando-se seus membros *companheiros de pão* ou *companheiros de comer*. Cada família é comandada por seu membro mais velho, como um rei, que se impõe, também, aos chefes de família descendentes, definidos por laços de consangüinidade e submetidos à lei patriarcal, como relatado por Homero, em Hesíodo (*O Trabalho e os Dias*): "Cada qual faz as leis para seus filhos e esposas"²⁹.

Consoante a representação aristotélica, a família, que era formada por membros submetidos a um *poder patriarcal*, desenvolvia-se nas relações entre senhor e escravo, marido e mulher, pai e filhos. Nas palavras de Carol Delaney, "a maternidade significa dar à luz e criar; a paternidade significa ter o papel criador, essencial" e fundamento *monogênético* da reprodução, que é vista como fruto do sêmen criador do pai³⁰.

A família nuclear, descrita por Aristóteles, era marcada pela *monogamia*, sintetizada na afirmativa de que "em um Estado, no qual esposas e filhos sejam

²⁶ ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. (trad. André Telles). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 21.

²⁷ BURCKHARDT, Jacob. (trad. Germán J. Fons). **Historia de la cultura griega**. Barcelona: Obras Maestras, 1947, t. 3, p. 403-430.

²⁸ ARISTÓTELES. **De Anima**. (trad. Maria Cecília Gomes dos Reis). São Paulo: Editora 34 Ltda, 2006, p. 198.

²⁹ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova Cultural, *Os Pensadores*, 1999, p. 145.

³⁰ DELANEY, Carol. **The meaning of paternity**. *Man*, New Series: Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland, v. 21, nº 3, Sep. 1986, p. 495-496. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2803098>. Acesso em: 06/04/2012.

partilhados, a afeição, inevitavelmente, será mínima, com o pai incapaz de dizer 'meu filho', e com o filho incapaz de dizer 'meu pai'³¹.

De acordo com Engels, "os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para deles herdarem"³².

O patriarcado clássico sustentava-se pelo fundamento de que os direitos advinham originalmente da paternidade, em decorrência dos poderes extraordinários atribuídos aos homens, neles subsumida também a preponderância masculina na relação conjugal.

No Livro VII da *Política*, Aristóteles se dedicou ao casamento e à procriação, tratados como uma responsabilidade cívica: ter filhos seria uma *liturgia*, uma contribuição cívica. Tratava-se de uma particular forma de serviço que se esperava de todos, porque contribuía para o bem comum. A cidade deveria ter jovens e velhos cidadãos. Os primeiros se consideravam necessários para o serviço militar e os últimos para o comando, a tomada de decisões. Os homens deveriam se casar por volta dos 37 (trinta sete) anos e as mulheres em torno dos 18 (dezoito). A possibilidade de procriação terminaria cerca de 18 (dezoito) anos mais tarde, quando o homem tivesse aproximadamente 55 (cinquenta e cinco) anos e a mulher 36 (trinta e seis). Durante tal período estariam presentes as melhores condições físicas, a fim de evitar crianças "imperfeitas", que deveriam ser abandonadas, não havendo quaisquer objeções ao infanticídio nessas circunstâncias. Contudo, não se propunha que os cidadãos tivessem tantos filhos quanto pudessem. A quantidade de filhos deveria ser proporcional à fortuna. Quando a fertilidade diminuísse, o casamento assumia outra dimensão, na qual a qualidade do

³¹ DELANEY, Carol. **Op. cit.**, p. 174-175. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2803098>. Acesso em: 06/04/2012.

³² ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. (trad. José Silveira Paes). São Paulo: Global, 1984, p. 103.

relacionamento entre marido e mulher era também relevante, mantendo-se na esfera da amizade e do exercício da virtude³³.

O casamento era considerado assunto simplesmente jurídico e político, pelo qual o Estado obtinha cidadãos legítimos. Não se tratava de fomentar o sentido moral das uniões legais, mas sim manter firme a unidade da cidadania, evitando que a procriação sem regras e com estrangeiros levasse à decomposição geral pela multiplicidade de herdeiros que não fossem cidadãos³⁴.

Também a família romana, desde suas origens no século X a.C., pode ser vista como uma formação social, estabelecida sob um modelo de estrutura tribal, isto é, essencialmente como um organismo de Estado. O organismo tribal, curial e gentilício de Roma, na época primitiva, servia a fins militares³⁵.

A finalidade privada consistia na transmissão do patrimônio aos descendentes "legítimos" e a pública se traduzia por uma política de castas: perpetuar a casta dos cidadãos era um dever cívico³⁶.

Tratava-se de um vínculo civil de poder (*potestas, manus*) que unia seus membros em torno da majestade do *pater familias (magentas viri)*, para a manutenção da disciplina, da obediência e das antigas tradições. O vínculo agnático originava os direitos de família e das sucessões³⁷.

A família romana, formada pelo casamento, girava em torno da *potestas* do *pater familias*. O pai de família romano, em geral, vivia em uma casa com

³³ ARISTOTLE. **Politics: Books VII and VIII**. (trans. Richard Kraut). Oxford: Clarendon Press, 2009, p. 29-32.

³⁴ BURCKHARDT, Jacob. (trad. Germán J. Fons). **Historia de la cultura griega**. Barcelona: Obras Maestras, 1947, t. 5, p. 177-179.

³⁵ ZLINSKY, Janos. *Consorts et domina - Filiae loco: La famille romaine archique*. In: **Le droit de la famille en europe**. (Org. GANGHOFER, Roland). Strasbourg: PUS, 1992, p. 233 (233-239).

³⁶ CROOK, John Anthony. **Law and life of Rome: 90 B.C.-A.C. 212**. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1984, p. 99-102; FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: O cuidado de si**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 81; VEYNE, Paul. *O império romano*. (trad. Hildegard Feist). In: **História da vida privada: Do império romano ao ano mil**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1989, v. 1, p. 45-59.

³⁷ TROPLONG, Raymond Théodore. **De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains**. Paris: Hachette, 1868, p. 20-27.

seus filhos e filhas, escravos domésticos ou ex-escravos. A tais pessoas acrescentavam-se os clientes. A clientela era composta de uma série de pessoas que faziam a corte ao pai de família, submetidas ao seu poder, como os que desejassem fazer carreira pública ou para cujos negócios contavam com o apoio do *pater familias*; pobres diabos, poetas, filósofos que em geral viviam de esmolas; e, ainda, os que aspiravam a ser incluídos no seu testamento em agradecimento a suas homenagens³⁸.

No âmbito dos extensos poderes atribuídos ao *pater*, cujos limites estariam na religião e na moral, seja nas relações consanguíneas, derivadas do casamento ou em relação à clientela, estava a *fides*³⁹. Cícero interpretava esta palavra como fundamento da justiça (*fundamentum autem est iustitia fides*), da verdade e fidelidade às promessas e acordos - o juramento era a melhor maneira de garantir a *fides* (*qui ius igitur iurandum violat, is fidem violat*)⁴⁰.

Segundo Troplong a filosofia adentrou no direito romano no século de Cícero, particularmente sob os auspícios do estoicismo.⁴¹ Paul Veyne compartilha da mesma ideia: "O ideal greco-romano de autonomia estava ligado à vontade de exercer também um poder sobre a vida pública (ninguém é digno de governar se não sabe se governar), a autonomia proporciona a tranquilidade interior e a independência em relação à Fortuna e ao poder imperial"⁴².

O casamento, instrumento de formação da família romana, era somente uma situação de fato, não escrito, formado pela vontade das partes (*consensus*

³⁸ VEYNE, Paul. O império romano. (trad. Hildegard Reist). In: **História da Vida Privada: Do Império Romano ao ano mil**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 1, p. 98.

³⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 55-64.

⁴⁰ DMITRIEV, Sviatoslav. **The Greek Slogan of Freedom and Early Roman Politics in Greece**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 439.

⁴¹ TROPLONG, Raymond Théodore. **De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains**. Paris: Hachette, 1868, p. 47.

⁴² VEYNE, Paul. O império romano. (trad. Hildegard Reist). In: **História da Vida Privada: Do Império Romano ao ano mil**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 1, p. 48.

facit nuptias)⁴³. Tratava-se de um ato privado, que, segundo Foucault, "não exigia a intervenção dos poderes públicos nem na Grécia nem em Roma"⁴⁴.

Para que houvesse o *matrimonium iustum* eram necessários três requisitos: consentimento, puberdade (doze anos) e *conubium* (liberdade, cidadania e ausência de circunstâncias impeditivas, como parentesco, condição social etc)⁴⁵.

Segundo Bonfante, em Roma, o casamento era uma situação de fato que se iniciava com a manifestação de vontade do homem e da mulher e perdurava enquanto se conservasse o elemento subjetivo da *affectio maritalis* (intenção dos cônjuges de permanecerem casados)⁴⁶.

O casamento, portanto, não tinha aspectos de vínculo legal e formal no direito romano⁴⁷. A vida em comum era seu principal objeto, mencionado nas duas definições contidas no *Corpus Iuris Civilis*. A primeira, atribuída a Modestino, está no Digesto (D. XXIII, 2, 1): *Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humanis communicatio* (as núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano)⁴⁸. A outra definição se encontra nas Institutas e é imputada a Ulpiano (Inst., I, 9, 1): *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida)⁴⁹.

⁴³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª ed.,(trad. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 257.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: O cuidado de si**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 79.

⁴⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 300.

⁴⁶ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Torino: G. Giappichelli, 1946, p. 137.

⁴⁷ LE BRUN, Denis. **Traité de la communauté entre mari et femme avec un traité des communautés ou sociétés tacites**. Paris: Durand Librairie, 1754, p. 2.

⁴⁸ BRYCE, James. **Studies in History and Jurisprudence**. London: Henry Frowde, M.A., s/d, p. 400; PHILLIMORE, John George. **Principles and maxims of jurisprudence**. London: John W. Parker and Son West Strand, 1856, p. 127.

⁴⁹ SCHRADER, Eduard. **Corpus iuris civilis**. Berolini, 1832, v. 1, p. 64; **Juris civilis ecloga, in qua, praeter Justiniani institutiones**. Paris: Alex-Gobelet, 1832, p. 15; KLENZE, Clemens

O enlace nascia da troca de consentimentos (*contrahere matrimonium*), mas, em Roma, o casamento não foi considerado, especificamente, como um contrato⁵⁰.

No direito romano, contrato envolvia uma noção restrita, sendo reconhecidas três categorias: *litteris* (exigia-se um registro formal com o conhecimento e consentimento do devedor), *re* (tinha por base a tradição) e *verbis* (as pessoas se obrigavam por promessas solenes, mediante a troca de expressões específicas e estritamente obrigacionais) - nelas não se enquadrando o casamento⁵¹.

O casamento *cum manu* era a forma mais usual no direito romano. Mediante a *conventio in manu* a mulher ingressava *loco filiae* na família do marido, submetendo-se a este ou ao *pater familias*, transferindo-lhe todos os seus bens⁵².

Caso a mulher fosse *alieni iuris* (se estava sob a *potestas*), seu *pater* poderia destinar-lhe alguns bens, em uma espécie de dote, que se confundia com o patrimônio do marido. Mas, caracterizada *sui iuris*, os bens pertenceriam à mulher, não ingressando no patrimônio da família do marido⁵³.

O ingresso da mulher na família do marido se dava pela sujeição à *manus* deste ou, se o mesmo fosse *alieni iuris*, de seu *pater familias*, o que ocorria por um dos três modos: *confarreatio*, que era uma cerimônia com formalidades complexas, na presença do sumo sacerdote (*Flamen Dialis*) e de

August Karl, BÖCKING, Eduard. **Gaii et Justiniani Institutiones iuris romani**. Berolini, 1829, p. 25.

⁵⁰ CHEVREAU, Emmanuelle *et alii*. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: Litec, 2007, p. 14-16; SAVIGNY, M.F.C. **Sistema del derecho romano actual**. (trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley). Granada: Editorial Comares, 2005, p. 495.

⁵¹ FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 17; ROBY, Henry John. **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltda, 2000, v. 1, p. 2; SANDARS, Thomas Collett. **The Institutes of Justinian**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltda, 2007, p. 322. STEPHENSON, Andrew. **A History of Roman Law: With a Commentary on the Institutes of Gaius and Justinian**. Boston: Little, Brown and Co, 1912, p. 454-460.

⁵² MONCADA, Luís Cabral de. **Elementos de história do direito romano**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1923, v. 1, p. 258-259.

⁵³ MERÊA, Manuel Paulo de. **Evolução dos regimes matrimoniais**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1913, p. 19-21.

dez testemunhas, na qual os noivos, simbolizando a vontade de vida em comum, dividiam e comiam um bolo (*panis farreus*); *coemptio*, que correspondia a uma venda fictícia, em que a própria mulher fazia ao marido, utilizando-se dos ritos da *mancipatio*; e, o *usus*, bastando que a mulher vivesse com o marido por um ano, podendo a mesma evitar a *conventio in manum* caso se mantivesse fora da casa do marido por três noites consecutivas (*usurpatio trinoctii*)⁵⁴.

Na Roma antiga, os costumes, por muito tempo, organizavam o casamento em torno de símbolos da vida em comum. O casal se unia publicamente (*dextrarum juncto*) sob a proteção da deusa Juno. Os usos e costumes exigiam, qualquer que fosse o modelo de casamento adotado (*confarreatio*, *coemptio* ou *usus*), que se concretizasse a união pela condução da mulher para a casa do marido (*deductio uxoris in domum mariti*)⁵⁵.

O casamento era, portanto, mais que uma simples manifestação de consentimento, pois devia concretizar-se mediante o início da comunhão de vida entre os cônjuges. Embora os juristas romanos tenham estabelecido que o casamento era contraído pela expressão de consentimento, considerava-se perfeita a união, apenas quando se caracterizasse a comunhão de vida (*maritalis honor et affectio*), como se verifica no Digesto (D. XXXIX, 5, 31)⁵⁶.

A partir do século I, verifica-se uma progressiva redução do casamento seguido da *conventio in manum*, e a mulher continua vinculada ao seu *pater familias* de origem, passando a admitir-se algumas obrigações recíprocas entre os cônjuges⁵⁷.

O regime de bens nos casamentos *sine manu* era o dotal, em que a mulher (se *sui iuris*), seu *pater familias* (se *alieni iuris*) ou um terceiro (*sui* ou *alieni iuris*) transferia o dote ao marido, a fim de ajudá-lo a sustentar as

⁵⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 280.

⁵⁵ LÉVY, Jean Philippe, CASTALDO, André. **Histoire du droit civil**. Paris: Dalloz, 2002, nº 99.

⁵⁶ GILI, Emmanuel. **La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux**. Marseille: PUAM, 2008, p. 29.

⁵⁷ MERÊA, Manuel Paulo de. **Evolução dos regimes matrimoniais**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1913, p. 25-26.

despesas da família. Os demais bens, que não integravam o dote, continuavam a pertencer-lhe e, embora em geral fossem administrados pelo marido, o mesmo atuava como mandatário, devendo restituí-los à mulher na hipótese de dissolução do casamento⁵⁸.

No começo do século III, antes do estabelecimento da Igreja cristã, aspectos da lei romana e da vida familiar foram afetados por uma sutil mudança das sensibilidades morais, conforme Brown: "Uma vida conjugal respeitável torna-se uma norma que inclui até as famílias de escravos. Os imperadores posam como guardiães da moral privada"⁵⁹.

Durante o terceiro século, certos grupos, sobretudo gnósticos, sustentaram a condenação do casamento sob um dualismo diteísta radical, segundo o qual os homens viviam em um mundo criado por um deus inferior, e, para alcançarem a salvação, representada pela união com o deus superior, deveriam praticar a *enkrateia* (*continentia*), em oposição à *akrasia* (*incontinentia*)⁶⁰ e se libertar do mundo da sexualidade e do casamento⁶¹.

A Igreja cristã se apossou dessa nova moral, com efeitos mais abrangentes sobre a vida dos convertidos, inculcando-lhes "o sentimento do olhar de Deus, o medo do julgamento divino e um forte sentimento de compromisso na coesão da comunidade religiosa"⁶².

Enquanto no mundo antigo a inserção dos prazeres sexuais no casamento se justificava, principalmente, pela necessidade de fornecer à cidade "os filhos de que precisava para subsistir e conservar sua força", no cristianismo, a conexão entre casamento e sexo tem por fundamento central que o último contém as marcas do pecado, da queda e do mal, somente se

⁵⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 259-260.

⁵⁹ BROWN, Peter. Antiquidade tardia. (trad. Hildegard Reist). In: **História da vida privada: Do império romano ao ano mil**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 1, p. 252.

⁶⁰ BOBONICH, Christopher, DESTRÉE, Pierre. **Akrasia in greek philosophy: from Socrates to Plotinus**. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. xiv.

⁶¹ ROUCHE, Michel. **Mariage et sexualité au Moyen Age: accord ou crise?** Paris: Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2000, p. 110.

⁶² *Idem*, p. 253.

legitimando pelo vínculo matrimonial, presente o questionamento se, ainda assim, seriam inocentados inteiramente os cônjuges, pois há uma clara preferência pela pureza⁶³.

Mais tarde, na Idade Média, ao lado da nova moral que culminou com a sacralização do casamento, percebe-se, a partir dos glosadores, a sua caracterização como contrato, o que será desenvolvido a seguir⁶⁴.

⁶³ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: O cuidado de si**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 184.

⁶⁴ ORESTANO, Riccardo. **La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano**. Milano: Giuffrè, 1951, p. 22-24.

2 Sacramento

"Assim que já não são dois, mas uma só carne. Não separe o homem o que Deus uniu." (Mateus 19:6)

Em relação à família e ao casamento estão documentadas as posições da Igreja, antes do Século IV, em três principais fontes escritas: o relato dos evangelistas contidos no Novo Testamento, as epístolas de São Paulo e a literatura patrística⁶⁵ anterior ao Concílio de Nicéia⁶⁶.

O testemunho dos evangelistas revelava uma família centrada em torno de um casal e seus filhos. A celebração de um casamento foi mencionada como ocasião escolhida por Jesus para a realização de seu primeiro milagre e começo de sua vida pública⁶⁷. Questionado pelos fariseus sobre as leis antigas, que permitiam o repúdio (*repudiatio*) e o divórcio (*divortium*), manifestou-se pelo caráter indissolúvel do casamento: *Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet* (Não separe o homem o que Deus uniu)⁶⁸.

Coube a Paulo estender a disciplina matrimonial ao universo humano, embora destacasse a supremacia do celibato sobre o casamento como modo de alcançar a virtude cristã⁶⁹. As suas cartas reiteraram o caráter sagrado e a indissolubilidade do casamento, com apoio na doutrina do Antigo Testamento, especialmente na célebre Epístola aos Efésios, destacando no relato da criação três aspectos fundamentais: a *tentação*, o *pecado* e a *maldição*, todos originados de Eva - donde concluiu pela subordinação necessária da mulher.

⁶⁵ Filosofia cristã formulada nos primeiros cinco séculos de nossa era, buscando combater a descrença e o paganismo por meio de uma apologética da nova religião, calcando-se frequentemente em argumentos e conceitos procedentes da filosofia grega. *In: Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão 1.010, março de 2006, Editora Objetiva Ltda.

⁶⁶ GOODY, Jack. **The Development of the Family and Marriage in Europe**. New York: Cambridge University Press, 1983, p. 94.

⁶⁷ WITTE JR., Jonh. **From sacrament to contract: marriage, religion and law in the Western tradition**. Louisville: Westminster Jonh Knox Press, 1997, p. 12-22; João 2:1-11

⁶⁸ Mateus 19: 3-11.

⁶⁹ VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. São Paulo: Ática, 1986, p. 21.

Para Simone de Beauvoir, "com São Paulo afirma-se a tradição judaica ferozmente antifeminista"⁷⁰.

Extraí-se ainda de Paulo, no direito canônico clássico, a presença da *fides* significando a exigência da monogamia ou da fidelidade sexual recíproca como remédio ao pecado e para que os filhos (*prolis*), criação divina e fim principal do casamento, fossem legítimos⁷¹.

Entre o final do século III e o início do século IV, a conversão do Imperador Constantino, pelo Edito de Milão (313), foi um importante marco da ascensão do cristianismo. Ao se converter, Constantino revogou as leis matrimoniais de Augusto, concedendo às mulheres, solteiras com vinte e cinco anos ou mais, liberdade para controlarem suas próprias pessoas e bens⁷².

O Concílio de Nicéia⁷³ foi convocado e instaurado formalmente por Constantino, cujo apoio e reconhecimento desenvolveu, no seio do Império Romano, uma Igreja do Estado. De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, "essa mudança radical de comunidade em instituição, de aparelho dependente do Estado, em instituição igual ao Estado provoca profundas alterações na pregação eclesiástica, assim como nos instrumentos e meios utilizados pelo clero na consecução de novos fins"⁷⁴.

Mais tarde, Teodósio elevou o cristianismo a culto estatal (379-395) e, com isso, a Igreja se associou ao Estado, recebendo grande impulso no seu desenvolvimento. Incrementaram-se significativamente as doações e os privilégios em favor do clero, que evoluiu como liderança espiritual dos poderosos. A Igreja destacava três temas que passaram a habitar o horizonte do cristão da Antiguidade tardia: *pecado, pobreza e morte*. O clero podia

⁷⁰ DE BEAUVOIR, Simone. **Le deuxième sexe: les faits et les mythes**. Paris: Gallimard, 1949, t. 1, p. 118.

⁷¹ KORPIOLA, Mia. **Between Betrothal and Bedding: Marriage Formation in Sweden 1200-1600**. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 93.

⁷² WEMPLE, Suzanne Fonay. As mulheres do século V ao X. (trad. Maria Helena da Cruz Coelho, Irene Maria Vaquinhas, Leontina Ventura e Guilhermina Mota). In: **História das Mulheres no Ocidente**. (coord. DUBY, Georges, PERROT, Michelle). São Paulo: Edições Afrontamento, 1990, v. 2, p. 227.

⁷³ Nicéia (hoje Iznik), é uma cidade da Anatólia (atualmente parte da Turquia).

⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 135.

recusar oferendas feitas em nome de membros não convertidos da família, de pecadores não arrependidos e de suicidas. Além disso, difundiu-se a prática da *depositio ad sanctos*, correspondente ao privilégio de ser enterrado na "terra consagrada", próximo às tumbas dos mártires. A ideia de que os endinheirados deviam doar generosamente desempenha um papel importante: "O anonimato do pobre efetivamente ajuda a manter o sentimento da solidariedade indiferenciada dos pecadores na Igreja"⁷⁵.

A doutrina religiosa associava sexo a pecado. Manter-se em castidade era mais valorizado do que se casar e as relações fora do casamento eram fortemente reprimidas.

Agostinho, que havia mantido uma relação fora do casamento, por quinze anos, com uma mulher que lhe deu um filho, nas *Confissões* afirmou: "Entretanto os meus pecados multiplicavam-se. (...) Retirara-se ela para a África, fazendo-Vos voto de jamais conviver com outro homem e deixando-me o filho natural que dela tivera. E eu, miserável, não imitei esta mulher!"⁷⁶. Na mesma obra, a respeito *da ação da carne*, o bispo de Hipona reconheceu que a *concupiscencia carnalis* seria a essência do pecado original, concluindo: "Se tivesse vivido eunuco por amor do reino dos céus esperaria, agora, mais feliz, os vossos braços"⁷⁷.

O único motivo pelo qual a virgindade não foi prevista de modo imperativo no Velho Testamento, segundo Agostinho, devia-se à necessidade de povoar a terra. Contudo, no Novo Testamento, até aqueles que queriam contratar casamento só por causa das crianças deveriam ser admoestados para que se utilizassem do bem maior da continência. Não obstante, Agostinho considerava a existência de três fins principais para o casamento: *procreatio et educatio prolis* (fins primários), *mutuum adjutorium et remedium*

⁷⁵ BROWN, Peter. Antiquidade tardia. (trad. Hildegard Reist). In **História da vida privada: Do império romano ao ano mil**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 1, p. 225.

⁷⁶ AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, Os Pensadores, 1973, p. 123.

⁷⁷ *Idem*, p. 46.

concupiscenciae (fins secundários). Deles decorriam a unidade e a indissolubilidade do matrimônio⁷⁸.

Desde Agostinho instaurou-se uma suspeita subjacente na atividade sexual humana. Haveria três bens (*tria bona*) no casamento: *prolis, fides et sacramentum*.

Prolis, no pensamento agostiniano, referia-se não somente à orgânica conexão entre relações sexuais e procriação. A *procreatio* também envolvia pecado e concupiscência. O bem da *prolis* se referia fundamentalmente à reta intenção, para que sua pecaminosidade inerente fosse perdoada por Deus⁷⁹.

A *fides* era uma categoria ampla que denotava "manter a fé" com o parceiro em uma variedade de formas e para diversos fins. Ela incluía reservar-se sexualmente ao cônjuge para o objetivo de restringir e corrigir o impulso para o pecado, auxiliar o cônjuge em seu próprio crescimento moral, criar um limite na cobiça, fomentando o crescimento individual, cada vez mais como uma expressão da caridade (*caritas*)⁸⁰.

A ideia de *sacramentum* era mais ligada à indissolubilidade do que à noção até então corrente de sacramentos, tais como o batismo e a eucaristia. A teoria agostiniana foi seguida pelos autores e padres da Igreja de Sevilha, Gregório Magno, Rupert de Deutz, Hervé de Bourgdieu, Anselmo de Laon, Guilherme de Champeaux, entre outros, durante toda a Idade Média⁸¹.

O eixo mais sólido do sistema de valores continuava apoiado em postulado extraído das Escrituras: que as mulheres, mais fracas e mais inclinadas ao pecado, deviam ser trazidas "à rédea", como explica Georges

⁷⁸ D'ELIA, Anthony F. **The renaissance of marriage in fifteenth-century Italy**. Boston: Harvard Historical Studies, 2004, p. 17-18.

⁷⁹ WITTE JR., Jonh, ELLISON, Elisa. **Covenant marriage in comparative perspective**. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2005, p. 125.

⁸⁰ *Idem*, p. 125-126.

⁸¹ D'ELIA, Anthony F. **The renaissance of marriage in fifteenth-century Italy**. Boston: Harvard Historical Studies, 2004, p. 17-18.

Duby: "o poder patriarcal sobre a feminilidade via-se reforçado, porque a feminilidade representava o perigo"⁸².

Mais tarde, quando, no século V, as tribos germânicas começaram a se estabelecer no Império do Ocidente, elas se mostraram fascinadas pelo Império Romano e adotaram o princípio de que cada indivíduo devesse viver sob a lei de seu pai, e, no caso de uma mulher casada, sob a lei do seu marido⁸³.

A invasão bárbara levou até a Península Ibérica o regime matrimonial visigótico, cujos costumes foram compilados no Breviário de Alarico (*Codex Visigothicum* ou *Lex Romana Visigothorum*), introduzindo-se uma espécie de comunhão de bens, sob o poder marital e com a exigência do concurso de ambos os cônjuges para certos atos, em um sistema no qual, depois do casamento, à mulher continuavam a pertencer certos bens, sem prejuízo da manutenção do dote. A comunhão se refletia no antigo adágio: *os cônjuges compartilham fortuna e miséria* (*Die Gatten sitzen su gemeinsamen Gedeih und Verderh*)⁸⁴.

Mas a Igreja se apossou da moral agostiniana, rejeitou o divórcio e chegou a desaprovar um segundo casamento de viúvas. Durante grande parte da Idade Média, o direito de família era formado, principalmente, de disposições canônicas⁸⁵.

⁸² DUBY, Georges. A vida privada nas casas aristocráticas da França feudal. (trad. Maria Lucia Machado). In: **História da vida privada: Da Europa feudal à Renascença**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1992, v. 2, p. 88.

⁸³ WEMPLE, Suzanne Fonay. As mulheres do século V ao X. (trad. maria Helena da Cruz Coelho, Irene Maria Vaquinhas, Leontina Ventura e Guilhermina Mota). In: **História das Mulheres no Ocidente**. (coord. DUBY, Georges, PERROT, Michelle). São Paulo: Edições Afrontamento, 1990, v. 2, p. 227.

⁸⁴ GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. **Regimen patrimonial del matrimonio**. Buenos Aires: EDIAR, 1968, v. 1, p. 41; XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 68-71.

⁸⁵ RABUT, Albert. **De la notion de faute en Droit Privé**. Paris: L.G.D.J., 1949, p. 7.

As comunidades cristãs primitivas produziram pouca legislação sobre o casamento. Como esclarece Casey, na confusão confessional do fim da antiguidade, deixavam a tarefa ao Imperador⁸⁶.

Após a queda de Roma, os bispos do Ocidente começaram a assumir maiores responsabilidades a este respeito, embora, na realidade, só com os Carolíngios, no século IX, tivessem começado a formar-se a lei canônica e uma rede de tribunais eclesiásticos⁸⁷.

O II Concílio de Latrão, reunido em 1139, produziu o mais importante corpo legislativo da Igreja medieval, consolidando as transformações e regras implementadas desde 1050, com ênfase na castidade clerical e na importância do casamento para os leigos, incluindo-o, pela primeira vez, no rol dos sacramentos, embora inferior ao batismo e à eucaristia⁸⁸.

No início do século XII, o termo *sacramentum*, aplicado ao casamento, passou a significar *sacrae rei signum* e traduzia a imagem da união do Cristo e da Igreja⁸⁹, embora inspirado no modelo romano (*consensus facit nupcias*)⁹⁰.

Os glosadores, apesar de não terem consolidado uma definição de casamento, qualificaram-no como contrato sem fundo patrimonial (*contractus personarum*), diverso dos contratos obrigatórios de conteúdo patrimonial (*contractus rerum*)⁹¹.

O Papa Inocêncio III, no século XIII, decretou que o consentimento, oralmente pronunciado, constituía a essência do casamento, que podia ser contratado sem qualquer registro escrito, embora uma cerimônia religiosa fosse considerada necessária graças aos tribunais seculares, especialmente na

⁸⁶ CASEY, James. **História da Família**. (trad. Telma Costa). Lisboa: Editorial Teorema, 1989, p. 95.

⁸⁷ GAUDEMET, Jean. **Le mariage en occident: les moeurs et le droit**. Paris: Ed. du Cerf, 1987, p. 111.

⁸⁸ BRUNDAGE, James A. **Law, sex and christian society in the medieval europe**. Chicago: University of Chicago Press, 1987, p. 90.

⁸⁹ *Idem*, p. 270; RINCÓN, Tomas. **El matrimonio, misterio y signo: siglos IX-XIII**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1971, *passim*.

⁹⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª ed., (trad. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 257.

⁹¹ ORESTANO, Riccardo. **La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano**. Milano: Giuffrè, 1951, p. 22-24.

Inglaterra e na Itália, que controlavam a distribuição das propriedades, decidindo que os direitos sobre os dotes somente eram investidos "na porta das igrejas"⁹².

A partir de então, surgiu uma teoria, sem grande impacto imediato, mas plena de consequências futuras, que originou, na Idade Média, a qualificação do casamento como um contrato, mediante aportes do direito romano clássico.

Assim, durante muitos séculos, originou-se na Igreja um elaborado sistema de regras concernentes aos procedimentos ligados à formação do casamento até sua configuração como sacramento. Mas, como se referiu acima, desde o século XIII, os canonistas, tendo como grande expoente Graciano, defendiam que o consentimento apenas dava início ao casamento (*matrimonium initiatum*), considerando-se necessária a união sexual para ratificá-lo (*matrimonium ratium*)⁹³.

Importantes desenvolvimentos na teologia sacramental foram feitos durante o período da escolástica medieval e uma das contribuições de Tomás de Aquino se deveu à visão de que sacramentos não são somente sinais de coisas sagradas, mas sinais da graça que eles significam. O recurso à filosofia natural de Aristóteles tornou sua teoria inovadora na Igreja, identificando a orientação natural de cada ser, inclusive do ser humano como resultado da criação divina. Como uma instituição natural, o casamento auxiliava o ser humano a alcançar o fim social próprio da sua natureza⁹⁴.

Valendo-se da razão natural, Tomás de Aquino apontava uma dupla ação da natureza, ora impondo certos comportamentos, ora a eles inclinando. No tocante ao casamento, verificava-se a segunda hipótese: "a razão natural

⁹² JACOBS, Kathryn Elisabeth. **Marriage Contracts from Chaucer to the Renaissance Stage**. Florida: University Florida Press, 2001, p. 2.

⁹³ GILI, Emmanuel. **La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux**. Marseille: PUAM, 2008, p. 29-30.

⁹⁴ D'AVRAY, David. **Medieval marriage: symbolism & society**. Oxford: Oxford University Press, 2005, *passim*.

inclina ao casamento de duas maneiras, predispondo os pais a criar seus filhos, e os esposos a se ajudarem mutuamente numa associação durável"⁹⁵.

Em outras palavras, o matrimônio foi tratado pelo *Doctor angelicus* a partir de uma dualidade entre aspectos ligados à lei natural e ao caráter de sacramento: "O casamento é formalmente a união das almas dos cônjuges, que existia sob a lei antiga como um dever da natureza, mas não como o sacramento da união do Cristo e da Igreja, que não havia na época"⁹⁶.

O tema tem início na *Quaestio XLI - Do sacramento do matrimônio como um dever [officium] da natureza* e na *Quaestio XLII - Do matrimônio como um sacramento*. Em seguida, há tópicos que constituem regras canônicas que disciplinam o casamento: sponsais (q. XLIII), definição de casamento (q. XLIV), consentimento (q. XLV), o papel do juramento e do intercurso somados ao consentimento (q. XLVI), assentimento obrigatório e condicional (q. XLVII), objeto do consentimento (q. XLVIII), bens do casamento (q. XLIX), impedimentos em geral (q. L), as espécies de impedimentos (q. LI a LXII), segundas núpcias (q. LXIII), débito conjugal (q. LXIV), pluralidade de viúvas (q. LXV), bigamia (q. LXVI), divórcio (q. LXVII), filhos ilegítimos (q. LXVIII)⁹⁷.

Entre Agostinho, no século V, e Aquino, no século XIII, o desenvolvimento da teologia transformou o sentido de *sacramentum*, que passou a ser tomado em um sentido técnico: um sinal visível de uma graça invisível. Pela influência tomista, o sacramento passou a significar o maior fim do casamento, denotando o importante efeito da graça nos elementos do casamento: *prolis et fides*⁹⁸.

Na concepção tomista, o casamento consistia em impulso sexual, linhagem, comunhão e sacramento. Mas também era elemento importante o

⁹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 200.

⁹⁶ SAINT THOMAS. **La Somme Theologique**. (trad. M. L'abbé Drioux). Paris: Librairie Ecclésiastique et Classique, 1856, t. 15, p. cclv.

⁹⁷ LEVERNING, Matthew, DAUPHINAIS, Michel. **Rediscovering Aquinas and the sacraments: Studies in sacramental theology**. Archdiocese of Chicago: Liturgy Training Publications, 2009, p. 103.

⁹⁸ RAMSEY, Paul. Human sexuality in the history of redemption. In: **The Ethics of St. Augustine**. Atlanta: Scholars, 1991, p. 115-145.

amor, considerado como a maior amizade (*maxima amicitia*). Quanto maior e mais forte for a amizade, mais forte e duradoura seria a união conjugal. Deveria haver a maior amizade entre marido e mulher, pois eles se unem não só no ato de união carnal, que produz uma certa associação suave, mesmo entre os animais, mas também na parceira de toda a gama da atividade doméstica e da vida em comum. Aquino assegurava que os perigos sexuais no casamento não necessitavam, de modo algum, comprometer os requisitos fundamentais da *fides*⁹⁹.

O objetivo da *fides* sofreu um pouco por causa da estrutura global do conceito de moralidade no qual foi inserido. Até então, *fides* foi associada ao amor humano natural, o qual, para Tomás de Aquino, era uma unidade que encontrava a sua perfeição na virtude da temperança, a mais baixa das virtudes naturais. Na medida em que se qualificou como virtude sobrenatural, a *fides* foi associada com a virtude da caridade (*caritas*), a maior das virtudes sobrenaturais. Assim, no nível natural, *fides* era uma restrição implícita no exercício do que era inerente ao casamento, enquanto que, no plano sobrenatural, implicava um amor dirigido a Deus e nele enraizado, mas transcendendo os amores humanos¹⁰⁰.

A concepção tomista reformulou e ampliou a variedade de sentidos associados à *fides* agostiniana, que gradualmente se separou em dois distintos, mas relacionados fins: contenção ou remédio do pecado e amor recíproco, pois a graça não suprime a natureza, mas a aperfeiçoa (*gratia non tollit naturam, sed perfecit et supplet defectum naturae*)¹⁰¹.

Prolis, para Aquino, denotava algo peculiar à sexualidade, própria da lei natural, e por isso não inerentemente pecaminosa, que haveria de ser

⁹⁹ HAGSTRUM, Jean. **Esteem enlivened by desire: the couple from Homer to Shakespeare**. Chicago: Chicago Press University, 1992, p. 210-211.

¹⁰⁰ WITTE JR., Jonh, ELLISON, Elisa. **Covenant marriage in comparative perspective**. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2005, p. 126.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*.

orientada à procriação, representando, também, um importante fim do casamento¹⁰².

A partir de 1348, com a catástrofe de grandes dimensões correspondente à *peste negra*, os mecanismos de controle do casamento e das relações sexuais foram postos à prova, mas permaneceram incrivelmente intactos, tendo em vista que a devastação na Europa deveria ter levado a mudanças nos modos de lidar com a reprodução¹⁰³. No âmbito do casamento, porém, a impressão era a de que se mantinham os ideais cristãos, desde suas origens: a sexualidade era inibida e prioritariamente canalizada para a virgindade/castidade ou para a procriação no casamento.

A passagem do século XIII para o XIV foi marcada por várias crises, tanto religiosas quanto políticas. O retorno dos Papas de Avignon para Roma, a luta pela unidade da Igreja, os sucessivos Concílios, tudo levava à necessidade de reformas¹⁰⁴.

O Renascimento e a Reforma, de acordo com Eduardo de Oliveira Leite, foram "dois acontecimentos capitais [que] abalam o período, provocando profundas alterações na mentalidade do homem, anunciando o fim de uma época e representando um papel decisivo na mudança radical da história do ocidente"¹⁰⁵.

No século XV, os humanistas italianos desafiaram um dos pontos centrais da cultura cristã defendendo que o casamento seria preferível ao celibato. Quando os oradores florentinos passaram a defender o casamento e o prazer sensual, criticando o celibato, esposaram um conjunto de valores coerentes diametralmente oposto aos ideais de ascetismo cristão¹⁰⁶. Seguindo

¹⁰² CAHILL, Lisa Sowle. **Between the sexes: foundations for a christian ethics of sexuality**. Philadelphia: Fortress, 1985, p. 105-122.

¹⁰³ BRUNDAGE, James A. **Law, sex and christian society in the medieval europe**. Chicago: University of Chicago Press, 1987, p. 487.

¹⁰⁴ BRUNDAGE, James A. **Op. cit.**, p. 488.

¹⁰⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 221.

¹⁰⁶ Treinamento para fins espirituais. Doutrina de pensamento ou de fé que considera disciplina e autocontrole do corpo e do espírito, como uma série de exercícios destinados a adquirir certo "hábito" que pode levar o homem a um caminho em direção a Deus, à verdade ou

a filosofia epicurista, enfatizavam o bem inerente à natureza humana, abrangendo o prazer corporal e a vida ativa. Entretanto, incluindo citações bíblicas e exemplos judaico-cristãos nos seus argumentos, os humanistas deixaram claro que não se posicionavam de forma anticristã, conquanto defendessem uma reforma do cristianismo. Durante toda a Idade Média, famílias dominantes (proprietárias de terras) formaram alianças por meio de casamentos, que se tornaram uma importante oportunidade para a exibição de poder e riqueza. Em seu panegírico, os oradores revelavam como governantes (os Sforza, a Casa de Aragão etc), por ocasião dos casamentos de seus filhos, queriam ser percebidos, tanto por seus súditos quanto por dignitários estrangeiros. Sustentava-se explicitamente o casamento como uma ferramenta política e econômica de alianças¹⁰⁷.

Sob o prisma histórico, a Reforma protestante foi o grande marco de uma mudança radical. A ideia de que a regulamentação do matrimônio e os litígios a ele concernentes pudessem ser conduzidos por uma política secular não foram levadas a sério antes do século XVI e da Reforma. Em muitas partes da Europa oriental a Igreja Católica perdeu seu monopólio sobre o casamento, tendo Lutero sustentado que o casamento poderia ser submetido ao controle civil, rejeitando-o como sacramento, embora tivesse como certo que a regulamentação do casamento secular devesse obedecer à doutrina cristã¹⁰⁸.

As posições de Martinho Lutero foram essencialmente contrárias ao sistema vigente. Ele rejeitou os principais elementos até então consagrados pela teologia: o celibato sacerdotal e a vida monástica; a concepção do casamento como sacramento, entendendo que tal noção não se baseava na Bíblia, assim também a doutrina da indissolubilidade matrimonial, que erroneamente mantinha juntas pessoas não realmente casadas aos olhos de Deus; a concepção do consentimento de duas partes, seguido por relação

à virtude. In: MORA, J. Ferrater. **Dicionário de filosofia**. (trad. Maria Stela Gonçalves *et alii*). São Paulo: Ed. Loyola, 2004, v. 1, p. 205-206.

¹⁰⁷ D'ELIA, Anthony F. **The renaissance of marriage in fifteenth-century Italy**. Boston: Harvard Historical Studies, 2004, p. 135-136.

¹⁰⁸ GLENDON, Mary Ann. **The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 26-31.

sexual, como causa de validade do casamento, sendo debilitadora do poder paternal e das obrigações necessárias para a sociedade, além de um manifesto problema na prática do casamento clandestino¹⁰⁹.

Enquanto os católicos seguiam defendendo a teoria sacramental, os protestantes desenvolveram suas próprias doutrinas a respeito do casamento. Dois modelos dominavam as discussões: *estado social* e *aliança*.

Convencido da séria tendência do ser humano para a luxúria, Lutero acreditava que o casamento fornecia um remédio necessário para manter as pessoas longe do pecado, como uma instituição natural, porém não sagrada, criada para que os fiéis pudessem cumprir as leis divinas. Como um *estado social*, o casamento providenciava um meio de vida segundo as leis de Deus, mas não um canal para a graça divina. Tratava-se de uma instituição sob a autoridade do Estado e não da Igreja, para diminuir os pecados sexuais (prostituição e fornicação), levando ao amor, ao autocontrole e à virtude¹¹⁰.

João Calvino, inicialmente, adotou a mesma teologia de Lutero, embora mais tarde tenha considerado o casamento como uma *aliança sagrada*, ou acordo entre Deus e a humanidade, conquanto tenha continuado a rejeitar a característica de sacramento. O calvinismo via no casamento um *costume civil* definido pela lei e absolutamente necessário para a manutenção do comedimento (*modicum*) e da ordem doméstica e Deus usaria a lei como uma forma de controlar os ilimitados pecados da carne¹¹¹.

Menos divulgadas que as teses defendidas por Lutero e Calvino são as sustentadas por outro reformista, Martin Bucer, originalmente membro da Ordem Dominicana, mas que, uma vez excomungado, teve importância por tentar unificar católicos e protestantes para criar uma Igreja nacional alemã. Bucer definia casamento como a união entre o homem e a mulher (*societas et*

¹⁰⁹ CAHILL, Lisa Sowle. **Between the sexes: foundations for a christian ethics of sexuality**. Philadelphia: Fortress, 1985, p. 105-122.

¹¹⁰ RUBIO, Julie Hanlon. **A Christian Theology of Marriage and Family**. New Jersey: Paulist Press, 2003, p. 75-76.

¹¹¹ WITTE JR., Jonh, KINGDOM, Robert M. **Sex, marriage and family in Jonh Calvin's Geneva; Courtship, engagement and marriage**. Michigan: Eerdmans Publishing, 2005, p. 78.

coniunctio), que os vinculava por toda a vida e em tal comunhão (*communicatio*) estariam presentes as leis divinas e humanas, mas o considerava pertencente à ordem civil. Ele adotou quase literalmente a noção romana de casamento e via na *affectio maritalis* a essência do casamento, caracterizada pela *fides* católica, interpretada como amor e fidelidade. O principal ponto de convergência com Lutero advinha da ideia de que o casamento era uma instituição mundana¹¹².

Um dos pontos em comum para os reformistas foi o caráter não sacramental do casamento, tornando-o, pois, dissolúvel, ainda que em hipóteses específicas - o que gerou imediata e forte resposta da Igreja católica.

Em reação à Reforma, o Concílio de Trento retomou as noções de Paulo e Agostinho, preferindo a castidade ao casamento, reiterando seu caráter sacramental¹¹³ e condenou, como pecados capitais, a realização de relações sexuais fora do casamento, assim como ausência de celibato dos clérigos¹¹⁴. Em contraste com as inovadoras ideias da Reforma, caracterizou-se por uma posição conservadora e até reacionária reafirmando as tradições medievais.¹¹⁵

Nos países católicos, as definições seculares e eclesiásticas de casamento coexistiram em uma certa tensão desconfortável até o Concílio de Trento (1545-1563), quando se passou a exigir a celebração na Igreja, abolindo-se a forma privada de realização dos matrimônios. Na França e na Espanha, para melhorar o controle, particular e público, em torno do casamento, criticou-se a contrarreforma por não ser suficientemente abrangente, mas a maioria dos estados italianos ratificou a legislação tridentina. Eventualmente, a abolição do reconhecimento dos casamentos seculares serviu para unificar o tratamento das núpcias. O consentimento dos

¹¹² SELDERHUIS, Herman J. **Marriage and divorce in the thought of Martin Bucer**. (trans. Jonh Vriend and Lyle D. Bierma). Missouri: Thomas Jefferson University Press, 1999, p. 170-173.

¹¹³ PIO V. **The Catechism of the Council of Trent**. (trans. J. Donovan). Dublin: W. Folds and Son, 1829, p. 324.

¹¹⁴ ELLIOTT, Charles. **Delineation of Roman Catholicism: drawn from the authentic and acknowledged standards of the Church of Rome**. New York: George Lane Publisher, 1841, p. 381.

¹¹⁵ HARRINGTON, Joel Francis. **Reordering Marriage and Society in Reformation Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 49.

noivos permaneceu como componente central das bodas católicas, mas em flagrante contraste com os costumes seculares que ainda privilegiavam o controle parental, referentes às alianças entre famílias, mediante autorização de cada respectivo chefe (*pater*)¹¹⁶.

Também se passou a exigir, para a validade do enlace, a celebração por um padre (*in facie Ecclesie*) e a presença de testemunhas, não mais sendo suficiente apenas a manifestação de vontade dos noivos (*consensus*), ao que deveria seguir-se a consumação (*copula carnalis*).

O Concílio de Trento, pelo *Decreto Tametsi*,¹¹⁷ considerou, expressamente, o casamento não mais um ato puramente consensual, mas um contrato solene, cuja celebração perante a Igreja era necessária à validade, assim como a comunhão de leito.¹¹⁸ Com isso, as uniões informais, sem a celebração eclesiástica, passaram a ser condenadas e, desde então, denominadas *casamentos clandestinos*¹¹⁹.

A exigência de celebração perante um sacerdote rapidamente se incorporou aos costumes e foi celebrizada por Antoine L'Oisel em conhecido provérbio francês: *Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble. Mais il faut que l'Eglise y passe*¹²⁰.

A necessidade de celebração religiosa atribuía o caráter espiritual à união entre homem e mulher (sacramento), configurando uma proclamação formal, cujo aspecto mais relevante era conferir à Igreja o monopólio do controle sobre o casamento.

¹¹⁶ SPERLING, Jutta Gisela, WRAY, Shona Kelly. **Across the Religious Divide: Women, Property, and Law in the Wider Mediterranean (ca. 1300-1800)**. New York: Taylor & Francis, 2010, p. 2.

¹¹⁷ CARRIÓN, Gabriela. **Staging Marriage in Early Modern Spain: Conjugal Doctrine in Lope, Cervantes and Calderón**. United Kingdom: Bucknell University Press, 2011, p. xiii.

¹¹⁸ GILI, Emmanuel. **La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux**. Marseille: PUAM, 2008, p. 29-30.

¹¹⁹ LIND, Göran. **Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 121.

¹²⁰ L'OISEL, Antoine. **Institutes coutumières ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes du droit coutumier et plus ordinaire de la France**. Paris: Chez la Veuve d'Edme Martin & Gabriel Martin, 1679, p. 21.

A insurgência contra essa pretensão de exclusividade fez nascer conflitos entre o poder temporal e o poder religioso, desde o fim do século XIV, quando algumas restrições à jurisdição eclesiástica ocorreram. A liberdade religiosa se fez presente sob Carlos IX, Henrique III e, sobretudo, sob Henrique IV, em virtude do célebre Edito de Nantes (1598), que permitia aos protestantes o livre exercício do seu culto e o casamento perante seus ministros era considerado um contrato civil. Mas Luís XIV, em 1685, revogou o Edito de Nantes, tornando novamente obrigatória aos franceses a celebração do casamento pela Igreja católica, considerando-se nulos os enlaces que assim não se realizassem¹²¹.

Apenas bem mais tarde, em 1787, Luís XVI, pelo *Edito da Tolerância*, permitiu que os protestantes, por meio de seus ministros, ou em falta dos mesmos, pelos oficiais civis designados, realizassem seus casamentos, sem a necessidade da bênção de um sacerdote católico¹²².

De outro lado, em prol da unidade nacional, houve necessidade de unificar as leis - o que se verificou mediante um retorno ao direito romano. Procurou-se conciliar o ideal religioso medieval com a *razão* então introduzida. A religião cristã continuou preponderante, mas subordinada a Igreja ao Estado.

Contudo, apesar de o poder da Igreja ter sido duramente atingido pela Reforma e, mais tarde, pela revolução francesa (1789), no Brasil, assim como nos países predominantemente católicos, onde a contrarreforma teve maior influência, tal poder permaneceu incontestável até o final do século XIX, com a proclamação da República (1889)¹²³.

A organização familiar, nos primeiros séculos de colonização, foi influenciada por fatores que marcaram profundamente a formação da sociedade brasileira. A distância, que muitas vezes dividia famílias, a falta de mulheres brancas, a escravidão, a necessidade de constante expansão do território, a

¹²¹ CHACHIAN, Bédros. **Du Caractère et des Conditions Constitutives du Mariage**. Paris: Imprimerie Blot et fils ainé, 1875, p. 66.

¹²² *Idem, ibidem*.

¹²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 253.

precariedade de recursos, são apenas alguns dos fatores que conduziram a transformações dos costumes firmados no Reino, levando à formação de uma sociedade peculiar, com padrões próprios¹²⁴.

A sociedade era dominada por grandes famílias, ou verdadeiros clãs, comandadas por um patriarca que dirigia as atividades produtivas, voltadas não somente para o acúmulo de bens, mas para a concentração de recursos humanos (parentes, escravos etc). Sob tal ótica, o casamento dos filhos ampliava e fortalecia o clã¹²⁵.

Espelhando-se no modelo europeu, as poucas mulheres brancas do Brasil colonial do século XVI, viveram em sujeição, primeiro aos pais, depois aos maridos¹²⁶.

Herança romana e visigótica, o regime de comunhão associado ao dote proporcionava a formação de uma nova unidade produtiva ou servia para incrementar a preexistente. As núpcias representavam alianças de negócios. De acordo com Muriel Nazzari, "nenhuma filha de proprietários ia para o casamento sem uma contribuição em bens para o sustento do novo casal"¹²⁷, o que constituía "uma estratégia para ampliar e consolidar o clã, princípio organizador do empreendimento militar, político e produtivo"¹²⁸.

De outro lado, um dote significativo servia para atrair sangue nobre, o que também era relevante em uma época na qual *status* era tão importante quanto riqueza. Assim, os membros da aristocracia "rebaixavam-se" a aceitar as filhas de ricos mercadores ou banqueiros, *pour redorer le blason* ou *pour fumer ses terres* (para dourar o brasão ou para adubar as terras)¹²⁹.

¹²⁴ ALGRANTI, Leila Mezan. **História da Vida Privada no Brasil: Famílias e Vida Doméstica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 84-85.

¹²⁵ GOODY, Jack. **The Development of the Family and Marriage in Europe**. New York: Cambridge University Press, 1983, p. 241.

¹²⁶ VAINFAS, Ronaldo. **História das Mulheres no Brasil: Homoerotismo Feminino e o Santo Ofício**. São Paulo: Contexto, 1997, p. 115-139.

¹²⁷ NAZZARI, Muriel. **O desaparecimento do dote: Mulheres, famílias e mudanças em São Paulo, Brasil, 1600-1900**. (trad. Lólio Lourenço de Oliveira). São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 263.

¹²⁸ *Idem*, p. 65.

¹²⁹ CASEY, James. **História da Família**. (trad. Telma Costa). Lisboa: Teorema, 1989, p. 110.

Após a descoberta do ouro acentuou-se o controle da Coroa sobre as atividades militares e políticas locais, as atividades agrícolas se reduziram drasticamente, enquanto cresciam as oportunidades para que os filhos fizessem suas próprias fortunas. O surgimento de possíveis noivos independentes economicamente transformou as alianças matrimoniais¹³⁰.

Embora ainda existisse uma família patriarcal, uma das consequências do êxodo para as minas de ouro foi o enfraquecimento desse modelo familiar, caminhando a sociedade brasileira na direção do individualismo que iria se desenvolver ao longo do século XIX, com amplos reflexos no âmbito do casamento¹³¹.

¹³⁰ BOXER, Charles R. **The golden age of Brazil, 1695-1750**. Berkeley: University of California Press, 1962, p. 30-60.

¹³¹ CASSIANO, Ricardo. **Marcha para oeste (a influência da bandeira na formação social e política do Brasil)**. Rio de Janeiro: José Olympio, s.d., p. 91.

3 Contrato civil

"Não tenhamos os escrúpulos de Savigny e coloquemos o matrimônio ao lado da venda como um contracto consensual."

(Clóvis Beviláqua)

Até o século XVI, a Igreja detinha competência exclusiva em matéria de casamento. Contudo, após a Reforma teve origem a concepção de um casamento civil, regulamentado pelo Estado.

O primeiro marco da visão secularizada do casamento foi o Edito de 1787, proclamado por Luís XVI, que autorizava aos protestantes a possibilidade de se valerem do *ius connubi*¹³².

O movimento de *status* para contrato, descrito por Henry Maine, caracterizou-se pela evolução ocorrida com a substituição do pensamento sobre a família patriarcal, dominante durante os séculos XVII e XVIII, pela sociedade civil moderna, fundada nos indivíduos e moldada por acordos livres¹³³.

A atenuação do modelo familiar vertical abriria espaço para as iniciativas individuais, eliminando ou reduzindo a incapacidade de contratar: "quanto mais débil a família, mais fortes e mais extensas as funções do contrato"¹³⁴.

Em meticulosa argumentação, Pierre Lérédant, advogado ligado ao Parlamento francês, desde 1753 defendia que, apesar dos pronunciamentos realizados por ocasião do Concílio de Trento, a legitimidade dos casamentos na França era matéria que cabia somente às autoridades seculares regulamentar. O clero católico podia não abençoar um casamento, podia

¹³² PERRY, Elisabeth Israels. **From theology to history: French religious controversy and the revocation of the Edict of Nantes**. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1973, p. 226.

¹³³ MAINE, Henry. **Ancient Law**. London: G. Bell and Sons, 1919, p. 34.

¹³⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. (trad. Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 2009, p. 70.

também impor penas espirituais aos seus fiéis, mas somente ao Estado incumbia conferir validade ao contrato de casamento¹³⁵.

Filósofos do século XVIII começaram a rejeitar a concepção de um vínculo *ad vitam* e surgiram defensores da noção de casamento como um contrato civil, que livremente as partes poderiam desfazer. Montesquieu, nas *Cartas Persas*¹³⁶, zombava da indissolubilidade do matrimônio católico, e Voltaire, no *Dicionário Filosófico*¹³⁷, defendia tratar-se de um contrato sobre direito das pessoas, propondo a sua dissolução pelo divórcio.

A visão de casamento como um contrato civil tomou um novo rumo e teve especial apelo na França revolucionária, tendo a celebração civil se tornado obrigatória pelo Decreto de 20 de setembro de 1792, criando um sistema de registro secular que serviu de referência para diversos países, além de ter introduzido o divórcio¹³⁸.

Na verdade, desde o final do século XVII já preponderava a ideia de incumbir à Igreja a definição dos requisitos para receber o sacramento e ao Estado a regulamentação do casamento civil, cujas principais características eram a pouca relevância dedicada às relações conjugais, vinculação à propriedade e à estirpe e submissão da mulher e filhos ao marido (chefe da sociedade conjugal).

Importantes transformações ocorreram, com a Revolução Francesa, na estrutura católica do casamento, dando lugar o caráter religioso a um regime leigo e liberal, passando o interesse coletivo da família a ser organizado sob uma ótica social, para o bem da Nação. A Constituição francesa de 1791 considerou o casamento um contrato civil, mas manteve a estrutura hierárquica patriarcal, embora a abolição da monarquia tenha representado a agonia do

¹³⁵ ADAMS, Geoffrey. **The Huguenots and French Opinion, 1685-1787: The Enlightenment Debate on Toleration**. Canada: Wilfrid Laurier University Press, 1991, p. 91.

¹³⁶ VAN ROOSBROECK, Gustave Leopold, **SECONDAT MONTESQUIEU (baron de), Charles de. Persian Letters Before Montesquieu**. New York: Lenox Hill Pub. & Dist. Co., 1932, p. 49.

¹³⁷ VOLTAIRE. **Oeuvres complètes de Voltaire: Dictionnaire philosophique**. Paris: Imprimerie de Ch. Lahure et Cie, 1860, t. 13, p. 164.

¹³⁸ SZRAMKIEWICZ, Romuald. **Histoire du droit français de la famille**. Paris: Dalloz, 1995, p. 33.

Deus pai, como expressou Balzac: *En coupant la tête à Louis XVI, la Révolution a coupé la tête à tous les pères de famille*¹³⁹.

Em seguida, a lei de 20 de setembro de 1792, sob a consideração de que o casamento era um contrato, suscetível de rompimento, incumbiu às autoridades seculares a sua regulamentação¹⁴⁰.

O Código Civil francês foi promulgado em 21 de março de 1804, contendo 2.281 artigos. Desde então, diferentes significados lhe são conferidos. De um lado, destaca-se a missão de servir para "governar" as famílias e as relações sociais, resolvendo, do modo mais claro possível, seus conflitos. Lado outro, diz-se que o *Code* seria a *bíblia contemporânea* da burguesia francesa¹⁴¹.

A concepção individualista, ou clássica, vê no casamento uma relação puramente contratual, tendo sobretudo em vista, como ponto de partida, as relações pessoais entre os cônjuges, devendo ser regido pelas regras comuns a todos os contratos¹⁴².

Essa corrente *contratualista*, adotada pelo Código Civil napoleônico, concebe o casamento como um contrato civil, devido, principalmente, ao grande valor dado ao consentimento dos contraentes, como elemento essencial¹⁴³.

Segundo Radbruch "o ideal do amor conjugal começa com o advento do Liberalismo e vai buscar sua forma jurídica na ideia predileta do jusnaturalismo: a ideia de contrato"¹⁴⁴.

¹³⁹ BALZAC, Honoré de. **La Comédie Humaine: Les mémoires de deux jeunes mariées**. Paris: Gallimard, Pléiade, 1976, v. 1, p. 242.

¹⁴⁰ KLEIN-MEULDERS, Marie Thérèse. **La personne, la famille, le droit: trois décennies de mutations en occident**. Paris: L.G.D.J., 1999, p. 38.

¹⁴¹ FURET, François, OZOUF, Mona. **Dictionnaire critique de la révolution française**. Paris: Flammarion, 1988, p. 445.

¹⁴² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. (trad. L. Cabral de Moncada). Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p. 295.

¹⁴³ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil: La Famille**. Paris: Montchrestien, 7. ed., 1995, p. 50-51.

¹⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. **Op. cit.**, p. 298.

No centro das controvérsias verifica-se a necessidade de identificar e filtrar antigas tradições, escolhendo quais deveriam ser mantidas ou não. Legado da Revolução, o divórcio estava no centro das discussões¹⁴⁵.

Um longo debate ocorreu sobre o tema. Inicialmente, questionou-se a possibilidade do divórcio, tendo em vista que a liberdade de consciência e de culto, além dos bons costumes, poderiam ser contrariados, em decorrência da aberta oposição da Igreja e diante do grande número de cidadãos católicos¹⁴⁶.

A despeito da previsão contida no Código de Napoleão, o divórcio foi suprimido da legislação francesa em 1816, em virtude da forte reação católica contra a dissolubilidade do casamento, e somente reintroduzido em 1884¹⁴⁷.

Apesar da grande importante e influência da Reforma e da Revolução francesa, em vários países e colônias, como no Brasil, prevaleceram a influência católica e as regras do Concílio de Trento, não se admitindo casamentos protestantes, cujas uniões eram consideradas mero concubinato e repudiando-se o divórcio.

As prescrições do Concílio de Trento foram codificadas nas Constituições do Arcebispado da Bahia (1765), mas estavam em vigor no Brasil, desde o Alvará de 12 de setembro de 1564¹⁴⁸.

A legislação canônica exigia complexa documentação – que ia desde a comprovação de batismo à justificação do estado de solteiro, além de denúncia nas missas dominicais, para prevenir a ocorrência de outros

¹⁴⁵ CARBONNIER, Jean. **Droit Civil: Introduction. Les personnes, la famille, l'enfant, le couple**. Paris: PUF, 2004, p. 1.140-1.141.

¹⁴⁶ PORTALIS, Jean Etienne Marie, PORTALIS, Frédéric. **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil**. Paris: Imprimerie de V. Dondey-Duprée, 1844, p. 356; RAIKES, Thomas. **France since 1830**. London: T. C. Newby Printer, 1841, p. 157; WOOLSEY, Theodore. **Essay on Divorce and Divorce Legislation with special reference to the United States**. New York: Charles Scribner and Co., 1869, p. 157.

¹⁴⁷ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. **La famille**. 3. ed., Paris: Defrénois, 2009, p. 230.

¹⁴⁸ PIMENTEL, Helen Ulhôa. **O casamento na construção da ordem colonial**. Universitas-História, Brasília/DF, v. 1, n. 1, 2001, p. 77.

impedimentos - mas receber o sacramento e a benção religiosa passou a ser almejado para regularizar as uniões e para se ter um *status* privilegiado¹⁴⁹.

Emília Viotti reproduz carta de Nicolau de Campos Vergueiro, de 16 de janeiro de 1854, dirigida ao presidente da Província, na qual o senador referiu-se “ao fato de os casamentos dos colonos evangélicos se processarem apenas por escritura pública, o que criava uma situação complexa, uma vez que as leis só reconheciam o casamento celebrado na Igreja”¹⁵⁰.

Dois casos marcantes ocorreram no Brasil, em 1847 e 1856, respectivamente, revelando a marcante influência tridentina. No primeiro caso, uma brasileira católica se casou com um protestante em Paris, perante a autoridade civil e o pastor. Seis ou sete anos mais tarde, quando residiam no Brasil, a mulher manifestou a vontade de se casar com outro homem, católico, e as autoridades eclesiásticas consultadas disseram-lhe que tinha plena liberdade para tal, tendo em vista que seu primeiro casamento era nulo e sem nenhum efeito. No outro caso, uma suíça e um alemão, ambos protestantes, casaram-se perante um pastor evangélico, no Rio de Janeiro. A mulher se converteu ao catolicismo e, doze anos mais tarde, quis se casar com outro homem, tendo obtido autorização formal do bispo local¹⁵¹.

Na Consolidação das Leis Civis, de Augusto Teixeira de Freitas, em 1858, previa, no art. 95, no tocante à celebração do matrimônio, a *efetiva observância*, nos Bispados e nas Freguesias do Império, às disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia¹⁵².

Subsequentemente, o Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, estendeu os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do império, consoante as disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, aos das pessoas que professavam religião diferente da

¹⁴⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁵⁰ COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 6. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 164-5.

¹⁵¹ LECKY, William Edward Hartpole. **Democracy and Liberty**. Indianapolis: Liberty Fund, 1981, v. 2, p. 172.

¹⁵² FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro e Editor, 1876, p. 103-104.

católica, regulamentando, ainda, registro e provas destes casamentos, bem como de nascimentos e óbitos das ditas pessoas, além das condições necessárias para que os pastores de religiões toleradas pudessem praticar atos que produzissem efeitos civis.

Em 1869, Lafayette Rodrigues Pereira publicou a obra *Direitos de Família*, na qual explicava que

No estado actual do Direito Civil Brasileiro só são recebidas como validas e capazes de efeitos civis as tres seguintes fórmulas de casamento: 1. O casamento catholico, celebrado conforme o concilio Tridentino e a constituição do arcebispado da Bahia; 2. O casamento mixto, isto é, entre catholico e pessoa que professa religião dissidente, contrahido segundo as formalidades do Direito Canônico; 3. Finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes ás seitas dissidentes, celebrado de harmonia com as prescripções das religiões respectivas.

Prevalece, pois entre nós, a doutrina que attribue á religião exclusiva competencia para regular as condições e a fórmula do casamento e para julgar a validade do acto¹⁵³.

Ainda no Império, por influência do Código de Napoleão, pelo Decreto nº 5.604 de 1874, foi instituído o registro civil para nascimentos, casamentos e óbitos, que até então eram monopólio da Igreja.

Em janeiro de 1890, pelo Decreto nº 119, emanado do Governo Provisório, constituído havia pouco mais de dois meses, deu-se a separação entre Igreja e Estado, reconhecendo-se a liberdade de culto aos brasileiros.

O casamento civil foi introduzido no Brasil, em 1890, pelo Decreto nº 181, e, em seguida, o Decreto nº 521 de 26.06.1890 proibiu a celebração religiosa antes da civil, tipificando esta conduta no Código Penal: "Art, 284. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo". Subsequentemente, a Constituição de 24.02.1891, no art. 72, § 4º dispôs: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

¹⁵³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869], p. 33.

Houve reação da Igreja e os clérigos, em março de 1890, realizaram uma pastoral coletiva condenando a separação entre a Igreja e Estado, assim como atacaram o Decreto n° 181, que instituiu o casamento civil, repudiando essas medidas do Governo Provisório de Deodoro da Fonseca. Os bispos afirmaram que as “constituições dogmáticas e disciplinares do Concílio Tridentino fazem parte dos princípios de nossa fé e das regras de nossa disciplina, permanece em pleníssimo vigor, como até aqui, a sua legislação matrimonial, quer em relação ao modo de celebrar os casamentos, quer em relação às causas matrimoniais”¹⁵⁴.

Paralelamente a esse processo de laicização do casamento começaram a surgir as primeiras vozes a favor da dissolução do casamento. Coelho Rodrigues e Nogueira Accioly, na Comissão de Justiça e Legislação do Senado Federal, em parecer de 1896, defenderam o divórcio:

Que a instituição do divórcio é o complemento legal do casamento civil obrigatório, parece incontestável à Comissão. Com efeito, ninguém pode negar o fato da existência de muitos casais, cuja convivência tornou-se impossível, nem sustentar que a autoridade pública possa *manus militari* obrigar a viver juntos os cônjuges que se tornaram irreconciliáveis e muito menos negar que essa convivência, ainda que pudesse ser imposta à força, seria uma fonte de corrupção e aviltamento para a prole, de vergonha para a família de ambos, de escândalos para a sociedade e de perigos para a ordem pública¹⁵⁵.

Martinho Garcez, em 1900, apresentou, no Senado, um projeto de divórcio que chegou a ser aprovado em primeiro turno, embora soubesse das resistências que encontraria naquela época: "Não me iludo sobre a sorte que terá a ideia este ano. Mas nada mais frágil do que a gota d'água que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e remove montanhas"¹⁵⁶.

Rui Barbosa se insurgiu acidamente, sob a alegação de que a maioria do povo brasileiro seria contrária à dissolubilidade matrimonial: "os

¹⁵⁴ RODRIGUES, Anna Maria Moog (editora). **A Igreja na República**. Coleção pensamento político republicano. Brasília: UnB, 1981, p. 36-7. Pela autora foi organizada e publicado na íntegra a carta pastoral coletiva de 1890, p. 41.

¹⁵⁵ CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família**. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977, p. 11-12.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 20.

propagandistas da mercadoria refugada pela christandade brasileira não perderão a oportunidade, que lhes ministra o ephemero triumpho, de registrar um symptoma animador para as suas aspirações"¹⁵⁷.

Contrariando a tese de Rui Barbosa, desde o *Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro*, realizado no Rio de Janeiro, por iniciativa de Virgílio de Sá Pereira, fizeram-se votações nominais e os juristas se manifestaram majoritariamente a favor do divórcio. Também a imprensa tomou parte na promoção do debate, amplamente divulgado por Heitor Lima, em suas colunas no *Correio da Manhã*¹⁵⁸.

Entretanto, divórcio demoraria ainda muitos anos para ser introduzido no Brasil, tampouco tendo sido acolhido no Código Civil de 1916, pois, segundo Clóvis, caso se permitisse a dissolubilidade do casamento: "Pessoas irrefletidas casariam sem atender à gravidade e à santidade do ato, e, no outro dia, estariam em combinação para desatar, sorrindo, o laço que deram por simples desfastio"¹⁵⁹.

Quando foram convocadas eleições para a Constituinte, em 1933, surgiu a *Liga Eleitoral Católica*, que exigia, por escrito, o compromisso dos candidatos sobre determinados assuntos - um dos principais era que o candidato se opusesse ao divórcio¹⁶⁰. Tamanha foi a pressão desse e de outros grupos religiosos, que foi inserido, na Constituição de 1934, dispositivo que declarava a indissolubilidade do casamento: "Art. 144. A família constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado".

As demais Constituições da República, até o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, também previam a indissolubilidade do casamento, impedindo qualquer regulamentação infraconstitucional do divórcio no país.

¹⁵⁷ BARBOSA, Rui. **O divórcio e o anarchismo**. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1933, p. 8.

¹⁵⁸ CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família**. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977, p. 13.

¹⁵⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945, v. 2, p. 216.

¹⁶⁰ CARNEIRO, Nelson. **Op. cit.**, p. 13.

Em sua atuação como congressista, Nelson Carneiro, líder da corrente divorcista, apresentou diversos projetos de lei voltados para mitigar o vínculo *ad vitam* do casamento, tendo sido todos rejeitados até o ano de 1977, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9.

Em 1951, pelo Projeto nº 786, propunha-se acrescentar ao art. 219 do Código Civil mais uma hipótese de anulabilidade do matrimônio, por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, com fundamento em *incompatibilidade invencível entre os cônjuges*¹⁶¹. Serpa Lopes, a respeito, afirmou: "O projeto, portanto, colima o divórcio, sob o disfarce de nulidade; é um movimento perfeito e acabado de fraude à Constituição, que clara e insofismavelmente impõe o princípio básico da indissolubilidade do vínculo matrimonial"¹⁶².

Seguiram-se a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 4, de 1951, que propunha abolir-se da Constituição a frase "de vínculo indissolúvel"¹⁶³; o Projeto nº 1.568, de 1960, que ampliava as hipóteses de nulidade do casamento para abrangerem casos de divergência entre a vontade interna e a externa, bem como invalidade por vontades simuladas¹⁶⁴; a PEC nº 17, de 1964, que propunha a indissolubilidade apenas do casamento religioso ao qual tivessem sido atribuídos efeitos civis¹⁶⁵.

Contrariando as resistências legislativas antidivorcistas, a maioria da população não se mostrava contrária à dissolução do vínculo conjugal. Em 1974, pesquisa promovida pelo IBOPE, sobre a matéria, identificou que, tanto na Guanabara como em São Paulo, 66,5% dos brasileiros, inclusive católicos, manifestaram-se favoravelmente ao divórcio; 77,3% dos jovens consultados afirmaram ser um absurdo manter-se um relacionamento sem amor¹⁶⁶.

¹⁶¹ CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família**. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977, p. 49.

¹⁶² *Idem*, p. 63.

¹⁶³ *Idem*, p. 113.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 117.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 165.

¹⁶⁶ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: RT, 1993, t. 2, p. 160.

A batalha final, na luta pelo divórcio, deu-se mediante um estratagema bastante sofisticado. Percebendo que não obteriam o *quorum* de 2/3, necessário para a aprovação da Emenda Constitucional que abolisse a indissolubilidade do casamento, os divorcistas mobilizaram-se e lograram êxito na aprovação da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, que alterou o *quorum* exigido para a reforma da Constituição de 2/3 para maioria. Com a redução alcançou-se o número mínimo e a Emenda Constitucional nº 9 finalmente foi promulgada em 28 de junho de 1977.

Modificada a redação do art. 175, § 1º, da Constituição, a dissolução do vínculo conjugal passou a ser permitida sob duas modalidades: uma geral, denominada *divórcio por conversão* (ou indireto) e, outra, extraordinária, chamada de *divórcio direto*¹⁶⁷. O texto da Emenda Constitucional foi reproduzido na Lei do Divórcio. No primeiro caso, exigia-se prévia separação judicial e o decurso do prazo de três anos¹⁶⁸. A outra hipótese pressupunha separação de fato há mais de cinco anos¹⁶⁹.

Tendo em vista o longo decurso de tempo e a acirrada contenda política para que se abolisse a indissolubilidade matrimonial, o Senador Nelson Carneiro, no início de sua obra *A luta pelo divórcio*, homenageia Martinho Garcez ao afirmar que *a gota d'água venceu*: "setenta e sete anos

¹⁶⁷ Emenda Constitucional nº 9 - *Dá nova redação ao § 1º do Art. 175 da Constituição Federal*. Art. 1º. O § 1º do Art. 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"art. 175 -

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

Art. 2º. A separação, de que trata o § 1º do Art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.

¹⁶⁸ Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de três anos, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

¹⁶⁹ Art. 40. No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão comprovar o decurso do tempo da separação e a sua causa.

transcorreram. E a gota d'água ruiu as rochas dos preconceitos e destróçou as montanhas da incompreensão¹⁷⁰.

Todavia, a vitória na introdução do divórcio sofreu uma significativa derrocada. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, no art. 38, só permitia às pessoas se divorciarem uma única vez¹⁷¹.

O dispositivo foi introduzido na Lei do Divórcio por iniciativa do Senador Benedito Ferreira¹⁷², sob a seguinte justificativa:

O divórcio foi aprovado sob a justificação de que era preciso dar aos que fracassaram no casamento uma nova oportunidade. Ora, não se justifica, por conseguinte, a concessão do divórcio senão uma única vez. Admitir o contrário seria negar o próprio fundamento invocado para o acolhimento desse instituto em nossa legislação. Além do mais, é preciso que se estabeleça um dique à proliferação das uniões irresponsáveis, ainda mais agora quando a perspectiva da possibilidade de novos casamentos pode incentivar precipitações e leviandades maiores do que as que já se verificaram, na celebração de primeiras núpcias, pois muitos ousarão casar-se pensando que, "se não der certo, pode-se partir para outras experiências". (...)

Esperamos o apoio não só dos companheiros indissolubilistas como dos próprios ilustres divorcistas sinceramente desejosos de preservar a família de impactos dissolventes de efeitos negativos irremediáveis.

Tratava-se, na verdade, de uma tentativa de reimplantar a indissolubilidade do vínculo conjugal, pois, se uma pessoa divorciada se casasse com outra, também divorciada, nenhuma delas poderia obter o divórcio, ferindo-se o art. 175, § 1º da Constituição e o princípio da igualdade (art. 153, § 1º)¹⁷³.

¹⁷⁰ CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família**. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977, p. 20.

¹⁷¹ Art. 38. O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez.

¹⁷² CENEVIVA, Walter. **Anotações à lei do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 74.

¹⁷³ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

Vários autores sustentaram a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo.

Ulderico Pires dos Santos, asseverou que: "De fato, trata-se de restrição com sabor inconstitucional. Se ela perdurar, dentro de pouco tempo, o caos imperará novamente"¹⁷⁴.

Para Darcy Arruda Miranda, "tendo a Constituição suprimido o princípio da *indissolubilidade* do casamento, defeso ficará ao legislador ordinário a sua reimplantação por lei comum"¹⁷⁵.

Limongi França, ao argumento de que, com a Emenda nº 9, o princípio da indissolubilidade do vínculo foi substituído por outro, que lhe era oposto, o da dissolubilidade, sustentou: "assim não é dado ao legislador ordinário, por maior que seja a sua boa-fé e melhores as suas intenções, 'de preservar a estabilidade da família, célula da sociedade' - não é dado estabelecer regras que atentem contra o mencionado princípio"¹⁷⁶.

Antônio Chaves bem sintetizou a questão: "A permissão de um único pedido de divórcio veio introduzir, pela porta dos fundos, a figura do descasado brasileiro apenas pela metade"¹⁷⁷.

Não obstante a vasta construção doutrinária em prol da inconstitucionalidade do art. 38 da Lei do Divórcio, em 1981, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou sua conformidade com a Constituição. Dois fundamentos, lançados pelo Relator, Ministro Moreira Alves, foram acolhidos por sete dos outros nove julgadores: se o § 1º do art. 175 somente admite a dissolução do casamento nos casos expressos em lei é à lei que cabe estabelecer tais hipóteses, além do requisito de três anos de separação judicial, pois o texto constitucional não declara que o divórcio é irrestrito, e,

¹⁷⁴ SANTOS, Ulderico Pires dos. **A lei do divórcio interpretada**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 122.

¹⁷⁵ MIRANDA, Darcy Arruda. **A lei do divórcio interpretada (doutrina e prática)**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 199.

¹⁷⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. **A lei do divórcio comentada e documentada**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 140.

¹⁷⁷ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: RT, 1993, t. 2, p. 340.

sendo a regra restritiva (só se admite um divórcio) igual para todos, não há ofensa à isonomia; quanto ao argumento de um divorciado que se casa com pessoa solteira, tampouco se ofende a isonomia, uma vez que tal circunstância seria idêntica àquela da homologação de sentença de divórcio de brasileiro casado com estrangeiro, pela qual o divórcio, antes da sua admissão no Brasil, era eficaz, mesmo no território nacional, com relação ao cônjuge alienígena, e, quanto ao brasileiro, produzia efeitos de mero desquite¹⁷⁸.

A possibilidade do divórcio, embora restrita, poderia apontar uma tendência contratualista do casamento no direito pátrio, mas, como já havia pontuado Clóvis, “tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o cristianismo elevado este ato à categoria de um sacramento, ainda hoje há juristas, que se arreceiam de declará-lo um contrato”¹⁷⁹ e menciona lord Robertson, Savigny, D’Aguano, Sanchez Roman, Hauriou, Bonnecase, Ripert et Rouast.

A influência religiosa, contrariando a permissão ao divórcio, fazia-se presente na doutrina de direito de família, criando restrições ao desfazimento do matrimônio, tornando necessária a interferência estatal e fazendo ganhar importância a corrente denominada institucionalista do casamento.¹⁸⁰

Sustentada pelos compiladores do Código Civil italiano de 1865, destacou-se a doutrina *institucional*, ratificada por Cicu, Hauriou, Bonnecase e Henri de Page, entre outros, que contradiz a visão contratualista e defende ser

¹⁷⁸ DIVÓRCIO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 38 DA LEI 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977, O QUAL ESTABELECE QUE "O PEDIDO DE DIVÓRCIO, EM QUALQUER DOS SEUS CASOS, SOMENTE PODERÁ SER FORMULADO UMA VEZ". EM FACE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, TEM O LEGISLADOR ORDINÁRIO LIBERDADE PARA DISCIPLINAR O DIVÓRCIO A SEU TALANTE, RESPEITADA A ÚNICA RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL: A DA PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL POR MAIS DE TRÊS ANOS. SE O PRECEITO LEGAL ORDINÁRIO RESTRITIVO - CADA UM SÓ SE PODERÁ DIVORCIAR UMA SÓ VEZ - É GERAL E IGUAL PARA TODOS, INEXISTE OFENSA AO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXAME DA SITUAÇÃO DE SOLTEIRO QUE SE CASA COM DIVORCIADO. REPRESENTAÇÃO QUE SE JULGA IMPROCEDENTE. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Representação nº 1000/DF, j. 20.05.1981. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 24.05.2012).

¹⁷⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5. ed., 1933, p. 37.

¹⁸⁰ Um dos principais argumentos da corrente institucionalista fundava-se na indissolubilidade do casamento: como poderia haver contrato indissolúvel?

o casamento uma instituição, à qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, sem liberdade para modificar a grande maioria das suas normas reguladoras, abundantes de interesse público e inderrogáveis pela vontade das partes¹⁸¹.

O casamento, além de gerar direitos e deveres, origina um estado, que tem primazia sobre o ato criador. A mudança do estado civil promove efeitos não somente entre os cônjuges, mas também perante terceiros, criando os vínculos de afinidade, a necessidade de outorga conjugal em diversos negócios jurídicos, fazendo-se, ainda, presente o caráter institucional ante a necessidade de intervenção necessária do Estado para que se ponha fim ao casamento.

Nascida para atribuir categoria jurídica e função na criação do direito a grupos sociais intermédios, em contraposição do direito individual, a teoria da instituição, de Maurice Hauriou e Georges Renard, parte da aceitação de ideias-forças objetivadas, às quais, uma vez descobertas, sujeitam-se a vontades para sua realização, sob o controle de poderes organizados, que representem adesão a tais ideias¹⁸².

Assim, para afirmar o caráter institucional da família, o conceito mais difundido é o de Hauriou, para quem *instituição* é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e perdura juridicamente em um meio social e, para a realização desta ideia, organiza-se um poder que dele extrai os órgãos necessários, e, de outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização dessa ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas por órgãos do poder e regulamentadas por procedimentos¹⁸³.

Dentro do gênero *instituição*, o referido autor distingue duas espécies: as corporativas, cuja característica principal é a de possuir personalidade e as instituições que se identificam com a regra de direito. O autor desenvolve sua

¹⁸¹ JEMOLO, Arturo Carlo. **El matrimonio**. (trad. Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954, p. 39-50.

¹⁸² ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil: Derecho de Familia**. Buenos Aires: Astrea, 1993, t. 1, p. 21.

¹⁸³ HAURIUO, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**. (trad. Arturo Enrique Sampay). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 38-40.

teoria de modo a explicar a gênese e a estrutura da primeira modalidade de instituições, a fim de buscar uma solução para o delicado problema da natureza das pessoas jurídicas, opondo-se à teoria da ficção¹⁸⁴.

Três elementos compõem a instituição corporativa: a) noção de obra ou empresa; b) poder organizado a serviço da ideia para sua realização; c) manifestações de comunidade que se produzem no grupo social a respeito da ideia e sua realização.

A concepção de obra ou empresa associa-se ao objeto da instituição e é traduzida, no âmbito familiar, com os deveres de sustento e educação da prole e com a assistência recíproca entre os membros da instituição, considerando-se o casamento como núcleo fundador da família¹⁸⁵.

Ao analisar o poder organizado a serviço da ideia para sua realização Hauriou defendia que o caráter institucional devia obedecer a dois princípios: a separação de poderes e a representação¹⁸⁶. Os poderes pessoais se referem ao Estado ou a uma corporação. No tocante à família haveria missões e poderes, que não se destinam a atuar em busca de um fim extrínseco, distinto das pessoas que a integram: os maridos e pais atuam em representação da família, mas o fazem submetidos aos interesses conjugais e na defesa dos interesses dos filhos até que alcancem a capacidade.

Quanto às manifestações de comunidade que se produzem no grupo social envolvendo a ideia e sua realização, segundo o pensamento de Hauriou, sobre este ponto os movimentos de comunhão são fruto das consciências individuais, centradas em torno de uma ideia comum, em nome da qual realizam a fundação da instituição, precedidas de assembleias nas quais aquela é, em princípio, aclamada. Tais assembleias se equiparam ao ato pelo qual se estabelece o vínculo conjugal. Enquanto marido e mulher se integram na família por que assim o quiseram, a vontade dos filhos que lhes sobrevierem

¹⁸⁴ HAURIUO, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**. (trad. Arturo Enrique Sampay). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 38-40.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 41 e segs.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 47 e segs.

não condiciona de nenhuma maneira sua incorporação ao grupo familiar, nem quanto ao acatamento das normas que regulam sua atividade interna¹⁸⁷.

Zannoni identificou a tese institucionalista de Hauriou com a teoria do organismo jurídico de Cicu, afirmando que Renard definiu instituição como "um organismo com fins e meios de ação superiores em potência e em duração aos dos indivíduos que o compõem"¹⁸⁸.

Contudo, Cicu se recusou a aderir à teoria de Hauriou, criticando-a expressamente:

O erro da mesma está, para nós, nisto: em que restringe excessiva e injustificadamente a concepção de contrato. Se já se deve considerar como estranho a esta ideia o fato de que uma minoria deva submeter-se a um acordo de maioria, nós não vemos porque o conceito de instituição não deva encontrar-se também na sociedade civil e na copropriedade. O que no fundo há de verdade na teoria, está no conceito, que ela não expressa exatamente, de um estado de sujeição da pessoa que se produz independentemente de sua vontade e responsabilidade; mas precisamente isto não pode derivar do só fato de que em uma relação jurídica se entre em virtude de uma simples adesão¹⁸⁹.

Em síntese, para Cicu, o principal equívoco de Hauriou está em restringir a noção de contrato aos casos em que o consentimento das partes regula a atividade dos contratantes com base na previsão atual de seus atos e confina, em contrapartida, na tese institucional, todos os casos em que o consentimento se apresenta como mera aceitação, sem preocupação atual dos resultados da atividade de tal instituição¹⁹⁰.

Os Mazeaud estabeleceram as principais distinções entre contrato e instituição. O contrato é um ato jurídico, nascido do acordo de duas ou mais vontades, que criam as obrigações, um liame de direito entre os contratantes. As vontades dos contratantes têm plenos poderes para regular como quiserem as modalidades do seu contrato e também para findá-lo ou modificá-lo por

¹⁸⁷ HAURIUO, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**. (trad. Arturo Enrique Sampay). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 49 e segs.

¹⁸⁸ ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil: Derecho de Familia**. Buenos Aires: Astrea, 1993, t. 1, p. 21.

¹⁸⁹ CICU, Antonio. **El Derecho de Familia**. (trad. Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1947, p. 49.

¹⁹⁰ CICU, Antonio. **Op. cit.**, p. 48.

acordo (*mutuus dissensus*). Mas, na falta de semelhante acordo, devem cumprir suas obrigações. Se um dos contratantes se recusar, o outro pode, seja constrangê-lo ao cumprimento, seja demandar a resolução do contrato. Ao contrato se opõe a instituição. Trata-se de uma situação jurídica cujas regras são fixadas previamente pelo legislador, fora da vontade dos interessados. Certas *instituições* se impõem ao indivíduo; assim, o cidadão não é livre para escapar aos quadros do Estado. Mesmo quando é livre para se submeter ou não a uma instituição, o indivíduo, se consente em se submeter, deve aceitá-la tal como ela é, sem poder modificar as regras que a governam¹⁹¹.

No Brasil, vários autores adotaram, explicitamente, a corrente institucionalista: Lafayette Rodrigues Pereira, Washington de Barros Monteiro, Arnold Wald e Maria Helena Diniz¹⁹².

Para Lafayette “o casamento, atenta a sua natureza íntima, não é um contrato, antes difere dele profundamente, em sua *constituição*, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus efeitos”¹⁹³.

Washington de Barros Monteiro toma partido claramente e assume a posição institucionalista, considerando que não se poderia equiparar o casamento a uma venda ou uma sociedade, apontado a insuficiência do elemento volitivo na formação, devendo intervir a autoridade religiosa ou civil e, ainda, indicando a impossibilidade de simples distrato para desfazimento da relação conjugal, que exige processo judicial¹⁹⁴.

Arnold Wald sustenta que “quando um ato jurídico cria deveres sem conteúdo patrimonial, não é mais contrato. Ora, vimos que o casamento não se limita a ter efeitos econômicos, criando outros deveres jurídicos sem conteúdo

¹⁹¹ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil: La Famille**. Paris: Montchrestien, 7. ed., 1995, p. 50-51.

¹⁹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 44; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 13; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869], p. 30; WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 14. ed. 2002, p. 54.

¹⁹³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869], p. 30.

¹⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 13-14.

patrimonial para o casal. Assim sendo, conceituamos o casamento como um ato jurídico complexo e solene que não tem natureza contratual”¹⁹⁵.

Maria Helena Diniz filia-se à corrente institucionalista, assimilando a opinião de Guillermo Borda, para considerar a noção de casamento oposta à de contrato: “a) o contrato é uma especulação (o vendedor procura o preço mais alto e o comprador, o mais baixo); a instituição, um *consortium*, onde os interessados são coincidentes; b) o contrato rege-se pela igualdade; a instituição, pela disciplina; c) o contrato é uma mera relação, produzindo efeitos somente entre as partes; a instituição, uma entidade que se impõe tanto às partes como a terceiros; d) o contrato é uma relação exterior aos contratantes, é um laço obrigacional; a instituição, uma interiorização; e) o contrato representa uma trégua na batalha dos direitos individuais, sendo produto da concorrência; a instituição, um corpo cujo destino é ser compartilhado por seus membros, portanto produto da comunicação; f) o contrato é precário, desata-se como foi formado, extinguindo-se com o pagamento; a instituição é feita para durar; g) o contrato é uma relação subjetiva de pessoa a pessoa; as relações institucionais são objetivas e estatutárias”¹⁹⁶.

Devido à polarização entre as correntes contratualista e institucionalista surgiram outras correntes, algumas tentando conciliar aspectos das duas primeiras, outras buscando inovar, a partir de elementos de uma ou outra doutrina.

Para os autores que adotaram a teoria do *ato ou contrato complexo*, como Aubry et Rau, Planiol, Ripert, Ruggiero e Maroi, o casamento é um *negócio jurídico* de natureza complexa, reunindo a vontade dos contraentes e a vontade do Estado. Pelo fato de reunirem essas vontades, explicar-se-ia porque só o consenso dos cônjuges é insuficiente para promover o desfazimento da sociedade ou do vínculo conjugal. Os nubentes não podem apor condições ou termos, acrescentar modalidades ou cláusulas, nem

¹⁹⁵ WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 14. ed. 2002, p. 54.

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 44.

disciplinar diversamente do previsto em lei as relações conjugais. O casamento seria contrato em sua formação, e instituição em sua existência e finalidade¹⁹⁷.

Eduardo Espínola, citando Enrico Cimbali, afirma que o casamento, para constituir-se, exige, impreterivelmente, o consentimento, não podendo ter existência ou valor, de modo nenhum, quando falte a livre vontade dos nubentes: nesse ponto é um contrato igual aos outros. No entanto, “o seu objeto não é o patrimônio e sim a própria pessoa dos contraentes, tendo por fim além disso resguardar o interesse da sociedade em geral, com a qual o primeiro nexos se mostra na reprodução material, e na educação moral da espécie; de onde resulta ser um contrato *sui generis*, tendo a natureza genérica do contrato e a índole específica de contrato social ou familiar”¹⁹⁸.

Jemolo, discorre sobre a negação da natureza contratual do casamento pela doutrina mais antiga e explica que esses textos devem ser interpretados tendo em vista o pensamento de seus autores e a terminologia da época. Assim analisando a matéria, verifica-se que o que se excluía era ser o casamento um contrato equiparável aos demais de tipo econômico, considerados esses últimos como contratos por excelência, mas não excluía, de modo algum, que o casamento pudesse pertencer a uma categoria mais vasta de convenções e acordos (da qual os contratos de base econômica não seriam mais que uma espécie), nem se referiam a uma classificação do casamento entre os negócios de direito público. Em conclusão, o autor acolhe a teoria de Emilio Betti, que indica o casamento como espécie de acordo, explicando que contrato e acordo não se contrapõem, mas refletem duas concepções diversas do negócio bilateral ou plurilateral¹⁹⁹.

Muito próxima da corrente anterior é a esposada por Degni, atribuindo ao casamento o caráter de *contrato especial* subordinado nos requisitos de

¹⁹⁷ AUBRY, Charles, RAU, Charles-Frédéric. **Droit Civil Français**. Paris: Librairies Techniques, 1962, v. 7, p. 8-10; PLANIOL, Marcel Fernand. **Traité élémentaire de droit civil**. Paris: Dalloz, 1948, nº 18; RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, PLANIOL, Marcel. **Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol**. Paris: L.G.D.J., 1956, v.1, p. 447; RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. (trad. Paolo Capitanio). São Paulo: Bookseller, 2005, v. 2, p. 109-113.

¹⁹⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**. (atual. GAMA, Ricardo Rodrigues). Campinas: Bookseller, 2001, p. 50.

¹⁹⁹ JEMOLO, Arturo Carlo. **El matrimonio**. (trad. Santiago Santis Melendo y Marino Ayerra Redin). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954, p. 45-50.

constituição e no conteúdo a um conjunto de disposições referentes aos interesses público e social, demarcadoras da vontade dos contraentes. Ou seja, em razão de sua natureza *sui generis*, pode ser denominado *contrato de direito de família*. A principal diferença, em relação à corrente anterior, deve-se ao fato de aqui ser excluído o concurso da vontade do Estado para a constituição do casamento. Explica Degni que o elemento constitutivo remanescente, sempre e só, é a vontade dos esposos²⁰⁰.

Entretanto, para identificar-se a natureza jurídica de um direito, de acordo com Zachariae, é necessário que o foco seja posto mais no título do qual o direito procede, em lugar de se enfatizar os ônus que dele resultam. No exemplo formulado pelo autor, se um direito derivado de uma convenção pode ser revogável a critério de uma das partes, as eventuais consequências da revogação são menos importantes - porque eventuais - do que a revogabilidade²⁰¹.

Contudo, os autores pátrios que assumiram posição institucionalista o fizeram antes do advento do divórcio ou quando somente era possível divorciar-se uma vez e, ainda, sob a ótica de um modelo conjugal hierarquizado.

Além disso, a visão de contrato contida no Código Civil de 1916, cujas características Maria Helena Diniz destacou, deriva-se do individualismo e do liberalismo próprios do movimento de codificação oitocentista, cuja disciplina baseava-se no paradigma da autonomia da vontade, fundamento da obrigatoriedade contratual (*la volonté est la cause première du droit, qui dit contractuel dit juste*)²⁰². Assim como no casamento, houve uma sensível alteração da concepção clássica do contrato, forjada a partir dos séculos XVII e XVIII, centrada nas ideias que culminaram nas grandes codificações,

²⁰⁰ DEGNI, Francesco. **Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano**. Padova: Cedam, 1943, p. 5.

²⁰¹ LINGENTHAL, Karl Salomo Zachariae von. **Cours de droit civil français**. Strasbourg: F. Lagier, 1846, v. 5, p. 549-550.

²⁰² RIEG, André. **Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle**. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, p. 125; GHESTIN, Jacques. **L'utile et le juste dans les contrats**. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, t.26, p.35-57, 1981.

especialmente a partir do Código de Napoleão, em que o contrato e a propriedade representavam o triunfo da autonomia da vontade, de uma liberdade individual exacerbada, voltada para a satisfação quase incondicional de interesses próprios, em homenagem à soberania e poder do indivíduo, consagrando a propriedade como um direito absoluto e o contrato tinha como traço essencial o *pacta sunt servanda*²⁰³.

O direito de família brasileiro positivado, antes da Constituição de 1988, sofria grande influência religiosa e era fundado no monopólio do casamento como modelo familiar admitido pelo Estado, na esteira da codificação francesa e alicerçado na subordinação da mulher, que seria proveniente do *direito natural*, como defendiam Portalis e Pothier, merecedores da censura de Planiol:

Nous n'acceptons plus les yeux fermés les affirmations de Portalis ou de Pothier quand ils nous disent: "Le mari a le droit de dire à sa femme : - Madame, vous ne sortirez pas! Madame, vous n'irez pas à la Comédie! Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne!", c'est à dire: "Madame, vous m'appartenez corps et âme!"²⁰⁴.

Paralelamente, desde o fim do século XVIII e começo do século XIX, desenvolveu-se uma enorme produção de instituições destinada à vigilância e controle permanente das pessoas, através de um conjunto de pequenos poderes, inferiores ao Estado, criando-se uma espécie de rede institucional de *normalização dos homens*²⁰⁵.

Diante disso, era natural que se instaurasse a dicotomia entre contrato e instituição na esfera do casamento.

Todavia, a partir da segunda metade do século XX, ocorreram grandes mudanças e a posmodernidade pôs em crise o mencionado modelo de família conjugal. Produziu-se a denominada *democratização* da família com a progressiva redução da *potestas* do marido até que a chefia da sociedade

²⁰³ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967, p. 12.

²⁰⁴ PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit**. Paris: L.G.D.J., 1911, v. 1, p. 309.

²⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. México: Gedisa Mexicana, 1986, p. 91.

conjugal não pôde mais subsistir diante da incompatibilidade com a nova ordem constitucional instaurada em 1988 no Brasil.

Em consequência, antes de se aderir a alguma corrente, é preciso destacar que as mudanças ocorridas ao longo do século XX alteraram não apenas a feição da família, mas também o entendimento acerca do contrato.

4. Amor líquido

"O casamento é, pode-se dizer, a aceitação da causalidade que os encontros casuais se recusam a aceitar (ou pelo menos uma declaração da intenção de aceitá-la - enquanto a união durar)."
(Zygmunt Bauman)

O século XX trouxe grandes evoluções científicas, duas guerras mundiais e seus reflexos também repercutiram no âmbito familiar. A família *tradicional*, cuja principal missão era assegurar a transmissão de poder e de patrimônio, perpetuada por alianças entre patriarcas, como "verdadeira transposição da monarquia de direito divino"²⁰⁶, deu lugar à família *contemporânea* ou *posmoderna*, "receptáculo de uma lógica afetiva", "que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual"²⁰⁷.

Para Eduardo de Oliveira Leite, "a segunda metade do século XX verá triunfar o amor sobre qualquer consideração de ordem prática ou utilitária", pois "as novas gerações se debatem na solução de um dilema crucial: a manutenção de valores tradicionais e a emergência de novos valores traduzíveis nas novas experiências conjugais – amor livre, casamento aberto, família nuclear, família monoparental – num contexto geral de constante evolução científica e cultural"²⁰⁸.

No Brasil, o principal marco jurídico de tais transformações foi a Constituição de 1988, cujo grande impacto nas relações privadas, dentre outros aspectos, faz com que as leis devam estar em conformidade com os direitos fundamentais²⁰⁹.

²⁰⁶ ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. (trad. André Telles). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 19.

²⁰⁷ *Idem, ibidem*.

²⁰⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 374.

²⁰⁹ Sobre a influência dos direitos fundamentais no direito privado teve significativa influência a doutrina alemã (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998; ALEXY,

A Constituição causou uma significativa mudança de concepções. Na esteira do encadeamento de ideias que adquiriu impulso após a Segunda Guerra Mundial, a pessoa passou a ser situada no ponto central de um sistema de princípios e valores consagrados pela Constituição, que também devem ser aplicados no âmbito do Direito Privado. Ocorreu uma modificação axiológica nos vínculos jurídico-familiares, com a *personalização* das relações e a nova concepção da família é plural, dissolúvel e igualitária, finalisticamente orientada à promoção do livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e como *locus* de realização pessoal e afetiva²¹⁰. Segundo Carbonnier: "O *direito à família* é uma forma de direito à felicidade, que deve ser garantido pelo Estado"²¹¹.

Igualdade, liberdade e pluralismo são os três grandes princípios que orientaram as mais importantes transformações no direito de família²¹².

A igualdade jurídica da mulher no casamento foi o centro da modernização da família, que era antes fundada na base e poder patriarcal, e nessa estrutura arcaica, a mulher ocupava plano secundário, pois, até 1962, era submetida ao marido, chefe da sociedade conjugal, cuja vontade preponderava, sendo-lhes atribuídos poderes para exigir obediência da mulher, que era "obrigada a moldar suas acções pela vontade d'elle em tudo que fôr honesto e justo", representá-la (judicial e extrajudicialmente), administrar os bens do casal e exercer a autoridade parental²¹³.

Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008; CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. (trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Almedina, 2009), também devendo ser mencionada a ascendência de Pietro Perlingieri (**Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2002) sobre autores de direito de família, como Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Paulo Lôbo.

²¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 291-292; LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11-15; TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 348-350.

²¹¹ CARBONNIER, Jean. A chacun sa famille, à chacun son droit. **Essais sur les lois**. 2. ed., 1995, p. 185-186.

²¹² MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. **La famille**. 3. ed., Paris: Defrénois, 2009, p. 41.

²¹³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869], p. 107.

O primeiro grande passo legislativo foi o chamado *Estatuto da Mulher Casada*, correspondente à Lei nº 4.121, de 27.08.1962, que, basicamente: aboliu a incapacidade relativa da mulher casada; proclamou-a *colaboradora*, no interesse comum do casal e dos filhos; amenizou, assim, o poder de chefia do marido, embora o mantendo; propiciou-lhe a reserva patrimonial, de livre administração e disposição, imune às dívidas do marido; permitiu que mantivesse o poder familiar sobre os filhos do leito anterior.

Apesar de as Constituições anteriores à de 1988 terem previsto a igualdade, tal se referia ao aspecto formal, reflexo dos ideais do liberalismo, tomada no sentido genérico de não discriminação, sem levar em conta as concretas diferenças entre as pessoas e suas posições sociais, prevalecendo a preocupação com a defesa do cidadão contra possíveis violações de seus direitos pelo Estado, em decorrência do absolutismo antecedente, tratando-se de um modelo que, segundo Habermas,

parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas. Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão dos poderes. Nisso se encaixa a representação positivista do direito, que o tem na conta de um sistema de regras fechado recursivamente²¹⁴.

A Constituição de 1988, ao tratar da família, consagrou expressamente, além da cláusula geral²¹⁵, a igualdade entre marido e mulher²¹⁶, considerando a família, base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado.

Consagrou-se, nas palavras de Hesse, "a tarefa positiva dos poderes

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, p. 305.

²¹⁵ 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

²¹⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

estatais de proteger matrimônio e família não só contra prejuízos, mas também de fomentá-los por medidas adequadas"²¹⁷.

O enunciado constitucional de que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações* corresponde a uma "*lex generalis* em relação às normas especiais sobre igualdade"²¹⁸. A fórmula clássica de que *o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente* não traduz somente um princípio universalizante, dirigido ao conteúdo das normas, inclui um dever formal, que vincula o legislador, porque há um dever de igualdade não apenas na aplicação, mas também na criação do direito²¹⁹. A isonomia "quer não só eliminar normas jurídicas, que unem vantagens e desvantagens a caracteres sexuais, mas, para o futuro, realizar igualdade de direitos dos sexos"²²⁰.

Desde a segunda metade do século XX, desponta uma crescente igualdade entre os sexos, com o ingresso generalizado das mulheres nas mais variadas atividades laborais. Houve mudanças no comportamento e nas expectativas das relações afetivas e sexuais, com a família partilhando algumas características da esfera pública da democracia, quais sejam: "discussão pública de problemas isenta de violência e autoridade negociada em vez de dada por tradição"²²¹. A igualdade nas relações conjugais foi elevada à categoria de direito humano²²².

A liberdade se traduziu pela maior autonomia conferida às pessoas na tomada de decisões no âmbito da família, especialmente no tocante à maior autodeterminação no término dos relacionamentos conjugais e pela simplificação das formas de dissolução do casamento. A Constituição consagra

²¹⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 351.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 412.

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 395.

²²⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 333.

²²¹ GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. (trad. Maria Luiza X. de A. Borges). Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 103.

²²² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. (trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998, p. 134.

o princípio da liberdade de planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável²²³.

A redução da interferência estatal e a ênfase posta na autorregulamentação dos cônjuges com a progressiva simplificação das formas no término do casamento representam claro aumento da liberdade.

A Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, modificou a Lei do Divórcio, adequando-a à nova ordem constitucional e, assim, revogou expressamente o art. 38, reduziu os prazos do divórcio por conversão e direta, respectivamente, para um ano da separação judicial e dois anos da separação de fato.

Mais tarde, o Código Civil de 2002 consagrou, no art. 1.513, o princípio da mínima interferência estatal²²⁴. A redação original do referido dispositivo legal era a seguinte: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pelo matrimônio”. Na tramitação, quando o projeto retornou do Senado à Câmara dos Deputados, foi apresentada pelo Relator, Ricardo Fiuza, uma emenda sugerindo a substituição da palavra *matrimônio* pelo termo *família*, ao argumento de que “em todas as espécies de família deve ser vedada a interferência de qualquer pessoa, de direito público e privado”²²⁵.

A subtração da palavra *matrimônio* era esperada, substituída que foi, na integralidade do novo Código Civil, por *casamento*, a fim de serem evitadas as referências e conotações vinculadas ao direito canônico. Gustavo Bossert e Eduardo Zanoni, discorrendo sobre a etimologia de *matrimônio*, explicam derivar-se o termo das raízes latinas *matris* e *munium*, significando, originalmente, carga ou missão da mãe, descritas nas manifestações pontifícias do Papa Gregório IX: “Para a mãe, o filho é antes do parto oneroso;

²²³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do 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.

²²⁴ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

²²⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *In: Novo Código Civil Comentado: Arts. 1511 a 1520.* (coord. FIUZA, Ricardo). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1309.

doloroso no parto, e depois do parto, gravoso, por tal razão o legítimo enlace do homem e da mulher se tem denominado matrimônio mais convenientemente que patrimônio”²²⁶.

O art. 1.513 do Código Civil de 2002 introduziu no ordenamento positivo brasileiro, sob a forma de regra, o princípio da *mínima interferência estatal*, como corolário das transformações sofridas pela família, especialmente após a segunda metade do século passado, trazendo à lume a antiga dicotomia entre interferência estatal *versus* autonomia privada no direito de família e, em particular, no casamento, sendo que a polarização acerca de sua natureza jurídica, entre institucionalistas e contratualistas, parece encontrar maior eco, atualmente, em prol dos últimos.

Como já se afirmou, com a revolução industrial, seguida de duas guerras mundiais, surgiu o Estado social, intervencionista, ocorrendo, no campo do direito privado, o que Jean Carbonnier chamou de socialização do direito civil, traduzida pela primazia dos interesses sociais sobre os individuais, dentre cujos corolários menciona-se a limitação da autonomia da vontade²²⁷.

A estrutura do Código Civil revogado deixava bem visível a ingerência estatal na família, cujo modelo fechado, patriarcal e discriminatório se tornou inadequado perante as evoluções da sociedade e, mais tarde, parcialmente demolido e reconstruído pelo fenômeno da constitucionalização do direito civil. Contudo, a predominância de normas imperativas, de força cogente e, por isso, inderrogáveis pela vontade das partes, no direito de família, sempre foi notória. Os direitos regulados, em sua maioria, são indisponíveis, restando, assim, pouco espaço para exercício da liberdade de autodeterminação das pessoas que integram essas espécies de relações jurídicas. A lei *organiza* a vida dos cônjuges em seus aspectos mais íntimos, submetendo-os a deveres recíprocos e impõe-lhes funções que devem ser cumpridas em cooperação²²⁸.

²²⁶ BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires: Astrea, 6. ed., 2005, p. 75.

²²⁷ CARBONNIER, Jean. **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. Paris: L.G.D.J., 2001, p. 11.

²²⁸ MICOU, Évelyne. **L'égalité des sexes en droit privé**. Paris: Presses Universitaires Perpignan, 1997, p. 186.

A estrutura conjugal primária, referente à atribuição dos papéis de cada cônjuge no casamento, é matéria de ordem pública. Cuida-se de normas cogentes (*ius cogens*), que protegem relevantes interesses sociais e não são, em princípio, passíveis de modificação pela vontade das partes, quer cuidem de direitos pessoais (deveres conjugais, guarda, direito ao divórcio etc) ou patrimoniais (outorga conjugal, bem de família etc). De outro lado, as normas dispositivas (*ius dispositivum*) estabelecem parâmetros de conduta, podem ser modificadas no exercício da autonomia privada dos cônjuges e são abundantes no direito patrimonial da família (liberdade de pactuar, mutabilidade do regime de bens, etc)²²⁹.

Em outros termos, o direito de família continua marcado pela preponderância de normas cogentes, imperativas, inderrogáveis pelas vontades das partes. Mas o conteúdo das normas cogentes se transformou. A ordem pública conjugal, antes patriarcal e hierarquizada, atualmente se funda na igualdade conjugal. Operou-se uma mudança no conteúdo das normas imperativas do casamento. As vontades individuais são impotentes para modificar a estrutura conjugal, mas, hoje, ao invés de se curvar diante da qualidade de chefe de família, é o princípio da igualdade entre os cônjuges que é intangível²³⁰.

Paralelamente à evolução de uma ordem pública matrimonial e hierarquizada para uma ordem pública igualitária e centralizada nos direitos da pessoa, muito se tem falado em *contratualização* do casamento. Termo frequentemente invocado no âmbito das ciências sociais nas últimas décadas, é geralmente ligado ao reexame de modelos contemporâneos, como manifestação, especialmente jurídica, das transformações nas relações sociais: a negociação e o contrato substituem a autoridade estatal, as relações horizontais substituem as organizações verticais²³¹.

²²⁹ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Normas cogentes e dispositivas de direito de família. **Revista de Direito Privado**. (coord. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery). Ano 9, nº 35, julho-setembro de 2008, v. 35, p. 211-228.

²³⁰ NIBOYET, Frédérique. **L'ordre publique matrimonial**. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 21-23.

²³¹ CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David. **Approche critique de la contractualisation**. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 9-17.

A família contemporânea horizontal, igualitária e norteada para o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros é muito diferente da família regulada pelo Código de 1916.

Na sequência das mudanças legislativas, pondo ainda mais em relevo a autodeterminação dos cônjuges e demonstrando a progressiva queda da interferência estatal, a Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, acrescentou o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil e introduziu no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de a separação e o divórcio serem instrumentalizados por escritura pública, dispensado qualquer pronunciamento judicial nos casos em que haja acordo e inexistindo interesses de incapazes envolvidos²³².

A proposta de tal projeto de lei contém justificativa que ilustra bem o realce dado à autonomia privada e a intenção de se reduzir a tutela estatal:

A questão é que o Estado não suporta mais aninhar todos os compromissos, nem assumir o amplo dever de, judicialmente, resolver todas as querelas e revestir de formalidade todas as práticas, até mesmo as que não implicam controvérsia, como são exemplos a separação e o divórcio por mútuo consentimento²³³.

Outro ponto que denota um abrandamento das características institucionais do casamento advém da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que modificou o art. 226, § 6º da Constituição, suprimindo-lhe a parte final e facilitando o acesso ao divórcio²³⁴.

²³² Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º. A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º. O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º. A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

²³³ <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=8898>. Acesso em 30.03.2012.

²³⁴ Redação primitiva: Art. 226. (...) § 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Apesar das variadas interpretações no novo texto constitucional e seus efeitos, há um ponto básico de convergência: foram abolidos os requisitos relativos a prazo e separação prévia (de fato ou judicial) para a concessão do divórcio²³⁵.

Também se deve destacar a pluralidade das entidades familiares. Antes da Constituição de 1988 a família reconhecida e protegida pelo Estado se formava unicamente pelo casamento. A Constituição ampliou a proteção à família, reconhecendo, expressamente, três entidades familiares (casamento, união estável e família monoparental), caracterizando-se a pluralidade dos tipos²³⁶.

O mais recente e impactante exemplo da pluralidade se deu pelo julgamento ocorrido, nos dias 04 e 05 de maio de 2011, no Supremo Tribunal Federal. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 versavam sobre a possibilidade de aplicação analógica das normas sobre união estável entre o homem e a mulher para a união entre pessoas do mesmo sexo, pedindo-se que a última fosse também reconhecida como entidade familiar.

A tese sustentada foi a de que se deve extrair diretamente da Constituição da República, especialmente dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, *caput*) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre

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

²³⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2012; CAHALI, Yusef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12ª ed., São Paulo: RT, 2011; DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: RT, 2010; GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito de família**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012; MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. Rio de Janeiro: GZ, 2010; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A emenda constitucional do divórcio**. São Paulo: Saraiva: 2011.

²³⁶ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, autorizou o casamento entre duas mulheres. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, ADI 4.277/DF, j. 05.05.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03.06.2012. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1183378/RS, j. 25.10.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03.06.2012.

peçoas do mesmo sexo como entidade familiar, aplicando-se analogicamente ao caso, diante da ausência de legislação infraconstitucional, as normas que tratam da união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º), submetendo-se o art. 1.723 do Código Civil à técnica da interpretação conforme à Constituição.

Despojado da sacralidade e da existência ligada à diversidade de sexo, na base do casamento e da união estável, como entidades familiares tipificadas na Constituição da República, está a comunhão plena de vida e não a questão do gênero, pois "a vida sexual, que costumava ser relacionada de modo absoluto com a vida matrimonial e a legitimidade, tem agora poucas, ou nenhuma, relações com elas"²³⁷.

A Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a jurisprudência de Estrasburgo já haviam substituído a palavra casal (*couple*) por vida em comum (*ménage*), cuja etimologia vem de *manere*, que significa *demeurer* (morar, residir, habitar), e envolve a noção de estabilidade, de ordem e economia domésticas. Em suma, a reunião dos atributos de uma comunhão de vida durável, não sendo imprescindível para a configuração familiar a diversidade de sexos²³⁸.

A democracia das emoções não implica falta de disciplina ou ausência de respeito, como esclarece Giddens:

Falar do fomento da democracia emocional não significa ser fraco em questões de família ou na defesa das políticas de família perante as entidades públicas. A democracia implica aceitação de todos os direitos e obrigações que tenham sanção legal. (...) A igualdade sexual não é apenas um princípio fundamental da democracia. Também é relevante para a felicidade e para a realização das pessoas²³⁹.

²³⁷ GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. (trad. Saul Barata). 5ª ed., Lisboa: Editorial Presença, 2005, p. 61.

²³⁸ VASSEUR-LAMBRY, Fanny. **La famille et la convention européenne des droits de l'homme**. Paris: L'Harmattan, 2000, p. 250.

²³⁹ GIDDENS, Anthony. **O mundo da era da globalização**. (trad. Saul Barata). 5ª ed., Lisboa: Editorial Presença, 2005, p. 67-68.

O casamento deixou de ser obrigatório, livrando-se da característica de instrumento a serviço da religião ou de alianças familiares. O rompimento formal pelo divórcio tornou-se cada vez mais acessível. O prazer sexual, de reprimido, tornou-se prioritário, graças à ampla difusão e acesso aos famosos medicamentos para disfunção erétil.

As *possibilidades eletivas* emergentes ("p. ex., a mobilidade profissional dos cônjuges em direções divergentes, a repartição do trabalho doméstico e do cuidado com as crianças, o tipo de método anticoncepcional, a sexualidade"), acendem a conscientização dos conflitos na relações conjugais²⁴⁰.

Na última pesquisa do IBGE, verifica-se que a taxa geral de divórcio atingiu, em 2010, o seu maior valor, 1,8% (1,8 divórcios para cada mil pessoas de 20 anos ou mais), desde o início da série histórica das estatísticas do Registro Civil, em 1984. Trata-se de um acréscimo de 36,8% no número de divórcios em relação a 2009²⁴¹.

Sobre a história do amor no século XXI, Mary Del Priore concluiu que "a liberdade amorosa tem contrapartidas: a responsabilidade e a solidão"²⁴²:

O casamento, fundado sobre o amor, não é mais obrigatório e ele escapa às estratégias religiosas e familiares; o divórcio não é mais vergonhoso e os cônjuges têm o mesmo tratamento perante a lei. A realização pessoal coloca-se acima de tudo: recusamos a frustração e a culpa. Mas tudo isso são conquistas ou armadilhas? Os historiadores de amanhã o dirão²⁴³.

A efemeridade das relações atuais fez com que Bauman sugerisse a metáfora da liquidez para designar o estado da sociedade moderna, que se caracteriza por uma inaptidão por manter a forma²⁴⁴. Ao contrário do passado,

²⁴⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. (trad. Sebastião Nascimento). São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 162.

²⁴¹ http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2031&id_pagina=1

²⁴² DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2006, p. 320.

²⁴³ *Idem*, p. 312.

²⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. (trad. Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 7-9.

em que as relações eram duradouras (*sólidas*), atualmente há uma tendência a que sejam voláteis, flexíveis, desreguladas (*líquidas*)²⁴⁵.

A principal dificuldade na manutenção dos relacionamentos residiria na ambivalência inerente ao mundo contemporâneo, que está em constante mudança. Os laços familiares tradicionais não eram decididos com base no afeto, mas para promover alianças entre famílias e para procriação. Nesses tempos líquidos, o termo *relacionamento* vem sendo substituído por *conexão* e, em lugar de *parceiro*, fala-se em *rede*:

Diferentemente de "relações", "parentescos", "parcerias" e noções similares - que ressaltam o engajamento mútuo ao mesmo tempo em que silenciosamente excluem ou omitem o seu oposto, a falta de compromisso -, uma "rede" serve de matriz tanto para conectar quanto para desconectar; não é possível imaginá-la sem as duas possibilidades. (...) A palavra "rede" sugere momentos nos quais "se está em contato" intercalados por períodos de movimentação a esmo. Nela as conexões são estabelecidas e cortadas por escolha. (...) Elas são "relações virtuais". (...) [Haveria] uma vantagem decisiva da relação eletrônica: "Sempre se pode apertar a tecla deletar"²⁴⁶.

A necessidade de compartilhar a intimidade *surge* com as perdas causadas pela individualização e, para Ulrich Beck "as pessoas são *levadas* pela diluição das relações sociais à comunhão a buscar a felicidade com outra pessoa", mas "a família é *apenas* o *lugar* em que isto ocorre, e não a *razão* para que ocorra"²⁴⁷.

Diante do fenômeno de *desjudicialização* e *desdramatização* do divórcio, Xavier Labée sustenta o caráter contratual do casamento, defende a natureza obrigacional dos deveres conjugais, e, em seguida, compara a fidelidade no casamento e no contrato de trabalho, apontando as seguintes semelhanças: o conteúdo da fidelidade do assalariado consiste tradicionalmente em uma obrigação de não concorrência; em um dever de discrição; em uma obrigação de não cometer atos de desonestidade; em uma obrigação de respeitar os

²⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. (trad. Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 7-10.

²⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. (trad. Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 12-13.

²⁴⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. (trad. Sebastião Nascimento). São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 162.

segredos de fabricação. Por fim, assevera que todas as atitudes constitutivas de ilícito nos contratos fundados na fidelidade se encontram no casamento²⁴⁸.

As principais críticas à teoria obrigacional se fundaram sob os argumentos de que os direitos obrigacionais não teriam eficácia *erga omnes*, que dada a natureza complexa do casamento e a estabilidade da família, os deveres familiares têm caráter duradouro, enquanto as obrigações têm por objeto uma ação ou omissão de natureza particular e geralmente transitória²⁴⁹, que os direitos conjugais violados não admitiriam execução específica, e, diante da ausência de subordinação ao cumprimento dos deveres pelo outro e da indisponibilidade dos deveres do casamento, como bem sintetizou Pinheiro: "a função extra-individual dos deveres conjugais, que ajuda a tornar compreensível a invocação do princípio da indisponibilidade das situações jurídicas activas pessoais derivadas do casamento, surge, assim, como um ponto decisivo para desenhar a linha de ruptura com a categoria de obrigação"²⁵⁰.

Contudo, doutrina e jurisprudência admitem a eficácia *erga omnes* das obrigações²⁵¹. No direito angloamericano, o caso *Lumley versus Gye*, de 1853, é considerado *leading case* e, pois, origem do *tort of interference with contractual relations*. Joahna Wagner, cantora de ópera, acordou com o empresário Benjamin Lumley fazer apresentações no teatro *Her Majesty's Theatre of London* pelo período de três meses, mas outro empresário do ramo artístico, Frederick Gye, ofereceu à cantora pagamento maior para cantar em seu teatro. Lumley conseguiu uma *injunction* para que a cantatriz não se

²⁴⁸ LABBÉE, Xavier. **Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?** Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 12, 66-68, 72-76, 139.

²⁴⁹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, v. 1, p. 200.

²⁵⁰ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 360.

²⁵¹ DUARTE, Maria de Fátima. **O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações**. Lisboa: AAFDL, 1989, 46; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 385 e segs.

apresentasse no teatro do rival. No entanto, como Wagner se recusou a cantar em ambos os teatros Gye foi obrigado a indenizar Lumley²⁵².

Alguns autores, aplicando o dever geral de não lesar direitos alheios (*neminem laedere*) aos direitos de crédito entendem cabível a tutela delitual²⁵³, enquanto uma posição intermediária admite a eficácia externa das obrigações pela incidência do abuso de direito, como um exercício inadmissível da autonomia privada do terceiro²⁵⁴.

A propósito dos deveres conjugais, pode-se, ainda, mencionar a tese da oponibilidade perante terceiros do dever de fidelidade, especialmente na doutrina francesa. Vários autores franceses sustentaram que o terceiro, que tivesse relações sexuais com uma pessoa, sabendo ser ela era casada, deveria ser obrigado a indenizar o cônjuge traído²⁵⁵.

Quanto à complexidade e à durabilidade do casamento, tais características tampouco seriam suficientes para afastar sua natureza obrigacional.

No Brasil, a teoria da obrigação como um *processo*, por seu dinamismo, deve-se a Clóvis do Couto e Silva²⁵⁶. Daí advém sua complexidade, em especial, no campo das obrigações duradouras²⁵⁷.

²⁵² SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **A responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 272-273.

²⁵³ SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **Op. cit.**, p. 413; TAVARES, José. **Os princípios fundamentais de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1922, v. 1, p. 254-255; TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 20.

²⁵⁴ ANDRADE, Manuel de. **Teoria Geral das Obrigações**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1966, p. 53; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 385 e segs.; LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, v. 1, p. 98; MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 185 e segs.; VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, v. 1, p. 179.

²⁵⁵ AUBRY & RAU. **Droit Civil Français**. Paris: Librairies Techniques, 1962, t. 7, p. 152-153; BÉNABENT, Alain. **Droit Civil: Droit de la famille**. Paris: Montchrestien, 2010, p. 110-111; CARBONNIER, Jean. **Droit Civil: Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple**. Paris: PUF, 2004, p. 1220; CORNU, Gérard. **Droit Civil: La Famille**. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1994, p. 53; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. **La Famille**. 3. ed., Paris: Lextenso éditions, 2008, p. 588-589.

²⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, *passim*.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Arts. 304 a 388**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, t. 1, p. 60 e segs.; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 55-75.

Todavia, a relação obrigacional não se esgota na soma dos elementos que a compõem e identificam, principal e diretamente vinculados à prestação, mas abrange também uma série de deveres de conduta, acessórios ou laterais, que se destinam a propiciar o melhor cumprimento da obrigação.

O princípio da igualdade entre os cônjuges, previsto na Constituição (art. 226, § 5º) e no Código Civil (art. 1.511), orienta a eficácia dos deveres do casamento, inviabilizando a fixação de um conteúdo diverso, em razão do gênero, como ocorrido no Código Civil revogado²⁵⁸.

A direção conjunta da família é corolário da igualdade entre os cônjuges, expressa na Constituição (art. 226, § 5º) e reproduzida no art. 1.511, que inaugura a regulamentação do direito de família no Código Civil.

Como lecionava Virgílio de Sá Pereira: "A família deve portanto constituir-se sob um regime de liberdade, que exclua a tirania, e de autoridade, que exclua a anarquia. Estas fórmulas de liberdade e de autoridade não são, aliás, categorias absolutas, mas relativas, variáveis conforme o ritmo geral da evolução à qual se submete a família como todas as instituições sociais"²⁵⁹.

A isonomia permite conferir efetividade à comunhão plena de vida, tendo sido o poder marital substituído pela colaboração e pela reciprocidade. Os deveres conjugais, ao invés de se prestarem como simples argumentos para distanciarem o casamento do contrato, apresentam-se como instrumentos voltados para a concreção e o reforço da cláusula geral da comunhão plena de vida.

Apesar disso, o direito patrimonial intertemporal do casamento não acolheu as transformações políticas, sociais e jurídicas sofridas pela família. A doutrina brasileira, quando aborda o assunto o faz de forma rápida e superficial, limitando-se a reproduzir as teses de Paul Roubier, confesso adepto da teoria institucionalista do casamento.

²⁵⁸ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

²⁵⁹ PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13.

CAPÍTULO II - COMUNHÃO PLENA DE VIDA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, abolidos os prazos de separação judicial ou de fato para concessão do divórcio, a comunhão plena de vida constitui o mais importante elemento do casamento. Traduz-se como uma *affectio* quotidianamente renovável, uma representação fática da vontade de manutenção do vínculo conjugal. Uma vez que a simples prova do casamento, em pedido unilateral ou bilateralmente formulado, autoriza o divórcio, a comunhão de vida se tornou o único sustentáculo do consórcio, verdadeiro liame entre o casal e o direito. A comunhão plena de vida é, por conseguinte, a *pedra angular* do casamento²⁶⁰.

A cláusula geral da comunhão plena de vida representa um obstáculo a que os cônjuges se relacionem, na esfera patrimonial, de forma neutra, como se fossem estranhos, impedindo que entre eles haja uma plena autonomia econômica, tornando necessário um estatuto próprio do direito de família ou, pelo menos, uma aplicação especial do direito comum.

Para tanto, pretende-se utilizar o princípio da confiança que, por um lado, “vem especificado, no interior das relações que nascem do tráfego jurídico, pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a dupla face da confiança” – incidindo também no direito patrimonial intertemporal do casamento²⁶¹. E, por outro lado, “os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais”²⁶².

²⁶⁰ GILI, Emmanuel. **La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux**. Aix-en-Provence: PUAM, 2008, p. 50.

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 133.

²⁶² DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 595.

1 A cláusula geral da comunhão plena de vida

O art. 1.511 do Código Civil dá início ao *Livro IV - Do Direito de Família*, no Código Civil de 2002 e dispõe que: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges".

O disposto no *supra* mencionado dispositivo legal, a exemplo do § 1353 do BGB²⁶³, abriga um conteúdo vasto, mediante uma cláusula geral que incide tanto na esfera pessoal quanto no âmbito patrimonial do casamento²⁶⁴.

A ideia da comunhão plena de vida se relaciona diretamente com o princípio da liberdade de planejamento familiar, "o que conduz à constante sistematização e ressistematização do sistema jurídico com base nas transformações por que passa a família"²⁶⁵.

As mudanças ocorridas no direito de família, demonstradas no capítulo anterior, sob o prisma da simplificação do acesso ao divórcio e da liquidez das relações no século XXI, abalaram a estabilidade das relações conjugais - o casamento perdeu a tendência geral, determinada e mantida por forças religiosas e sustentada pelo Estado, da impositiva manutenção do vínculo entre os cônjuges *até que a morte os separasse*.

Lado outro, ultrapassada a política de alianças patrimoniais para a formação de uma entidade econômica e hierárquica, verifica-se que "o primeiro e mais importante princípio do novo direito de família é o que põe a *ratio*, o fundamento básico, do matrimônio e da vida conjugal na *afeição* entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida"²⁶⁶.

²⁶³ § 1353. (1) (...) Os cônjuges estão mutuamente obrigados à comunhão conjugal de vida.

²⁶⁴ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 85-90; SCHLÜTER, Wilfried. **Código Civil Alemão: Direito de Família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 104-105.

²⁶⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, P. 14.

²⁶⁶ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 25.

Segundo Clóvis do Couto e Silva, "a expressão comunhão de vida constitui-se em 'cláusula geral', conceito operativo e *representa para o direito de família o mesmo que a boa-fé para o direito em geral e, em particular, para o das obrigações*"²⁶⁷.

Os princípios daí derivados não são determináveis *a priori*. A comunhão de vida concretiza a intenção conjugal, objeto principal da união, e se exterioriza pela convivência entre os cônjuges, que compartilham afetos e interesses comuns, repercutindo, pois, tanto em relação aos direitos pessoais quanto no tocante aos patrimoniais.

Lamartine Oliveira e Francisco Muniz sustentam que "fundamental é notar que o *sentido* da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de *comunhão de vida*, do que pela análise de direitos e deveres, de natureza pessoal ou patrimonial, que o casamento cria"²⁶⁸.

A comunhão de vida permite a verificação da existência de laços, afetivos e patrimoniais, atuando, também, como denominador comum nas várias entidades familiares formadas por um casal (casamento, união estável e união homoafetiva)²⁶⁹. De outro lado, o reconhecimento jurídico das uniões estáveis é condicionado, quando um dos companheiros é casado, pela separação de fato, nos termos previstos no art. 1.723, § 1º, do Código Civil²⁷⁰.

A tendência de se reconhecer na comunhão de vida a finalidade mais importante do casamento se apresenta com tal relevância que o seu desaparecimento, por meio da chamada *separação de fato*, desde a época da indissolubilidade do casamento, dava ensejo à produção de efeitos jurídicos, pessoais e patrimoniais.

²⁶⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. Princípios para a reforma do direito de família. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, jul-set, 1975, p. 159.

²⁶⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991, p. 29.

²⁶⁹ GILI, Emmanuel. **La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux**. Marseille: PUAM, 2008, p. 11.

²⁷⁰ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

A separação de fato se configura quando, sem intervenção judicial, cessa a convivência entre os cônjuges. Dois elementos são necessários à sua configuração: um subjetivo e um objetivo.

O subjetivo corresponde à intenção (*animus*), unilateral ou bilateral, de encerrar a comunhão de vida²⁷¹. De acordo com Ney de Mello Almada, "a voluntariedade reponta como nota exponencial, (...) consistente no ânimo definitivo alimentado pelos separados, que não mais desejam o casamento em sua constância"²⁷². O rompimento involuntário, por necessidade ou conveniência, como quando um dos cônjuges viaja a trabalho ou sofre uma internação hospitalar, não caracteriza separação de fato, por ausência de repúdio à preservação da vida em comum²⁷³. Por outro lado, há controvérsias acerca da possibilidade de se reconhecer a separação de fato *sob o mesmo teto*. A doutrina, embora aponte a dificuldade de provar a ruptura da vida conjugal sob o mesmo teto, admite tal possibilidade, diante da ausência do câmbio afetivo e do desaparecimento da convivência conjugal²⁷⁴. Para José Saulo Ramos, "a expressão *ruptura da vida em comum* não significa sair de casa, mas sair da vida, do casamento, sem ter abandonado ou deixado o lar nupcial, mas simplesmente deixando de viverem como marido e mulher, como se fossem meros inquilinos da mesma habitação"²⁷⁵. Na jurisprudência, porém, há controvérsias. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais ora acolhe²⁷⁶ e ora

²⁷¹ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil: Direito de Família**. 2ª ed., São Paulo: RT, 1993, v. 5, t. 2, p. 131-132.

²⁷² ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: RT, 1995, v. 2, p. 208-209.

²⁷³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação: inadimplemento**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 117.

²⁷⁴ ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: RT, 1995, v. 2, p. 209; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação: inadimplemento**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 118.

²⁷⁵ RAMOS, José Saulo. **Divórcio à brasileira**. Rio de Janeiro: Ed. Brasília, 1978, p. 41.

²⁷⁶ Ementa: DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL. MAIS DE DOIS ANOS. POSSIBILIDADE. - Se o casal está separado de fato por mais de dois anos, ainda que residindo sob o mesmo teto, a decretação do divórcio se compraz, posto preencher os requisitos contidos no art. 226, § 6º da CR/88 e art. 40 da Lei nº 6.515/77. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Belizário Lacerda, Apelação Cível nº 1.0515.05.012178-6/001, j. 29/05/2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12.10.2012)

rejeita²⁷⁷ a existência da separação de fato, quando persiste a coabitação entre os cônjuges. Deve-se ainda mencionar, sobre a dificuldade em se comprovar a separação de fato sob o mesmo teto, a tendência de não se admitir investigação sobre a vida íntima dos cônjuges²⁷⁸, especialmente após a Emenda Constitucional nº 66/2010, que aboliu os requisitos para a concessão do divórcio, restando, apenas, como pressuposto, a prova do estado de casado.

O elemento objetivo corresponde à ruptura da vida em comum, com o desaparecimento da coabitação, que é o caráter material e visível da convivência conjugal²⁷⁹. Cumpre distinguir coabitação de convivência, pois nada obsta que os cônjuges vivam em residências separadas, sem ruptura da convivência conjugal, não se confundindo separação de fato com ausência de coabitação, conquanto, em regra, coincidam. Embora seja usual a comunhão de

²⁷⁷ Ementa: DIVÓRCIO DIRETO - CÔNJUGES QUE RESIDEM SOB O MESMO TETO - INEXISTÊNCIA DE SEPARAÇÃO DE FATO. A coabitação inviabiliza a pretensão divorcista pelo flagrante desrespeito ao requisito legal, qual seja, a separação de fato. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Sérulo, Apelação Cível nº1.0024.05.777339-2/001, j. 17/04/2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12.10.2012)

²⁷⁸ Ementa: DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. HOMEM CASADO. OCORRÊNCIA DE CONCUBINATO. INDAGAÇÕES ACERCA DA VIDA ÍNTIMA DOS CÔNJUGES. IMPERTINÊNCIA. INVIOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO PROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA DA AÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado. 2. O acórdão recorrido estabeleceu que o falecido não havia desfeito completamente o vínculo matrimonial - o qual, frise-se, perdurou por trinta e seis anos -, só isso seria o bastante para afastar a caracterização da união estável em relação aos últimos três anos de vida do *de cuius*, período em que sua esposa permaneceu transitoriamente inválida em razão de acidente. Descabe indagar com que propósito o falecido mantinha sua vida comum com a esposa, se por razões humanitárias ou qualquer outro motivo, ou se entre eles havia "vida íntima". 3. Assim, não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, discussão acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça, colocando em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. 4. Recurso especial provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 1096539/RS, j. 27.03.2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 28.10.2012)

²⁷⁹ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil: Direito de Família**. 2ª ed., São Paulo: RT, 1993, v. 5, t. 2, p. 131-132.

mesa, leito e habitação (*quoad mensam, thorum et habitationem*), não é a sociedade conjugal descaracterizada se mantida somente *quoad thorum*²⁸⁰.

Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo, "o dever de coabitação é a própria necessidade de convivência recíproca dos cônjuges, tomada essa palavra no sentido maior de âmbito familiar seja no domicílio conjugal, por mais breve que seja a permanência", do qual "surge, em primeira, única e inarredável posição, seu elemento principal, a relação dos sexos"²⁸¹.

Estabelecida a separação de fato, verificadas a ausência de coabitação e a intenção de manter as vidas separadas, por pelo menos um dos cônjuges, bem como a continuidade desta situação *por tempo prolongado*, conforme reiterada construção jurisprudencial, não se permitia mais arguir violação grave dos deveres do casamento, como adultério ou abandono do lar²⁸².

A comunhão plena de vida destaca-se, pois, como o elemento material e intelectual de manutenção do casamento, de modo que, uma vez estabelecida a ruptura da vida conjugal, importantes efeitos se produzem²⁸³, como por exemplo, no âmbito patrimonial, a incomunicabilidade dos bens adquiridos pelo esforço isolado dos cônjuges²⁸⁴, quando já separados, mesmo que de fato, e independentemente do regime de bens.

²⁸⁰ *Idem, ibidem.*

²⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação: inadimplemento**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 117.

²⁸² Boletim de Jurisprudência do TJSP nº 5, p. 219; Decisão de 20-08-71, TJSP, Revista dos Tribunais, v. 433, p. 87; Decisão de 13-03-73, TJSP, Revista de Jurisprudência do TJSP, v. 26, p. 60; Decisão de 09-08-74, TJSP, Revista dos Tribunais, v. 471, p. 68 25-09-75, TJSP, Revista dos Tribunais nº 495, p. 98; 14-06-77, TJSP, Revista de Jurisprudência do TJSP nº 47, p. 81; Decisão de 28-04-88, TJMG, Revista dos Tribunais, v. 611, p. 197;

²⁸³ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO DE FATO. DEVERES CONJUGAIS. COMUNHÃO DE BENS. EFEITOS. SÚMULA 83/STJ.

1. Constatada a separação de fato, cessam os deveres conjugais e os efeitos da comunhão de bens. 2. Encontrando-se o acórdão impugnado no recurso especial em consonância com essa orientação, incide o enunciado da Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1268285/SP, j. 05.06.2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 28.10.2012)

²⁸⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que "a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal". (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 555771/SP, j. 05.05.2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 07.09.2011).

Contudo, a omissão do legislador em definir a separação de fato e em estipular o *lapso de tempo* transcorrido para a produção de efeitos jurídicos dá margem a toda sorte de interpretações, especialmente quando se verifica a expressa autorização para que pessoa casada tenha configurada uma união estável, desde que separada de fato ou judicialmente (art. 1.723, § 1º, do Código Civil).

Na jurisprudência, encontram-se decisões que adotavam o prazo necessário à concessão do divórcio direto para a produção dos efeitos jurídicos da separação de fato²⁸⁵.

Ainda que não haja prazo expressamente estabelecido em lei no Brasil, em outros ordenamentos jurídicos constata-se uma previsão, ainda que genérica.

No direito português, o art. 1782º, do Código Civil, considera caracterizada a separação de fato “quando não existe comunhão de vida entre

²⁸⁵ Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. LAPSO TEMPORAL. CONVIVÊNCIA DE POUCO MAIS DE UM ANO. RELAÇÃO NÃO DURADOURA. EFEITOS. O DECURSO DE TEMPO NÃO É REQUISITO SUBSTANCIAL PARA RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL. ENTRETANTO, AO PROTEGÊ-LA, QUIS O CONSTITUINTE SINALIZAR QUE DEVE SER DURADOURA, E NÃO TIMBRADA PELA INSTABILIDADE. ASSIM, OUTROS REQUISITOS DEVEM SER LEVADOS EM CONTA PARA CARACTERIZÁ-LA, ALÉM DE UM TEMPO RAZOÁVEL, QUE INDIQUE NÃO SE TRATAR DE AVENTURA OU MERA EXPERIÊNCIA, DESPROVIDAS DA FIRMA INTENÇÃO DE MANTER AFETO CONSTANTE. A RELAÇÃO CURTA, EPISÓDICA, INFERIOR ATÉ AO PRAZO QUE A LEI ESTABELECE PARA O DIVÓRCIO DERIVADO DA SEPARAÇÃO DE FATO, NÃO INDUZ UNIÃO ESTÁVEL A SER PROTEGIDA, MAS LIGAÇÃO QUE ENCONTRA RESPALDO APENAS NO DIREITO OBRIGACIONAL. APELAÇÕES IMPROVIDAS. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Sétima Câmara Cível, Apelação Cível nº 599134202, Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 25/08/1999. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 05.10.2012).

Ementa: UNIÃO DE FATO. DISSOLUÇÃO. DIVISÃO DE BENS. A UNIÃO ESTÁVEL É CONSIDERADA "ENTIDADE FAMILIAR", ASSIM PREVISTA NO ART-226, PAR-3, DA CF, MESMO QUE UM DOS CONCUBINOS AINDA ESTEJA CIVILMENTE CASADO, DESDE QUE TENHA IMPLEMENTADO O PRAZO LEGAL, DE EFETIVA SEPARAÇÃO DE FATO, PARA O DIVÓRCIO DIRETO. EXTINTA A UNIÃO ESTÁVEL, CONSIDERADA COMO ENTIDADE FAMILIAR, DIVIDEM-SE OS BENS ADQUIRIDOS NA SUA VIGÊNCIA, INDEPENDENTEMENTE DE PARTICIPAÇÃO NA AQUISIÇÃO, EXCEPTUADOS OS HAVIDOS POR HERANÇA, POR DOAÇÃO OU EM SUB-ROGAÇÃO. AS RELAÇÕES ENTRE OS CONCUBINOS, NO CASO, REGEM-SE PELO DIREITO FAMILIAR E NÃO MAIS PELO DIREITO OBRIGACIONAL. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Sétima Câmara Cível, Apelação Cível nº 595167800, Relator Des. Ulderico Ceccato, j. 15/05/1996. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 05.10.2012)

os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer”.

Na França, o Código Civil, no art. 1.442, identifica a separação de fato quando, cumulativamente, deixarem de existir a coabitação e a colaboração entre os cônjuges.

Segundo Leveneur,²⁸⁶ a separação de fato corresponde à situação das pessoas casadas que, sem intervenção judicial, mediante manifestação de vontade, unilateral ou bilateral, põem fim à vida em comum.

Após o advento da Emenda Constitucional nº 66, abolidos os prazos de separação judicial ou de fato para concessão do divórcio, a comunhão plena de vida ganhou ainda mais relevo, caracterizando-se como elemento essencial do casamento, seja para a sua conservação, seja, quando extinta, para a suspensão dos seus efeitos ou para determinar a decisão de formalizar o seu término.

À semelhança do BGB, em lugar de uma indicação pormenorizada dos deveres do casamento, o legislador brasileiro adotou uma cláusula geral²⁸⁷, "que é para todo o direito matrimonial ao mesmo tempo linha de interpretação para as normas de direito matrimonial existentes e preenchimento de lacunas para as normas de direito matrimonial não existentes"²⁸⁸.

A comunhão plena de vida concretiza a intenção conjugal, objeto principal da união, e se exterioriza pela convivência entre os cônjuges, que compartilham afetos e interesses comuns.

²⁸⁶ LEVENEUR, Laurent. **Situations de fait en droit privé**. Paris: LGDJ, 1990, p. 304.

²⁸⁷ O § 1.353 do BGB dispõe: "Os cônjuges estão mutuamente obrigados à comunhão conjugal de vida".

²⁸⁸ SCHLÜTER, Wilfried. **Código Civil Alemão: Direito de Família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 106.

1.1 Direito pessoal: direitos e deveres conjugais

No âmbito do direito pessoal, deve-se indagar como podem ser qualificados os conjugais diante da feição do casamento contemporâneo. Sobre a sua natureza é antiga a controvérsia.

Os canonistas sustentavam a natureza de direito real e a tutela possessória aos deveres conjugais, com fundamento na Epístola de São Paulo aos Coríntios²⁸⁹, sob a interpretação de que cada cônjuge tinha um poder sobre o corpo do outro (*ius in corpus*), implicando não só que o consorte devesse ser privado de qualquer ato prejudicial à exclusividade desse direito, mas também que terceiros se abstivessem de qualquer perturbação, como concluiu Vassalli²⁹⁰.

Kant também segue a corrente realista e afirma que cada pessoa faz de si mesma uma coisa, o que seria contrário ao direito da humanidade, que se funda na sua própria pessoa, mas isso só seria possível sob a condição de que cada pessoa também adquira a outra, igual e reciprocamente, cada um encontrando-se de novo e restabelecendo sua personalidade²⁹¹.

Entretanto, com a tendência personalista assumida pela doutrina jurídica, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, foi perdendo força a corrente realista, não mais se admitindo qualquer "coisificação" da pessoa.

Na doutrina brasileira, alguns autores qualificaram os direitos e deveres conjugais como *direitos da personalidade*. Álvaro Villaça Azevedo conferiu ao direito-dever de coabitação e conseqüente direito de um cônjuge ao corpo do outro (*ius in corpus*) a natureza jurídica de direito da personalidade²⁹². Rubens Limongi França classificou o direito a alimentos como direito da personalidade,

²⁸⁹ 7:4 A esposa não tem poder sobre o próprio corpo dela, mas sim o marido o tem; e também, da mesma maneira, o marido não tem poder sobre o próprio corpo dele, mas sim a esposa o tem.

²⁹⁰ VASSALLI, Filippo. *La dogmatica iudica o della servitù d'amore*. Firenze, 1944, *passim*.

²⁹¹ KANT, Immanuel. *The Science of Right*. The University of Adelaide Library: eBooks@Adelaide, 2010, n. 25.

²⁹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação - inadimplemento*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 200.

ao lado do direito à vida, ambos pertinentes ao direito à integridade física²⁹³. Yussef Said Cahali vincula o direito a alimentos a um direito da personalidade, pois "representa um direito inato tendente a assegurar a subsistência e integridade física do ser humano"²⁹⁴. Para Regina Beatriz Papa dos Santos, "há direitos decorrentes do casamento - coabitação e assistência material, que são tidos como *direitos da personalidade* ou como *direitos personalíssimos vinculados a determinado direito da personalidade*"²⁹⁵.

Todavia, como bem demonstra Pinheiro, "existe um elemento essencial, de índole estrutural, que confere aos direitos familiares pessoais independência conceitual perante os direitos da personalidade": "os primeiros assentam numa verdadeira relação jurídica, numa relação intersubjectiva não ubiqüitária, o que não acontece com os segundos", "os direitos conjugais pessoais são relativos, enquanto os direitos da personalidade são absolutos"²⁹⁶.

Capelo de Sousa também entende ser fácil distinguir os direitos conjugais dos direitos da personalidade:

Estes, enquanto *iura in se ipsum*, são direitos subjectivos tradicionais, instituídos no interesse do seu titular, não sujeitos a uma função heterônoma pré-determinada e a exercício obrigatório, antes de exercício livre e discricionário. São direitos, em princípio, indisponíveis e irrenunciáveis, mas que podem ser objecto de formas de limitação voluntária²⁹⁷.

Tendo Pawlowski como principal expoente, deve ser mencionada a corrente que recusa carácter jurídico aos deveres conjugais pessoais. Com amparo na neutralidade ética do Estado, na mínima interferência estatal e, mais precisamente, no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e no direito à liberdade de crença e de consciência, o autor nega ao legislador ordinário legitimidade constitucional para intervir no domínio íntimo da família, concluindo que a possibilidade de serem censurados e sancionados

²⁹³ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 1.029.

²⁹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6ª ed., São Paulo: RT, 2009, p. 49.

²⁹⁵ SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 121.

²⁹⁶ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 415-416.

²⁹⁷ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 580.

comportamentos conflitantes com um padrão de comportamento conjugal julgado correto, bastaria para se falar da violação dos referidos direitos fundamentais²⁹⁸.

Contudo, a visão de Pawlowski é censurada por Pinheiro ao argumento de que, levada a sério, tal opinião teria como consequência a aniquilação do poder legislativo do Estado, pois haveria "um direito geral irrestrito de *objeção de consciência*, perante o qual a regulamentação estatal se teria de render" e, "em última análise, a própria Constituição ficaria paralisada, não só por depender da continuação da actividade normativa do Estado mas também por ser expressão - máxima - da juridicidade"²⁹⁹.

Nessa linha de pensamento, houve, ainda, quem defendesse o carácter moral e não jurídico dos deveres do casamento. Savigny, embora não tenha negado que a fidelidade e a assistência recíproca dos cônjuges pertençam à essência do casamento, patrocinou a tese de que, apesar de sua importância, descansam sob a tutela da moral e não sob a proteção do direito³⁰⁰.

Na Itália, Jemolo afirmou que os deveres e direitos recíprocos dos cônjuges nascem eminentemente no terreno religioso e moral, e o direito se limita a fazer suas só as mais destacadas expectativas e as mais importantes obrigações dos cônjuges: "aqui, mais que nunca, as normas jurídicas são em grande parte remissão a normas de costume, aos preceitos da moral"³⁰¹.

Sob outro prisma, os defensores da teoria obrigacional dos deveres conjugais sustentam que os mesmos se incluem em um amplo dever de *manutenção* ou *sustento* do casamento, cujo inadimplemento tem consequências patrimoniais, como os deveres de mútua assistência, de manter e educar os filhos, sendo que os outros deveres, de carácter eminentemente pessoal, como fidelidade, respeito e consideração, seriam destituídos de

²⁹⁸ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 378-389, 752.

²⁹⁹ *Idem*, p. 388-389.

³⁰⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. (trad. GENOUX, M. C.). Granada: Editorial Comares, 2005, p. 157.

³⁰¹ JEMOLO, Arturo Carlo. **El matrimonio**. (trad. MELENDO, Santiago Sentis, REDIN, Marino Ayerra). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa, 1954, p. 457.

autonomia e, por isso, não possuem tutela específica, servindo apenas de parâmetro para a execução da prestação de sustento³⁰².

Fidelidade e vida em comum no domicílio conjugal se extinguem com a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, sendo afetados em virtude da separação de fato, a partir de quando não mais se consideram violados.

Tal interpretação, porém, não incide no tocante aos demais deveres.

A mútua assistência encontra amparo no princípio da solidariedade e fundamenta a obrigação alimentar entre cônjuges, sendo perfeitamente possível a fixação de alimentos entre eles por ocasião do divórcio.

Guarda, sustento e educação da prole decorrem, antes, do poder familiar e não do casamento, justificando-se sua inserção como deveres do casamento somente porque sua inobservância por parte de um dos cônjuges pode tornar, para o outro, insuportável a comunhão de vida.

Respeito e consideração devem ser considerados deveres inerentes a qualquer relação, conjugal ou não, fazendo parte do *honeste agere* que se pode legitimamente esperar de todos e em todas as relações jurídicas.

Entre os autores brasileiros, Álvaro Villaça Azevedo reconheceu as dificuldades relativas à qualificação dos deveres do casamento:

De ver-se que, assim como o casamento considera-se contrato de direito de família, dadas as peculiaridades, que lhe são próprias, também os deveres conjugais, no fundo, apresentam o mesmo conteúdo das obrigações, quanto ao ponto de partida, diferindo, depois, com a variada classificação das realizações humanas, que vão sendo catalogadas, ora na rama do Direito de Família, ora na do Direito das Obrigações³⁰³.

Assim, diante da insuficiência das teorias que qualificaram os direitos e deveres conjugais no âmbito dos direitos reais, dos direitos obrigacionais e dos direitos da personalidade, bem como da não adesão à falta de juridicidade, verifica-se o predomínio da orientação que os reconduz a *direitos subjetivos*, a que se contrapõem *deveres* e não obrigações propriamente ditas.

³⁰² PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 335-339.

³⁰³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação: inadimplemento**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 127.

Mas não são direitos subjetivos compreendidos nas concepções clássicas de Windscheid (poder da vontade) ou de Jhering (interesse protegido). Os direitos e deveres conjugais são direitos subjetivos *sui generis*, que apresentam características funcionais para dar efetividade à comunhão plena de vida. De acordo com Santoro-Passarelli, eles estão a "serviço da unidade e da estabilidade da família"³⁰⁴.

Deve-se também a Windscheid a crítica à tese clássica da patrimonialidade das obrigações. A necessidade de natureza patrimonial das obrigações remonta a Savigny, que as distinguia das relações do direito de família, sob o fundamento de que, recaindo sobre o patrimônio do devedor, a economicidade das obrigações deveria sempre prevalecer. Contudo, Windscheid, Jhering e outros sustentaram que, desde o direito romano, diversas situações não patrimoniais eram munidas de pretensões. Tal tese foi aprovada pela comissão preparatória do BGB, onde não consta a exigência, para a prestação, de valor patrimonial - orientação adotada pelos ordenamentos jurídicos espanhol e português³⁰⁵.

Além disso, segundo Pasquale Stanzone³⁰⁶, substancialmente inspirado pela solidariedade, os direitos e deveres conjugais não se adequam aos modelos tradicionais de direitos subjetivos, porque sua dimensão funcional é direcionada para a manutenção da comunhão familiar, cujo interesse em questão é também público, pois, para além dos interesses dos cônjuges na preservação da entidade familiar, a salvaguarda do casamento apresenta um interesse público mediato, compreendido no dispositivo constitucional de proteção à família.

Nessa linha de pensamento, sustenta-se que o casamento não visa exclusivamente o *bonum coniugum* [bem dos cônjuges], mas é também sede de construção do social, de empenho na perspectiva de realização de um projeto de vida constituído de objetivos concretos de enriquecimento da

³⁰⁴ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Commentario al Diritto Italiano della Famiglia**. Milano: Cedam, 1992, t. 2, p. 504-505.

³⁰⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 313-319.

³⁰⁶ STANZIONE, Pasquale. **Persona e comunità familiare**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1985, p. 11.

experiência, de maturidade, de transferência dessa experiência aos filhos e, em sentido amplo, à sociedade³⁰⁷. Ou, nas palavras de Maria Teresa Ribeiro, a família realiza uma função fundamental, que se traduz na articulação entre o indivíduo e a sociedade, nas dimensões afetiva, cognitiva e comportamental³⁰⁸.

A especificação contida no art. 1.566 tem a função de instituir deveres e limitar os comportamentos a que ficam sujeitos os cônjuges. De acordo com Pinheiro, na pesquisa do conteúdo dos deveres conjugais, é essencial a noção social do que deve ser o casamento:

Há um mínimo de que depende a especificidade do instituto e que não pode ser atingido pela autonomia privada, nem por uma perspectiva hipertrofiada da liberdade individual. Esse mínimo, o núcleo intangível do casamento, não se traduz em meras posições jurídicas típicas de quem pertence a uma organização econômica. Reflete-se sobretudo na esfera mais pessoal das partes³⁰⁹.

Assim, conquanto os direitos conjugais tutelem prioritariamente os cônjuges, eles não se restringem ao interesse egoísta de seus titulares³¹⁰, encontrando limites na sua funcionalidade de assegurar a comunhão plena de vida.

³⁰⁷ QUADRIO, Aristarchi. **Il matrimonio oggi tra crisi e rinnovamento**. Milano: Vita e Pensiero, 1980, p. 121.

³⁰⁸ RIBEIRO, Maria Teresa Meireles Lima da Silveira Rodrigues. Família e psicologia. *In: Traços da família portuguesa*. Lisboa: Direcção-Geral do Ministério do Emprego e da Segurança Social, 1994, p. 58.

³⁰⁹ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 85-91.

³¹⁰ DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 1952, p. 250-251.

1.2 Direito patrimonial: comunicação de bens

O casamento envolve aspectos ligados a interesses patrimoniais comuns a ambos os cônjuges e também interfere em certos negócios realizados com terceiros, em decorrência de um estatuto jurídico especial, que disciplina as relações econômicas dos casados, denominado *regime de bens*³¹¹.

Para Pereira Coelho, "a *comunhão de vida* entre os cônjuges exige um regime particular, mal se concebendo que as relações patrimoniais derivadas do casamento ficassem sujeitas ao regime geral das relações jurídicas obrigacionais ou reais"³¹².

José Augusto do Nascimento e Braga da Cruz, com amparo nas lições de Pires de Lima sustentaram a necessidade de "uma regulamentação especial do estatuto matrimonial diferente dos princípios gerais dos contratos em virtude de o casamento criar sempre entre os cônjuges uma *comunhão de vida* que de facto implica uma certa *comunhão de interesses patrimoniais*"³¹³.

Entretanto, vale destacar que "o regime matrimonial de bens não disciplina todas as relações patrimoniais decorrentes do casamento; não cuida, por exemplo, da obrigação alimentar, do usufruto e da administração dos bens dos filhos, das relações à liberdade de ação dos cônjuges e da sucessão hereditária"³¹⁴.

Cuida-se, como explica Colomer, de "um conjunto de regras, mais ou menos numerosas e mais ou menos complexas, cuja finalidade é conferir, no

³¹¹ ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil brasileiro**. (atual. Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Bookseller, 2001, p. 356; MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 675; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. (atual. Tânia da Silva Pereira). 17ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, p. 189; RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27ª ed., São paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 173.

³¹² COELHO, Francisco Manuel Pereira. **Curso de Direito de Família**. Coimbra: Atlântida Editora, 1986, p. 446).

³¹³ CRUZ, Guilherme Braga da. **Lições de Direito Civil (Relações de Família)**. Coimbra: Livraria do Castelo, 1937, p. 342; NASCIMENTO, José Augusto do. **Lições de Direito Civil: Relações de família e sucessões**. Coimbra: Casa do Castelo, 1931, p. 224.

³¹⁴ MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios**. São Paulo: RT, 2007, p. 361.

aspecto patrimonial, um estatuto particular aos cônjuges a respeito de suas relações mútuas e de suas relações com terceiros"³¹⁵.

Todavia, os direitos familiares patrimoniais, embora sujeitos à incidência das normas específicas do direito de família, não perdem suas características essenciais de relações obrigacionais ou reais³¹⁶, razão pela qual devem ser aplicados, supletivamente, os princípios gerais do Código Civil, bem como as normas das obrigações e dos direitos reais³¹⁷, quando o caso concreto não encontrar resposta específica no direito de família.

De acordo com Emílio Betti, conforme a estrutura interna e substancial (conteúdo) do negócio jurídico, ou a natureza dos interesses em jogo e das relações que se têm em vista com o negócio, é possível distinguir entre *negócios familiares e negócios patrimoniais*:

Uns e outros são atos de autonomia privada, distinguindo-se os primeiros dos segundos, por estar neles a autonomia individual vinculada a uma instância superior, que transcende o indivíduo como tal: o interesse do núcleo familiar. Ao passo que, nos negócios patrimoniais, a apreciação da conveniência é, em regra, confiada ao critério de cada um, aqui ela está submetida a um juízo social (cujo afrouxamento revela uma desintegração do costume). Sob este aspecto, tem também sentido, na sociedade moderna, a qualificação dos primeiros como ato de poder familiar, isto é, que têm por causa o interesse familiar³¹⁸.

Savingy, ao cuidar dos objetos suscetíveis de ser matéria da nossa vontade, vislumbrou três esferas concêntricas: 1º) O *eu* ao qual pertence o direito original que existe fora do domínio do direito positivo; 2º) O *eu* feito mais extenso pela família. Aqui o império da nossa vontade se submete ao domínio do direito de família; 3º) O mundo exterior. Aqui a vontade está exclusivamente regulada pelo direito positivo, onde está o direito dos bens, que se subdivide em direito das coisas e direito das obrigações³¹⁹.

³¹⁵ COLOMER, André. **Droit civil: regimes matrimoniaux**. 5. éd. Paris: Litec, 1992, p. 2.

³¹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 133.

³¹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família, *in* **Anteprojeto do Código Civil**. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça. 1975, v. 155, p. 153.

³¹⁸ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. (trad. Ricardo Rodrigues Gama) Campinas: LZN Editora, 2003, t. 2, p. 124.

³¹⁹ SAVIGNY, M.F.C. **Sistema del derecho romano actual**. (trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley). Granada: Editorial Comares, 2005, p. 155.

Clóvis Beviláqua, ao defender o tratamento do direito de família no primeiro livro da parte especial do Código Civil, sustentava haver "no direito de família um núcleo de relações que entendem com a própria organização da sociedade, que influi e deve influir sobre os interesses econômicos, e é natural que essas relações, que formam a urdidura da sociedade familiar, sejam expostas primeiro que os interesses econômicos que são de ordem inferior", pois, "é certo que ao descerrarmos a influência das relações de família sobre os bens, iremos encontrar as noções de propriedade e de obrigações"³²⁰.

O direito de família "determina um complexo de modificações importantes nos princípios gerais que regulam o direito de propriedade"³²¹. A incidência dos direitos patrimoniais conjugais promove uma modificação no patrimônio da pessoa casada, de modo que surgem três massas patrimoniais distintas, qualquer que seja o regime de bens do casamento: o conjunto de bens pertencentes somente ao marido (*bens particulares, próprios* ou *exclusivos* do marido), o acervo composto pelos bens pertencentes somente à mulher (*bens particulares, próprios* ou *exclusivos* da mulher) e o aglomerado patrimonial formado pelos bens partilháveis (*bens comuns*).

A escolha do regime de bens obedece ao princípio da *liberdade de pactuar*, presente tanto no Código Civil de 1916 (art. 256)³²², quanto no Código Civil vigente (art. 1.639)³²³, permitindo aos noivos estabelecer, quanto aos seus bens, mediante pacto antenupcial, o que lhes aprouver.

Assim, os noivos podem adotar um dentre os regimes tipificados no Código Civil, ou criar suas próprias regras, sendo esta a orientação de várias legislações³²⁴.

³²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Francisco Alves, 1906, p. 52.

³²¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869], p. 134.

³²² Art. 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312).

³²³ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

³²⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27ª ed., São paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 196.

Podem ser mencionados, entre outros países, Espanha³²⁵, França³²⁶ e Portugal³²⁷.

Na Alemanha, de acordo com Wilfried Schlüter, "vale o princípio da **limitação dos tipos** (*numerus clausus* dos tipos de regimes de bens modelados na lei)"³²⁸.

Contudo, a instituição de um regime de bens, qualquer que seja, "é de tão relevante interesse público e particular, que se tornou necessário *presumir-se* a existência de *pacto tácito*, a fim de se submeterem os bens dos cônjuges a um dos sistemas cardiais"³²⁹. Ante a ausência de um regime convencional (escolhido por meio de um pacto antenupcial), prevalece, por previsão da lei (art. 1.640, do Código Civil), o chamado regime *supletivo legal*³³⁰. Tal regra incide, porém, apenas na ausência de escolha expressa, via convenção antenupcial, tratando-se, pois, de *ius dispositivum*³³¹.

As exceções à liberdade de pactuar correspondem às hipóteses de separação obrigatória (art. 258, parágrafo único, do Código Civil de 1916; art. 1.641, do Código Civil de 2002)³³².

³²⁵ Art. 1.315. El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.

³²⁶ Art. 1.387. La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent.

³²⁷ Art. 1.698º. **Liberdade de convenção.** Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos neste Código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprover, dentro dos limites da lei.

³²⁸ SCHLÜTER, Wilfried. **Código Civil Alemão: Direito de Família.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 160.

³²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família.** Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, p. 151.

³³⁰ Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

³³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família.** Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, p. 151.

³³² Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nela, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II - Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III - Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador.

No entanto, o direito patrimonial do casamento não abrange somente a composição de patrimônios ou acervos patrimoniais, também confere *poderes* específicos aos cônjuges sobre seus bens, sejam particulares ou comuns. Regula, ainda, as relações com terceiros, ora protegendo o grupo familiar, como na configuração do bem de família, ora protegendo um cônjuge em face do outro, como na exigência da outorga conjugal para a validade de determinados negócios jurídicos³³³.

Além disso, a comunhão de vida estabelecida pelo casamento influi sobre os bens que cada cônjuge traz para a sociedade conjugal ou adquire³³⁴, pois assumem mutuamente a condição de consortes e responsáveis pelos encargos da família, consoante o planejamento familiar que escolherem (art. 1.565, *caput*, do Código Civil)³³⁵, sendo obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família, qualquer que seja o regime de bens (art. 1.568, do Código Civil)³³⁶.

As normas cogentes, não modificáveis pela vontade dos noivos, mediante pacto antenupcial, constituem o chamado *regime primário* ou *estatuto imperativo de base*. Tal denominação tem origem na doutrina francesa. Por regime primário ou estatuto imperativo de base compreendem-se as normas gerais, de ordem pública, aplicando-se aos cônjuges, qualquer que seja o regime de bens. Não se afastam por convenção entre as partes³³⁷.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

³³³ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe. **Droit civil: les régimes matrimoniaux**. 2. éd. Paris: Dalloz, 1994, p. 3.

³³⁴ Segundo Pontes de Miranda, "tal influência é vista pelos legisladores, que procuram as regras jurídicas próprias para decidir sobre a propriedade, o gozo, o uso, o fruto e a administração dos bens": *In* PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, p. 145.

³³⁵ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (...) § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

³³⁶ Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

³³⁷ BÉNABENT, Alain. **Droit civil: la famille**. 5. éd. Paris: Litec, 1993, p. 145; CABRILLAC, Rémy. **Droit civil: les régimes matrimoniaux**. 2. éd. Paris: Montchrestien, 1996, p. 25;

O regime primário é composto por normas inderrogáveis, que se aplicam, em princípio, a todos os regimes, a fim de conservar um mínimo de proteção à família, fundadas no princípio da solidariedade³³⁸. Para Perlingieri, "a solidariedade familiar, longe de se apresentar como expressão de uma concepção publicista ou como fundamento da família como célula produtora, traduz-se em uma nova solidariedade econômica fundada não somente na propriedade, mas, sobretudo, no trabalho dos componentes, que legitima uma mais justa proporcionalidade no cumprimento do dever de contribuição"³³⁹.

De outro lado, por *determinação do regime matrimonial* entendem-se as regras que podem ou não ser adotadas pelas partes, mediante pacto antenupcial, e se referem à comunicação ou incomunicabilidade dos bens e sua administração³⁴⁰.

Tendo em vista que o casamento posmoderno é marcado pelo afeto e pela necessidade de um consentimento permanente, fundados na comunhão plena de vida e na igualdade entre os cônjuges (art. 1.511, do Código Civil), "a disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges tem assim que conciliar duas exigências: a de tornar efetiva a independência dos cônjuges e a de organizar a solidariedade material que o casamento requer, mesmo quando os cônjuges pretendem viver sob um regime separatista"³⁴¹.

Uma das questões, hoje em destaque no direito de família, advém da relação entre a independência de cada um dos cônjuges e a "dependência

CARBONNIER, Jean. **Droit civil: la famille, l'enfant, le couple**. 21. éd. Paris: PUF, 1995, p. 493; COLOMER, André. **Droit civil: regimes matrimoniaux**. 5. éd. Paris: Litec, 1992, p. 35; MAZEAUD, Henri et Leon, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François. **Leçons de droit civil: la famille**. 7. éd. Paris: Montchrestien, 1995, t. 1, v. 3, p. 504; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe. **Droit civil: les regimes matrimoniaux**. 2. éd. Paris: Dalloz, 1994, p. 37.

³³⁸ LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo. **El derecho de familia desde la constitución nacional**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, p. 318.

³³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1026.

³⁴⁰ BÉNABENT, Alain. **Droit civil: la famille**. 5. éd. Paris: Litec, 1993, p. 145; CABRILLAC, Rémy. **Droit civil: les regimes matrimoniaux**. 2. éd. Paris: Montchrestien, 1996, p. 25; CARBONNIER, Jean. **Droit civil: la famille, l'enfant, le couple**. 21. éd. Paris: PUF, 1995, p. 493; COLOMER, André. **Droit civil: regimes matrimoniaux**. 5. éd. Paris: Litec, 1992, p. 35; MAZEAUD, Henri et Leon, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François. **Leçons de droit civil: la famille**. 7. éd. Paris: Montchrestien, 1995, t. 1, v. 3, p. 504; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe. **Droit civil: les regimes matrimoniaux**. 2. éd. Paris: Dalloz, 1994, p. 37.

³⁴¹ XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 22.

mútua" que decorreria da comunhão de vida³⁴². De acordo com Pamplona Corte-Real tal problema resulta da necessidade de uma "articulação harmoniosa de comunhão vital, imperatividade, pessoalidade, solenidade, formalismo, com individualismo, autonomia existencial, direito à felicidade, margens acordadas de disponibilidade de vivência conjugal"³⁴³.

A doutrina francesa sobre regime de bens defende que o reconhecimento da igualdade e da independência financeira dos cônjuges, causada, entre outros aspectos, pela emancipação feminina, teria provocado, inicialmente, um movimento de diluição da especificidade do estatuto patrimonial dos cônjuges, que deveriam ser tratados como solteiros ou poder organizar-se livremente, respeitando apenas regras mínimas³⁴⁴. Colomer vislumbra uma propensão do legislador moderno em *banalizar* o estatuto patrimonial dos cônjuges³⁴⁵. Também mencionando a *banalisation* das relações conjugais patrimoniais Malaurie e Aynés apontam uma tendência no sentido de que as pessoas optem pelos regimes de bens separatistas³⁴⁶.

Em sentido contrário, na Itália, antes da alteração legislativa de 1975, o Código Civil tinha como regime supletivo o da separação de bens, facultada a adoção de outro por pacto antenupcial. A reforma, que modificou o regime legal para o da comunhão parcial, ocorreu, não em virtude da exigência dos costumes, pois a comunhão era pouco convencionada, mas para aproximar o regime conjugal do princípio da igualdade, a fim de resguardar os direitos da mulher que se dedica às atividades domésticas³⁴⁷.

³⁴² GLENDON, Mary Ann. **The new family and the new property**. Toronto: Butterworths, 1981, p. 51.

³⁴³ CORTE-REAL, Pamplona. Direito de família e das sucessões. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Lisboa: Lex, 1995, p. 72.

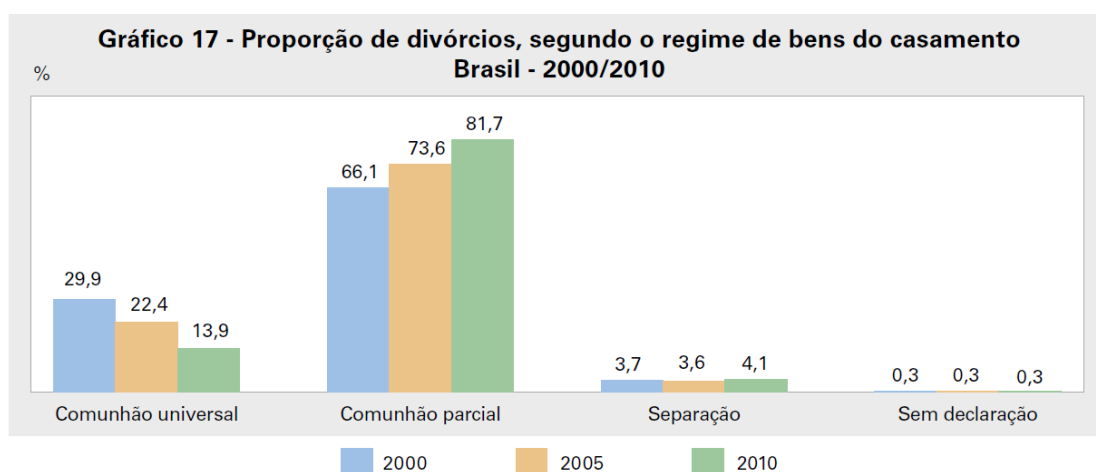
³⁴⁴ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe. **Droit Civil: les régimes matrimoniaux**. 2. éd., Paris: Dalloz, 1994, p. 11-12.

³⁴⁵ COLOMER, André. **Droit Civil: régimes matrimoniaux**. 5. éd., Paris: Litec, 1992, p. 30-31.

³⁴⁶ MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent. **Droit Civil: les régimes matrimoniaux**. Paris: Cujas, 1995, p. 13.

³⁴⁷ AULETTA, Tommaso. **Il Diritto di Famiglia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 99-100; GABRIELLI, Giovanni, CUBEDDU, Maria Giovanna. **Il regime patrimoniale dei coniugi**. Milano: Giuffrè, 1997, p. 12.

No Brasil, embora se verifique um aumento do número de casamentos pela separação de bens, constata-se que a maioria dos enlaces e rupturas se dá entre os casados sob o *regime supletivo legal*, que é o da comunhão parcial, conforme dados extraídos do IBGE e indicados nos gráficos abaixo.



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2000/2010.

Até 1977, o regime supletivo legal brasileiro era a comunhão universal. Com o advento da Lei do Divórcio, foi alterado o art. 258 do Código Civil de 1916³⁴⁸, com a troca do regime legal para a comunhão parcial, mais coerente com a dissolubilidade do casamento³⁴⁹.

Daí porque, nos primeiros levantamentos feitos pelo IBGE, percebe-se uma preponderância do regime da comunhão universal de bens, o que se reflete na maior parte das separações decididas ou homologadas entre 1982 e 1984.

³⁴⁸ Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nela, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

³⁴⁹ WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123.

IBGE - ESTATÍSTICAS DO REGISTRO CIVIL					
Processos concluídos de separações judiciais, por sentença proferida e regime de bens do casamento ³⁵⁰					
	ANOS	REGIMES DE BENS			
		Comunhão universal	Comunhão parcial	Separação	Sem declaração
BRASIL	1982	32508	7209	1563	96
	1983	37652	12291	1974	149
	1984	42520	18389	2617	172

Contudo, desde a mudança do supletivo legal, gradualmente, pode-se verificar uma inversão nos números, tendo aumentado significativamente, ao longo dos anos 1990, a quantidade de separações envolvendo pessoas casadas pelo regime da comunhão parcial de bens.

IBGE - ESTATÍSTICAS DO REGISTRO CIVIL					
Processos concluídos de separações judiciais, por sentença proferida e regime de bens do casamento ³⁵¹					
	ANOS	REGIMES DE BENS			
		Comunhão universal	Comunhão parcial	Separação	Sem declaração
BRASIL	1990	28975	38654	2643	134
	1991	30510	44234	2824	115
	1996	27635	55142	2966	14

³⁵⁰ http://www.ibge.gov.br/seculoxx/arquivos_xls/palavra_chave/justica/regime_de_bens.shtm.

³⁵¹ http://www.ibge.gov.br/seculoxx/arquivos_xls/palavra_chave/populacao/divorcio.shtm.

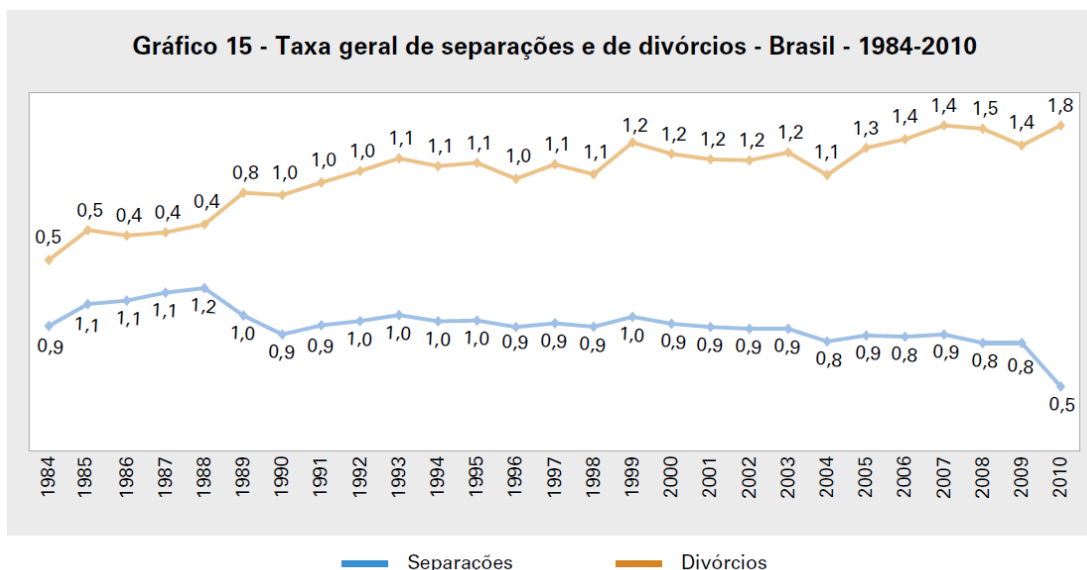
A partir de 2007, com o advento da Lei nº 11.441, que introduziu o art. 1.124-A no Código de Processo Civil, houve um aumento das separações e divórcios por escritura pública.

A separação de fato, extintiva da comunhão de vida, autorizava a separação judicial e também o divórcio (respectivamente, Lei do Divórcio, arts. 5º, § 1º, e 40, Constituição da República, art. 226, § 6º, e Código Civil, arts. 1.574 e 1.580).

IBGE - ESTATÍSTICAS DO REGISTRO CIVIL					
Processos concluídos de separações judiciais, por sentença proferida e regime de bens do casamento ³⁵²					
BRASIL	ANOS	REGIMES DE BENS			
		Comunhão universal	Comunhão parcial	Separação	Sem declaração
	2008	10569	76728	2927	197
2010	5715	50350	1982	106	

Desde a Emenda Constitucional nº 66/2010, porém, não há mais que se falar em quaisquer exigências, a não ser a expressa manifestação de vontade, para que se obtenha o divórcio. Uma vez tornada desnecessária a comprovação da ruptura da vida em comum por certo tempo, de modo a se obter a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, percebe-se um incremento da quantidade de divórcios no Brasil.

³⁵² <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2008/rc2008.pdf>;
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/rc2010.pdf>



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 1984-2010; Projeção da População por Sexo e Idade para o Período 1980-2050 - Revisão 2008; e Censo Demográfico 2010.

A supressão dos prazos e requisitos do divórcio promoveu uma elevação geral de tais números. Na época em que ocorreram alterações na legislação sobre divórcio houve elevação das respectivas taxas. Por outro lado, o número total de separações atingiu em 2010 o menor valor da série histórica, iniciada em 1984 (0,5%)³⁵³.

No Brasil, ao contrário do exposto pela doutrina francesa, não ocorre, com a mesma intensidade, uma *banalização* do regime de bens. A maior parte dos casamentos se dá sob o regime supletivo legal, apesar de se perceber um aumento do número de casamentos pelo regime da separação de bens³⁵⁴.

Embora venha crescendo a opção pelo pacto antenupcial, como instrumento de exercício da liberdade de planejamento familiar (art. 226, § 7º, da Constituição da República), nota-se uma expressiva maioria de casamentos sob o regime supletivo legal.

³⁵³ *Idem, ibidem.*

³⁵⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 677.

A importância da comunhão plena de vida se verifica, ainda, diante de situações fáticas, como a ruptura da vida em comum, que produz consequências para os cônjuges, também na esfera patrimonial.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera que, autorizar a comunicação dos bens adquiridos no período de separação de fato, representaria enriquecimento sem causa daquele que não participou de sua aquisição, pois, com a ruptura da vida em comum, os acréscimos patrimoniais, via de regra, passam a ser amealhados individualmente, sem qualquer contribuição do outro cônjuge³⁵⁵.

Uma vez que o separado de fato já pode estar em união estável (art. 1.723, § 1º, do Código Civil), dando ensejo à comunicação de bens adquiridos onerosamente, na constância da nova entidade familiar, somente se pode concluir que a simples separação de fato é suficiente para cessar a comunhão de bens³⁵⁶.

Deve-se, porém, salientar que, apenas os bens adquiridos mediante esforço isolado de um dos cônjuges, durante a separação de fato, serão incomunicáveis. Caso os bens tenham sido adquiridos, mediante a utilização de recursos provenientes de bens comuns ou em subrogação dos mesmos,

³⁵⁵ Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INCLUSÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO, NOS AUTOS DE INVENTÁRIO, NA DEFESA DE SUA MEAÇÃO. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Em regra, o recurso especial originário de decisão interlocutória proferida em inventário não pode ficar retido nos autos, uma vez que o procedimento se encerra sem que haja, propriamente, decisão final de mérito, o que impossibilitaria a reiteração futura das razões recursais. 2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do irmão, o cônjuge que encontrava-se separado de fato quando transmitida a herança. 3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge. 4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725) 5. Assim, em regime de comunhão universal, a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal. 6. Recurso especial provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Recurso Especial nº 555771/SP, j. 05.05.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04.11.2012).

³⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 302-303; FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 295-296. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 208.

haverão de ser considerados comuns e, portanto, partilháveis. Ademais, quando um dos cônjuges, durante a separação de fato, permanecer na posse e administração dos bens comuns, poderá ser compelido a prestar contas de sua gestão³⁵⁷.

³⁵⁷ Ementa: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. FAMÍLIA. CASAMENTO SOB REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. SEPARAÇÃO DE FATO. RESPONSABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTAS ANTES DA FORMALIZAÇÃO DA PARTILHA DE BENS. EVENTUAL PREJUÍZO NA POSTERIOR DIVISÃO PATRIMONIAL. CABIMENTO DA AÇÃO. 1. A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial impede o conhecimento do recurso especial (Súmula nº 282 do STF). 2. A "prestação de contas é devida por quantos administram bens de terceiros" (REsp nº 327.363-RS e AgRg no Ag nº 45.515/MG, relator Min. Barros Monteiro; AgRg no Ag nº 33.211/SP, relator Ministro Eduardo Ribeiro). 3. Na hipótese dos autos, os bens comuns dos cônjuges casados sob regime de comunhão universal de bens, e separados de fato desde 1º de janeiro de 1990, ficaram sob administração do cônjuge varão, que assumiu "o dever de detalhar e esclarecer os rendimentos advindos das terras arrendadas, bem como prestar as respectivas informações quanto ao patrimônio comum" (fl. 1.486 e-STJ), circunstância que não pode ser revolvida nesta instância especial em razão do óbice constante da Súmula nº 7/STJ. 4. O transcurso de longo lapso temporal entre a separação de fato e a formalização da partilha obriga o gestor dos bens comuns à prestação de contas ao outro consorte, que desconhece o estado dos bens administrados e pode deparar-se com prejuízos irreparáveis. 5. Na vigência da comunhão de bens, os cônjuges entre si não se acham jungidos ao dever de prestação de contas. A comunhão de bens é a mais ampla possível e não permite a separação de cotas, nem mesmo ideal entre os consortes. Não há, pois, como cogitar-se de prestação de contas de um cônjuge ao outro. Uma vez dissolvida a sociedade conjugal, desaparece a comunhão universal e os bens comuns devem ser partilhados como em qualquer comunhão que se extingue. Havendo, porém, um interregno entre a dissolução da sociedade conjugal e a partilha, aquele que conservar a posse dos bens do casal estará sujeito a prestação de contas como qualquer consorte de comunhão ordinária. *In casu*, não é preciso demonstrar a existência de autorização ou mandato entre os ex-cônjuges em torno da administração do patrimônio comum para justificar o pleito judicial de acerto de contas. É que a ação de prestação de contas não se subordina sempre e invariavelmente a um mandato entre as partes. Ao contrário, o princípio universal que domina a matéria é que 'todos aqueles que administram, ou têm sob sua guarda, bens alheios devem prestar contas'. Daí que basta o fato de um bem achar-se, temporariamente, sob administração de outrem que não o dono, para que esse detentor tenha que dar contas da gestão eventualmente desempenhada, ainda que não precedida de acordo ou autorização por parte do proprietário. A gestão de negócio, um dos principais fundamentos do dever de prestar contas, ocorre à revelia do dono, segundo a definição do art. 1.331 do Código Civil, razão pela qual não se pode negar ao comunheiro o direito a exigir contas do consorte que explora com exclusividade os bens comuns a pretexto de inexistência de mandato ou outro negócio jurídico entre os interessados" (Humberto Theodoro Júnior, in Curso de Direito Processual Civil - Procedimentos Especiais, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, págs. 1.557/1.558, grifou-se). 6. A legitimidade ativa para a ação de prestação de contas decorre excepcionalmente, do direito de um dos consortes obter informações acerca dos bens de sua propriedade, mas administrados pelo ex-cônjuge (gestor do patrimônio comum), durante o período compreendido entre a separação de fato e a partilha de bens da sociedade conjugal. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relator Min. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Recurso Especial nº 1300250/SP, j. 27.03.2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04.11.2012).

Finalmente, além das mencionadas transformações ocorridas no âmbito da família, é preciso mencionar que outras tantas se deram na composição dos patrimônios.

A família deixou de ser reservatório de dotes e heranças, que se transmitiam pelas gerações³⁵⁸. A concentração e circulação de riqueza se deslocou da propriedade imóvel para as sociedades: "acentuando a importância cada vez maior das transmissões *em vida* no seio das famílias, nomeadamente em virtude da necessidade atual de os filhos disporem de um patrimônio inicial para começar a vida ativa ou de serem ajudados nos primeiros anos de casados"³⁵⁹.

As mudanças no direito de família, com a substituição da estrutura hierárquica para um modelo paritário, refletem-se, também, no campo patrimonial. A autonomia privada dos cônjuges nesse âmbito se traduz pela possibilidade de autorregular as relações patrimoniais, adaptando seus interesses à sua situação específica, pelo exercício da liberdade de planejamento familiar³⁶⁰.

Para Maria Rita Xavier

A autonomia privada dos cônjuges no campo da disciplina das suas relações patrimoniais decorre ainda do reconhecimento da liberdade pessoal de cada um deles e da necessidade de tutelar a sua vida conjugal e, nesse sentido, significa o reconhecimento da sua legitimidade para determinar e regular o respectivo estatuto patrimonial³⁶¹.

A autonomia privada, todavia, encontra limites no regime primário, cujas normas são inderrogáveis pela vontade dos cônjuges e também são funcionalizadas para assegurar a comunhão plena de vida³⁶².

³⁵⁸ XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 25

³⁵⁹ *Idem*, p. 25.

³⁶⁰ GALLETA, Franca. **I regolamenti patrimoniale tra coniugi**. Napoli: Jovene Editore, 1990, p. 9.

³⁶¹ XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 496.

³⁶² DORIA, Giovanni. **Autonomia privata e causa familiare, gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio**. Milano: Giuffrè, 1966, p. 39-41.

Assim, considerando que a comunhão plena de vida, como pedra angular do casamento, é o ponto central de uma especial relação entre os cônjuges, devem eles pautar-se por dois comportamentos fundamentais, reclamados caracteristicamente nos negócios de confiança: um amplo *dever de informar (duty of disclosure)* e um procedimento de máxima correção, de diligência e lealdade, que a união conjugal, pela sua natureza, exige³⁶³.

³⁶³ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 550.

2 Proteção da confiança e boa-fé

Tradicional no Ocidente, a *confiança* no valor e na importância da pessoa se apresenta incontestavelmente como uma das ideologias fundamentais subjacentes às instituições políticas do continente europeu. Esta tradição é, como um todo, o resultado de cinco contribuições sucessivas: a) da civilização greco-latina; b) do cristianismo; c) do feudalismo; d) dos filósofos do século XVIII³⁶⁴.

Da civilização greco-latina extrai-se um conjunto de ideias morais, sociais e políticas. Em primeiro lugar, a afirmação da personalidade humana, livre e responsável, isto é, a ideia de que cada homem, pelo fato de ser racional, deve ser considerado um centro de iniciativas e responsabilidades. Este conceito fundamental é estendido, sobre o plano econômico, pela instituição da propriedade privada, que aparece, então, como uma espécie de proteção avançada da personalidade e da liberdade, estabelecida no mundo material. Somam-se, ainda, os princípios da moral estóica, com ênfase na afirmação da superioridade dos valores morais sobre os materiais. Os valores materiais nada mais seriam do que acidentes mundo exterior, aos quais a pessoa não se deve apegar, diante da ideia de que todo homem é posto por Deus em uma posição, a qual ele deve servir - concepção mais tarde retomada com grande força pelo cristianismo. Outro legado da Antiguidade funda-se na noção de que as relações sociais devem ser baseadas na justiça. Cada pessoa, sob tal ponto de vista, tem o duplo dever de não prejudicar ninguém e de dar a cada um o que lhe é devido: *neminem laedere, suum cuique tribuere*³⁶⁵.

O vocábulo *fides*, em sentido lato, pode ser entendido como *confiança*. “A *fides* romana constitui a base lingüística e conceitual da boa fé no direito moderno. É definida na antiguidade como “ser de palavra”, “ter palavra”. (...)”

³⁶⁴ HAURIUO, André, SFEZ, Lucien. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. Paris: Montchrestien, 1972, p. 4.

³⁶⁵ *Idem*, p. 4-5.

Lealdade esta que, como qualidade de uma pessoa, representa uma “garantia”, uma “confiança”, um “empenhamento”³⁶⁶.

A polissemia da *fides* romana, no período arcaico, traduzia-se em várias acepções: a *fides-sacra*, expressa no culto à deusa Fides e "patente em sanções de tipo religioso contra quem defraudasse certas relações de lealdade"; a *fides-facto*, "presente em garantias de tipo pessoal, prestadas pelos protectores aos protegidos"; e a *fides-ética*, "expressas nas qualidades morais correspondentes a essas mesmas garantias"³⁶⁷. Na reconstrução histórica, a partir das aplicações concretas, verificou-se, segundo Menezes Cordeiro

- "- uma *fides*-poder, própria das relações entre o *patronus* e o *cliens*, que evoluiu para a virtude do mais forte;
- uma *fides*-promessa, característica de quem assumisse determinada adstrição que, centrada num ritual exterior, progride depois para a ideia de respeito pela palavra dada;
- uma *fides*-externa, que sujeitava os povos vencidos ao poder de Roma"³⁶⁸.

No antigo direito romano, os vínculos jurídicos nasciam de um procedimento formal. O ritualismo romano era favorecido pelo fato de a custódia do direito incumbir aos sacerdotes, o que explica a razão pela qual os atos jurídicos devessem ser recitados solenemente, por meio de determinadas fórmulas com um teor prescrito³⁶⁹.

Com as conquistas romanas pelo Mediterrâneo, surgiram, especialmente na área das trocas comerciais, questões até então desconhecidas e de difícil

³⁶⁶ VELASCO, Ignácio Maria Poveda. A boa fé na formação dos contratos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, a. 16, n. 61, p. 35-42, jul.-set., 1992, p. 36.

³⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 56-58.

³⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 399.

³⁶⁹ KASER, Max. **Direito privado romano**. (trad. Samuel Rodrigues, Ferdinand Hämmerle). 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 60-62.

solução pelas fórmulas estabelecidas³⁷⁰. Diante disso, "o pretor interveio: em casos particulares, ele veio conceder acções sem base legal expressa, assentes, simplesmente, na *fides*, precedida do adjectivo *bona*: *bona fides* ou boa fé"³⁷¹.

Esclarece Ignácio M. Poveda Velasco que

Considerando a evolução do direito dos contratos, podemos afirmar que a boa fé é a ponte que permite a passagem do formalismo para o consensualismo na prática contratual. Desaparecendo a certeza da forma, é a boa fé das partes contratantes que procura dar sustento à relação jurídica.

Introduzidos nos contratos consensuais através da atuação do pretor no início da época clássica, pode-se afirmar que no Baixo Império (285 d.C. até 565 d.C.) o consensualismo - por oposição ao formalismo - e enquanto baseado na boa fé, é a tendência dominante (...) como prática jurídica"³⁷².

Em outras palavras, "o conceito de boa-fé surgiu em um período de transição entre o formalismo e o consensualismo"³⁷³.

Mais tarde, a difusão da boa-fé, no direito romano, deu-se em duas vertentes: uma horizontal e outra vertical³⁷⁴.

Na primeira, a *fides* assume nova função: a de exigir que os contratantes ajam sem dolo e segundo o critério de relações leais e honestas (*honeste agere*), ou seja, a de exigir deles comportamento honesto positivo³⁷⁵. A noção de *bona fides* passa do domínio negocial ao campo dos direitos reais, especialmente no âmbito da *usucapio*, subjetivando-se, e passando a significar

³⁷⁰ HORVAT, Marjan. Osservazioni sulla "bona fides" nel diritto romano obbligatorio. In: **Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento**. Napoli: Jovene, s/data, p. 423-443.

³⁷¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 400.

³⁷² VELASCO, Ignácio Maria Poveda. A boa fé na formação dos contratos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, a. 16, n. 61, p. 35-42, jul.-set., 1992.

³⁷³ JÖRS, Paul, KUNKEL, Wolfgang. **Derecho privado romano**. (trad. Leonardo Prieto Castro). Barcelona: Labor, 1937, p. 79.

³⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 106-128.

³⁷⁵ HORVAT, Marjan. **Op. cit.**, p. 427.

intenção (*animus*) ou estado de ignorância escusável do beneficiário da usucapião³⁷⁶.

Na difusão vertical, ao lado das transformações semânticas, a *fides* aparece associada às expressões *bonum et aequum*, correspondendo a "certo" e "justo" (*ius es ars boni et aequi*). A respeito, esclarece Judith Martins-Costa que

aí a *bona fides* não se transmuda para outro setor, mas, no próprio interior do direito das obrigações, mescla-se com a *aequitas*, comando de interpretação dirigido ao juiz, refletindo, então, a conotação de "justiça concreta" que viria, modernamente, a qualificar uma das acepções do princípio da boa-fé³⁷⁷.

De acordo com Moreira Alves, "com o desaparecimento do processo formulário, a boa-fé no direito pós-clássico se transforma em cláusula geral de direito material que domina todo o sistema contratual"³⁷⁸.

As *bonae fidei iudicia* "apontam para uma *actio* especial que protege uma *intentio*, baseada não na *lex*, mas sim na *fides*"³⁷⁹. Ocorreu, assim, uma maior flexibilidade no sistema formalista das *actiones*.

Da intervenção corretiva pretoriana surgiram instrumentos que mais tarde se consolidaram nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como a compensação, a *exceptio non adimpleti contractus* e a *exceptio doli*, "que, mais tarde, viria a desembocar na disciplina dos vícios do consentimento e, de certa forma, na vedação de *venire contra factum proprium*"³⁸⁰. Com a *exceptio doli generalis* "explicava-se, no processo, a

³⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 123; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 401.

³⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, 2000, p. 124.

³⁷⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas**. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>. Acesso em: 12.10.2012.

³⁷⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 159.

³⁸⁰ GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o Actus e o Factum: Os comportamentos contraditórios no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 13.

função criativa do pretor, dirigida a corrigir, no momento da concretização dos cânones da boa-fé e da equidade, os resultados da formal aplicação das regras do *ius civile*³⁸¹.

A influência da moral estóica, segundo Michel Villey, transformou a *fides* em "vedete", conferindo aos pretores uma sanção judiciária pelo descumprimento do *dever de sinceridade*, punindo o dolo e a ausência de *fides*, por um numeroso arsenal de *actiones*³⁸². Acrescenta Schulz que, para Cícero, a *fides* era "o mais santo da vida" e Valério Máximo a qualificou como "a base de toda a felicidade humana"³⁸³.

Os ideias herdados da Antiguidade clássica foram reformulados pelo cristianismo. Os conceitos de personalidade e de liberdade foram colocados em outras proporções pela doutrina do pecado original, que enfatiza a fraqueza da vontade humana e a necessidade de uma autoridade para supervisionar as iniciativas individuais. A noção de justiça se complementa pela de caridade. Há responsabilidade, em outra vida, não só pelo que se fez de errado ou de injusto, mas também pelo bem que poderia ter sido feito e não se realizou. À visão estóica da superioridade dos valores espirituais sobre os valores materiais se acrescenta uma solene advertência contra os perigos da riqueza: "é mais fácil um camelo passar pelo buraco de uma agulha, que um rico cruzar o portão dos céus". O ideal pagão³⁸⁴ foi substituído pelo ideal cristão³⁸⁵.

No direito canônico, "a *bona fides* conserva utilização subjetiva semelhante à que se viu consubstanciar no Direito romano, a propósito da *usucapio*"³⁸⁶, tendo-lhe sido conferidas "tonalidades éticas que se podem

³⁸¹ RANIERI, Filippo. Eccezione di dolo generali. In: **Digesto delle discipline privatistiche: Sezione Civile**. Torino: UTET, 1994, p. 313.

³⁸² VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne: Cours d'histoire de la philosophie du droit**. Paris: Montchretien, 1975, p. 469.

³⁸³ SCHULZ, Fritz. **Principios del derecho romano**. (trad. Manuel Abellán Velasco). Madrid: Civitas, 1990, p. 244.

³⁸⁴ De participação ativa dos cidadãos na vida do Estado, sentimento de dever cívico e militar e concepção imanente da vida - o indivíduo se sente solidário, se não em relação ao mundo, ao menos em relação aos seus cidadãos.

³⁸⁵ Desinteresse pelas coisas deste mundo, portanto, por tudo o que era concernente ao Estado, e aspiração à vida eterna.

³⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 401.

expressar equiparando-a à ausência de pecado: a boa-fé não implica só ignorância, exige ausência de censura"³⁸⁷. Contudo, a boa-fé canônica subjetivou-se, tendo sido definida como, "ausência de intenção consciente de prejudicar outrem"³⁸⁸, "estado de ciência ou de consciência individual"³⁸⁹ e "ausência de pecado"³⁹⁰. A boa-fé canônica se introduziu no casamento putativo, pois, nos casos de invalidade, considerava-se excessiva a eficácia *ex tunc*, mantendo-se a produção de efeitos jurídicos quanto aos filhos e ao cônjuge de boa-fé (aquele que havia acreditado na validade do casamento) - o que alcançaria as codificações dos séculos XVIII e XIX³⁹¹.

O cristianismo preparou a transição para um terceiro período, o do feudalismo e da Idade Média³⁹².

Durante o feudalismo vislumbra-se uma tendência para um individualismo poderoso, de natureza aristocrática, e a ideia de que a sociedade está baseada, em grande parte, sobre o comércio de serviços. Também se verifica a exaltação, com a cavalaria, dos sentimentos de honra e lealdade, que se transpuseram, posteriormente, no dever de lealdade ao príncipe³⁹³.

O papel jurídico do juramento de honra liga-se à fórmula bipartida *débito e responsabilidade (Schuld und Haftung)*, cuja construção se deveu, mais tarde, a Alois von Brinz. Assim, ao se atribuir à boa-fé, nas relações obrigacionais, "o conteúdo do cumprimento exato dos deveres assumidos, ao qual corresponderia um dever de consideração para com os interesses da

³⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 401.

³⁸⁸ LOMBARDO, Luigi Scavo. **Il concetto di buona fede nel diritto canonico: contributo storico dogmatico**. Roma : Libreria dell'Universita di Roma, 1944, p. 665.

³⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 161.

³⁹⁰ FEDELE, Pio. **Lo spirito del diritto canonico**. Padova: CEDAM, 1962, p. 354; RUFFINI, Francesco. **La buona fede in materia di prescrizione: storia della teoria canonistica**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1892, p. 177.

³⁹¹ ESMEIN, Adhemar. **Le mariage en droit canonique**. 2. éd., Paris: Sirey, 1929, p. 36; LANZILLO, Raffaella. **Il matrimonio putativo**. Milano: Giuffrè, 1978, p. 61.

³⁹² HAURIOU, André, SFEZ, Lucien. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. Paris: Montchrestien, 1972, p. 5-6.

³⁹³ *Idem, ibidem*.

contraparte³⁹⁴, o antigo direito germânico empregou tal estrutura, mais tarde adotada no direito das obrigações³⁹⁵.

Os ideais cavaleirescos, contidos no juramento de honra, ligam-se a uma questão ética: a garantia da palavra dada. Esta garantia, "contudo, não vinculada a uma perspectiva subjetivista - o olhar sobre a pessoa do garante -, mas a uma perspectiva objetiva, ligada à confiança geral, estabelecida a nível de comportamento coletivo, uma vez que a atitude cortês sempre implica numa reciprocidade de deveres"³⁹⁶. Fundamental seria "o julgamento da opinião pública, cuja aprovação ou censura eram, por excelência, o motor da actuação jurídica medieval"³⁹⁷.

A ética da *cortoisie* (*hübsch*) designa "um ideal de vida social civilizada e um conjunto de qualidades nobres e cavaleirescas"³⁹⁸. A fórmula germânica *Treu und Glaube* surge das noções de lealdade (*Treu* ou *Treue*) e de crença ou confiança (*Glaube* ou *Glauben*), podendo ser entendida à luz dos juramentos medievais, do "ideal de vida sublime" e do "sonho de heroísmo"³⁹⁹. Trata-se de um significado diferente do relativo à boa-fé possessória, que se deriva de outra expressão alemã: *guter Glaube*⁴⁰⁰. *Treue*, etimologicamente, deriva do gótico *triggwa*, ligando-se à raiz *dru*, que no português se relaciona a *trégua*, e designava "firmeza, comportamento autêntico de alguém em consequência de um contrato concluído"⁴⁰¹. *Glauben*, por sua vez, referia-se à *fides*, no sentido cristão de fé, confiança ou crença⁴⁰². Verifica-se o emprego da locução *Treu und Glaube* "como confiança e boa fé, em sentido psicológico-subjetivo, como confiança e credibilidade e como credibilidade e bitola de comportamento"⁴⁰³. Nas fontes das expressões *bona fides* e *Treu und Glauben* está a confiança

³⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 126.

³⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 170-175.

³⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 125.

³⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, 2007, p. 176.

³⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 125.

³⁹⁹ HUIZINGA, Johan. **O declínio da Idade Média**. (trad. Antonio Abelaira). São Paulo: Verbo, 1978, p. 31.

⁴⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 124-125.

⁴⁰¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, 2007, p. 167.

⁴⁰² *Idem, ibidem*.

⁴⁰³ *Idem*, p. 170.

(*Vertrauen*), do alemão "confiar (*treuen*), estar certo (*sicher, sein, fest*), esperar (*hoffen*), acreditar (*glauben*), ser fiel (*treu*)"⁴⁰⁴. Em resumo, "confiar é acreditar, é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta e o contrato"⁴⁰⁵.

Menezes Cordeiro, sobre a influência da boa-fé teutônica proveniente da Idade Média, explica que

O contributo fundamental da boa fé germânica da Idade Média foi antes o de - num reflexo setorial do seu contributo para a cultura do Ocidente - ter introduzido, no domínio da boa fé, um conjunto de valores novos, que perduraria a codificação alemã e, a partir daí, se radicaria nas outras codificações romanísticas⁴⁰⁶.

O Renascimento marca a retomada de valores da Antiguidade⁴⁰⁷. Segundo Johan Huizinga, o hábito de opor o humanismo à Idade Média pode levar a supor que a adesão ao novo modelo promoveu o repúdio ao anterior:

É-nos difícil imaginar que espírito pudesse cultivar as antigas formas de pensamento e de expressão medievais e aspirar ao mesmo tempo à visão antiga da razão e da beleza. Mas é assim mesmo que temos que conceber o que se passou. O classicismo não apareceu por súbita revelação; cresceu entre a vegetação luxuriante do pensamento medieval. Antes de ser uma inspiração o humanismo foi uma forma. E, por outro lado, os modos característicos do pensamento da Idade Média persistem por muito tempo durante o Renascimento⁴⁰⁸.

O humanismo "constrói a primeira sistemática com o intuito de procurar no Direito princípios e ideias perenes que pudessem melhor instrumentalizar as ações sociais"⁴⁰⁹. Cujacius (1522-1590) e Donellus (1527-1559), na tentativa de sistematizar o *Corpus Juris Civilis*, promoveram a recuperação de vários sentidos da *bona fides*, extraídos da compilação justinianéia, "evitando o seu

⁴⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: **A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual**. (Coord. Cláudia Lima Marques). São Paulo: RT, 2007, p. 40.

⁴⁰⁵ *Idem, ibidem*.

⁴⁰⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 175-176.

⁴⁰⁷ GARIN, Eugénio. **Idade Média e Renascimento**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 41-42.

⁴⁰⁸ HUIZINGA, Johan. **O declínio da Idade Média**. (trad. Antonio Abelaira). São Paulo: Verbo, 1978, p. 289.

⁴⁰⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 159.

relegar definitivo para o mero elemento da usucapião⁴¹⁰ e permitindo a "reconstrução unitária do instituto e o papel de princípio geral de direito"⁴¹¹.

Quando o racionalismo se instala, adota-se o modelo matemático como critério de cientificidade, com a busca de conceitos absolutos, em um sistema de afirmações unívocas, fundado em assertivas verdadeiras, porque certas⁴¹². Tal contexto "apóia a base para uma segunda sistemática, trazida pelo juraracionalismo" e, assim, "do século XV ao XVII vê-se a formação de um sistema fechado de verdades da razão"⁴¹³.

A doutrina cartesiana ressalta "a superioridade do pensamento unitário que, partindo de uma base bem determinada, seja conduzida por um só critério"⁴¹⁴. Tal modelo, fundado em postulados firmados, estabelecido sob o padrão cognitivo da matemática (*more geometrico*), não absorve a boa-fé como matriz de cadeias dedutivas, sendo inviável adotá-la como axioma, dada a diluição do seu conceito, pois "algo que é muitas coisas ao mesmo tempo, que não pode ser visto desde uma *fattispecie* unitária, nada é, porque impede a totalização"⁴¹⁵. Além disso, sob o primado da certeza do ser pensante (*cogito ergo sum*), "todas as categorias do conhecimento, inclusive as categorias jurídicas, são filtradas por este critério: os conceitos jurídicos, como os de *dever*, *direito* (subjutivo), *obrigação*, *culpa*, subjetivam-se, referenciam-se ao ser que pensa e, por isto, é, e age"⁴¹⁶. A acepção subjetiva da boa-fé, de cariz psicológico, subsistiu. Mas a a boa-fé objetiva, que se vincula ao

⁴¹⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198.

⁴¹¹ *Idem*, p. 199-200.

⁴¹² SÈVE, René. *Système et Code*. **Archives de Philosophie du Droit**. Paris: Sirey, 1986, t. 31 p. 77.

⁴¹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 160.

⁴¹⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 218.

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 168.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 167.

comportamento do sujeito (ao *modo do ato*⁴¹⁷) e não ao seu íntimo (estado de alma), encontrou ambiente infecundo para se desenvolver⁴¹⁸.

O período iniciado a partir da metade do século XVIII teve significativa relevância, pois nele se "viu a abolição das velhas tradições jurídicas, o breve triunfo do direito natural e a emergência mais duradoura de uma crença nos códigos"⁴¹⁹. O impulso dos filósofos, como Voltaire e Rousseau, teve como efeito submeter ao império da razão, ao crivo do raciocínio lógico, não apenas os fenômenos físicos, mas também os problemas sociais, políticos e econômicos⁴²⁰. A liberdade, base do *contrato social* de Rousseau, expressa-se pela *vontade*, geradora de direitos e deveres, à qual é atribuída força de lei. Exceto nos casos previstos em lei, o Estado ou outro particular não devem perturbar a livre expressão da vontade (individual)⁴²¹. Voltaire ironizou a multiplicidade de costumes franceses, a enorme variedade de suas interpretações e defendeu a criação de um direito, no qual ocorresse a eliminação dos particularismos⁴²².

Além disso, a desigualdade mantida pelo absolutismo e as limitações impostas, especialmente à propriedade, tornaram igualdade e liberdade exigências essenciais que se refletiram na Revolução Francesa e na subsequente codificação⁴²³.

Esse amplo movimento assumiu uma atitude crítica às ideias do *ancien régime*, sendo os reformadores modernos hostis às outras fontes do direito fora

⁴¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 167.

⁴¹⁸ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 57.

⁴¹⁹ CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. (trad. Carlos Eduardo Lima Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 161.

⁴²⁰ HAURIOU, André, SFEZ, Lucien. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. Paris: Montchrestien, 1972, p. 8.

⁴²¹ Trata-se de "encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, entretanto, senão a si mesmo e permaneça tão livre como antes". In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Oeuvres complètes: Du contrat social**. Paris: Gallimard, 1966, v. 8, p. 360.

⁴²² VOLTAIRE. **Oeuvres complètes de Voltaire: Dictionnaire philosophique**. Paris: Imprimerie de Ch. Lahure et Cie, 1860, t. 5, p. 8.

⁴²³ O Código Civil francês regula a propriedade como o *direito mais absoluto*, como se verifica no art. 544: *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*.

a legislação. O papel dos julgadores era limitado. A famosa expressão *bouche de la loi* encontra-se no *Esprit des lois*, de Montesquieu: "os juizes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor"⁴²⁴.

Esse substrato filosófico e político ecoa na codificação francesa, cujos parâmetros de certeza, plenitude, raciocínio axiomático e necessidade de segurança da sociedade burguesa servem de base "para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico"⁴²⁵. Julien Bonnecase, no começo do século XIX, tornou célebres as frases de Bugnet (*Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon*) e Demolombe (*Les textes avant tout, je publie un cours de Code Napoléon*), fundadores de tal doutrina⁴²⁶.

O contrato era visto como expressão da liberdade (*qui dit contractuel, dit juste*), proveniente da vontade, a qual tinha papel criador do direito e de reforço do princípio da obrigatoriedade do pactuado⁴²⁷. Segundo Orlando Gomes, "instituiu-se, em suma, como pedra angular do Direito Privado, o *dogma da autonomia da vontade*"⁴²⁸. No *Code*, as referências à boa-fé são previstas, em matéria possessória⁴²⁹ e contratual⁴³⁰, de modo atrelado a "um critério subjetivo, interno do agente, contraposto ao dolo, à mentira e à má-fé, vale dizer, a boa-fé enquanto *ignorância escusável*"⁴³¹. Entretanto, conceitos vagos

⁴²⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **De l'esprit des lois**. Deuxième partie: Livres IX à XIII. Genève: Barillot, 1748, p. 60.

⁴²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

⁴²⁶ BONNECASE, Julien. **L'école de l'exégèse en droit civil**. Paris: E. de Boccard, 1924, p. 128.

⁴²⁷ RIEG, Alfred. **Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand**. Paris: L.G.D.J., 1961, p. 5.

⁴²⁸ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967, p. 10.

⁴²⁹ Art. 550. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre transatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.

⁴³⁰ Art. 1.134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

⁴³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 205; RANIERI, Filippo. Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du *Civil Law*. **Revue Internationale de Droit Comparé**, 1998, v. 50, p. 1063 (1055-1092).

e imprecisos estavam fadados ao fracasso⁴³². Assim, embora inseridas na lei, normas como as relativas à boa-fé se interpretavam de modo a reforçar a autonomia da vontade, diante do caráter individualista do texto de onde provinham, "sendo relegadas à sombra, por medo dos juízos axiológicos que o seu exame e o seu emprego implicavam"⁴³³.

Na França, assim também nos países que adotaram o modelo napoleônico, "soçobrou-se rapidamente num positivismo prematuro de tipo exegético"⁴³⁴, pois "admitir a força criadora da vontade individual era consagrar o arbítrio"⁴³⁵. Daí porque, segundo Orlando Gomes, "a preocupação, logo nascida, de preservar a segurança da ordem jurídica, sacrificada, como seria, se prevalecesse a onipotência da vontade"⁴³⁶.

De outro lado, na Alemanha surgiram construções jurídicas novas. O desaparecimento progressivo do latim, a diversidade de línguas, a rivalidade política e a necessidade de afirmação germânica como Estado nacional, além da "conotação do ideário jurídico francês com a Revolução marcada, em especial pelo terror"⁴³⁷, somados à filosofia, especialmente de Kant, incutiram novas influências.

A vontade, pilar da filosofia kantiana, é dirigida pela razão - faculdade prática - mediante o conceito de dever. Agir por dever, cumprindo-o, torna boa uma vontade. Assim, o valor moral de uma ação não depende nem do seu objeto, nem das vantagens auferidas, mas somente de que se faça por dever. Nesse ponto, é estabelecida a distinção entre uma *ação por dever* e uma *ação conforme o dever*, em que apenas a primeira é compatível com a vontade boa

⁴³² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 267; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 161.

⁴³³ CORRADINI, Domenico. **Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1971, p. 68.

⁴³⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 287.

⁴³⁵ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967, p. 11.

⁴³⁶ *Idem, ibidem*.

⁴³⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 286.

em si mesma: "Neste mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade"⁴³⁸.

A possibilidade de o homem seguir seus desejos ou acatar a razão é o que consiste na liberdade. Em que consiste uma boa vontade é a questão inicial do desenvolvimento da tese kantiana para chegar à formulação do imperativo categórico.

A partir da proposição de que todo ato voluntário é dirigido pela razão e se expressa sob a forma de um imperativo, Kant afirma que a ação deve ser praticada por dever, independentemente de qualquer finalidade. Mas, sendo o homem um ser finito, cuja vontade não é santa, e, pois, composto de razão e sensibilidade, está sujeito às inclinações sensíveis que o podem seduzir. Por isso, a vontade se submete aos chamados princípios subjetivos da ação, ou máximas. Elas traduzem os princípios segundo os quais o homem, enquanto ser racional, age⁴³⁹.

Tais princípios, válidos para todos, vinculantes da vontade, enquanto determinados pela razão, exprimem-se pelo dever e se chamam imperativos. De acordo com Joaquim Carlos Salgado, Kant expressa o imperativo categórico a partir da fórmula geral: "Age apenas segundo a máxima em virtude da qual possas querer ao mesmo tempo que ela se torne lei universal"⁴⁴⁰.

Sob o prisma da autonomia, ou da liberdade no reino dos fins, a máxima seria: "age de tal forma que a tua vontade, através de suas máximas, se possa considerar ao mesmo tempo como legisladora universal"⁴⁴¹. Aqui é retomado o conceito de *boa vontade*, ou aquela cuja máxima, ao tornar-se lei (universal e

⁴³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974 [1785], p. 203.

⁴³⁹ *Idem*, p. 231.

⁴⁴⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte, UFMG, 1986, p. 223.

⁴⁴¹ *Idem, ibidem*.

necessária), não poderá contradizer-se. Trata-se da fórmula geral do imperativo categórico, que se impõe, incondicionalmente.

Kant só considera como boa a *boa vontade*. O que ele chama *talentos do espírito* (entendimento, capacidade de julgar e perseverança), *qualidades do temperamento* (coragem, decisão e constância de propósitos) ou os *dons da fortuna* (riqueza, honra e saúde), ainda que "possíveis concorrentes" da vontade, não são bons em si mesmos. Se, por um lado, possam ser bons e desejáveis, por outro lado, podem ensejar um uso nocivo e, mesmo, mau. São mencionados, ainda, o autodomínio, a moderação e o sangue frio, como valores intrínsecos a uma pessoa. Todavia, tais características, sem os princípios norteadores de uma boa vontade, podem tornar-se perniciosos. Por exemplo, o sangue frio de um assassino torna-o mais perigoso, como mais depreciável a sua conduta. Assim, é a vontade que determina o rumo que o uso de tais qualidades pode tomar, pois ela é "a faculdade de escolher só *aquilo* que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer, como bom"⁴⁴².

Ou, nas palavras de Manuel García Morente: "Para que uma ação seja moral, é mister que aconteça algo não na ação mesma e na sua concordância com a lei, mas no instante que antecede à ação, no ânimo ou vontade daquele que a executa"⁴⁴³.

A influência de Kant e sua concepção "da ordem jurídica como a forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direito"⁴⁴⁴ se fez sentir em outros pensadores, como Savigny, de acordo com Wieacker:

Continuou ainda a ser possível, com base na autonomia ética de Kant, uma ética jurídica autônoma de caráter trans-histórico, tal como dominou o conjunto da primeira pandectística no conceito de pessoa jurídica, de direito subjetivo, de autonomia da vontade

⁴⁴² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974 [1785], p. 205.

⁴⁴³ MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia: Lições preliminares**. 8ª ed., São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 256.

⁴⁴⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª ed., (trad. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 402.

negocial e da *existência autônoma do direito* como meio da realização da ética em Savigny e em Puchta. (...) Savigny chega assim a uma relação entre direito e moral que fundamenta eticamente a própria autonomia do direito; o direito serviria na verdade à moral; porém, não enquanto desse realização aos seus comandos, mas enquanto assegurasse a cada um o desdobramento das suas energias internas. Daqui decorre que o direito domine ilimitadamente na sua esfera e não tenha que cumprir outra missão que não a da consagração ética da natureza humana⁴⁴⁵.

Embora inicialmente tenha assumido uma posição crítica à teoria kantiana, Savigny chegou a afirmar que desejaria "ser um Kant na Teoria do Direito"⁴⁴⁶. Mas a metáfora feita por Savigny é precisa somente no estágio inicial do seu pensamento. A partir de 1802, Savigny abandonou seus esforços de buscar uma base para a lei natural e passou a lançar os fundamentos do historicismo⁴⁴⁷. A carga racional kantiana conduzia, "quase com fatalidade, a discursos dedutivos, desenvolvidos a partir de pressupostos centrais axiomatizados"⁴⁴⁸. Para Savigny, um dos fundadores da Escola Histórica, "não será a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, que será primariamente o objeto de ocupação do jurista, mas a convicção comum do povo (o "espírito do povo"), este sim fonte originária do direito, que dá o sentido (histórico) ao direito em constante transformação"⁴⁴⁹.

Na posse, Savigny vislumbra a boa-fé, quando o possuidor estiver convencido de ter fundamento jurídico para exercê-la, devendo agir, em relação à coisa como procede o proprietário, com intenção de tê-la como dono (*animus domini*)⁴⁵⁰. Nas obrigações, o mencionado autor refere-se aos usos de

⁴⁴⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª ed., (trad. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 403

⁴⁴⁶ BEISER, Frederick Charles. **The German Historicist Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 224.

⁴⁴⁷ CROSBY, Margaret Barber. **The Making of a German Constitution: A Slow Revolution**. Oxford: Oxford International Publishers Ltd., 2008, p. 76; MICKLITZ, Hans-Wolfgang. **The Many Concepts of Social Justice in European Private Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Ltd., 2011, p. 19.

⁴⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 293.

⁴⁴⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 51.

⁴⁵⁰ SAVIGNY, Friedrich-Karl von. **Traité de la possession: d'après les principes du droit romain**. (trad. Jules Beving). Bruxelles: Société Belge de Librairie Hauman et Comp., 1840, p. 100.

conteúdo moral, vigentes entre gente honesta," aos efeitos atribuídos à *bona fides*"⁴⁵¹.

Ao longo do século XIX, um grupo de renomados romanistas empreendeu a tarefa de tentar determinar se o conceito de boa-fé é formalmente psicológico ou ético. Bruns e Wächter foram protagonistas dessa polêmica que resultou, no estudo da boa-fé, na ênfase, pelo primeiro, de um estado psicológico, ainda que não inteiramente restrito a tal caráter, e, "pelo segundo, de uma noção dita de ética, pela qual a boa fé exprimiria a lealdade, a honradez e a honestidade"⁴⁵².

Para Bruns, há duas maneiras de conceber a boa-fé. Pode-se concebê-la como um *estado psicológico*, como uma crença ou convicção pessoal a respeito de algo⁴⁵³. Sob outro aspecto, pode-se entender a boa-fé como um *estado ético*, conotando honestidade, retitude, moralidade. Não se trata de uma mera crença, mas uma convicção moralmente reta, irreprensível sob o ponto de vista ético⁴⁵⁴.

O legislador seria livre para eleger uma ou outra classe de boa-fé, assim como o direito romano teria optado pelo princípio ético. Por isso, a *bona fides* romana não se refletiria tanto na *Glaube* alemã, mas sim na *Treu*, algo mais que uma crença, ainda que ela seja firme psicologicamente⁴⁵⁵. De acordo com Menezes Cordeiro, Bruns chama a atenção para os riscos que adviriam de uma consideração puramente psicológica da boa-fé:

Dependendo esta estritamente da pessoa, ela seria mais fácil no néscio ou no crédulo. Em qualquer caso, seria necessária uma investigação sobre cada pessoa para apurar da sua boa fé, com consequências funestas para a segurança. A boa fé não poderia,

⁴⁵¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. (trad. M. C. Genoux). Granada: Editorial Comares, 2005, p. 3.

⁴⁵² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 308.

⁴⁵³ NAVARRETE, Urbano. **La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva: Estudio historico-canónico**. Roma: Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, 1959, p. 34.

⁴⁵⁴ *Idem, ibidem*.

⁴⁵⁵ *Idem, ibidem*.

assim, ser um mero conceito psicológico: teria, antes, uma natureza ético-jurídico-comercial⁴⁵⁶.

Wächter defende "que a boa fé é a crença de ser proprietário ou de não ter uma autorização referente à coisa; que ela é apenas um facto e não depende do seu fundamento; que, caso a lei imponha um requisito de desculpabilidade, isso não se prende com a boa fé; que, finalmente, a problemática do erro releva apenas para a prescrição ordinária"⁴⁵⁷. Em resumo, a boa-fé seria "a simples crença no próprio direito ou o desconhecimento de se lesar uma posição alheia"⁴⁵⁸.

Apesar da polémica, a grande diferença reside na necessidade ou não de se verificar a escusabilidade, pois, para Bruns, boa-fé significa "a convicção justificada da existência da posição material correspondente ao exercício externo ou o erro desculpável nesse mesmo sentido"⁴⁵⁹.

Em 1893, Bonfante, depois de indagar se a boa-fé deve ser compreendida como um estado psicológico ou ético, sustenta que a boa-fé é um conceito ético, geral e igual em todas as suas relações. O seu pressuposto *normal* na *possessio bonae fidei* e também na usucapião é o erro, isto é, um fato psicológico: raramente a ação ou comportamento exterior do sujeito. Todavia, quando concorrerem os aspectos ético e psicológico, não é concebível a prevalência de um sobre o outro, como não é admissível uma prevalência entre causa e efeito⁴⁶⁰. O autor acrescenta que ambos os aspectos da boa-fé são fundamentalmente éticos e só se diferenciam pelo grau de rigidez ética: *E che cosa è mai questa opposizione se non tra due stati o gradi di un concetto etico, l'un più rigoroso, l'altro più blando?*⁴⁶¹

Na véspera da codificação alemã, diante dos diversos estudos que floresciam, a boa-fé ganhou destaque.

⁴⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 310.

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 309.

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 313.

⁴⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁴⁶⁰ BONFANTE, Pietro. **Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore**. United States: Kessinger Publishing Company, 2010 [1893], p. 94-95.

⁴⁶¹ *Idem*, p. 98.

Em matéria comercial, "campo historicamente marcado pelo imperativo de flexibilização das formas"⁴⁶², a boa-fé pertinente aos ideais da Cavalaria, "como impulsionadora de um feixe de deveres de conduta frente ao *alter* e à comunidade, encontrou importantes ecos no substrato cultural germânico"⁴⁶³.

As decisões proferidas pelos tribunais alemães, envolvendo conflitos comerciais, diante da dinamicidade própria a tais relações e da falta de unificação normativa, segundo Menezes Cordeiro, "apresentam-se, em conjunto, como tópicas"⁴⁶⁴:

Numa proximidade relativa ao Direito comum que, a esse propósito, é muito citado e não obstante o seu emprego em áreas distantes das tradicionais - como no das letras de câmbio - a boa fé surge em sentido subjetivo, traduzindo a situação de ignorância em que se encontrem as pessoas, perante certos factores jurídicos que lhes sejam desfavoráveis. Mas surge, também, em acepção objetiva pura, para exprimir um modo de exercício das posições jurídicas, uma fórmula de interpretação objectiva dos contratos, ou, até, uma fonte de deveres, independentemente do fenómeno contratual⁴⁶⁵.

Em face da proposta de se criar um Código Civil alemão, inspirado no modelo francês, surge a famosa controvérsia entre Thibaut e Savigny. O primeiro defendia a codificação, na busca da unidade jurídica⁴⁶⁶. O último defendia a manutenção de um direito "já provado historicamente", afirmando desastrosos os efeitos da codificação, "pela fantástica e insana aspiração por um cego porvir do que guiada pela contemplação de um estado que se reputava mais perfeito"⁴⁶⁷.

A prevalência da tese de Thibaut resultou em um Código Civil (BGB) que, conforme Hattenhauer,

⁴⁶² GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o Actus e o Factum: Os comportamentos contraditórios no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 17.

⁴⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 208.

⁴⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 317.

⁴⁶⁵ *Idem, ibidem*.

⁴⁶⁶ REIMANN, Mathias, ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. U.K.: Turpin Distribution Services LTD., 2005, p. 4-5.

⁴⁶⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho**. (trad. A. Posada). Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 86.

foi feito para as pessoas que estavam dispostas a empreender algo e que, para isto, necessitavam de uma ampla margem de liberdade e escassa proteção estatal; um código para pessoas que eram bastante fortes para cuidar de si mesmas e, por isto, sentiam uma fundada desconfiança contra todas as intervenções estatais e a tutela judicial; um código para tempos seguros relações econômicas estáveis⁴⁶⁸.

O BGB trata da boa-fé subjetiva (*guter Glauben*) em vários dispositivos, como nos relativos a aquisição de móveis (§§ 926, 932, 933, 934), prescrição (§§ 937, 945), aquisição da posse (§§ 990, 991 e 1007) e posse da herança (§§ 2024 e 2025). A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) encontra sua maior expressão no § 242 ("O devedor é obrigado a cumprir a prestação, tal como o exige a boa-fé, em atenção aos usos do tráfego"⁴⁶⁹).

Assim que o BGB entrou em vigor, a prática judicial continuou a operar como antes, sem conferir maior dimensão ao § 242, uma vez que não se pretendeu, com a codificação, "conferir ao juiz poderes extraordinários de criação jurídica, a ponto de transformá-lo no símile moderno do pretor romano"⁴⁷⁰.

Na primeira metade do século XX, o § 242 do BGB se tornou o *pomo da discórdia* em grandes debates (legalismo, movimento do direito livre⁴⁷¹ e jurisprudência dos interesses⁴⁷²). A boa-fé foi apelidada desde *praga perigosa*

⁴⁶⁸ HATTENHAUER, Hans. **Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán.** (trad. Miguel Izquierdo Macias Picavea). Madrid: Edersa, 1981, p. 252.

⁴⁶⁹ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil. Apéndice: Código Civil Alemán (BGB).** (trad. Carlos Melon Infante). Barcelona: Bosch, 1955, p. 51.

⁴⁷⁰ GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o Actus e o Factum: Os comportamentos contraditórios no direito privado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 17.

⁴⁷¹ A partir da denominação atribuída por Eugen Ehrlich, a ideia básica "é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma actividade *criadora de Direito*." In: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** (trad. José Iamego). 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78.

⁴⁷² Considera-se o Direito como *tutela de interesses*, cujo cerne envolve "conhecer com rigor histórico, os interesses reais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses interesses." In: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** (trad. José Iamego). 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 66.

a *rainha das regras*⁴⁷³. Até hoje, há quem sustente que "a boa-fé é uma noção que não pode ser definida"⁴⁷⁴.

Entretanto, após o término da Primeira Guerra Mundial, "os tribunais alemães passaram a recorrer sistematicamente ao § 242 do BGB, no intuito de justificar soluções mais conformes ao sentimento de justiça dominante"⁴⁷⁵, gradativamente pacificando-se "o entendimento de que lhe competia servir de arrimo à interpretação e à suplementação do direito estrito"⁴⁷⁶. Larenz chegou a afirmar que o § 242 do BGB traduzia um "princípio supremo do Direito das Obrigações"⁴⁷⁷, fundamental não apenas para o direito privado, mas também para a totalidade da vida jurídica⁴⁷⁸, corporizando uma regra de conduta a ser observada pelas pessoas no cumprimento das suas obrigações⁴⁷⁹.

O Brasil colonial foi regido pelas *Ordenações do Reino*. As *Afonsinas* foram a primeira compilação portuguesa que vigorou, embora por pouco tempo, uma vez que foram substituídas pelas *Ordenações Manuelinas*, em 1521⁴⁸⁰. Inspiravam-se as Ordenações Afonsinas "na necessidade da afirmação nacional, a que era propício o romanismo doutrinário, triunfante nos grandes espíritos do momento"⁴⁸¹, devendo-se recorrer, em caso de lacunas, aos textos de Acúrsio e Bártolo de Saxoferrato. Segundo Pontes de Miranda, "outros foram os motores das Ordenações Manuelinas"⁴⁸².

Nestas, os fatores principais consistiram na ambição pessoal do monarca e na necessidade de aproveitar, no novo código, as doutrinas romanistas do poder absoluto dos reis, com que se

⁴⁷³ ZIMMERMANN, Reinhard, WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 19-20.

⁴⁷⁴ JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats: Étude comparative de droit français, allemand et japonais**. Paris: Dalloz, 2001, p. 79.

⁴⁷⁵ GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o Actus e o Factum: Os comportamentos contraditórios no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18.

⁴⁷⁶ *Idem*, p. 22.

⁴⁷⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. (trad. Jaime Santos Briz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 145-146.

⁴⁷⁸ *Idem, ibidem*.

⁴⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 403.

⁴⁸⁰ CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil colonial. In: **Fundamentos de História do Direito**. (Org. Antonio Carlos Wolkmer). 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 354-355.

⁴⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 41.

⁴⁸² *Idem*, 41-42.

apagassem, até certo ponto, o disseminado poderio local dos "senhores", o pluralismo do direito dos forais, que refletia a formação empírica, tradicional, esparsa, dos direitos locais. Ordenações Manuelinas - vaidade de D. Manuel + necessidade de prestigiar o Direito Romano que concorria para a unificação do direito⁴⁸³.

Em 1603, promulgaram-se as Ordenações Filipinas, que vigoram no Brasil por mais de três séculos, pois o art. 83 da Constituição brasileira da República (1891) previa que: "Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explícita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados". Tal se deu, apesar de a Constituição do Império (1824) determinar que: "Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade".

A demora no processo legislativo do Código Civil brasileiro prolongou, em demasia, a vigência da legislação lusitana, fundada na *communis opinio doctorum*, que se firmou desde as Ordenações Afonsinas e perdurou até o advento da Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769)⁴⁸⁴.

Como esclarece Pontes de Miranda, nas Ordenações mandava-se observar o direito consuetudinário, quando longamente usado, enquanto, na Lei da Boa Razão, "exigem-se certos caracteres, para que se possa considerar jurígeno o costume: a) a conformidade com a boa razão, que deve constituir o espírito das leis; b) não ser contrário a lei nenhuma; c) ter mais de cem anos"⁴⁸⁵.

No tocante à boa-fé, havia regulamentação específica nas Ordenações Filipinas, pois o texto legal era claro ao estabelecê-la na prescrição extintiva e na usucapião. Todavia, alguns juristas, como Coelho da Rocha, seduzidos pelo legalismo corrente na interpretação do Código Civil francês, passaram a

⁴⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 41-42.

⁴⁸⁴ SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. Lei da Boa Razão: O assalto iluminista ao direito lusitano. In: **História do Direito: novos caminhos e novas versões**. (Org. Miracy Barbosa de Sousa Gustin *et alii*). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 409.

⁴⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 46.

entender que "o preceito das Ordenações fundamentava a exigência da boa fé na razão do pecado"⁴⁸⁶ e, com apoio na Lei da Boa Razão, sustentaram que o "referido preceito se deve dar por *antiquado e sem execução*"⁴⁸⁷, seja na parte em que se reclama a boa fé do devedor, na prescrição extintiva, como também, na usucapião, durante todo o tempo necessário para a aquisição da propriedade.

Na legislação brasileira, o Código Comercial (1850), no art. 131, previa a boa-fé, os usos e a prática observada no comércio, na interpretação dos contratos⁴⁸⁸, embora tal norma tenha sido mais utilizada "como simples elemento auxiliar para a interpretação da vontade dos contratantes"⁴⁸⁹, sem se aproximar da amplitude conferida ao § 242 do BGB, como fonte autônoma de direitos e obrigações⁴⁹⁰.

O Código Civil pátrio, de 1916, recebeu influência das codificações francesa e alemã⁴⁹¹. Esclarece Pontes de Miranda que, "dos Códigos, o que

⁴⁸⁶ CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas: Estudos de direito moderno**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 56.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 57.

⁴⁸⁸ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

⁴⁸⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 37.

⁴⁹⁰ AGUIAR JR. Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n.14, abr./jun., 1995, p. 21; ALVES, José Carlos Moreira. **A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro**. Modena: Mucchi ed., 1999. p. 187-204. Separata da revista "Roma e América, Diritto Romano Comune", n° 7, 1999, p.190; MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 91-92; SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos da boa-fé objetiva: O princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 78.

⁴⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 97-98.

quantitativamente mais concorreu foi o *Code Civil*, 172 [artigos], menos por si do que pelas regras jurídicas romanas", sendo certo que "as fontes alemãs foram as mais importantes e por vezes os outros Códigos [português, italiano, espanhol, suíço, argentino, etc] foram veículos das influências alemãs e austríacas"⁴⁹².

Aos críticos da codificação brasileira, para os quais o Código traria rigidez ao direito, atrofiando seu natural desenvolvimento, Clóvis Beviláqua respondeu

É certo que os códigos não oferecem a flexura dos costumes, mas o que perde o direito com essa dureza de formas, ganha em clareza e precisão de idéas, em segurança de interesses, em cerceamento do arbítrio dos depositários do poder. E estas últimas vantagens compensam largamente aquella qualidade perdida⁴⁹³.

Não há, no Código Civil de 1916, dispositivo expresso, como regra geral, consagrando a boa-fé, a exemplo do § 242 do BGB⁴⁹⁴. Consoante explicação de Judith Martins-Costa

A pretensão da plenitude, a preocupação com a segurança, certeza e clareza (no sentido de precisão semântica) que marcam a obra de Beviláqua não permitiram espaço para a inserção de cláusulas gerais e, por isso, a boa-fé ficou restrita às hipóteses de ignorância escusável, em matéria de direito de família e no tratamento da proteção possessória⁴⁹⁵.

Sob a concepção que forjou o Código Beviláqua, "a vontade individual alcançou seu apogeu"⁴⁹⁶. A *autonomia da vontade* se definia "como um espaço privilegiado de liberdade individual, um círculo de perseguição dos interesses privados, que eram definidos por exclusão, como aqueles interesses estranhos

⁴⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 93.

⁴⁹³ BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do direito civil brasileiro. **Revista Acadêmica**, Recife, Ed. Papelaria Americana, 1896, p. 7.

⁴⁹⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 33.

⁴⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 267.

⁴⁹⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 66.

ao Estado"⁴⁹⁷. A vontade é considerada "a causa geradora dos direitos, visto que os interesses individuais exteriorizados numa declaração de vontade são protegidos apenas na medida em que o direito positivo os reconhece"⁴⁹⁸. Emílio Betti, a respeito, sustenta que a autonomia, sob a égide da vontade, põe a perder a correta visão de negócio jurídico, o qual "não consagra a faculdade de 'querer' no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática"⁴⁹⁹.

Ao longo do século XX, com o desenvolvimento científico, as mudanças sociais e políticas, duas Guerras Mundiais e a intervenção na economia, alteraram-se significativamente os paradigmas dos oitocentos, que inspiraram as primeiras codificações e tiveram influxo no Brasil. De acordo com Orlando Gomes e Antunes Varela,

Nesse quadro, o substrato econômico, político e ético do Direito Civil desintegra-se, arrastando na queda as estruturas formais que o envolviam. (...) Aquele direito privado que fizera do contrato o instrumento por excelência da vida econômica e a expressão insubstituível da autonomia privada, e, da propriedade, um direito natural do homem sobre o qual se apoiaria a vida econômica da sociedade e dele próprio, não mais existe onde já se implantou a nova economia coordenada e dirigida pelo Estado⁵⁰⁰.

Todos esses fatores fizeram com que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, "tão própria que repudiará o termo vontade e colocará em evidência a partícula privada"⁵⁰¹. Segundo Otavio Luiz Rodrigues Junior

Dir-se-á, agora, apenas, autonomia privada. É a visão italiana, que guarda sonância com seu significado etimológico de dar normas para si mesmo. Com maiores ou menores discrepâncias

⁴⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56.

⁴⁹⁸ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967, p. 11.

⁴⁹⁹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. (trad. Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: LZN Editora, 2003, t. 1, p. 78-79.

⁵⁰⁰ GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 23.

⁵⁰¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004, p. 121.

entre suas orientações, podem ser alistados nas hostes da autonomia privada os nomes de Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota-Ferrara, Santi Romano e Hans Kelsen. Sua linha dogmática tem recebido a denominação de objetivista ou prescritiva, essa última que se evita o uso para não confundir com status peculiar de Emílio Betti. Sob a escusa de afastar a superada visão de autonomia da vontade, permeada de insustentável individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares⁵⁰².

A expressão *autonomia da vontade* "tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real"⁵⁰³. A autonomia privada deixa de ter como fundamento preponderante a liberdade individual e "seu fundamento de legitimidade passa a variar de acordo com os interesses perseguidos, e com os valores constitucionais, a que estes interesses possam, na hipótese concreta, ser associados"⁵⁰⁴.

Não havia mais como manter "a proteção absoluta da vontade psicológica do agente"⁵⁰⁵. O impacto da decadência do *dogma da vontade* foi tal, que parte da doutrina chegou a proclamar o *declínio do contrato*⁵⁰⁶, a *morte do contrato*⁵⁰⁷, ou, mais recentemente, uma *nova crise do contrato*⁵⁰⁸, "decorrente da crescente intervenção estatal no âmbito da liberdade individual, a ponto de estabelecer uma restrição excessiva ao poder da vontade dos particulares"⁵⁰⁹.

⁵⁰² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004, p. 121-122.

⁵⁰³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245.

⁵⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Autonomia negoziale e autonomia contrattuale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2000, p. 333.

⁵⁰⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 67.

⁵⁰⁶ ATIYAH, Patrick Selim. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979, *passim*.

⁵⁰⁷ GILMORE, Grant. **The death of contract**. Columbus: The Ohio State University Press, 1992, p. 66.

⁵⁰⁸ JAMIN, Christophe, MAZEAUD, Denis (direction). **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003, *passim*.

⁵⁰⁹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *In:*

Mas o que se verificou foi a reconstrução da autonomia contratual clássica, mediante "o rompimento de sua compreensão como fenômeno vinculado exclusivamente à abstração da autonomia da vontade, para passar a considerar com destaque circunstâncias de fato no desenvolvimento da relação contratual"⁵¹⁰.

De acordo com Cláudia Lima Marques, as mudanças da sociedade contemporânea, desde o fim da Segunda Guerra Mundial,

em que a pós-industrialização lançou o pós-fordismo, os bens juridicamente relevantes, ou a riqueza econômica, passaram a ser os bens móveis imateriais e os fazeres ou serviços de massa, em que a privatização generalizada dos serviços públicos abalou a segurança do Estado, do bem-estar, a globalização da produção e da distribuição em escala e o crescente movimento de integração econômica superaram as fronteiras do Estado-Nação, diminuindo a intervenção protetiva estatal (...), o que foi acompanhado por um movimento de renascimento da autonomia da vontade, dos árbitros e dos meios alternativos de solução de controvérsias, (...) concentrando ainda mais o poder nas *empresas mundiais* e acompanhado da revolução das relações virtuais da sociedade da informação⁵¹¹.

As transformações sociais e econômicas passaram a reclamar do legislador uma abordagem mais ampla, diante da saturação e insuficiência do modelo anterior codificado⁵¹². A necessidade de *substituição do conteúdo* das relações humanas, ainda que se mantenham os termos que as designam, foi traduzida por Walter Rathenau, mediante a metáfora da *concha do marisco abandonada*, que, jogada na areia, sem o primitivo habitante, pode servir de morada para gerações de outros seres, ao longo do tempo⁵¹³. O mesmo

A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. (Coord. Cláudia Lima Marques). São Paulo: RT, 2007, p. 182.

⁵¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Op. cit.**, p. 181.

⁵¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. *In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.* (Coord. Cláudia Lima Marques). São Paulo: RT, 2007, p. 23-24.

⁵¹² GOMES, Orlando. **A crise do direito.** São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 277-278.

⁵¹³ RATHENAU, Walter. Do sistema acionário: uma análise negocial. (trad. Nilson Lautenschlenger Jr.). **Revista de Direito Mercantil**, n. 128, a. 41, out./dez., 2002, p. 202, *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. *In: Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional.* São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-58.

raciocínio pode ser aplicado às relações e institutos jurídicos, bem como às palavras que os definem, desde que o modelo normativo adotado assim permita.

Em decorrência da incapacidade de o modelo codificado brasileiro dar soluções adequadas para os problemas contemporâneos, ocorreu a proliferação de leis fora do Código Civil de 1916. A perda de unicidade e de centralidade do Código levou a uma transformação do modelo jurídico pátrio, pois

Os elementos básicos, estruturais do sistema se encontravam no Código Civil. Agora, é perceptível que se encontram no Código, nas leis especiais e na Constituição, nos princípios e valores nela consagrados, nos costumes e na construção jurisprudencial⁵¹⁴.

Para Orlando Gomes, ao civilista se apresentou o problema crucial da sobrevivência do Código Civil, cabendo indagar "se a conervação de sua técnica em uma ordem jurídica antiindividualista significa o prolongamento de sua vida ou o termo de seus dias"⁵¹⁵.

O legislador pátrio entendeu necessária a ressystematização da matéria civil, o que levou a um processo de codificação, iniciado em 1969⁵¹⁶, mas que culminou, somente em 11 de janeiro de 2002, na publicação da Lei nº 10.406, que instituiu um novo Código Civil.

Miguel Reale defende a tese de que, ao contrário do Código Civil de 1916, adotou-se a opção, "muitas vezes, por *normas genéricas* ou *cláusulas gerais*, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, (...) para contínua

⁵¹⁴ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro *et alii*. **A LICC e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

⁵¹⁵ GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 278.

⁵¹⁶ Em 23 de maio de 1969, foi nomeada a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, formada por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Erbert Chamoun (Direitos Reais), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Sucessões). *In*: REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. (Coord. Miguel Reale, Judith Martins-Costa). São Paulo: RT, 2005, p. 19.

atualização dos preceitos legais"⁵¹⁷. Exemplifica o mencionado autor, com a frequente "referência à probidade e à boa-fé, assim como à correção (*correttezza*)"⁵¹⁸. No exemplo relatado, traz-se à baila a boa-fé objetiva, cuja essência, "em sentido moderno, está no *comportament réfléchi à l'égard d'autrui* como mandamento bilateral de conduta"⁵¹⁹.

De outro lado, a boa-fé subjetiva "diz respeito a dados internos, (...) atinentes diretamente ao sujeito"⁵²⁰. Corresponde "à íntima convicção do sujeito de que sua conduta não lesa direito alheio"⁵²¹, ou à "ciência de que não viola a lei ou qualquer direito de outra pessoa"⁵²². Assim, enquanto a boa-fé subjetiva pode ser compreendida "como um estado, a objetiva deve ser encarada como uma regra de conduta"⁵²³. Ou seja, a boa-fé objetiva é "um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para (...) não frustrar a confiança legítima da outra parte"⁵²⁴.

Na síntese de Fernando Noronha⁵²⁵, a boa-fé objetiva possui três funções principais: a) na interpretação dos negócios jurídicos (art. 113, do Código Civil)⁵²⁶; b) na definição de limites ao exercício dos direitos, reprimindo-se, como ilícito, o abuso de direito (art. 187, do Código Civil)⁵²⁷; c) como fonte

⁵¹⁷ REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. (Coord. Miguel Reale, Judith Martins-Costa). São Paulo: RT, 2005, p. 37.

⁵¹⁸ *Idem*, p. 38.

⁵¹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 32.

⁵²⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

⁵²¹ GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o Actus e o Factum: Os comportamentos contraditórios no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 11.

⁵²² GIAMPICCOLO, Giorgio. La buona fede in senso suggestivo nel sistema del diritto privato. In: FREZZA, Paolo *et alii*. **Studi sulla buona fede**. Milano: Giuffrè, 1975, p. 78.

⁵²³ SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos da boa-fé objetiva: O princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 14.

⁵²⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

⁵²⁵ *Idem*, p. 151.

⁵²⁶ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁵²⁷ Art. 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.

de deveres de conduta, que se impõem independentemente da manifestação de vontade das partes, em todas as fases da relação contratual⁵²⁸ (art. 422, do Código Civil)⁵²⁹.

A função interpretativa, ou critério hermenêutico-integrativo da boa-fé objetiva (art. 113, do Código Civil), consiste em "*kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes"⁵³⁰. A boa-fé "traça uma órbita ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação, e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações"⁵³¹. A respeito, assevera Menezes Leitão que

A boa fé concretiza-se assim em regras impostas do exterior, que as partes devem observar na actuação do vínculo obrigacional, podendo servir para complementação do regime legal das obrigações, através de uma valoração a efectuar pelo julgador. Nalguns casos, ela estabelece o único regime aplicável, por ausência de outras regras, levando ao desenvolvimento de novos institutos jurídicos. Noutros casos, ela surge como um correctivo de outras normas cuja aplicação no caso concreto atentaria contra os vectores fundamentais do sistema jurídico⁵³².

Cuida-se de um "mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja a finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo económico-social, seria implícito esperar"⁵³³.

A função limitadora visa impedir o exercício abusivo da autonomia privada (art. 187, do Código Civil). Trata-se de uma "contradição entre o

⁵²⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 113-114.

⁵²⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁵³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 428.

⁵³¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 36.

⁵³² MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações: Introdução. Da constituição das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2009, v. 1, p. 56.

⁵³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 432.

respeito por uma estrutura formal (através da qual se invoca um 'direito') e a violação da intenção material em que normativamente se funda o mesmo direito que aquela estrutura pretende traduzir"⁵³⁴. Deve-se exercer o direito de um modo não danoso, ou do modo menos danoso possível, pois, como esclarece Pedro Pais de Vasconcelos

O princípio do mínimo dano exige que, no exercício, o titular evite causar danos a terceiros e que, se assim não for possível, exerça o direito de modo a causar o mínimo possível de danos. A tradicional regra segundo a qual o exercício de um direito faz cessar a responsabilidade civil pelo dano – *qui jure suo utitur neminem laedit* – deve ser interpretada e aplicada de um modo não meramente formal. O exercício do direito não permite ao seu titular causar a terceiros danos desnecessários e evitáveis⁵³⁵.

O art. 187, do Código Civil, contém três critérios materiais: o fim econômico ou social do direito (exercício funcionalizado em favor de um fim socialmente relevante – é a função social ou econômica de cada direito⁵³⁶); os bons costumes (cláusula de salvaguarda do mínimo ético-jurídico reclamado pelo Direito e exigível de todos os membros da comunidade⁵³⁷); e a boa-fé (boa-fé objetiva que atua como baliza de comportamento e como limitadora do exercício dos direitos⁵³⁸).

A positivação da teoria do abuso de direito reflete o abandono das concepções que atribuíam caráter absoluto aos direitos individuais, que são relativizados, prevendo-se a repressão ao seu exercício, além dos limites impostos por essa relatividade, ante a necessidade de conciliar a utilização individual do direito com o respeito à esfera jurídica alheia. O abuso se caracteriza por uma disfuncionalidade sistemática entre a permissão legal e o comportamento realizado, apresentando uma *eficácia inibitória*, que se traduz "numa *preclusão do exercício de certa posição jurídica*"⁵³⁹. Já na boa-fé, há

⁵³⁴ CASTANHEIRA NEVES. **Questão de facto, Questão de Direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967, p. 524.

⁵³⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 660.

⁵³⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1230-1233.

⁵³⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António da Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 845.

⁵³⁸ *Idem*, p. 853-854.

⁵³⁹ *Idem*, *ibidem*.

"uma função *balizadora* ou *sindicadora* da actuação de posições em si mesma conforme com as normas que formalmente as atribuem"⁵⁴⁰, que "ora modela as condutas a que os sujeitos se encontram já adstritos (de acordo com as suas exigências), ora desempenha mesmo uma função de fundamentação de deveres autónomos"⁵⁴¹.

A função integrativa ou fonte de deveres de conduta (anexos, laterais, instrumentais, de proteção, de tutela etc) deriva-se da ampla dimensão contida na boa-fé objetiva, capaz de tornar a relação obrigacional um sistema complexo de interação normativa⁵⁴². O art. 422, do Código Civil, ao dispor que as partes, nas fases do contrato⁵⁴³, devam guardar os princípios de probidade e boa-fé, estabelece deveres de proteção recíprocos, que exigem um comportamento de cuidado, informação, lealdade, proteção, colaboração, honestidade, sigilo, entre outros. Entre os deveres com tais características, cita Judith Martins-Costa, exemplificativamente:

a) *os deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de acondicionar o objeto deixado em depósito; b) *os deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, (...); c) *os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações de consumo, seja por expressa disposição legal (...), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) *o dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) *os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal (...); f) *os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, *v.g.*, o dever de o proprietário de uma sala de espetáculos (...) planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) *deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos e fatos dos quais se teve conhecimento em razão (...) de negociações preliminares⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António da Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 854.

⁵⁴¹ *Idem*, p. 854-855.

⁵⁴² COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 91-93.

⁵⁴³ Embora o art. 422, do Código Civil, não faça expressa alusão à fase pré-contratual, a mesma não se exclui do quadro dos deveres complexos da boa-fé objetiva. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 9, set./dez., 1999, p. 43.

⁵⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 439.

Assim, a boa-fé "expande as fontes dos deveres obrigacionais, posicionando-se ao lado da vontade e dotando a obrigação de deveres orientados a interesses distintos dos vinculados estritamente à prestação"⁵⁴⁵.

As vinculações nascidas da relação jurídica constituem um fato comunicativo, social, sendo, então, a conduta das partes considerada relevante, em face de critérios normativos preexistentes, sobre os quais incidem "os ditames de uma ordem objetiva adaptados às circunstâncias da concreta situação de expectativa criada pela interação dos participantes"⁵⁴⁶. E, "entre os ditames dessa ordem objetiva estão, justamente, a boa-fé e a proteção da legítima confiança"⁵⁴⁷.

O estudo contemporâneo acerca da *confiança* deve-se, inicialmente, à Niklas Luhmann (*Vertrauen*, 1968), que a aponta como relevante mecanismo de redução da complexidade social, de modo a oferecer segurança aos planos e orientações dirigidos ao futuro. Para Luhmann

A confiança, no mais amplo sentido da fé nas expectativas de alguém, é um fato básico da vida social. Claro que em muitas situações, o homem pode em certos aspectos decidir se outorga confiança ou não. Mas uma completa ausência de confiança o impediria inclusive de se levantar pela manhã. Seria vítima de um sentido vago de medo e de temores paralisantes. Nem sequer poderia formular uma desconfiança definida e torná-la base de disposições defensivas; porque isso implicaria que ele confiasse noutros sentidos. Tudo seria possível. Ninguém suporta uma confrontação imediata deste gênero com a elevada complexidade do mundo⁵⁴⁸.

A atividade humana (relacional) demanda uma análise consciente das alternativas possíveis e, em consequência, a ponderação dos riscos. Exige-se confiança para a redução dos riscos em um futuro caracterizado por uma complexidade mais ou menos indeterminada⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 270.

⁵⁴⁶ BAPTISTA MACHADO, João. **Obra dispersa**. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1, p. 531.

⁵⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: Do inadimplemento das obrigações. Arts. 389 a 420**. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 63.

⁵⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. (trad. Amada Flores). Santiago: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 5.

⁵⁴⁹ *Idem*, p. 26.

A relevância da confiança se apresenta, quando a expectativa gerada for determinante para a tomada de uma decisão, pois, "de outro modo, o que temos é uma simples esperança"⁵⁵⁰.

No entanto, "a importância sociológica assumida pela confiança não deve levar (...) a uma transposição mecânica para o Direito"⁵⁵¹. À ordem jurídica incumbe a missão de garantir a confiança, "porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacífica, isto é, da paz jurídica"⁵⁵². A proteção da confiança, como princípio geral da ordem jurídica, significa que cada indivíduo deve poder evoluir em um meio jurídico estável e previsível, no qual ele possa confiar, de modo que certas expectativas, que são suscitadas por uma pessoa, em razão de um determinado comportamento de outra, ou da comunidade jurídica a que pertencem, produzam efeitos jurídicos⁵⁵³.

O princípio da confiança, conforme Larenz, pode ser visto como princípio jurídico derivado do Estado de Direito e da segurança jurídica, na relação do cidadão com a legislação, uma vez que "proíbe em geral uma retroactividade das leis a hipóteses legais já verificadas, tanto e na medida em que o cidadão devesse confiar na permanência da posição jurídica que daí para si deriva"⁵⁵⁴.

No âmbito do direito privado, "a partir desse significado geral, é possível discernir entre os significados específicos, quais sejam, a confiança como *fundamento* da vinculação negocial e a confiança como *fonte* do dever de indenizar por certos danos"⁵⁵⁵.

Como fundamento da vinculação nos negócios jurídicos, "os negócios jurídicos pressupõem declarações marcadas pela seriedade, sendo as

⁵⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. (trad. Amada Flores). Santiago: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 40.

⁵⁵¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1242.

⁵⁵² CARNEIRO DA FRADA, Manuel António da Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19.

⁵⁵³ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 31.

⁵⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed., (trad. José Lamego). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 603.

⁵⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: Do inadimplemento das obrigações. Arts. 389 a 420**. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 67.

declarações negociais, *por sua própria função*, especialmente capazes de gerar um qualificado grau de certeza - e, portanto, de confiança - sobre os significados da conduta da contraparte⁵⁵⁶. Em suma, a manifestação negocial gera confiança legítima, "ao mesmo tempo em que o negócio jurídico se fundamenta na confiança gerada pela declaração"⁵⁵⁷.

Na esfera da responsabilidade civil, a doutrina discorre sobre o dano à confiança legítima, sendo conhecidas as posições de Menezes Cordeiro⁵⁵⁸ e de Carneiro da Frada⁵⁵⁹, embora Orlando Gomes, há muito, defendesse que a confiança "cobra significação cada vez mais extensa, a ponto de se admitir a responsabilidade de quem, por seu comportamento, suscitou em outra pessoa, a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações"⁵⁶⁰.

Voltando à doutrina portuguesa, para Menezes Cordeiro, a confiança constituiria, "por excelência, uma ponte entre as boas fés objectiva e subjectiva, devendo assentar em ambas"⁵⁶¹. Nas manifestações subjetiva e objetiva, a boa-fé estaria ligada à confiança: "a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica"⁵⁶². A maioria das disposições sobre a boa-fé subjetiva exprimem a tutela da confiança, "mediante a manutenção das vantagens que assistiriam ao confiante, caso a sua posição fosse real"⁵⁶³, como na aquisição de frutos, na hipótese do cônjuge de boa-fé no casamento putativo, ou na situação do herdeiro aparente. No âmbito da boa-fé objetiva, avultam hipóteses de abuso de direito (*venire contra factum proprium, supressio, surrectio*), porque a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, "é protegida quando, da sua preterição, resulte

⁵⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: Do inadimplemento das obrigações. Arts. 389 a 420.** (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 70.

⁵⁵⁷ *Idem, ibidem.*

⁵⁵⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2007, *passim*.

⁵⁵⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António da Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil.** Coimbra: Almedina, 2004, *passim*.

⁵⁶⁰ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações.** São Paulo: RT, 1967, p. 17.

⁵⁶¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2007, p. 1238.

⁵⁶² *Idem*, p. 1250.

⁵⁶³ *Idem*, p. 1249.

atentado ao dever de actuar de boa-fé ou se concretize um abuso de direito"⁵⁶⁴. Para que a confiança mereça tutela jurídica, por meio da boa-fé, devem estar presentes, no quadro de um sistema móvel, um conjunto de pressupostos, quais sejam: uma situação de confiança, traduzida em uma boa-fé subjetiva; uma justificação para essa confiança, consistente no fato de a confiança fundar-se em elementos razoáveis; um investimento de confiança, cuja destruição possa gerar graves prejuízos para o confiante, pelo fato de o mesmo ter desenvolvido atividades jurídicas, em decorrência desta situação; a imputação da situação de confiança gerada em outrem, levando-o a ser considerado responsável por tal situação⁵⁶⁵. Além disso, deve-se observar a *primazia da materialidade subjacente*, que consiste em avaliar as condutas, tanto pela conformidade com as normas jurídicas, como também de acordo com as suas consequências materiais para fins de uma adequada tutela dos interesses em jogo, devendo-se observar: a conformidade material das condutas, a idoneidade valorativa e o equilíbrio no exercício das posições⁵⁶⁶.

Carneiro da Frada, diversamente, com apoio em Claus-Wilhelm Canaris, defende que a responsabilidade pela confiança seria uma categoria autônoma (*terceira via*), nem contratual, nem delitual. Para o autor lusitano, confiança e boa-fé não se confundem: "*Nenhuma situação pode apresentar-se simultaneamente (do mesmo ponto de vista) como de violação da exigência de comportamento segundo a boa fé e de responsabilidade pela confiança*"⁵⁶⁷. A tutela da confiança teria como pressupostos: uma situação de confiança, uma justificação dessa confiança, um investimento do confiante e que essa situação e a sua frustração possa ser imputada a alguém⁵⁶⁸. A responsabilidade pela confiança estaria no seio da justiça comutativa, como forma (compensatória) de justiça corretiva:

⁵⁶⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1248.

⁵⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1, p. 411-412.

⁵⁶⁶ *Idem*, p. 416.

⁵⁶⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António da Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 459.

⁵⁶⁸ *Idem*, p. 872.

Nesta dimensão, a responsabilidade pela confiança guarda um nexó específico com a realização da justiça do caso singular; traduz a respectiva pressão individualizadora sobre a tendência generalizadora do sistema jurídico. A sua consagração dogmática assume-se, no fundo, como instrumento de reequilíbrio de um conjunto de normas que, sem ela, sacrificaria demasiadamente a justiça à segurança. Por isso, ela toca o nó górdio desta polaridade do Direito e dos valores supremos que o determinam; se situada para além do conjunto de normas que compõem o sistema, assumindo por sobre isso ainda a tensão entre a *lex positiva* e os imperativos do próprio Direito⁵⁶⁹.

Francesco Benati criticou a tese de Carneiro da Frada, sob o principal argumento de que a mesma envolve responsabilidade sem qualquer regulamentação e estabelece uma responsabilidade distinta da violação de uma particular relação obrigatória ou da violação de deveres genéricos⁵⁷⁰. Oliveira Ascensão também teceu comentários desfavoráveis, pois considera que a admissão de uma responsabilidade sem ilícito contraria gravemente todo o sentido valorativo da ordem jurídica portuguesa⁵⁷¹. Bastarão o comando geral da boa-fé e os deveres específicos em que este se traduz⁵⁷².

No Brasil, parece ter encontrado mais eco a doutrina de Menezes Cordeiro, havendo concordância no tocante à amplitude do tema e de sua incidência⁵⁷³, a ser examinada, a seguir, no direito de família.

⁵⁶⁹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António da Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 878.

⁵⁷⁰ BENATI, Francesco. **La Responsabilità Precontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1963, p. 116-117.

⁵⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 2, p. 398.

⁵⁷² *Idem*, p. 447-448.

⁵⁷³ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 376; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: Do inadimplemento das obrigações. Arts. 389 a 420**. (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, Introdução; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48.

2.1 Proteção da confiança no casamento

Devido à excepcional e intensa relação de confiança pressuposta no casamento, decorrente da plena comunhão de vida estabelecida entre os cônjuges (art. 1511, do Código Civil), o padrão de comportamento deve ser mais estrito do que o reclamado para os contratos em geral.

O dever de informar pode ser inferido, mesmo antes da realização do casamento, pois o desconhecimento sobre certas circunstâncias ou características do outro cônjuge, anteriores ao casamento, caso omitidas, podem se configurar como hipóteses de anulabilidade do casamento, por erro essencial (arts. 1.556 e 1.557, do Código Civil).

O Código Civil de 2002, por inspiração do ordenamento italiano, na Parte Geral (art. 138), atrela a invalidade dos negócios jurídicos à reconhecibilidade (cognoscibilidade) do erro. Explica Humberto Theodoro Júnior que

é da conduta de quem contrata com o declarante em erro que se irá concluir pela anulabilidade ou não do negócio jurídico. Quem declara vontade sob falsa noção da realidade em torno de elemento essencial do negócio sempre cometerá erro substancial, tenha ou não culpa pelo evento. A anulabilidade, contudo, não dependerá apenas do erro. A ele terá de associar-se a conduta culposa do destinatário da declaração, que, tendo condições de perceber o erro do declarante, não o fez e, assim, se tornou responsável pela conclusão do negócio equivocado do outro contraente⁵⁷⁴.

Em outras palavras, embora cada noivo tenha o dever de agir com diligência normal, na busca de informações e conhecimentos necessários à formação da válida vontade negocial, sua ignorância será considerada legítima caso se veja impossibilitado de descobrir algo que lhe foi escondido, sendo que tinha uma justa expectativa de ser informado, em decorrência da relação de especial confiança que o unia ao outro, com quem se casou, e o outro contraente, em face de quem se cometeu o engano, não se desincumbiu do dever de informar.

⁵⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: Dos defeitos dos negócios jurídicos ao final do livro III**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 1, p. 46.

O noivo podia contar com a espontânea informação da outra parte, devido à espécie do relacionamento que mantinham, em que se presume uma especial confiança. Há o dever pré-contratual de informação, "que é o dever de elucidar espontaneamente a outra parte sobre as condições reconhecíveis como importantes para a decisão que, de outra forma, permaneceriam ocultas"⁵⁷⁵.

Além disso, durante o casamento, um cônjuge deve agir, em relação ao outro, em conformidade com os deveres conjugais, sob pena de, violando-os, autorizar a propositura do divórcio, ainda que não se discuta, nessa modalidade de dissolução do vínculo conjugal, a possível culpa de qualquer dos consortes.

Em ambos os casos, tanto do erro essencial, quanto da inobservância dos deveres do casamento, as pretensões de desfazimento do vínculo conjugal se amparam na *insuportabilidade da vida em comum*.

A principal diferença reside nas causas de pedir, de tal modo que, na anulação por erro essencial será preciso demonstrar a caracterização de uma das hipóteses contidas no art. 1.557 do Código Civil, enquanto o divórcio independe da demonstração de motivos, bastando o pedido ser formulado, pois, desde a Emenda Constitucional nº 66/2010, trata-se de um direito potestativo.

No âmbito patrimonial, "a comunhão de vida introduz necessariamente nas relações patrimoniais ingredientes que não existiam entre duas pessoas absolutamente estranhas"⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ SILVA, Eva Sónia Moreira da. **As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): O caso da indução negligente em erro**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 30.

⁵⁷⁶ CAMPOS, Diogo Leite. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 380.

Assim, a administração e disposição do patrimônio (tanto do comum como do particular) não poderia se voltar, *a priori*, para a defesa de interesses individuais. O padrão de conduta exigível há de ser aqui analisado com uma abrangência muito maior do que a aplicada aos contratos em geral.

É que a autonomia privada, nas relações familiares, sofre a incidência de normas superiores, voltadas para a proteção da família, sejam previstas na Constituição⁵⁷⁷, seja no Código Civil: algumas dívidas obrigam solidariamente os cônjuges (art. 1643 e 1644)⁵⁷⁸, há negócios cuja validade reclama a outorga conjugal (art. 1647)⁵⁷⁹, a falta de outorga conjugal pode ser suprida (art. 1648)⁵⁸⁰, mas, se não o for, tornará anulável o ato praticado (art. 1649)⁵⁸¹.

De acordo com Pietro Perlingieri, o problema da autonomia familiar propõe-se em uma dupla direção:

no externo, em relação ao Estado – segundo a perspectiva clássica e certamente ainda atual –, como liberdade de uma peculiar comunidade intermédia; no interno, como liberdade na família, como lugar-comunidade na qual confluem os problemas de seus componentes à procura de uma adequada e autônoma solução. Ambos os perfis da autonomia contribuem para a formação de um quadro dentro do qual individuar o fundamento e os limites dos direitos dos componentes do núcleo familiar⁵⁸².

⁵⁷⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁵⁷⁸ Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro: I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

⁵⁷⁹ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

⁵⁸⁰ Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

⁵⁸¹ Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado.

⁵⁸² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. (trad. Maria Cristina De Cicco). 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 283.

A autonomia privada decorre, ainda, da ampla liberdade, em regra, atribuída aos noivos para a escolha do regime de bens do seu futuro casamento, mediante a confecção de um pacto antenupcial. As exceções à liberdade de pactuar (art. 1639, do Código Civil)⁵⁸³ correspondem às hipóteses de separação obrigatória de bens (art. 1641, do Código Civil)⁵⁸⁴.

Analisando o casamento como uma relação de confiança, deve tal princípio ser aplicado como nos negócios de confiança em geral (*uberrimae fidei* ou *the utmost good faith*): a autonomia negocial encontra limites na proteção das expectativas do outro, que se amparam na exigência de atendimento aos deveres conjugais e interesses da família.

Na síntese de Carneiro da Frada, “a descrição concreta das relações fiduciárias parece constituir um campo propício para a frutificação de uma *sistemática móvel* que combine dinamicamente as suas características diferenciadoras”⁵⁸⁵.

Assim, por exigência da eticidade, que deve pautar todas as relações jurídicas, extrapatrimoniais e patrimoniais, o Código Civil de 2002, inclusive no direito de família, tem por característica “a valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da *proteção da confiança* que deve existir como condição *sine qua non* da vida civil”⁵⁸⁶.

Tendo em vista que a codificação civil de 2002 teria adotado a técnica das cláusulas gerais, “de modo que os operadores do direito tenham um papel ativo na determinação das normas jurídicas, consubstanciando, pois, um

⁵⁸³ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

⁵⁸⁴ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010); III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

⁵⁸⁵ *Idem*, p. 548.

⁵⁸⁶ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 550.

sistema aberto"⁵⁸⁷, cabe verificar qual o impacto de tal técnica na construção jurisprudencial.

A jurisprudência, especialmente no campo do direito de família, vem se modificando com grande rapidez, sem que haja justificativas claras para tanto. Diante disso, tem sido fortemente criticada a assistemática da produção dos tribunais, fortemente impregnada da ideia de "justiça do caso concreto".

Daí a necessidade de se verificar se está havendo uma aproximação da tópica e a possível compatibilidade entre os pensamentos sistemático e problemático na interpretação do Código Civil vigente, especialmente no tocante à jurisprudência do direito de família.

⁵⁸⁷ REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 60.

2.2 Tópica e sistemática na jurisprudência do direito de família

A grande atenção dada à tópicica no direito, desde o século XX, deve-se especialmente à obra de Theodor Viehweg e pode ser creditada como uma reação ao sistema fechado de ordenação do direito, então vigente, estruturado sob a vertente axiomático-dedutiva.

Mesmo autores como Claus-Wilhelm Canaris e Antonio Menezes Cordeiro⁵⁸⁸, que adotam posição notadamente crítica à tópicica, admitem sua importância na integração de lacunas e na concreção de cláusulas gerais, de modo que se proceda a uma 'complementação mútua'⁵⁸⁹ entre o pensamento tópicico e o sistemático.

Viehweg define a tópicica como *técnica do pensamento orientada para o problema*⁵⁹⁰ e, a partir da obra de Nicolai Hartmann, contrapõe o pensamento *sistemático ao tópicico*⁵⁹¹, segundo Garcia Amado, realizando "ora uma relação de exclusão, ora de tensão, ora de compatibilidade"⁵⁹².

De acordo com Garcia Amado, após a obra de Viehweg encontram-se autores que sustentam a compatibilidade entre o raciocínio sistemático e o tópicico, tendo ambos igual revelância (J. Rödig, F. Müller, H. Garrn, J. Esser etc), os que defendem a primazia do pensamento sistemático (Canaris, Diederichsen) e os que dão preferência ao pensamento problemático (N. Horn e E. Schneider)⁵⁹³.

A multiplicidade de concepções se deve, provavelmente, à falta de clareza da abordagem de Viehweg, pois, segundo Manuel Atienza, "a distinção

⁵⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. (trad. Antonio Menezes Cordeiro) 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, Introdução e p. 243 e segs.

⁵⁸⁹ *Idem*, p. 277.

⁵⁹⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 5ª ed. Trad. Kelly Susane Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 33.

⁵⁹¹ *Idem*, p. 36.

⁵⁹² AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tópicica jurídica**. Madri: Civitas, 1988, p. 159 e segs.

⁵⁹³ *Idem*, p. 163-164.

não é bastante clara e parece residir numa questão de ênfase; isto é, todo pensamento - toda disciplina - surge a partir de problemas e dá lugar a algum tipo de sistema, mas a ênfase pode recair em um ou outro elemento"⁵⁹⁴. Na mesma linha de observações críticas Larenz afirma que "não se consegue depreender com exactidão o que é que Viehweg entende por tópico jurídico"⁵⁹⁵.

Além disso, levando-se em conta que o vocábulo *sistema* é polissêmico, torna-se necessária uma exposição, ainda que breve, da concepção vigente à época em que Viehweg desenvolveu sua tópica e a confrontou o pensamento sistemático.

O pensamento problemático de Viehweg formulou-se em oposição ao pensamento sistemático então imperante, do liberalismo individualista, dotado de uma estrutura rígida e fechada, na qual o juiz limitava-se a figurar como *bouche de la loi*.

Na síntese de Margarida M. Lacombe Camargo,

o método sistemático, de tendência isolacionista, e que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores não correspondia mais às perplexidades e inseguranças causadas por um mundo de novos e variados valores, notadamente quando as atrocidades do nazismo, cometidas sob a proteção da lei, mostraram que a lei nem sempre é justa⁵⁹⁶.

Havia necessidade de construção de um novo modelo, que legitimasse as decisões judiciais, tendo em vista que a lógica formal, de feitio cartesiano, não propiciava razoabilidade às soluções jurídicas da época⁵⁹⁷. Viehweg toma o pensamento sistemático como aquele *axiomaticamente orientado*, nas palavras de Max Weber:

Segundo os nossos atuais hábitos de pensamento, ela (*sic*, a sistematização) traduz: a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem,

⁵⁹⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 50.

⁵⁹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 203.

⁵⁹⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 142-143.

⁵⁹⁷ *Idem, ibidem*.

entre si, um sistema de regras *logicamente* claro, em si *logicamente* livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os factos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas, ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial⁵⁹⁸.

Portanto, a rejeição do pensamento sistemático se dá para Viehweg de modo muito específico: ele repele o pensamento axiomático-dedutivo, o sistema lógico-formal, rígido e fechado, no qual não há espaço para lacunas ou contradições e os fatos que não se enquadram, perfeitamente, nas normas devem ser simplesmente ignorados, como 'irrelevantes' para o direito.

Essa noção de sistema está hoje, sem dúvida, ultrapassada⁵⁹⁹, pelo menos no plano teórico, uma vez que, na jurisprudência ainda se verifica a presença de defensores do pensamento lógico-formal, que inadmitem lacunas e contradições:

Ementa: RMS - ADMINISTRATIVO - LEI Nº 7.830/89 - REAJUSTE DE 84,32% - JURISPRUDÊNCIA - O Direito é sistema, unidade. Logicamente, não apresenta lacuna nem contradição. A jurisprudência encerra enunciado de normas. Cumpre, por isso, ao Judiciário buscar harmonizá-las. A divergência é contradição fática. Deve ser contornada, por imperativo lógico. O Supremo Tribunal Federal reedita orientação contrária ao reajuste de 84,32%. O entendimento pessoal, por isso, deve ajustar-se àquelas decisões hoje, evidenciando posição firme⁶⁰⁰.

Apesar dessas reminiscências oitocentistas ainda verificadas na jurisprudência, segundo Larenz, o apelo à tópica forjou-se a partir da reabilitação da retórica, veio a ganhar consistência e "conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e regras da argumentação jurídica", a partir da ideia de Viehweg "de que a solução de um problema

⁵⁹⁸ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 4ª ed. 1956, t. 2, p. 396. *Apud* CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. (trad. Antonio Menezes Cordeiro) 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 29.

⁵⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. (trad. Antonio Menezes Cordeiro) 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002, p. 45 e segs; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, *passim*.

⁶⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Sexta Turma, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9422/RJ, j. 14.04.1998. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06.04.2010.

jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes"⁶⁰¹.

Na síntese de Antonio Nedel, a obra de Viehweg "deflagrou nos juristas a consciência de que a verdadeira busca do direito na resolução dos problemas jurídicos não se constrói através de procedimentos lógico-dedutivos"⁶⁰².

O Código Civil de 2002 seria norteado pela diretriz sistemática, destinada a assegurar sua unidade lógica e conceitual. Além disso, o sistema se caracteriza como um *eixo central*⁶⁰³ e como um *sistema aberto*, "em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação - e solução - de novos problemas"⁶⁰⁴, com a adoção da técnica legislativa das *cláusulas gerais*, que "permitem o ingresso no ordenamento jurídico codificado de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo"⁶⁰⁵.

Clóvis do Couto e Silva sustenta que

O Código Civil, como um Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém *cláusulas gerais*, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente com novos princípios e normas⁶⁰⁶.

De acordo com Judith Martins-Costa e Gerson Branco, "nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de

⁶⁰¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 211.

⁶⁰² NEDEL, Antonio. **Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 226.

⁶⁰³ COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 40, *passim*; REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito - para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 95.

⁶⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

⁶⁰⁵ *Idem*, p. 118.

⁶⁰⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 40, p. 148-149.

conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*⁶⁰⁷.

A respeito da possível dicotomia entre *sistema* e *problema*, Miguel Reale afirma que: "O direito todo estaria em causa, se pudesse prevalecer essa antinomia entre o 'problemático' e o 'sistemático', só admissível com base em um rígido e equívoco conceito de sistema"⁶⁰⁸.

Assim, em princípio, dada a grande abertura semântica própria da cláusula geral, pode-se afirmar que muitos problemas terão respostas construídas progressivamente pela jurisprudência, como, aliás, expressamente reconheceu o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Sálvio de Figueiredo Teixeira, em sua tese de doutorado:

Além da busca da exata interpretação da regra legal infraconstitucional, como determina o comando constitucional, tem se ocupado o Superior Tribunal de Justiça em dar à norma interpretação valorativa, criadora e teleológica, sendo inúmeros os exemplos nesse sentido⁶⁰⁹.

A jurisprudência do STJ, porém, não aponta para o desenvolvimento de um sistema, nem aponta critérios que submetam os *topoi* à adequação nos casos concretos, como se verifica nos exemplos subseqüentes, que envolvem discussão de boa-fé e confiança nas relações familiares, internas e externas (perante terceiros).

No primeiro acórdão colacionado, o Tribunal de origem considerou a fiança prestada em contrato de locação, sem a necessária outorga uxória, parcialmente eficaz em relação à meação do cônjuge fiador, por ter agido de má-fé ao declinar como estado civil a condição de divorciado. Tal circunstância seria suficiente para permitir um tratamento diferenciado ao entendimento de que a ausência de outorga invalidaria o ato por inteiro, à luz da boa-fé objetiva (art. 422, do Código Civil). Entretanto, o STJ, sem adentrar no mérito, limitou-se

⁶⁰⁷ *Idem, ibidem.*

⁶⁰⁸ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4.

⁶⁰⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 265.

a sustentar que *o princípio da legalidade deve prevalecer ao princípio da boa-fé*:

PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. FORMALIDADE EXPRESSA NO ORDENAMENTO CIVIL BRASILEIRO. NULIDADE DA GARANTIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A outorga uxória é formalidade exigida expressamente pelo Código Civil, sua ausência invalida a fiança como um todo. 2. O princípio da legalidade deve prevalecer ao princípio da boa-fé, sendo inviável dar-se validade a um ato jurídico que não está cercado de todos os seus requisitos. 3. Recurso especial a que se dá provimento⁶¹⁰.

Em outro acórdão, para afastamento da culpa pela separação, o STJ deixou de examinar o perdão tácito reconhecido pelo TJMG, mas fez expressa alusão à boa-fé objetiva e sua aplicação nas relações familiares, no caso em que a mulher teria tido ciência da infidelidade do marido e permanecido em coabitação com o mesmo:

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. 1. A presunção de perdão tácito declarada pelo TJ/MG constitui circunstância fática imutável na via especial, a teor da Súmula 7/STJ. 2. A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente. 3. De acordo com os arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, a obrigação de prestar alimentos está condicionada à permanência dos seguintes pressupostos: (i) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial; (ii) a necessidade e a incapacidade do alimentando de sustentar a si próprio; (iii) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos. 4. O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de inteligência no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-compaheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos. 5. A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve

⁶¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quinta Turma, Relator p/ o acórdão Min. Adilson Vieira Macabu (Des. convocado do TJ/RJ), Recurso Especial nº 1165837/RJ, j. 17.02.2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06.12.2012.

ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o status usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível. 6. A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. 7. Nos termos do art. 1.710 do CC/02, a atualização monetária deve constar expressamente da decisão concessiva de alimentos, os quais podem ser fixados em número de salários mínimos. Precedentes. 8. Recurso especial parcialmente provido⁶¹¹.

Apesar da impenhorabilidade do bem de família ser norma de força cogente e de a jurisprudência não admitir, em princípio a renúncia a tal proteção, no caso *infra* mencionado, o STJ admitiu a eficácia da oferta, em garantia, do imóvel destinado à moradia familiar, sob o entendimento de que teria havido abuso de direito:

BEM DE FAMÍLIA. ART. 1º A LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E MÁ-FÉ DO PROPRIETÁRIO, QUE OFERTOU O BEM EM GARANTIA PARA INGRESSO NO REFIS. INADIMPLÊNCIA DO PARCELAMENTO. EXCLUSÃO. EXECUÇÃO DA GARANTIA. PENHORA. INAPLICABILIDADE DA REGRA PROTETIVA. 1. Resume-se a controvérsia em definir se o bem de família, ofertado como garantia para ingresso no REFIS, pode ser penhorado quando o contribuinte é excluído do parcelamento fiscal por inadimplência. 2. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. 3. Trata-se, todavia, de situação peculiar, que não se amolda à jurisprudência pacificada. Os proprietários do bem de família, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e manifesta violação da boa-fé objetiva, obtiveram autorização para ingresso no REFIS ao ofertar, em garantia, bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem,

⁶¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, Recurso Especial nº 1025769/MG, j. 24.08.2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06.12.2012.

em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário. 4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico. 5. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança. 6. Recurso especial não provido⁶¹².

Da análise da jurisprudência, constata-se que a grande dificuldade que envolve as cláusulas gerais é o estabelecimento dos seus limites, aumentando a responsabilidade do juiz na fundamentação da decisão, de modo que possa "preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral"⁶¹³.

Para tal, segundo Judith Martins-Costa, "somente a partir do reconhecimento da necessidade de uma recíproca coordenação entre o procedimento dedutivo e o indutivo, entre o sistema e o caso [é que se poderá desenvolver] o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressystematização"⁶¹⁴.

Em suma: ainda que se considere a ciência do direito predominantemente sistemática, "mas dá larga margem para que se possa pensar casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos"⁶¹⁵.

Por outro lado, a proteção da confiança, segundo Larenz, deveria orientar a solução dos casos, que se refiram a fatos ocorridos no passado, "em conformidade com a jurisprudência de até então, mas ao mesmo tempo

⁶¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma, Relator Min. Castro Meira, Recurso Especial nº 1200112/RJ, j. 07.08.2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 06.12.2012.

⁶¹³ MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 120.

⁶¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000, p. 377.

⁶¹⁵ *Idem, ibidem*.

anunciar que no julgamento dos casos que ocorram no futuro estabeleceriam como base outra opinião jurídica"⁶¹⁶. O perigo presente em tal procedimento seria os tribunais ultrapassarem sua missão genuína, de "administrar justiça no caso concreto e, de certo modo, actuarem substituindo o legislador"⁶¹⁷.

A verdade é que a jurisprudência desempenha um papel importante no esclarecimento de questões jurídicas gerais, servindo assim de precedentes (*Präjudizien*) para hipóteses futuras, especialmente os julgados pelos tribunais superiores⁶¹⁸.

Por fim, a lei também é uma base de confiança porque, conforme Calmes, ela contém uma *reserva* implícita de revisão: deve-se evitar a *petrificação* da legislação, de modo que o cidadão, cujos direitos não puderem ser qualificados como *adquiridos*, em princípio, não há de ser afetado pela duração da lei⁶¹⁹. A sucessão de leis cria conflitos no tempo (direito intertemporal) - o que será objeto de estudo, no próximo capítulo.

⁶¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed., (trad. José Lamego). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 618.

⁶¹⁷ *Idem*, p. 620.

⁶¹⁸ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 305-307.

⁶¹⁹ *Idem*, p. 317.

CAPÍTULO III - DIREITO INTERTEMPORAL DO CASAMENTO

Como qualquer manifestação cultural humana, as leis também são transitórias. Lembra Batalha que “tudo o que existe desliza num perpétuo fluxo, na corrente da vida, ao perpassar dos tempos”⁶²⁰.

Especialmente quanto ao direito de família, Menezes Direito afirma que “não há instituição, por mais que se queira conservadora, que tenha exigido dos legisladores um tratamento de constante trânsito para permitir que sejam atualizados os seus institutos, a começar do próprio conceito de entidade familiar”⁶²¹.

Por outro lado, os valores como bem comum, interesse social e público exigem a aplicação imediata de novos cânones. Eis o problema, a dinâmica da intertemporalidade. Diante de um possível conflito entre duas normas positivas consecutivas sobre o mesmo assunto, o direito intertemporal tem por objetivo determinar os limites do domínio de cada uma, indicando ao juiz qual a norma jurídica em que deve basear a sua decisão⁶²².

Aqui se propõe analisar o direito intertemporal do casamento, destacando as constantes oscilações da jurisprudência e propondo utilizar a cláusula geral da comunhão plena de vida e o princípio da proteção da confiança, quando possível, como instrumentos de interpretação também no direito transitório.

⁶²⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 47.

⁶²¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Da união estável no novo Código Civil**. Família e Jurisdição. BASTOS, Eliene Ferreira e SOUSA, Asiel Henrique de (Coords.), Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 45.

⁶²² MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 07.

1 Noções gerais do direito intertemporal

Uma das principais manifestações do tempo no âmbito dos direitos subjetivos é a garantia que deve ser atribuída aos seus titulares, significando segurança jurídica, continuidade e paz social, mediante a proteção dos direitos adquiridos. Quando leis se sucedem, as mais variadas relações jurídicas se estabelecem, prolongando-se sob o império da nova lei e fazendo surgir situações transitórias denominadas *conflitos de leis no tempo*.

Trata-se de saber em que medida a lei antiga perdurará, incidindo sobre relações jurídicas nascidas à sua luz, apesar da entrada em vigor da nova lei. Pela sobrevida da lei velha pugnam os valores de confiança, continuidade, segurança jurídica e paz social, que deveriam garantir direitos validamente adquiridos e consolidados sob essa lei antiga.

Diversamente do direito internacional, que trata do conflito de leis *no espaço*, o direito intertemporal disciplina “as relações jurídicas surgidas ou reinantes no tempo intermédio entre o domínio de uma norma e o império da subsequente”⁶²³. Apesar de suas particularidades, tanto o direito internacional quanto o direito intertemporal têm o mesmo objetivo geral, qual seja, resolver os conflitos de leis, apontando a lei competente para regulamentar uma situação jurídica específica.

No século XX, a mais famosa tese a respeito é a teoria do *direito transitório*, de Paul Roubier, segundo a qual a criação de uma situação jurídica, inclusive a aquisição de um direito, assim como os efeitos já produzidos, são e permanecem sendo regidos pela lei em vigor no momento em que se realizou o vínculo jurídico ou em que se adquiriu o direito, embora os efeitos sucessivos da relação jurídica previamente formada, assim como a respectiva causa de extinção, dando-se sob a nova lei, a ela se submetem⁶²⁴.

⁶²³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 08.

⁶²⁴ ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps**. Paris: Dalloz, 2008.

Deve-se ao referido autor a distinção entre *efeito retroativo* e *efeito imediato* da lei nova: o efeito retroativo é a aplicação da lei no passado e, por sua vez, o efeito imediato, a aplicação no presente.

São três as relações jurídicas possíveis entre a lei nova e a lei antiga: a) *retroatividade da lei nova*, se sua aplicação remonta ao passado; b) *efeito imediato da lei nova*, quando ela se aplica ao presente; c) *sobrevivência da lei antiga*, quanto às situações ocorridas já na vigência da lei nova.

A lei nova alcança imediatamente a situação jurídica em curso, mas não pode modificar, sob pena de atuar retroativamente, as consequências já produzidas. Entretanto, a regra se inverte em sede contratual: os efeitos dos contratos continuam sendo submetidos às leis em vigor quando concluída a avença.

Em outras palavras, se a lei nova atinge situações jurídicas constituídas ou extintas na vigência da lei antiga (*facta praeterita*), ou se afeta os efeitos dessas situações, produzidos na vigência da lei antiga, então a lei nova será retroativa; mas, se a lei nova incide sobre as situações em curso (*facta pendentia*), ou seja, sobre os efeitos futuros de situações jurídicas constituídas na vigência da lei antiga, então a lei nova não terá efeito *retroativo*, mas sim efeito *imediato*, ressalvadas as hipóteses em que o legislador reconhece a sobrevivência da lei antiga para reger os efeitos futuros das situações jurídicas constituídas na vigência daquela lei⁶²⁵.

Como exemplo de efeito imediato (e não retroativo) de uma lei nova sobre situações em curso de constituição, pode-se afirmar que a lei nova não pode modificar as condições de validade de forma de um testamento anteriormente feito, sem retroagir, já que as leis aplicáveis às formalidades extrínsecas são sempre as da época da elaboração do testamento, sendo que não se pode exigir do testador que realize as adequações do seu testamento às alterações da lei em vigor. Ao contrário, a lei nova pode modificar as condições de validade das disposições de fundo ou intrínsecas dos

⁶²⁵ ROUBIER, Paul. **Les conflits de lois dans le temps: theorie dite de la non-retroactivité des lois**. t. 1, Paris: Recueil Sirey, 1929, p.371.

testamentos, eis que tais disposições somente têm eficácia no momento do falecimento do testador.

Rege-se a forma de todo ato jurídico pela lei do tempo em que ele se realiza, ainda que uma lei posterior imponha o contrário, sob pena de nulidade, ou dispense ou atenuie o exigido pela lei anterior. Tanto a validade intrínseca quanto a extrínseca obedecem ao brocardo *tempus regit actum*⁶²⁶.

No momento em que a norma válida e eficaz incide sobre os fatos previstos em seu suporte fático, verificam-se os seus efeitos. Nesse sentido, já se sustentou que “não apenas se pode falar em eficácia da norma em vigor, pois não é estranha ao Direito a possibilidade de a norma revogada produzir efeitos”⁶²⁷.

A norma revogada por outra, expressa ou tacitamente, perde a possibilidade de produzir efeitos sobre fatos que ocorreram a partir da revogação, mas as situações configuradas sob sua vigência permanecem sofrendo sua incidência, sob pena de lesão à segurança jurídica.

Para Roubier, o efeito imediato da lei dever ser considerado como a regra. Mas, pode ocorrer a chamada “sobrevivência da lei antiga” (*survie de la loi ancienne*) quando a lei nova deixa a lei antiga aplicar-se a todos os efeitos jurídicos futuros de fatos anteriores à sua promulgação. Por exemplo, a lei nova declara que a prescrição, iniciada na vigência da lei antiga, continua a fluir de acordo com o prazo previsto pela lei antiga, embora diverso o prazo na nova lei⁶²⁸.

A Constituição vigente dispõe em seu art. 5º, XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em regra, prevalece a irretroatividade da lei nova, se a lei anterior teve plena incidência sobre a relação jurídica de que se trata.

⁶²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 35.

⁶²⁷ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro *et alii*. **A LICC e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 107.

⁶²⁸ ROUBIER, Paul. **Les conflits de lois dans le temps: theorie dite de la non-retroactivité des lois**. t. 1, Paris: Recueil Sirey, 1929, p. 09-10.

Delgado adverte que, mesmo no Direito brasileiro, em que a questão mereceu tratamento constitucional, o princípio da irretroatividade não é regra absoluta, de modo que a lei nova, que traga em seu bojo alguma carga de retroatividade, não será necessariamente inconstitucional⁶²⁹.

No sistema ordinário, a matéria concernente ao Direito Intertemporal funda-se principalmente no art. 6º da Lei de Introdução⁶³⁰ de 1942, com as modificações da Lei n. 3.238, de 1957.

A Lei n. 3.238, de 1957, uniu o art. 3º da Lei de Introdução de 1916, e o art. 6º originário da Lei de 1942, assentado sobre a teoria de Roubier, na parte referente ao *efeito imediato* das leis.

Portanto, no Brasil, o efeito imediato da lei constitui a regra: a norma positiva aplica-se às situações em curso, a partir de sua entrada em vigor.

Tendo em vista os avanços na legislação e na doutrina brasileira pode-se afirmar que, de acordo com a regra do *efeito imediato*, a nova lei não atinge os fatos anteriores, nem os efeitos anteriores desses fatos.

Por outro lado, atinge os *facta futura*, assim como os efeitos futuros dos *facta praeterita*, sendo certo que o limite do efeito imediato é o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada⁶³¹.

Em outros termos, no direito intertemporal brasileiro destacam-se dois princípios fundamentais: a) o do efeito imediato da lei, pelo qual a lei nova se

⁶²⁹ DELGADO, Mário Luiz. **Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14-15.

⁶³⁰ Por força da redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010, a denominação *Lei de Introdução ao Código Civil* foi substituída por *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*.

⁶³¹ Quanto ao *direito adquirido* e o *ciclo de formação*, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu que “a questão pertinente ao reconhecimento, ou não, da consolidação de situações jurídicas definitivas há de ser examinada em face dos ciclos de formação a que esteja eventualmente sujeito o processo de aquisição de determinado direito. Isso significa que a superveniência de ato legislativo, em tempo oportuno – vale dizer, enquanto ainda não concluído o ciclo de formação e constituição do direito vindicado – constitui fator capaz de impedir que se complete, validamente, o próprio processo de aquisição do direito (RTJ 134/1112 – RTJ 153/82 – RTJ 155/621, v. g.), inviabilizando, desse modo, ante a existência de mera “*spes juris*”, a possibilidade de útil invocação da cláusula pertinente ao direito adquirido.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Recurso Extraordinário n. 196.140-6/PA, Relator Min. Celso de Mello, j. 25.02.1997).

aplica a todos os fatos que ocorrerem durante a sua vigência; e b) o da irretroatividade, pelo qual os fatos verificados sob o império da lei antiga continuam regidos por ela, respeitando-se o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, tudo isso em favor da segurança jurídica. Esses dois princípios correspondem a duas concepções teóricas fundamentais: a objetiva de Roubier, que distingue o efeito retroativo do efeito imediato da lei, e a subjetiva, de Gabba, que estabelece, como limite à vigência da lei nova, o direito adquirido.

De acordo com Gilmar Mendes, "domina, na nossa tradição, a teoria subjetiva do direito adquirido"⁶³². É o que se pode extrair do voto do Ministro Moreira Alves, proferido na ADI 493:

Por fim, há de salientar-se que as nossas Constituições, a partir de 1934, e com exceção de 1937, adotaram desenganadamente, em matéria de direito intertemporal, a teoria subjetiva dos direitos adquiridos e não a teoria objetiva da situação jurídica, que é a teoria de Roubier. Por isso mesmo, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, tendo em vista que a Constituição de 1937 não continha preceito da vedação da aplicação da lei nova em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, modificando a anterior promulgada com o Código Civil, seguiu em parte a teoria de Roubier, e admitiu que a lei nova, desde que expressa nesse sentido, pudesse retroagir. Com efeito, o art. 6º rezava: 'A lei em vigor terá efeito imediato e geral. Não atingirá, entretanto, salvo disposição expressa em contrário, as situações jurídicas definitivamente constituídas e a execução do ato jurídico perfeito'. Com o retorno, na Constituição de 1946, do princípio da irretroatividade no tocante ao direito adquirido, o texto da nova Lei de Introdução se tornou parcialmente incompatível com ela, razão porque a Lei n. 3.238/57 o alterou para reintroduzir nesse art. 6º a regra tradicional em nosso direito de que 'a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada'⁶³³.

⁶³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179.

⁶³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, ADI n. 493, Relator Min. Moreira Alves, j. 25.06.1992. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27.12.2012.

Por *efeito imediato da lei* se deve entender aquele que atinge fatos e situações no exato momento temporal em que esta entra em vigor, não importando juridicamente se tais fatos ou situações remontam, na sua origem, a uma lei por esta nova substituída. As controvérsias, no tocante à eficácia imediata da lei nova, são suscitadas pelos *facta pendentia*⁶³⁴.

Isso porque os atos jurídicos perfeitos, representando fatos consumados ao tempo em que determinada norma era vigente, asseguram aos titulares do ato ou negócio aperfeiçoado, a proteção do direito adquirido, incorporado definitivamente ao seu patrimônio e à sua personalidade. Ou, como explica Rubens Limongi França, o direito adquirido “é o limite da atuação da regra do efeito imediato”. O problema se situa na identificação de quais seriam os limites do direito adquirido, especialmente em relação aos *facta pendentia*⁶³⁵.

Os *facta pendentia*, que são os nascidos sob o domínio da lei anterior, mas correspondem a situações continuativas, que se prolongam por tempo indeterminado, frequentemente são atingidos, em seu curso, por uma lei nova.

Logo, a retroatividade de um diploma legal refere-se sempre à sua ação pretérita. Ou seja, à sua ação projetada para período anterior ao da sua vigência, de forma a atingir ou modificar realidades fáticas jurídicas já verificadas. Trata-se de atribuir a ação de uma lei ao passado. Na definição de retroatividade, pois, não se pode vislumbrar a atuação de uma norma sobre o presente ou o futuro⁶³⁶.

Ferraz Jr., ao tratar da irretroatividade das leis, faz a distinção entre incidência de normas de competência e normas de conduta: normas de competência qualificam certos atos sob certas condições como de produzir certos efeitos, já as normas de conduta estabelecem linhas de ação, às quais imputam consequências⁶³⁷.

⁶³⁴ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: RT, 1995, p. 281.

⁶³⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**. 2.ed., São Paulo: RT, 1968, p. 435; FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 3. ed., São Paulo: RT, 1982, p. 210.

⁶³⁶ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: RT, 1995, p. 257.

⁶³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2 ed., São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 250.

Se a lei antiga contém normas de competência que estabelecem as condições em que alguém é considerado titular de direitos subjetivos, preenchidas essas condições diz-se que o *direito está adquirido*, isto é, ocorreu a incidência no sentido de que o adquirente está apto a exercê-lo.

Alerta Ferraz Jr. que o princípio do direito adquirido não protege, porém, o sujeito contra uma lei posterior no que diz respeito à incidência de novas normas de conduta. Assim, protegida a aquisição de um *status* de proprietário, por exemplo, nada obsta que o exercício de certos atos correspondentes ao direito de propriedade venha a ser atingido por lei posterior que proíba alguma conduta. Daí a importância do *princípio do ato jurídico perfeito*, isto é, o preceito segundo o qual o ato exercitado e consumado sob a norma de conduta da lei antiga não pode ser atingido pela lei posterior.⁶³⁸

Note-se que são situações distintas e reguladas por normas distintas: o princípio do direito adquirido protege a situação de titular já adquirida, e, por sua vez, o princípio do ato jurídico perfeito protege o titular que exerceu seu direito conforme normas de conduta vigentes à época.

Por fim, é bastante controversa na doutrina a discussão quanto à possibilidade de a lei nova, de *ordem pública*, atingir os efeitos futuros de situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei antiga.

Para Limongi França, havendo conflito entre o *direito adquirido* e a *ordem pública*, diante dos interesses desta, entende a doutrina que aquele, geralmente, deve ceder. Contudo, em determinados casos, o critério para se saber quando uma lei de ordem pública não deve atingir o direito adquirido, quer retroativa, quer imediatamente, é o de que “o fundamento da Ordem Pública, para desconhecer o Direito Adquirido, não pode ir a ponto de atingir os casos em que esse desconhecimento geraria o desequilíbrio social e jurídico”⁶³⁹.

⁶³⁸ FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 4. ed. rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 250-251.

⁶³⁹ *Idem*, p. 311.

Gilmar Mendes, porém, defende que "a dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas regras de ordem pública"⁶⁴⁰.

Examinando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal verifica-se entendimento consolidado no sentido de que o art. 5º, XXXVI, da Constituição se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, seja de direito público ou privado, de caráter imperativo ou dispositivo, de modo que não há que se falar em aplicação de norma de ordem pública a fatos consumados (ou a seus efeitos) antes de sua entrada em vigor⁶⁴¹.

Mas, "as duas principais teorias sobre a aplicação da lei no tempo (...) rechaçam, de forma enfática, a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de uma alteração substancial de um regime ou de um estatuto jurídico"⁶⁴².

A questão relativa à modificação de um instituto de direito foi abordada por Carlos Maximiliano:

⁶⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179.

⁶⁴¹ "Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 205.999/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 16.11.1999).

"Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação que se achava em vigor no momento da celebração do contrato (*tempus regit actum*): exigência imposta pelo princípio da segurança jurídica. Os contratos, que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215), acham-se protegidos, inclusive, quanto aos efeitos futuros deles decorrentes pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, cuja autoridade sempre prevalece, considerada a supremacia que lhe é inerente, mesmo que se trate de leis de ordem pública." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário em Agravo Regimental n. 393.021/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 25.11.2003).

"Lei n. 8.030/90. Efeitos retroativos sobre contratos anteriores a sua edição. Art 5º, XXXVI, da CF/88. Ofensa Direta. 1. O controle de constitucionalidade exercido em hipótese de ofensa ao princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, da CF/88) pressupõe a interpretação da lei ordinária, cuja validade se pretende questionar, não havendo que se falar em ofensa indireta. 2. O despacho agravado fundou-se em jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal, no sentido de que, no nosso ordenamento jurídico, a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, não pode retroagir para alcançar ato jurídico perfeito. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário em Agravo Regimental n. 263.161/BA, Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 08.10.2002).

⁶⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186.

Não há direito adquirido no tocante a instituições, ou institutos jurídicos. Aplica-se logo, não só a lei abolitiva, mas também a que, sem os eliminar, lhes modifica essencialmente a natureza. Em nenhuma hipótese granjeia acolhida qualquer alegação de retroatividade, posto que, às vezes, tais institutos envolvam certas vantagens patrimoniais que, por equidade, o diploma ressalve ou mande indenizar⁶⁴³.

Cabe, então, analisar a relação conjugal, tendo em vista, de um lado, as feições do casamento no século XXI, e, de outro lado, em um contexto de contratualização e liberalização constante das relações conjugais, qual a dimensão e qual a intensidade da interferência estatal.

⁶⁴³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis**. 2 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 62.

2 Síntese do direito transitório no casamento

A família é um fenômeno social, antecedente ao Estado, ao Direito e à Igreja. Como se demonstrou, sofre as influências do tempo, mas a ele resiste, amoldando-se, de sorte que seus modelos sejam finalizados para a promoção da dignidade e da felicidade daqueles que a ela pertencem.

Os *costumes sociais* dessas famílias ou nessas famílias abrangem diversas manifestações e contêm especificidades próprias, conforme o local e o tempo investigados. E, também na mitologia, família e tempo foram intimamente associados.

Na origem, Urano (o céu) e Géia (a terra) viviam enlaçados em um abraço sem fim do qual nasceram inumeráveis filhos, um após o outro, lançados no Tártaro. Disposta a repelir as constantes investidas do marido, Géia armou seu filho caçula, Kronos, de uma foice com a qual ele decepou os testículos do pai. Essa mutilação marca a separação entre o Céu e a Terra e o começo do reinado de Kronos que, alertado por uma profecia de que seria destronado por um de seus filhos, passou a devorá-los tão logo nasciam, até que um deles (Zeus) escapou e o enviou ao Tártaro. Percebe-se que Kronos, o senhor do tempo, bloqueava sua passagem tanto em relação ao passado quanto em direção ao futuro. Como explica François Ost,

cortar os genitais de seu pai é negar o peso do passado, é privá-lo de qualquer prolongamento possível; engolir seus próprios filhos é fazê-los regressar a uma posição uterina, é privar o porvir, desta vez, de qualquer desenvolvimento futuro. O tempo do tirano esgota-se em um presente estéril, sem memória nem projeto⁶⁴⁴.

Eis, então, uma importante face do tempo, que pode ser traduzida pela célebre frase de Tocqueville: “o passado, quando não mais ilumina o futuro, deixa o espírito andando nas trevas”⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ OST, François. **O tempo do direito**. (trad. Élcio Fernandes). Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 9-10.

⁶⁴⁵ *Apud*. OST, François. *Idem, ibidem*.

O direito de família é profícuo em *facta pendentia*, tanto pela proliferação legislativa, quanto pela natureza de duração indefinida de suas múltiplas relações jurídicas, que não se realizam e concluem em um só momento, mas se desenvolvem no tempo, representando campo fértil para tal debate. Podem ser mencionados, a título de exemplo, o casamento, cuja realização se dá no momento em que os noivos manifestam a vontade de casar e o juiz os declara casados (art. 1.514, CC/2002), mas deve ser precedido de várias formalidades (processo de habilitação) e quando se desfaz, por exemplo, pelo divórcio, havendo incapazes, instaura-se um processo judicial com intervenção necessária do Ministério Público; a adoção também supõe um procedimento abrangente de muitos e distintos atos; a união estável, que se configura desde que os companheiros tenham objetivo de constituir família e exteriorizem um comportamento (convivência, pública, contínua, duradoura) condizente com tal intenção.

Além de se prolongarem no tempo, as relações de direito de família produzem tanto efeitos pessoais, quanto patrimoniais, envolvem direitos indisponíveis e outros disponíveis, ora sendo predominante matéria de ordem pública, ora prevalecendo a autonomia privada.

A expressão *ordem pública* é tão difusa que, segundo Malaurie, que ninguém jamais foi capaz de defini-la com precisão, todos tateando no escuro.⁶⁴⁶ Para Seabra Fagundes que *ordem pública*, sob o prisma jurídico, manifesta-se sob dupla conotação:

Ora aparece como designativa de parâmetros basilares de comportamento social (no mais amplo sentido, isto é, com relação aos costumes morais, à estrutura e vida de família, à economia geral, etc), ora diz com o clima de equilíbrio e paz indispensável à convivência coletiva do dia-a-dia⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ MALAURIE, Philippe. **Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit comparé: France, Angleterre, U.R.S.S.** Paris: Matot-Braine, 1951, p. 3.

⁶⁴⁷ In: CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo de ordem pública.** Apresentação de Miguel Seabra Fagundes. *Apud* PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 354.

No direito de família, a ordem pública age de uma só vez sobre a estrutura do casamento e sobre o comportamento das pessoas. A igualdade se impõe no âmbito dos direitos pessoais e patrimoniais, devendo-se também mencionar seu prolongamento na esfera parental, com o desaparecimento do pátrio poder dando lugar à imposição legal de tratamento igualitário entre os pais.

Apesar das dificuldades na fixação de critérios para determinar quando se deve falar em direito adquirido, sobrevivendo o disposto na lei revogada, e quando é o caso de eficácia imediata da lei nova, será feita uma breve abordagem histórica dos principais institutos do Direito de Família a fim de demonstrar as transformações de uma relação matrimonial e hierarquizada para uma igualitária e (re)centralizada nos direitos da pessoa, ao mesmo tempo em que se pode identificar um fenômeno de *contratualização da família*.

Isso porque, conquanto não se admita a eventual retroatividade das leis de ordem pública, deve-se destacar que, no centro da ordem pública no direito de família contemporâneo se encontram os direitos fundamentais da pessoa⁶⁴⁸. Diante da evolução do direito de família não é mais possível apenas aderir à doutrina de direito intertemporal sobre o casamento, porque alguns autores brasileiros⁶⁴⁹ se limitaram a incorporar a tese de Paul Roubier, fundada em Hauriou, que o qualifica como instituição⁶⁵⁰, e outros autores se limitaram a reproduzir os mesmos comentários de Roubier sobre os efeitos do casamento, simplesmente suprimindo a explicação prévia sobre a natureza do instituto⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ NIBOYET, Frédérique. **L'ordre public matrimonial**. Paris: L.G.D.J., 2008; **La contractualisation da la famille**. (Sous la direction de Dominique Fenouillet et Pascal de Vareilles-Sommières). Paris: Economica, 2001.

⁶⁴⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 342-343; ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. (atual. Silva Pacheco). 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 310-312.

⁶⁵⁰ ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps**. Paris: Dalloz, 2008, p. 423-431.

⁶⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 205; MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 80-92; OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, v. 1, p. 297-299.

Assim, será adotada uma distinção de tratamento quanto aos efeitos, pessoais e patrimoniais do casamento, para fins precipuamente metodológicos, fazendo-se a abordagem do direito intertemporal em duas partes, apontando-se os casos de efeito imediato da lei e os de sobrevivência do Código Civil de 1916.

Serão examinadas, a seguir, as principais questões de direito intertemporal no direito de família, após breve análise de seus mais importantes institutos, à luz do critério proposto, destacando-se que o Código Civil de 2002, nas *Disposições finais e transitórias*, regulou expressamente alguns aspectos de direito intertemporal, sendo especificamente relativo ao direito de família o art. 2039⁶⁵².

⁶⁵² Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

3 Direito pessoal intertemporal

Vicente Ráo distingue os direitos pessoais puros, dos direitos pessoais relativos ou patrimoniais. Quanto aos primeiros, por envolverem normas de ordem pública, têm aplicação imediata (relações pessoais entre os cônjuges, normas sobre o poder familiar, alimentos, tutela, curatela). No tocante à segunda categoria, o autor biparte sua qualidade: uns, cuja constituição a lei anterior deixava ao livre arbítrio das partes, por predominarem os interesses individuais, continuam submetidos à lei sob a qual nasceram; outros, que correspondem a direitos em que prepondera o interesse social, têm seus efeitos atingidos pela lei nova, desde o momento em que esta entre em vigor⁶⁵³.

O primeiro aspecto do direito pessoal do casamento a ser tratado refere-se aos seus pressupostos, sem os quais não se alcança o plano da existência, sendo considerados pela doutrina a diversidade de sexo, o consentimento e a celebração por autoridade competente.

Os *pressupostos*, ou *elementos essenciais do casamento*, foram identificados por um autor alemão que, ao comentar o Código Civil francês, deparou-se com a redação do art. 146, o qual prevê que *não há casamento quando não há consentimento*. Desenvolvendo a matéria, identificou-se um plano anterior ao da validade, que seria o da existência e a teoria, largamente difundida, tornou-se fonte de debate na doutrina pátria.

A diversidade de sexo, o consentimento e a celebração perante autoridade competente foram qualificadas por Karl-Salomo Zachariae von Lingenthal como *condições de fato* essenciais para o casamento. O autor alemão estabeleceu a distinção entre condições essenciais e condições de validade do casamento. As primeiras concernem a uma questão de fato, a questão de saber se o fato que as leis qualificam de casamento se verificou ou não; as segundas dizem respeito a uma questão de direito, a questão de saber se o casamento, constante em um

⁶⁵³ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 459.

fato, deve ser considerado válido em direito: questão que não pode se apresentar a não ser que já se suponha existir o casamento. Se as condições de validade do casamento faltam, este casamento deve, todavia, ser considerado como válido provisoriamente e até que a invalidade seja declarada pelo juiz, em ação própria. Se ao contrário, uma só das condições essenciais faltar, não há que se falar em casamento⁶⁵⁴.

A teoria do casamento inexistente, lançada por Zachariae, foi adotada por uma parte da doutrina brasileira e repelida por outra⁶⁵⁵.

Para os que a admitem, a diversidade de sexos seria um pressuposto fático do casamento, sem o qual, não há a realização do mesmo. Os que rejeitam a teoria do casamento inexistente entendem que as três hipóteses podem ser absorvidas pela Parte Geral do Código Civil como hipóteses de nulidades.

Adotando-se a teoria de Zachariae, a superveniência de lei nova que venha a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mesmo sendo matéria de ordem pública, não poderá alcançar eventuais casamentos eventualmente inexistentes realizados em data anterior à entrada em vigor dessa lei, porque não se poderia admitir o efeito retroativo.

O problema do casamento inexistente é que, para a sua formalização, lavrar-se-á, no assento de casamento, registro nulo.

As pessoas do mesmo sexo, segundo a doutrina⁶⁵⁶ anterior à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁵⁷, em 2011, somente se casariam

⁶⁵⁴ ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Karl-Salomo. **Droit Civil Français**. (trad. G. Massé et Ch. Vergé). 5. ed., Paris: Auguste Durand, Libraire Éditeur, 1854, t. 1, p. 166.

⁶⁵⁵ Entre os que a aceitam a teria do casamento inexistente encontram-se ESPÍNOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957, p. 71; MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 72-74; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 5, p. 77-80. E dentre os que repudiam tal teoria podem ser citados RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 81-83; GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 109; SÁ PEREIRA, Virgílio de. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 192.

⁶⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26ªed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 67-71; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 140-147; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. (atual. Tânia da Silva Pereira). 17ª ed.,

mediante a apresentação de documentos falsos sobre suas respectivas identidades, pois o oficial do registro civil não expediria certificado de habilitação para tal enlace. Atualmente, porém, não há mais óbice a tais enlaces, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em sentido contrário à doutrina do direito intertemporal, mas com fundamento na interpretação conforme a Constituição realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Se a diversidade de sexos constituía *pressuposto fático* para que tais uniões ingressassem no mundo jurídico, tal óbice deixou de ocorrer com a mudança na interpretação dos elementos essenciais ao casamento. Como se demonstrou *retro* (Capítulo II), a comunhão de vida e não o gênero é que passou a ser determinante para a configuração da entidade familiar formada por um casal.

A incompetência do celebrante que dá ensejo à inexistência é a absoluta e não a relativa (*ratione loci*). Se alguém realiza o processo de habilitação em uma comarca e se casa perante a autoridade competente para celebrar casamentos de outra comarca, o casamento será anulável (art. 1550, VI, CC/2002). No entanto, apesar de a doutrina brasileira, mesmo a partir do Código Civil de 2002, continuar reproduzindo regras e interpretações do direito comparado⁶⁵⁸, não se pode ignorar a extensão da eficácia do art. 1.554, que dispõe: "Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamento e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil"⁶⁵⁹.

Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 137-141; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 104-108.

⁶⁵⁷ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. E o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, autorizou o casamento entre duas mulheres. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, ADI 4.277/DF, j. 05.05.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03.06.2012. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1183378/RS, j. 25.10.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 03.06.2012.

⁶⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 5, p. 67-71; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 140-147; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. (atual. Tânia da Silva Pereira). 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 137-141; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 104-108.

⁶⁵⁹ A doutrina de direito de família é inteiramente omissa quanto a esse caso, típico de proteção da confiança, em virtude das legítimas expectativas de quem se casa perante quem exerce publicamente as funções de oficial do registro civil.

A doutrina de direito de família é inteiramente omissa quanto a esse caso, típico de proteção da confiança, em virtude das legítimas expectativas de quem se casa perante quem atua publicamente como celebrante de casamentos civis.

Se alguém exerce publicamente as funções de juiz de casamentos, levando todos a crer que realmente possui competência para tal, persuadindo, inclusive, o oficial do registro a lavrar o assento respectivo. O legislador confere existência, validade e eficácia ao casamento, apesar da incompetência *ratione materiae* do celebrante, sob o fundamento da tutela jurídica da aparência, em aplicação do princípio da boa-fé e da proteção da confiança⁶⁶⁰.

A ausência de consentimento pode ocorrer, por exemplo, no caso do casamento por procuração, em que o mandato é revogado e são cientificados o mandatário e o outro contraente que, de má-fé, praticam o ato⁶⁶¹. Observe-se que se o mandato for revogado, porém não forem comunicados o mandatário ou o outro nubente, o casamento realizado nessas condições será anulável e não inexistente, porque não terá havido o desfazimento perfeito do mandato e o mandatário, desconhecendo a revogação, apenas se limitou a desincumbir-se do mister para o qual foi contratado, agindo de boa-fé⁶⁶².

Quanto ao casamento inexistente, não haveria possibilidade de ingresso no mundo jurídico, ainda que sobrevenha lei nova reconhecendo-a existente, mesmo porque não se lhe poderia conferir efeito mais benéfico que a consequência das nulidades, que não se convalidam por conta de lei nova.

A validade dos atos constitutivos do *status familiae* deve ser verificada e acordo com a lei do tempo em que se formaram, sendo estranhos à influência da lei nova.

⁶⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil Comentado: Direito de Família. Casamento**. (coord. Álvaro Villaça Azevedo), São Paulo, Atlas, 2003, vol. 15, p. 169.

⁶⁶¹ A lei não obriga o mandante a dar ciência ao celebrante e ao oficial do registro civil acerca da revogação do mandato. Logo, se o mandatário e o outro contraente, embora cientes da revogação decidem comparecer à celebração e manifestam consentimento perante a competente autoridade celebrante, será certamente lavrado o registro desse “casamento”, apesar de, juridicamente, não haver manifestação alguma de vontade do mandante, em virtude da perfeita revogação. Trata-se de uma falha na lei e ilustra bem uma hipótese de casamento inexistente por falta de consentimento.

⁶⁶² O tema será desenvolvido no próximo capítulo, à luz do princípio da proteção da confiança.

Diferentemente, a situação abstrata do estado sofre influência das novas disposições. Uma vez preenchidos os requisitos exigidos pela lei vigente para aquisição de um dado estado pessoal, o titular adquire apenas o direito de ver reconhecido tal estado e o de exercê-lo de acordo com a lei vigente a cada ato de exercício, sendo necessário diferenciar, na lei posterior, as disposições relativas ao estado e à condição jurídica das pessoas daquelas que regulam a capacidade e o exercício dos direitos, pois não existe direito adquirido ao regime jurídico de uma dada posição jurídica ou estado pessoal⁶⁶³.

Logo, os *requisitos do casamento* regem-se pela lei do tempo em que é realizado o casamento (no momento em que o homem e a mulher manifestam a vontade de casar e o juiz os declara casados). Concluindo-se de modo defeituoso, maculado por vício (sanável ou insanável), não se dará a convalidação pelo fato de a lei nova extinguir a invalidade. A invalidade (nulidade ou anulabilidade) se configura pela violação à lei. O ilícito tem mais graves (nulidades) ou menos graves (anulabilidade) consequências por uma questão de política legislativa. Embora a matéria seja de ordem pública, a lei nova não pode suprimir a consequência do ilícito já consumado, porque a lei nova não pode ter efeito retroativo.

A *legitimidade de terceiro*, para invocar nulidade ou anulabilidade do casamento, sendo suprimida por lei nova, antes do ajuizamento da ação, cessa, porque se trata de matéria de ordem pública, sendo uma “*função social ou familiar*”, que o legislador pode eliminar ou modificar e não um direito adquirido. O mesmo raciocínio se aplica à legitimidade para a oposição de impedimentos e de causas suspensivas⁶⁶⁴. A legitimidade se liga à boa-fé e à proteção da confiança, permitindo que terceiros possam interferir em uma relação particular, mas que também produz efeitos sociais.

As *formalidades preliminares* do casamento, relativas ao processo de habilitação para o casamento, abrangendo apresentação de documentos, publicação de proclamas etc, constituem matéria de ordem pública dando-se o

⁶⁶³ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro e Outros. **Idem**, p. 144.

⁶⁶⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 84.

efeito imediato da lei nova, de modo que, mesmo expedido o certificado de habilitação, mas ainda não tendo ocorrido a celebração, os noivos serão alcançados pela lei nova, de modo que novas exigências devem ser cumpridas.

Os *impedimentos* para o casamento e as *causas suspensivas* obedecem à lei imperante na data da celebração, assim como a idade núbil e exigência de autorização judicial para o consórcio (capacidade para o casamento), bem como eventuais sanções aplicáveis (nulidade no caso de infração aos impedimentos e separação obrigatória de bens na violação às causas suspensivas).

Os *direitos e deveres conjugais* devem ser exercidos igualmente pelo marido e pela mulher, pouco importando se eles se casaram sob o regime piramidal e patriarcal do Código de 1916. A implementação da igualdade entre marido e mulher se deu antes do advento do Código Civil de 2002, pela Constituição de 1988 (art. 5º, I, e art. 226, § 5º). Os direitos fundamentais integram o conteúdo da ordem pública e sua reiteração, no diploma infraconstitucional, serve de norte hermenêutico e reforço para sua efetivação. Indubitável, portanto, sua aplicação imediata. Seria risível imaginar que uma mulher casada antes da Lei nº 4.121/1962 fosse ainda relativamente incapaz e submetida à *potestas* do marido, chefe da sociedade conjugal. Ademais, como se demonstrou no Capítulo anterior, os deveres conjugais devem ser funcionalizados para a preservação da comunhão plena de vida.

O casamento de brasileiro pode ser *celebrado no estrangeiro*, perante a autoridade competente, de acordo com a lei local, ou perante os cônsules brasileiros. No último caso, ambos os nubentes devem ser brasileiros (Decreto nº 24.113, de 12.04.1934, art. 13, parágrafo único).

O Código Civil de 2002 determina, no art. 1.544, que o registro do casamento de brasileiro, celebrado no exterior, deva ser feito no cartório do 1º Ofício do domicílio do registrado ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado onde passarem a residir, no prazo de 180 dias contados da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil.

Daí advêm as seguintes indagações: tal prazo alcançou os casamentos celebrados sob a vigência do Código de 1916? Quais as consequências da falta do registro?

Para responder às questões é preciso antes esclarecer a finalidade do registro de casamento celebrado no estrangeiro. Segundo Jacob Dolinger “não foi intenção do legislador obrigar o registro; sua necessidade só ocorre para efeitos de provar o casamento celebrado no exterior, mas o reconhecimento de sua validade no Brasil se dá independentemente do registro local”⁶⁶⁵.

O registro serve para provar o casamento. Conferindo-lhe publicidade, torna-se oponível a terceiros. *Inter partes* o registro é despiciendo, pois os cônjuges não precisam ser informados de que se casaram⁶⁶⁶.

Assim, apesar de ser matéria de ordem pública, que tem eficácia imediata, alcançando os casamentos celebrados no estrangeiro ainda sob o Código de 1916, mas cujos cônjuges não tinham retornado ao Brasil, trata-se de previsão legal pouco técnica e sem maiores consequências, pois há um interesse público em que tais consórcios sejam registrados no país, ainda que tardiamente, para que não sejam os cônjuges obrigados a provar seu *status* de casados, incidentalmente, no âmbito de todas demandas em que isso se faça necessário.

Sobre *separação e divórcio*, não é retroativa a lei nova que passe a permitir o divórcio de pessoas casadas sob a indissolubilidade do vínculo conjugal, nem a que faz desaparecer a separação, ressalvadas as antes homologadas ou decretadas, que subsistem válidas⁶⁶⁷.

Assim, quanto às alterações legislativas a respeito dos requisitos do divórcio, considerando o seu caráter de ordem pública, devem ter eficácia imediata aos casamentos existentes. Com efeito, considerando que o divórcio

⁶⁶⁵ DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional: a família no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 49.

⁶⁶⁶ “CIVIL – CASAMENTO REALIZADO NO ESTRANGEIRO, SEM QUE TENHA SIDO REGISTRADO NO PAÍS. O casamento realizado no exterior produz efeitos no Brasil, ainda que não tenha sido aqui registrado. Recurso Especial conhecido e provido em parte, tão-só quanto à fixação dos honorários de advogado.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Ari Pargendler, Recurso Especial nº 440.443-RS, j. 26.11.2002. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 28.07.2009).

⁶⁶⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 263.

pressupõe um fato considerado como sua causa jurídica e ainda um julgamento, enquanto esse julgamento não for proferido, há apenas uma situação *em curso* de constituição, sobre a qual as novas leis têm efeito imediato. Preservam-se, pois, válidas as separações anteriormente decididas ou homologadas, judicial ou extrajudicialmente.

Ponderava Savigny que as leis sobre o divórcio têm finalidade moral e conseqüentemente natureza rigorosamente obrigatória, razão pela qual a lei nova tem aplicação imediata aos casamentos existentes, quer torne mais fácil ou mais difícil o divórcio⁶⁶⁸.

A permissão do divórcio sem prazo repercute diretamente nas separações ajuizadas quando a nova lei entra em vigor.

Quanto às separações judiciais consensuais ou litigiosas, a aplicação imediata da lei nova permite aos juízes a conversão em divórcio dos acordos ainda não homologados, em homenagem à celeridade e economia processuais⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ *Apud* BATALHA, Wilson de Souza Campos, *idem, ibidem*.

⁶⁶⁹ EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - Ação de Separação Litigiosa proposta antes do advento da EC nº 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226, da CF. Citação e audiência realizadas quando já em vigor o novo e simplificado divórcio, imotivado e com dispensa dos prazos de separação de fato ou de direito. Convivência da nova ordem constitucional com a antiga separação, ainda não escoimada da legislação civil e processual civil. Possibilidade de a separação, após a citação, ser convertida em divórcio direto, via emenda conjunta dos cônjuges à inicial, ou por mútuo consenso, reduzido a termo em audiência preliminar de conciliação, em que foi prolatada, pelo juiz, decisão homologatória do acordo de conversão. Sentença confirmada. Recurso a que se nega provimento. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Segunda Câmara Cível, Rel. do acórdão Des. Roney Oliveira, Apelação Cível nº 1.0028.10.001401-9/001, j. 22/03/2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12.10.2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. CONVERSÃO DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE. NOVA ORDEM JURÍDICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66. Após a Emenda Constitucional n.º 66 de 2010, a dissolução conjugal opera-se com o divórcio, sem que seja necessária a prévia separação judicial por mais de um ano ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos. E inexistindo oposição dos cônjuges, cabível a conversão da ação de separação judicial em divórcio pelo magistrado, de forma a regularizar a situação perante a nova ordem constitucional, em nome da economia processual e instrumentalidade das formas. Recurso conhecido e não provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Albergaria Costa, Agravo de Instrumento nº 1.0702.10.044765-6/001, j. 13/01/2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12.10.2011)

Isso porque, desaparecendo o requisito do lapso temporal para a concessão do divórcio, nada impede que qualquer das partes ajuíze imediatamente tal ação, ainda que esteja pendente de julgamento uma separação judicial, consensual ou litigiosa. O STJ já decidiu que “para a viabilidade do divórcio direto é suficiente o prazo de dois anos de separação de fato”⁶⁷⁰.

Quanto à separação judicial, consensual ou litigiosa, se já foi julgada, há entendimento firmado pelo STJ no sentido de “não impede a lei que o separado judicialmente opte por ajuizar o divórcio direto, ocorrendo os pressupostos deste, até porque não é razoável que o separado de fato tenha direito maior (RSTJ 28/538)”⁶⁷¹.

Logo, desaparecendo o prazo de um ano para o divórcio por conversão e o de dois anos para o divórcio direto, as pessoas separadas judicialmente poderão valer-se do divórcio, sem necessidade de obediência a qualquer prazo e a tendência do divórcio por conversão é desaparecer, perdurando somente o divórcio direto, sem qualquer prazo.

No caso de ter sido ajuizada separação-sanção (art. 1.572, *caput*, CC/2002), cuja causa de pedir se funda na imputação de um dos cônjuges, ao outro, de grave violação dos deveres do casamento, que tenha levada à insuportabilidade da vida em comum, cumpre verificar as consequências da eficácia imediata da nova lei, autorizando o divórcio direto, sem qualquer lapso de tempo, porque o objeto do divórcio é mais amplo que o da separação judicial, configurando-se a continência (art. 104, CPC). Ou seja, distribuído o divórcio direto, por dependência aos autos da separação litigiosa, desaparecendo o prazo, bastará a prova da existência do casamento, não se perquirindo o motivo do desfazimento do vínculo conjugal. Na jurisprudência do STJ verifica-se, por

⁶⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relator Min. Waldemar Zveiter, Recurso Especial nº 32.694-5/SP, j. 08.11.1993. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 31.07.2011.

⁶⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relator Min. Costa Leite, Recurso Especial nº 67.493/SC, j. 30.10.1995. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 31.07.2009; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Recurso Especial nº 9.924/MG, j. 04.06.1991. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 31.07.2011.

enquanto, que o biênio de separação de fato “é a única causa para um dos cônjuges pleitear o divórcio contra o outro; dispensada a prova da causa do pedido”⁶⁷².

Ainda que não se admita extinta a separação, uma das consequências práticas da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, será o seu desuso, como também o fim da inculpação no término do relacionamento conjugal, uma vez que não cabe discussão de culpa em sede de divórcio⁶⁷³.

De acordo com Paul Roubier, se uma lei nova suprime uma causa de divórcio (ou de separação), enquanto o julgamento não for proferido, estaremos em face de situação *em curso de constituição*, sobre as quais as novas leis têm efeito imediato; por consequência as novas leis podem suprimir certo fato da lista das causas de separação e tal fato não poderá mais ser tido em consideração pelo juiz. Ou, se a nova lei admite o divórcio de uma maneira geral, enquanto a lei precedente admitia apenas a separação, o divórcio poderá doravante ser exigido, mesmos em todos os casamentos anteriores, porque enquanto não houver decisão judiciária definitiva, há apenas situação jurídica

⁶⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relator Min. Waldemar Zveiter, Recurso Especial nº 32.694-5/SP, j. 08.11.1993. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 31.07.2011.

⁶⁷³ APELAÇÃO CÍVEL - SEPARAÇÃO JUDICIAL - DECLARAÇÃO DE CULPA - AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO - ROMPIMENTO DA VIDA EM COMUM - PARTILHA DE BENS - MOMENTO POSTERIOR - POSSIBILIDADE - ALIMENTOS - AUSÊNCIA DE PEDIDO EM MOMENTO OPORTUNO.- Caracterizada a hipótese de separação judicial autorizada pelo art. 1572, § 1º do CCB/02, estando demonstrada a impossibilidade de manutenção da vida em comum, descabe a declaração de culpa de um dos consortes pelo rompimento do vínculo. O reconhecimento da culpa, no caso concreto, não acarretará qualquer benefício para o cônjuge supostamente inocente, inexistindo interesse jurídico nesse provimento.- A separação judicial pode ser decretada sem que ocorra a partilha dos bens que, diante da existência de controvérsia sobre a delimitação do patrimônio, pode ser postergada para momento posterior à sentença.- Recurso não provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Heloísa Combat, Apelação Cível nº 1.0295.08.021505-2/001, j. 31/03/2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12.03.2012)
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SEPARAÇÃO JUDICIAL - DIVÓRCIO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. 1 - Este novo direito, ainda que incidental ao presente julgamento, não produz ausência de direito, razão porque não me parece, respeitosamente, que o pedido fático do caso presente incorra em impossibilidade jurídica, a desmerecer enfrentamento meritório. 2 - Indispensável a aplicação meritória da Emenda Constitucional nº 66 ao caso presente, o que obriga análise, de fundo, do recurso interposto, nos termos, exatamente, do art. 462/CPC. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Oitava Câmara Cível, Rel. p/ acórdão Des. Fernando Botelho, Apelação Cível nº 1.0699.08.086809-3/001, j. 26/05/2011. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12.03.2012)

em curso de constituição sobre a qual incide a lei nova, salvo previsão expressa do legislador em sentido contrário⁶⁷⁴.

Feita a análise do direito pessoal intertemporal, apenas para permitir uma visão global do casamento, passa-se, a seguir, ao exame dos aspectos mais importantes de direito intertemporal patrimonial.

⁶⁷⁴ ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps**. Paris: Dalloz, 2008, p. 307-308.

4 Direito patrimonial intertemporal

A liberdade de pactuar foi ampliada no Código Civil de 2002, cujo art. 1.639, além de autorizar aos noivos a estipulação, quanto aos seus bens, do que lhes aprouver, inova, permitindo aos já casados a modificação do regime de bens, sob inspiração do direito francês.

A introdução da mutabilidade do regime de bens representa uma ampliação da liberdade de pactuar, durante o casamento. O casamento também tem feição econômica e os cônjuges têm o dever de destinar bens e recursos à manutenção de seus membros (art. 1.568), independentemente do regime de bens, cuja escolha há de ser livremente realizada pelos noivos, no exercício da autonomia privada.

Mas o direito patrimonial do casamento, previsto no Código Civil de 2002, embora tenha trazido algumas importantes modificações⁶⁷⁵, reflete uma regulamentação muito semelhante à contida no Código revogado, exceto quanto às necessárias adaptações, constitucionalmente impostas, que se refletiram no chamado *regime primário* ou *estatuto imperativo de base*, que contém regras gerais, inderrogáveis pela vontade dos cônjuges, relativas a certos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento⁶⁷⁶.

Quanto aos aspectos de direito intertemporal no direito patrimonial do casamento, prevê o art. 2.039 do CC/2002 que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido.

⁶⁷⁵ Podem ser mencionadas algumas das mais importantes, tais como: a mutabilidade do regime de bens (art. 1.639, § 2º); a dispensa da outorga conjugal no regime de separação absoluta (art. 1.647); a exigência de outorga conjugal no aval (art. 1.647, III); o regime de participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686), que substituiu o regime dotal; a possibilidade de ser convencionada a livre disposição dos imóveis, desde que particulares, no regime de participação final nos aquestos (art. 1.656); a incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (art. 1.659, VI); a não recepção do princípio de comunicação dos aquestos (art. 259, CC/1916).

⁶⁷⁶ Várias dessas normas foram abolidas em razão do princípio da igualdade, como aquelas que, no Código de 1916, atribuíam ao marido a chefia da sociedade conjugal (art. 233), incumbiam-lhe de prover a manutenção da família (art. 233, IV) e previam ser o regime de bens imutável (art. 230).

De acordo com Carlos Maximiliano

o Direito imperante na data do matrimônio fixa, de modo invariável para o futuro, as *relações patrimoniais* entre os cônjuges, quer quanto às disposições *imperativas*, quer quanto às *supletivas* da vontade das partes: por exemplo, o regime dos bens, quer advenha de contrato antenupcial, quer da própria lei; assim como a proibição de doações ou dádivas entre esposos. Portanto a lei vigente ao celebrarem-se as núpcias regula os direitos dos consortes sobre os bens comuns e sobre os pessoais separados; obrigações por dívidas anteriores ao casamento ou com o mesmo concomitantes.⁶⁷⁷

Diante disso, as relações conjugais de natureza *patrimonial* devem ser regidas pela lei *antiga*. Ou seja, mesmo que a lei nova estabeleça novos e diversos regimes supletivo legal e obrigatório, os casamentos celebrados sob a vigência do Código Civil de 1916 continuarão com os regimes de bens por ele regulados.

O Código de 2002, por inspiração francesa, regulamentou o *Direito Patrimonial da Família* dando tratamento em separado ao *Direito Pessoal*, mediante a divisão do *Livro IV – Do Direito de Família* em: *Título I – Do Direito Pessoal* e *Título II – Do Direito Patrimonial*.

Para uma melhor análise e compreensão da matéria, serão demonstrados, a seguir, os princípios ou diretrizes para interpretação dos regimes de bens no Código Civil revogado e no vigente.

4.1 Diretrizes para a interpretação dos regimes de bens

No Código Civil de 1916 estavam presentes - e ainda se aplicam aos casados sob tal Código - as seguintes diretrizes, no tocante aos regimes de bens: a) *liberdade de pactuar*, b) *imutabilidade do regime de bens* e c) *comunicação dos aquestos*. No Código Civil de 2002 encontram-se as seguintes: a) *liberdade de pactuar* e b) *mutabilidade do regime de bens*.

⁶⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 86.

Além da análise dos princípios informadores dos regimes de bens em ambos os Códigos, cuja incidência dependerá da data da celebração do casamento (art. 2.039, Código Civil), serão abordadas outras questões, como a possibilidade de alteração do regime de bens por quem se casou sob o Código de 1916, aspectos relativos aos bens reservados e à prova da data de aquisição dos bens móveis serão analisadas a seguir.

4.1.1 Liberdade de pactuar

Como corolário da autonomia privada no direito de família, o *princípio da liberdade de pactuar* autoriza aos noivos que, à exceção dos submetidos ao regime da separação obrigatória (art. 258, parágrafo único, Código Civil de 1916 e art. 1.641, Código Civil de 2002), possam eleger algum dentre os regimes tipificados ou criar suas próprias regras.

Arnoldo Wald, sobre a ampla liberdade de criação de regras diferentes das tipificadas no Código Civil, esclarece que há sistemas jurídicos, como o brasileiro, em que se admite tal possibilidade, enquanto, em outras legislações, as partes só podem escolher um entre os regimes legalmente previstos, não podendo modificar as suas disposições, como ocorre no direito suíço, por exemplo (art. 179, II, do Código Civil suíço)⁶⁷⁸.

Em princípio, as convenções patrimoniais poderiam ser reguladas pelos cônjuges, mediante um emaranhado de regras - previstas na lei ou derivadas da vontade - e cujo limite reside, em geral, no estatuto imperativo de base. A liberdade de criação de um estatuto patrimonial particular tem como finalidade principal prevenir conflitos e assegurar a plena comunhão de vida. De outro

⁶⁷⁸ WALD, Arnoldo. **O novo Direito de Família**. 14^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 106.

lado, a comunhão plena de vida produz consequências na regulamentação convencional das relações patrimoniais entre os cônjuges.⁶⁷⁹

A liberdade de pactuar está presente no art. 256, *caput*, Código Civil de 1916, e no art. 1639, *caput*, do Código Civil de 2002⁶⁸⁰, pois "os princípios que dominam o direito brasileiro e, em geral, o dos povos contemporâneos são o da *variedade* dos regimes matrimoniais e o da *liberdade das convenções matrimoniais*, prévias no direito brasileiro"⁶⁸¹.

O regime escolhido no pacto antenupcial tem sua eficácia vinculada à celebração do casamento (art. 256 e segs. do CC/1916 e art. 1653 e segs. do CC/2002), submetendo-se, portanto, à regra geral de direito intertemporal contida no art. 2039 do Código vigente.

O consentimento, como pressuposto de todo negócio jurídico, deve existir e ser validamente manifestado. Os vícios ou defeitos do consentimento, que podem conduzir à anulabilidade do negócio, são os fixados pela lei vigente ao tempo de sua realização⁶⁸².

A validade do pacto antenupcial, em virtude de sua natureza contratual⁶⁸³, exige os mesmos requisitos dos negócios jurídicos em geral: agente capaz, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não defesa em lei. Além disso, a validade do pacto obedece à lei vigente ao tempo em que foi realizado, mas seus efeitos quanto ao regime escolhido regem-se pela lei em vigor na data da celebração do casamento (a partir de quando o pacto se torna eficaz), como também as formalidades registrarias se submetem às exigências

⁶⁷⁹ XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 493.

⁶⁸⁰ O art. 1639, *caput*, CC/2002 reproduz, *ipsis litteris*, o disposto no art. 256, *caput*, CC/1916: "É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver."

⁶⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Bookseller, 2001, v. 2, p. 163.

⁶⁸² BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 226.

⁶⁸³ RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 173.

da lei vigente no momento da realização do casamento, no tocante à validade do pacto⁶⁸⁴.

A capacidade para a celebração de pacto antenupcial é a geral, para todos os atos e negócios da vida civil. No Código de 1916, o não interdito e maior (21 anos) ou emancipado poderia livremente firmar contrato pré-nupcial.

O Código de 2002 reduziu a maioridade para 18 anos. De acordo com Wilson de Souza Campos Batalha, “se a lei nova reduz o número de anos que conferem a maioridade, produz efeito imediato atribuindo a plena capacidade às pessoas que se encontram nas condições previstas pela lei nova”⁶⁸⁵.

Portanto, o indivíduo que se casou antes da entrada em vigor do Código de 2002, para ter celebrado validamente pacto antenupcial, devia ter 21 anos completos ou ter sido emancipado (antes do casamento, quando firmou o contrato pré-nupcial). Caso contrário, se o nubente era menor, mas tinha idade núbil (16 anos para as mulheres e 18 para os homens, conforme previsto no art. 183, XII, CC/1916), deve ter sido assistido pelos pais ou representantes legais, para que se considerasse válido o pacto.

Assim, se o pacto se realizou por menor, em idade núbil, mas não assistido, é anulável, a teor do previsto no art. 2035 do Código vigente.

Também a emancipação se rege pela norma vigente na época em que é realizada, de modo que se a lei posterior eliminar a hipótese de emancipação, tal diploma posterior prevalece apenas *in futurum*, sendo que a emancipação obtida permanece⁶⁸⁶.

Além dos aspectos ligados à capacidade, em geral, para a prática dos atos e negócios da vida civil, é também exigida uma capacidade especial (legitimidade), que consiste em a pessoa não se enquadrar nas hipóteses de separação obrigatória de bens.

⁶⁸⁴ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 256; MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal**. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 81.

⁶⁸⁵ *Idem*, p. 215.

⁶⁸⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal**. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 71-72.

A liberdade de pactuar é a regra, mas a lei a retira de algumas pessoas, para as quais impõe a separação obrigatória como regime de bens. Tais pessoas não podem livremente escolher outro regime patrimonial para seus casamentos, sob pena de nulidade do pacto antenupcial que venham a celebrar.

Essa capacidade especial exigida para celebrar pacto antenupcial é a atribuída às pessoas que não se enquadrem nas hipóteses relativas à separação obrigatória de bens, sendo, no Código Civil de 1916, previstas no art. 258, parágrafo único, as seguintes: I – das pessoas que celebraram casamento com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216); II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos; III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453).

Já no Código Civil de 2002 são: casamento com inobservância de causas suspensivas (art. 1.523); maiores de 70 (setenta) anos; os que, para casar, dependeram de autorização judicial.

O nubente menor, absolutamente incapaz, não está autorizado a pactuar, mesmo que representado pelos pais, sendo que a única exceção prevista no Código Civil é a hipótese de gravidez. Contudo, em tal caso, havendo necessidade da autorização judicial para o casamento (suprimento de idade), o regime de bens será obrigatoriamente o da separação.

Segundo Débora Gozzo, quanto ao maior incapaz, tudo dependerá do grau de interdição sofrido pelo interditado:

se *absoluta*, ele nem sequer poderá casar. O pacto é nulo se celebrado. Se *relativa*, para que o casamento e o pacto pré-nupcial sejam válidos, ele necessitará da assistência do seu curador, que é o seu representante legal até o levantamento da interdição. Faltando a anuência, o pacto é anulável e, portanto,

passível de ser ratificado, mesmo na constância da sociedade conjugal⁶⁸⁷.

Vale lembrar que, caso a pessoa maior e incapaz não seja interdita, seus atos, em princípio são válidos, salvo se a sentença de interdição produzir efeitos retroativos (*ex tunc*), que devem ser expressamente determinados pelo julgador, pois deve ser preservada a boa-fé dos terceiros que tenham negociado antes de a incapacidade ser pronunciada judicialmente⁶⁸⁸.

Por fim, em regra, a *capacidade, geral* ou *especial*, isto é, o conjunto de condições subjetivas para a aquisição de determinado direito, deve existir ao tempo indicado pela norma respectiva. Quando se trate de fatos sucessivos, a capacidade deverá existir no momento da ocorrência de cada um; há de persistir, portanto⁶⁸⁹.

A liberdade de estipular as cláusulas do pacto antenupcial encontra, porém alguns limites: há cláusulas que a lei não admite (são nulas quando contrariam disposição absoluta da lei), e há casos em que a liberdade é excluída, impondo-se o regime pela lei (nas hipóteses de separação obrigatória)⁶⁹⁰.

O conteúdo da convenção antenupcial denota uma rara amplitude da autonomia privada no direito de família, que é marcado pela presença de normas cogentes. Por isso o exercício da liberdade para os noivos estabelecerem o conteúdo de tal avença deve ocorrer dentro dos limites da lei, sendo, ainda, vedadas as cláusulas que contrariem a ordem pública, conforme dispõe o art. 1655 do CC (art. 257 do Código Civil de 1916). Assim, consideram-se

⁶⁸⁷ GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 45.

⁶⁸⁸ “Nulidade de ato jurídico praticado por incapaz antes da sentença de interdição. Reconhecimento da incapacidade e da ausência de notoriedade. Proteção do adquirente de boa-fé. Precedentes da Corte. 1. A decretação da nulidade do ato jurídico praticado por incapaz não depende da sentença de interdição. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência da incapacidade, impõe-se a decretação da nulidade, protegendo-se o adquirente de boa-fé.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Recurso Especial nº 296.895/PR, j. 06.05.2004. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 15.03.2009).

⁶⁸⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal**. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 66.

⁶⁹⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**. (atual. por Ricardo Rodrigues Gama). Campinas: Bookseller, 2001, p. 359; MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 528.

ineficazes ou como não escritas as cláusulas do pacto que: dispensem os cônjuges de deveres conjugais; privem pai ou mãe de guarda ou poder familiar; alterem a ordem de vocação hereditária; adotem regime diverso, quando a separação for obrigatória; dispensem a outorga conjugal, exceto na hipótese do art. 1.656⁶⁹¹, quanto ao regime da participação final nos aquestos, entre outras⁶⁹².

Em síntese, o conteúdo dos pactos antenupciais se limita a regular as relações patrimoniais que surgem no curso da união. São lícitas as disposições que versarem sobre comunicabilidade ou não dos bens, móveis e imóveis, adquiridos na constância do casamento, a título oneroso ou gratuito, como também se admitem regras a respeito da administração de tais bens.

Por outro lado, regras que pretendam, por exemplo, excluir qualquer dos cônjuges da participação nos ganhos ou despesas com a família se reputarão como não escritas, porque atentam contra princípios de ordem pública, que protegem a família. É que, no eventual confronto entre autonomia privada e proteção à família, deve prevalecer a proteção à última, cujas estrutura e tutela estão a cargo do direito e não à mercê dos consortes⁶⁹³.

Todavia, sendo ampla a autonomia privada, no sentido de autorizar grande liberdade quanto às disposições acerca da comunicação ou incomunicabilidade dos bens, é lícito excluir da futura partilha de bens, o que lhes aprover, total ou parcialmente, tenha sido o pacto realizado à luz do Código revogado ou do vigente.

Tanto no Código Civil de 1916 (art. 256, parágrafo único, I), como no vigente (art. 1.653), a forma prescrita do pacto antenupcial é a escritura pública. Tal requisito é igualmente exigido em outros países, como na França (art. 1.394, do Código Civil), na Itália (art. 162, do Código Civil), na Espanha

⁶⁹¹ Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.

⁶⁹² CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, v. 5, p. 12.

⁶⁹³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 2, p. 159.

(art. 1.327, do Código Civil), em Portugal (art. 1.710, do Código Civil), na Suíça (art. 181, do Código Civil) e na Alemanha (§ 1.410, do BGB).

A inobservância à forma prescrita tem como consequência a nulidade do pacto antenupcial, aplicando-se, então, o regime *supletivo legal*⁶⁹⁴, que, no Brasil, desde a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), é a comunhão parcial de bens. A lei nova, "que estabelece outro regime legal, ou que modifica o existente até então, não alcança os casamentos celebrados antes dela"⁶⁹⁵. Nesse sentido dispôs o Código Civil de 2002 (art. 2.039).

A forma dos negócios jurídicos, em princípio, vincula-se à lei do tempo da realização dos mesmos, por aplicação do princípio *tempus regit actum*. Mas como o pacto antenupcial tem natureza acessória e depende do subsequente casamento, a lei nova pode privar o negócio, feito segundo as formalidades e solenidades exigidas ao tempo de sua confecção, da perfeição que até então tinha, em decorrência de serem requeridas outras formalidades, antes da celebração das núpcias.

No tocante aos efeitos perante terceiros, cabe ressaltar que se pode conferir eficácia *erga omnes* ao pacto antenupcial. Uma vez que o *status* de casado, conforme o regime de bens, influi na vida negocial das pessoas, exigindo a lei, para certos negócios, a outorga conjugal, há a possibilidade de atribuir publicidade ao pacto antenupcial, mediante registro, consoante prevê o art. 1.657 do CC/2002, que reproduz a norma do art. 261 do Código Civil de 1916: "As convenções antenupciais não terão efeitos perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges".

⁶⁹⁴ *Supletivo legal* é o regime previsto na legislação para se aplicar aos casamentos, cujos noivos não tenham celebrado pacto antenupcial e tampouco se enquadrem nas hipóteses de separação obrigatória de bens.

⁶⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Bookseller, 2001, v. 2, p. 222.

Diversamente do sistema alemão, não há, no Brasil, um *Cartório de Registro de Bens do Matrimônio*⁶⁹⁶.

A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), no art. 167, I, nº 12, disciplina a matéria: “No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I – o registro: (...) das convenções antenupciais”. Além disso, como esclarecem Renata de Almeida e Walsir Rodrigues Júnior,

na hipótese de existência de bens imóveis, seja porque os possuíam antes do casamento ou os adquiriram no curso da sociedade conjugal, além do registro do pacto no Livro nº 3 - Registro Auxiliar - do domicílio dos cônjuges, outra providência é estabelecida pela Lei nº 6.015/1973, qual seja a averbação. A averbação é de suma importância para ressaltar direitos e tem por objetivo informar terceiros da existência de determinado fato superveniente, que, não sendo constitutivo de domínio ou de ônus reais, venha a atingir o direito real ou às pessoas nele interessadas. Trata-se, portanto, de um elemento acessório ao registro ou à matrícula do imóvel. De acordo com o art. 167, II, 1, da Lei nº 6.015/1973, deve ser feita a averbação do pacto antenupcial no lugar da situação dos imóveis de propriedade do casal, presentes e futuros, com a declaração das respectivas cláusulas. Só assim será possível que terceiros tenham ciência a respeito das cláusulas patrimoniais estabelecidas no pacto antenupcial⁶⁹⁷.

Afora essa previsão, o disposto na Lei nº 4.276/1965, cujo art. 37, III, nº 1, determina o arquivamento do pacto na Junta Comercial competente, quando os nubentes forem empresários (art. 979, do Código Civil)⁶⁹⁸. A respeito, assevera Arnaldo Wald, que

a averbação do pacto antenupcial permite a verificação do regime de bens de sócio casado. Para fins de registro, ela é essencial para que se constate a capacidade dos cônjuges para constituir sociedade entre si, em decorrência da regra do art. 977 do novo Código Civil. Ainda, conforme exemplo citado por Fabrício Mattiello (*in Código Civil Comentado*, São Paulo, LTr, 2003, p. 615), será importante saber qual o regime de bens dos sócios em caso de desconsideração da pessoa jurídica, de

⁶⁹⁶ ENNECCERUS, KIPP, WOLF. **Tratado de Derecho Civil**. Barcelona: Bosch, 1979, v. 4, t. 1, p. 306.

⁶⁹⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

⁶⁹⁸ Art. 979. Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade.

forma a evitar constrição a bens que não pertençam ao empresário, mas sim ao seu cônjuge⁶⁹⁹.

A ausência de registro da convenção não a torna ineficaz *inter partes*, mas somente inoponível a terceiros, perante os quais prevalecerá o regime *supletivo legal*. Em tal caso, nenhum dos cônjuges pode, perante terceiros, invocar o regime de bens pactuado, a fim de tentar proteger sua meação.

Se uma lei nova passar a exigir especial registro do pacto antenupcial (não imposto outrora), deve-se cumprir o postulado recente até em relação às pessoas casadas anteriormente⁷⁰⁰.

4.1.2 Comunicação dos aquestos e a Súmula nº 377 do STF

No Código Civil de 1916, havia uma regra de interpretação dos pactos antenupciais, que dispunha: "Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento".

Uma das consequências da aplicação do art. 259, do Código Civil de 1916, que, vale repetir, tem incidência quanto aos casamentos celebrados sob a vigência daquela legislação (Código Civil de 2002, art. 2.039), era admitir-se dois possíveis regimes de separação de bens *convencionais*⁷⁰¹: a separação *total* ou *absoluta* e a separação *parcial* ou *relativa*, como se extrai de voto proferido pelo Ministro Moreira Alves:

Por outro lado, da simples leitura do art. 259, verifica-se que o regime da separação convencional se subdivide em regime da separação convencional absoluta e regime de separação convencional relativa. Absoluta, quando constar do pacto antenupcial que os nubentes estipulam a separação de todos os bens passados, presentes e futuros; relativa, quando do pacto não

⁶⁹⁹ WALD, Arnaldo. **Comentários ao Novo Código Civil: Livro II – Do Direito de Empresa – Arts. 966 a 1.195**. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, v. 14, p. 68.

⁷⁰⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal**. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 82.

⁷⁰¹ *Convencionais* porque estabelecidos via pacto antenupcial, no exercício da liberdade de pactuar dos noivos (art. 256, Código Civil de 1916).

constar essa cláusula de exclusão de bens futuros ou adquiridos posteriormente ao casamento⁷⁰².

A completa segregação patrimonial deveria ser minuciosa e expressa (separação convencional absoluta). Se o pacto indicar, inequivocamente, a incomunicabilidade de todos os bens, presentes e futuros, assim como dos respectivos acessórios (frutos, benfeitorias, rendimentos, etc), afastando todas as hipóteses de comunicação previstas na comunhão de bens, prevalece a separação total, inviabilizando-se, como firmou entendimento o Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento de sociedade de fato entre os cônjuges⁷⁰³.

Não havendo a explícita exclusão dos aquestos⁷⁰⁴, presume-se sua comunicabilidade, regra extensiva aos acessórios (separação convencional relativa). Isso porque, no *silêncio do contrato*, quer dizer, na omissão do pacto

⁷⁰² Casamento. Regime de absoluta separação de bens, estipulado através de pacto antenupcial. Desquite. A determinação do acórdão recorrido de proceder-se a partilha dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal importa em negação de vigência do disposto no art. 256 do código civil. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, Relator Min. Thompson Flores, Recurso Extraordinário nº 80496/SP, j. 29.11.1977. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13.12.2012).

⁷⁰³ CASAMENTO. PACTO ANTENUPCIAL. SEPARAÇÃO DE BENS. SOCIEDADE DE FATO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIVISÃO DOS AQUESTOS. - A cláusula do pacto antenupcial que exclui a comunicação dos aquestos impede o reconhecimento de uma sociedade de fato entre marido e mulher para o efeito de dividir os bens adquiridos depois do casamento. Precedentes. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relator Min. Ministro Humberto Gomes de Barros, Recurso Especial nº 404088/RS, j. 17.04.2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12.12.2012).

CIVIL. PACTO ANTENUPCIAL EXCLUDENTE DA COMUNICAÇÃO DOS AQUESTOS. A cláusula do pacto antenupcial que exclui a comunicação dos aquestos impede o reconhecimento de uma sociedade de fato entre marido e mulher para o efeito de dividir os bens adquiridos depois do casamento. Recurso especial não conhecido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Relator Min. Ministro Ari Pargendler, Recurso Especial nº 141062/PA, j. 05.04.2001. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12.12.2012).

CASAMENTO. REGIME DA COMPLETA SEPARAÇÃO DE BENS. PACTO ANTENUPCIAL. COMUNICAÇÃO DOS AQUESTOS. - Pretensão de interpretar-se o alcance de cláusula inserta no pacto antenupcial. Inadmissibilidade no apelo especial (súmula nº 05-STJ). - Estipulado expressamente, no contrato antenupcial, a separação absoluta, não se comunicam os bens adquiridos depois do casamento. A separação pura é incompatível com a superveniência de uma sociedade de fato entre marido e mulher dentro do lar. Precedentes (REsp's nºs 2.541-0/SP e 15.636-RJ) - Incidência, ademais, do verbete sumular nº 07-STJ. Recurso especial não conhecido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Ministro Barros Monteiro, Recurso Especial nº 83750/RS, j. 19.08.1999. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 12.12.2012).

⁷⁰⁴ Na enumeração legal (art. 271, do Código Civil de 1916), *aquestos* são os bens adquiridos na constância do casamento, por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; os adquiridos por fato eventual; por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; os frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge ou de ambos; os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge ou de ambos. Ou seja, os bens comuns na comunhão parcial.

antenupcial, quanto ao destino dos bens adquiridos onerosamente durante o casamento, prevaleceriam os princípios da comunhão (parcial), consoante posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁰⁵.

Outra modalidade de regime separatista, previsto no Código de 1916, era consignado no art. 258, parágrafo único. Nos casos ali consignados, suprimia-se dos nubentes a *liberdade de pactuar*, impondo-se-lhes um regime, denominado *separação obrigatória de bens*, em decorrência da restrição à autonomia privada, como já mencionado.

Alude-se, novamente, à separação obrigatória, porque começaram a surgir controvérsias sobre a incidência do art. 259, do Código Civil de 1916, que se referia, especificamente, às hipóteses de *silêncio do contrato*, a esse regime. Ora, na separação obrigatória, não há que se falar em contrato. O regime é imposto pela lei. Pontes de Miranda, a respeito, assevera

No acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 7 de outubro de 1947 (RF 126/430), parece que se reputou ser apenas concernente aos bens trazidos pelos cônjuges o regime da separação legal, o que é absurdo, pois o art. 259 é regra jurídica *dispositiva* que só se pode invocar quando haja auto-regramento da vontade (= autonomia da vontade), e não onde não há⁷⁰⁶.

No Código de 1916, eram quatro hipóteses: I – das pessoas que celebraram casamento com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216); II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos; III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; IV - de todos os

⁷⁰⁵ Afirma-se que a interpretação do art. 259, do Código Civil de 1916, na parte referente aos “princípios da comunhão” tratar-se da aplicação das regras da comunhão parcial com fundamento na jurisprudência do STF:

“Comunhão dos aquestos, em regime de separação, consagrada pela jurisprudência. Conhecimento e provimento do recurso, em parte.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, Relator Min. Antônio Villas Boas, Recurso Extraordinário nº 44.807, j. 05.08.1960. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07.07.2009).

“Ainda que de separação convencional o regime, são comuns, se nada se estipulou em contrário, os bens adquiridos (art. 259, CC).” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Mário Guimarães, Recurso Extraordinário nº 27.043, j. 04.11.1954. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07.07.2009).

⁷⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Bookseller, 2001, v. 2, p. 213.

que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453).

Os casamentos celebrados com inobservância do disposto no art. 183, XI a XVI, do Código Civil de 1916, correspondiam aos seguintes casos: XI - Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211); XII - As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito; XIII - O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 226); XIV - A mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der à luz algum filho; XV - A viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nullo ou ter sido annullado, até dez mezes depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo der á luz algum filho; XVI - O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento; XVII - O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

Os sujeitos ao pátrio poder (hoje, poder familiar), tutela ou curatela, caso não obtivessem consentimento dos respectivos representantes legais, bem como os homens menores de 18 anos e as mulheres menores de 16 anos (sem idade núbil) contraíam casamentos anuláveis e, por consequência legal, sob o regime da separação obrigatória. Lembrando que o regime supletivo legal do Código Civil de 1916, até o advento da Lei do Divórcio (de 1977), era a comunhão universal, buscava-se proteger os incapazes.

Quanto ao viúvo ou à viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal, o objetivo do legislador era o de evitar a confusão de patrimônios. O inventário e a partilha permitem distinguir a meação

do cônjuge sobrevivente e a herança, preservando-se os bens dos herdeiros. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ainda à luz do Código Civil revogado, decidiu que "uma vez providenciada a abertura do inventário, com os bens dados à partilha, não é de exigir-se seja ela julgada para ensejar que o casamento do viúvo se faça sob o regime da comunhão de bens"⁷⁰⁷. Acompanhando o precedente (RE nº 76.229), cujo Relator foi o Min. Djaci Falcão, o STF reiterou o entendimento de que, "dados todos os bens à partilha, deliberada esta pelo juiz e feito o respectivo esboço, sem haver, no prazo legal, qualquer impugnação dos interessados, em princípio, nenhum dever resta ao pai ou à mãe, que pretende contrair novo casamento"⁷⁰⁸.

A regra relativa à mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez, busca evitar a chamada *turbatio sanguinis* (confusão de sangue), em decorrência da presunção de paternidade que se impõe ao marido, quanto aos filhos concebidos na constância da convivência conjugal (*pater is est*).

O tutor ou curador e certos parentes dos mesmos com a pessoa tutelada ou curatelada constitui regra de proteção ao incapaz, a fim de não se permitir que, antes de prestadas e aprovadas as contas, ocorra o casamento, para Clóvis Beviláqua, o legislador teve o intuito de "1º, de evitar que o tutor ou curador procurasse, no casamento, occultar a delapidação da fortuna cuja administração lhe fôra confiada; 2º, de pôr um freio á sua cubiça; 3º, de prevenir coacção sobre o animo da pessôa em relação á qual tenha adquirido ascendencia por suas funções"⁷⁰⁹. Semelhante objetivo justificou a regra referente aos órfãos (art. 258, parágrafo único, III, do Código Civil de 1916).

A regra relativa ao homem maior de 60 (sessenta) e à mulher maior de 50 (cinquenta) anos, conforme Pontes de Miranda, teria sido instituída "para

⁷⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Rafael Mayer, Recurso Extraordinário nº 89.711/MG, j. 04.03.1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31.10.2010.

⁷⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Djaci Falcão, Recurso Extraordinário nº 76.229/MG, j. 02.10.1975. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31.10.2010.

⁷⁰⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p. 89.

evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva"⁷¹⁰.

Em todos os casos, *supra* indicados, a consequência patrimonial do casamento era a separação obrigatória. E, como se disse, apesar de o art. 259 do Código Civil de 1916 referir-se ao *silêncio do contrato* - o que poderia restringir sua incidência às hipóteses de separação convencional - o STF editou a Súmula n° 377⁷¹¹, que estendeu o princípio da *comunicação dos aquestos* ao regime de *separação obrigatória de bens*.

Com isso, por meio da súmula n° 377, o STF estendeu a presunção de comunicabilidade contida no art. 259, CC/1916, ao regime da *separação obrigatória* (art. 258, parágrafo único, do mesmo Código), como se verifica em diversos acórdãos⁷¹².

⁷¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo: Bookseller, 2001, v. 2, p. 219.

⁷¹¹ STF, Súmula n° 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

⁷¹² CASAMENTO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. Os bens havidos, na constância do casamento, por um dos cônjuges, em virtude de herança, não se comunicam. A súmula 377 refere-se à comunicação de aquestos, no regime de separação legal. Não é invocável, quando se cuida de bens adquiridos, na constância do matrimônio, não pela cooperação de ambos os cônjuges, mas por herança. Código Civil, arts. 259 e 258, parágrafo único, inciso I. Sendo de separação legal o regime de bens, no desquite litigioso, não é de assegurar meação, quanto aos bens havidos por herança, na constância do casamento. Negativa de vigência do art. 259, do CCB, que não se verifica. Recurso extraordinário não conhecido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Néri da Silveira, Recurso Extraordinário n° 93.168, j. 18.10.1984. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07.07.2009).

CIVIL. REGIME DE BENS NO CASAMENTO. No regime da separação legal de bens, não se comunicam os adquiridos com o produto da venda de bens anteriores ao casamento. Inaplicabilidade da súmula 377. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma, Relator Min. Leitão de Abreu, Recurso Extraordinário n° 93.153, j. 02.10.1981. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07.07.2009).

Comunhão de aquestos no regime de separação legal de bens (súmula 377). Exclusão, todavia dos bens reservados (arts. 246 e 263, XII do Código Civil, na redação da Lei n° 4.121/1962). Dissídio jurisprudencial inexistente. Recurso extraordinário não conhecido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, Relator Min. Xavier de Albuquerque, Recurso Extraordinário n° 85.315, j. 20/08.1976. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 07.07.2009).

Com a edição da súmula n. 377, conquanto tenha sido uniformizado, no STF, o entendimento de que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", sem perquirir se cada cônjuge havia ou não colaborado para a formação dos aquestos, tal demonstração passou a ser exigida em alguns acórdãos do STJ, instaurando-se, nesse Superior Tribunal, uma divergência que ainda perdura. Em outras palavras, na jurisprudência do STF não há necessidade de comprovação do esforço comum para na aplicação da súmula n. 377⁷¹³. No STJ, porém, há posições dissonantes. Para a Quarta Turma, são partilháveis os aquestos, desde que adquiridos pelo esforço comum, nos termos da S. 377 do STF⁷¹⁴. Para a Terceira Turma, o esforço comum é presumido⁷¹⁵. Parece mais coerente a posição adotada pela Terceira Turma do STJ, ao entender dispensável a prova do esforço comum, tendo em visto ter sido essa a posição primitivamente acolhida pelo STF, além do fato de a súmula não fazer qualquer referência a tal aspecto, mas, principalmente, porque a presunção de esforço comum se deriva da comunhão plena de vida, tanto assim que, a separação de fato conduz à incomunicabilidade de bens⁷¹⁶.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a súmula n. 377, do STF, foi aprovada em sessão plenária de 03.04.1964, antes, portanto, da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), que modificou o regime supletivo legal (antes comunhão universal e, daí em diante, comunhão parcial). Ou seja, a súmula surgiu em uma época, em que a regra geral era a comunhão universal, o casamento era indissolúvel e vigia o art. 259, do Código Civil de 1916, como instrumento de interpretação dos pactos antenupciais (*in dubio pro*

⁷¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Primeira Turma, Relator Min. Néri da Silveira, Recurso Extraordinário n° 93.168, j. 18.10.1984; Segunda Turma, Relator Min. Xavier de Albuquerque, Recurso Extraordinário n° 85.315, j. 20/08.1976.

⁷¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Recurso Especial n. 646259/RS, j. 22/06/2010; Relator Min. Aldir Passarinho Junior, Recurso Especial n. 123633/SP, j. 17/03/2009; Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Recurso Especial n. 9938-0/SP, j. 09/06/1992.

⁷¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: Terceira Turma, Relator Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJ/RS), Recurso Especial n. 1199790/MG, j. 14/12/2010; Relatora Min. Nancy Andrichi, Recurso Especial n. 1171820/PR, j. 07/12/2010; Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Recurso Especial n. 736627/PR, j. 11/04/2006).

⁷¹⁶ Vide Capítulo II.

communione). Os recursos que culminaram na súmula n. 377 versavam sobre a interpretação do art. 259, do Código Civil de 1916. A discussão referia-se à possibilidade ou não de ser aplicado o dispositivo que aludia ao *silêncio do contrato* às hipóteses de separação obrigatória. Prevaleceu a tese de que os casados pela separação obrigatória não estavam proibidos de celebrar pacto antenupcial para excluir os frutos dos bens e, se o fizessem, *no silêncio do contrato*, os demais aquestos se comunicariam. Além disso, o STF vinha decidindo que italianos, separados no país de origem, mas vivendo no Brasil, tinham direito à partilha dos aquestos aqui adquiridos pelo esforço comum (presumido)⁷¹⁷. Portanto, a súmula n. 377 do STF nasceu da interpretação do art. 259, do Código Civil de 1916.

No entanto, não há norma equivalente ao art. 259, do Código Civil de 1916, no Código Civil de 2002. Logo, por força do disposto no art. 2.039, do Código vigente, não haveria como aplicar o art. 259 e tampouco a súmula n. 377 aos casados sob a vigência do Código de 2002.

Todavia, contrariando tal lógica, fundada na proteção ao direito adquirido (art. 2.039), o STJ continua aplicando, *concessa venia, contra legem*, a súmula n. 377 do STF, chegando a exigir outorga conjugal para os casados sob a separação obrigatória, pela incidência da mencionada súmula⁷¹⁸.

Cuida-se de verdadeira inovação que, segundo Larenz, constitui uma "ruptura ético-jurídica"⁷¹⁹ em relação a todos os precedentes anteriores, pois o tribunal não poderia atribuir uma nova eficácia (necessidade de outorga conjugal) ao regime, que consta no registro público como *separação obrigatória*, com alcance *inter partes* e *erga omnes*, sem uma gravíssima quebra da confiança e das legítimas expectativas de todos os envolvidos.

⁷¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, Relator Min. Hahnemann Guimarães, Recurso Extraordinário n. 8984, j. 08.11.1948.

⁷¹⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJ/RS), Recurso Especial n. 1199790/MG, j. 14/12/2010.

⁷¹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. (trad. José Iamego). 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 618.

4.1.3 Mutabilidade do regimes de bens

No Código Civil de 1916 vigorava a inalterabilidade do regime de bens, para Lafayette Rodrigues Pereira, porque "além de deixar os direitos do cônjuge mais fraco e condescendente expostos aos perigos da relação e da astúcia do outro, colocaria os haveres do casal em um estado de incerteza incompatível com a estabilidade que, por bem de interesses de ordem pública, lhes é mister"⁷²⁰.

Acrescentava Clóvis Beviláqua que a imutabilidade se destinava a preservar os interesses de terceiros, que "estariam sempre ameaçados pela condição resolutória de um contracto matrimonial"⁷²¹.

Diante disso, o art. 230, do Código Civil de 1916, previa a irrevogabilidade do regime de bens.

O Código Civil de 2002, inovando sobre a matéria e seguindo o sistema francês, autoriza a alteração do regime de bens.

Trata-se de tendência acolhida, especialmente na Europa, por vários países, como na Alemanha, Suíça, França, Espanha e Itália, correspondendo a uma evidente ampliação da autonomia privada dos cônjuges, estendendo-a para depois da celebração do casamento, permitindo, durante a comunhão plena de vida, o exercício da liberdade de planejamento familiar, como instrumento para prevenir ou apaziguar conflitos que possam se derivar da insatisfação com o modelo patrimonial adotado ainda na época do noivado, servindo, ainda, como incentivo à salvaguarda da comunhão plena de vida.

No Brasil, Orlando Gomes, havia muito, defendia a modificabilidade do regime de bens:

⁷²⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869], p. 163.

⁷²¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p. 188.

Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebraram, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime de separação de substituírem-no pelo da comunhão? Necessário, apenas, que o exercício desse direito seja controlado a fim de impedir a prática de abusos, subordinando-o a certas exigências⁷²².

O art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002, estabelece quatro requisitos para a alteração do regime de bens: a) autorização judicial; b) que o pedido seja formulado bilateralmente; c) motivo relevante; d) sejam resguardados direitos de terceiros.

A motivação da mudança do regime é o ponto mais delicado e vem despertando controvérsias. A hipótese mais frequentemente admitida encontra respaldo no art. 977 do Código Civil: “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”⁷²³.

Mas, quando não há um dispositivo legal que dê guarida à pretensão de alterar o regime de bens, encontram-se posições mais duras e outras mais flexíveis. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais autorizou a mudança do regime para “preservar o casamento que, ao que tudo indica, encontra-se abalado por causa de especulações sociais acerca do interesse patrimonial de um dos cônjuges em relação ao outro”⁷²⁴. Em outro acórdão, porém, o TJMG

⁷²² GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 174.

⁷²³ “DIREITO CIVIL - AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS - MOTIVAÇÃO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A CÔNJUGE E A TERCEIRO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA IGUALDADE – Os apelantes celebraram contrato de sociedade empresarial, entretanto com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi vedado aos cônjuges, sob o regime da comunhão universal de bens, a contratação de sociedade. Recurso provido.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Sexta Câmara Cível, Relator Des. José Domingues Ferreira Esteves, Apelação Cível nº 1.0155.05.008088-8/001, j. 28.11.2006. Disponível em <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em 09.07.2009)

⁷²⁴ EMBARGOS INFRINGENTES. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. UNDAMENTAÇÃO RELEVANTE. MODIFICAÇÃO PROCEDIDA. RECURSO PROVIDO. Deve-se deferir o pedido de modificação do regime de bens quando exsurge claro dos autos o preenchimento pelos requerentes dos requisitos legais preestabelecidos no §2º, do art.1.639, CC. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Oitava Câmara Cível, Relator Des. Vieira de Brito, Processo n. 1.0183.07.122147-1/002(1), j. 27.05.2010)

entendeu que a simples vontade das partes é insuficiente para que se permita a alteração do regime de bens⁷²⁵.

Quanto ao resguardo dos direitos de terceiros, o TJMG decidiu que "a existência de três ações ordinárias e uma indenizatória contra o cônjuge varão implica na improcedência do pedido de modificação do regime, posto que a comunicabilidade dos bens que compõem o patrimônio do casal implicaria em entaves a eventuais credores do interessado"⁷²⁶.

A autorização judicial para a alteração do regime de bens produz efeitos *ex nunc*, segundo posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se extrai de trecho do voto do Min. Jorge Scartezzini:

os bens adquiridos antes da prolatação da decisão judicial que venha a alterar o regime de bens remanescerão sob os ditames do pacto de comunhão parcial anteriormente estabelecido: o novo regime de separação total de bens incidirá tão-somente sobre bens e negócios jurídicos adquiridos e contratados após a decisão judicial que autorizar, nos termos do art. 1.639, §2º, do CC/2002, a modificação incidental do regime de bens⁷²⁷.

Tendo em vista que o Código Civil de 1916 estabelecia a imutabilidade do regime de bens (art. 230), deve ser analisada a possibilidade de os casados

⁷²⁵ EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO PEDIDO - RECURSO IMPROVIDO. É admissível alteração do REGIME DE BENS, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. Ausente a motivação, que é um dos requisitos essenciais para a autorização da alteração do regime de bens, não há que ser deferido o pedido de alteração de regime de bens. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Segunda Câmara Cível, Relator Des. Carreira Machado, Processo n. 1.0377.08.011740-3/001(1), j. 01.09.2009)

⁷²⁶ FAMÍLIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE MODIFICAÇÃO DE REGIME DE CASAMENTO. DIREITO DE TERCEIROS. INOBSERVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE AÇÕES CÍVEIS CONTRA UM DOS CÔNJUGES. FUNDAMENTOS APRESENTADOS INSUFICIENTES. INCONSISTÊNCIA DA MOTIVAÇÃO. PEDIDO QUE SE JULGA IMPROCEDENTE. I - O Código Civil de 2002, em seu art. 1.639, §2º, permite a modificação do regime de bens do casamento, mediante autorização judicial, através de pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvando-se os direitos de terceiros. II - A existência de três ações ordinárias e uma indenizatória contra o cônjuge varão implica na improcedência do pedido de modificação do regime, posto que a comunicabilidade dos bens que compõem o patrimônio do casal implicaria em entaves a eventuais credores do interessado. III - A motivação do pedido é indispensável para que se autorize a modificação do regime de bens do casamento, sendo certo que a motivação insuficiente do casal acarreta na improcedência do pedido. Negaram provimento. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Quinta Câmara Cível, Relator Des. Leite Praça, Processo n. 1.0024.07.594755-6/001(1), j. 10.11.2011)

⁷²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Jorge Scartezzini, Recurso Especial nº 730.546-MG, j. 23.08.2005.

à luz daquele Código alterarem seus regimes matrimoniais, devendo-se observar que, nas *Disposições finais e transitórias* (art. 2.039), o Código atual determinou que, quanto ao regime de bens, seja aplicado o Código vigente, na data da celebração do casamento.

A indagação, inicialmente surgida, era se a obediência ao regime de bens, contido na legislação vigente à época da celebração, abrangeria a regra da irrevogabilidade⁷²⁸ (art. 230, Código Civil de 1916), ou se a ampliação da autonomia privada haveria de prevalecer e, com isso, autorizando-se a mudança aos casados anteriormente ao Código Civil de 2002.

Em posição intermediária, Maria Helena Diniz, defendendo, em princípio a imutabilidade dos casamentos realizados sob o Código de 1916, porque os pactos antenupciais, como contratos em curso de execução, devem ser regidos pela lei sob cuja vigência foram realizados, com a seguinte ressalva

mas nada obsta a que se aplique o art. 1.639, § 2º, do novo Código, excepcionalmente se o magistrado assim o entender, aplicando o art. 5º da LICC, para sanar lacuna axiológica que, provavelmente se instauraria por gerar uma situação em que se teria a não correspondência da norma do CC de 1916 com os valores vigentes na sociedade, acarretando injustiça⁷²⁹.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão. Afirmando ter adotado uma interpretação sistemática, seguindo posição de Carlos Dias Motta, o Min. Jorge Scartezzini, Relator de acórdão proferido pela Quarta Turma, admitiu a mudança dos regimes de bens nos casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002⁷³⁰. Não se considerou o art. 2.039 do Código Civil de 2002 como óbice à aplicação de norma geral, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do Código Civil de 1916, desde que preenchidos os requisitos, "não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas,

⁷²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 629.

⁷²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Livro Complementar: Das disposições finais e transitórias**. (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 22, p. 317-320.

⁷³⁰ MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: RT, 2007, p. 385-389; e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Min. Jorge Scartezzini, Recurso Especial nº 730.546-MG, j. 23.08.2005 Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09.07.2009.

ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos"⁷³¹.

Em síntese, pede-se vênia para colacionar explanação anteriormente realizada

O Código de 1916 trazia quatro regimes, tipificados na *Parte Especial, Livro I, Título III: comunhão universal, comunhão parcial, separação e dotal* (arts. 256 a 314). A previsão de irrevogabilidade do regime conjugal de bens estava disposta no *Título II (Dos efeitos jurídicos do casamento)*, art. 230. Lado outro, a determinação, pelo art. 2.039 do CC/2002, de que o *regime de bens* obedeça ao disposto no Código vigente à época da celebração, refere-se aos regimes tipificados no Código anterior e suas especificidades, aplicando-se, somente, ao contido no *Título III do Livro I*, não havendo motivo para que receba interpretação ampliativa, estendendo-se ao *Título II*, daquele *Codex*. Ou seja, o direito intertemporal incide somente quanto à matéria tratada no *Título III*, devendo ser considerada revogada a regulada pelo *Título II*. Assim sendo, o dispositivo legal referente à irrevogabilidade do regime do regime de bens foi extinto, com o restante daquele Código, cuja sobrevivência não se justifica em face do direito intertemporal aplicável. Nas *disposições finais e transitórias* do Código de 2002 (art. 2.045) está prevista a revogação expressa do Código de 1916, com a exceção do *regime de bens* (art. 2.039), que continua incidindo, para assegurar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido dos cônjuges casados sob o Código de 1916. Em suma: o *Título II* onde estava a imutabilidade do regime de bens foi revogado. O que sobrou do Código antigo, quanto ao Direito Patrimonial da Família foram somente as regras pertinentes aos quatro regimes nele tipificados e algumas diretrizes para interpretação desses regimes, como o *princípio da liberdade de pactuar* (art. 256) e o *princípio da comunicação dos aquestos* (art. 259)⁷³².

Logo, conquanto as regras contidas no Código de 1916, definidoras do regime, em si, não possam ser alteradas pelo Código superveniente, dá-se a eficácia imediata da lei nova, quanto à possibilidade de mudança do regime de bens (art. 1.639, § 2º, Código Civil de 2002).

⁷³¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Relator Min. Jorge Scartezzini, Recurso Especial nº 730.546-MG, j. 23.08.2005 Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09.07.2009.

⁷³² MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, FAVERO, Daniela. **AUTÊNTICA: Revista dos Notários e Registradores**. Dos regimes de bens e suas alterações. Fev/2008, SERJUS-ANOREG/MG, 2008, p. 265-266.

Tal interpretação se aplica, também, aos casados sob a separação obrigatória, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁷³³.

No Código de 1916, havia quatro hipóteses consignadas no art. 258, parágrafo único: a) violação de certos impedimentos; b) em razão da idade; c) do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395; d) dos que dependerem, para casar, de autorização judicial.

O Código de 2002, no art. 1641, estabelece a separação obrigatória nos seguintes casos: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

As chamadas causas suspensivas da celebração do casamento, previstas no Código Civil de 2002, são semelhantes a algumas vedações instituídas pelo art. 258, parágrafo único, do Código Civil de 1916. O menor, que se encontra ao desabrigo do poder familiar, por exemplo, porque ficou órfão, depende do consentimento do representante legal para se casar. A obrigatoriedade da separação por força da idade, no Código de 2002, foi unificada, por aplicação do imperativo da igualdade entre homens e mulheres,

⁷³³ DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CC/16. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. POSSIBILIDADE. - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. - Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. - Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico. - Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. - Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, Recurso Especial nº 821.807/PR, j. 19.10.2006. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09.07.2009).

inicialmente em 60 (sessenta anos), tendo sido tal faixa etária majorada para 70 (setenta) anos (Lei n. 12.344/2010).

Como se disse, o STJ permitiu aos casados sob a separação obrigatória, a mudança do regime de bens. No acórdão mencionado, a justificativa foi o desaparecimento da causa suspensiva, mediante interpretação extensiva do disposto no art. 1.523, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que autoriza aos nubentes, requererem, no processo de habilitação para o casamento, que não lhes seja imposto o regime de separação, uma vez comprovada a ausência de prejuízo a terceiros, destinatários da proteção pelas referidas causas suspensivas.

A posição do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de mitigar a aplicação do regime legal de separação, quando comprovada ausência de prejuízo a terceiros⁷³⁴, encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ainda à luz do Código Civil revogado, decidiu que "uma vez providenciada a abertura do inventário, com os bens dados à partilha, não é de exigir-se seja ela julgada para ensejar que o casamento do viúvo se faça sob o regime da comunhão de bens"⁷³⁵. Acompanhando o precedente (RE nº

⁷³⁴ PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - NÃO CONHECIMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - REGIME DE BENS - NOVAS NÚPCIAS - INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE OS PATRIMÔNIOS DO NOVO CASAL E OS DOS HERDEIROS DO LEITO ANTERIOR - INOCORRÊNCIA DE VULNERAÇÃO AO ART. 183, INCISO XIII DO CÓDIGO CIVIL/1916 - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO. 1 - Tendo o v. aresto embargado decidido no sentido de que não há que se falar em vulneração ao art. 183, XIII, CC/16 (art. 1523, inciso I, do novo Código Civil), porquanto não se faz necessária a efetiva homologação da partilha (por meio de sentença), para se permitir o regime de comunhão universal de bens nas novas núpcias do viúvo que tem filhos do casamento anterior, desde que aquela tenha sido iniciada, com a apresentação de todos os bens a serem partilhados, de modo a afastar a possibilidade de confusão de patrimônios dos bens do novo casal com os dos filhos da união anterior, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos uma vez que pretendem reabrir o debate acerca do tema. 2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração substanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil. Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF). 3 - Embargos rejeitados. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Jorge Scartezzinni, Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 343.719 - SP, j. 12.12.2005)

⁷³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Rafael Mayer, Recurso Extraordinário nº 89.711/MG, j. 04.03.1980. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 31.10.2010.

76.229), cujo Relator foi o Min. Djaci Falcão, o STF reiterou o entendimento de que, "dados todos os bens à partilha, deliberada esta pelo juiz e feito o respectivo esboço, sem haver, no prazo legal, qualquer impugnação dos interessados, em princípio, nenhum dever resta ao pai ou à mãe, que pretende contrair novo casamento"⁷³⁶.

Quanto às pessoas maiores de 70 (setenta) anos, já se viu que "o legislador, receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastassem os mais velhos a casamentos inadequados ou inconvenientes, pôs entraves a essas ambições com o regime da separação de bens obrigatório"⁷³⁷.

Trata-se, no entanto, de direito patrimonial disponível, sendo, pois, "descabida e injustificável a interferência do Estado nesse tipo de relação privada"⁷³⁸.

Ressalta-se que "não há incapacidade por senilidade presumida no direito pátrio"⁷³⁹, correspondendo a imposição legal a "verdadeira *capitis diminutio*, imposta pelo legislador aos maiores de 70 anos, sendo certo que pessoas dessa idade ou mais velhas exercem atividades e desempenham funções da mais alta relevância no nosso país (...) e não sofrem quaisquer restrições no exercício de tais papéis"⁷⁴⁰.

⁷³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Primeira Turma, Relator Min. Djaci Falcão, Recurso Extraordinário nº 76.229/MG, j. 02.10.1975. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 31.10.2010.

⁷³⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 171.

⁷³⁸ *Idem*, p. 172.

⁷³⁹ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, FAVERO, Daniela. **AUTÊNTICA: Revista dos Notários e Registradores**. Dos regimes de bens e suas alterações. Fev/2008, SERJUS-ANOREG/MG, 2008, p. 269.

⁷⁴⁰ *Idem, ibidem*.

4.2 Bens reservados

O chamado *Estatuto da Mulher Casada* (Lei n. 4.121, de 27.08.1962) criou a figura do *bem reservado*, estabelecendo a incomunicabilidade dos bens adquiridos pela mulher casada, com o produto do seu trabalho, de acordo com a redação dada ao art. 246, do Código Civil de 1916, podendo livremente deles dispor, obedecidas as restrições dos arts. 240 e 242, II e III, do mesmo diploma legal.

A intenção do legislador, conforme Sérgio Gischkow Pereira, era “proteger a mulher, resguardá-la pelo menos no plano patrimonial, diante de sua lamentável, mas manifesta inferioridade e subordinação no plano sócio-econômico e cultural”⁷⁴¹.

Ante a igualdade entre os cônjuges, passou-se a questionar a vigência dos bens reservados, havendo, também, a hipótese de sua extensão para os homens.

A respeito, a doutrina, por meio de balizados autores, não chegou, contudo, a um entendimento uniforme.

Dentre os que consideram não mais subsistirem os bens reservados encontram-se Pedro Sampaio⁷⁴², Sérgio Gischkow Pereira⁷⁴³, Milton Fernandes, opinando pela revogação, pois “não tendo o marido bens reservados, que somente a lei pode criar, entendemos que os da mulher foram extintos”⁷⁴⁴, Yussef Said Cahali⁷⁴⁵ e Arnoldo Wald⁷⁴⁶ ressaltando a aquisição que se fez antes da Constituição de 1988.

⁷⁴¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **O Bem Reservado e a Constituição de 1.988**. Revista dos Tribunais, v. 669, p. 257.

⁷⁴² SAMPAIO, Pedro. **Alterações Constitucionais nos Direito de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 26.

⁷⁴³ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **O Bem Reservado e a Constituição de 1.988**. Revista dos Tribunais, v. 669, p. 257.

⁷⁴⁴ FERNANDES, Milton. **A Família na Constituição de 1988**. Revista dos Tribunais, v. 654, p.

16.

⁷⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 782-788.

O Superior Tribunal de Justiça tem julgado, de 1995, no qual se atribuiu a natureza de bem reservado a imóvel adquirido por uma mulher casada, nos moldes do art. 246, do Código Civil de 1916, tendo a aquisição ocorrido antes da Constituição⁷⁴⁷.

No entanto, diferentemente de tais posições, há também importante doutrina, valendo mencionar Caio Mário da Silva Pereira⁷⁴⁸, que considerava, mesmo depois da Constituição de 1988, “a necessidade de sua subsistência tendo em vista o conteúdo social da instituição”; Débora Gozzo⁷⁴⁹ sustenta que o princípio da isonomia entre os cônjuges não é auto-aplicável, dependendo de legislação infra-constitucional que determine o que efetivamente mudou com a nova Carta Magna; e, no mesmo sentido, João Baptista Villela⁷⁵⁰.

Considera-se melhor a solução da revogação do art. 246 do CC/1916 pela Constituição de 1988, acrescentando que, noutra hipótese, estender tal direito ao marido significaria, praticamente, o equivalente a criar um regime legal de separação de bens. Isso porque cada bem que o homem e a mulher adquirissem exclusivamente com o resultado de seu trabalho se tornaria incomunicável e, sendo o trabalho a principal fonte de renda e formação patrimonial, isso conduziria à formação de acervos patrimoniais distintos e não partilháveis.

Nesse entendimento, para preservar atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, os bens adquiridos pela mulher casada, antes da Constituição de 1988, que preencham os requisitos previstos no art. 246 do CC/1916,

⁷⁴⁶ WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 121.

⁷⁴⁷ CIVIL E PROCESSUAL - BENS RESERVADOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 246 DO CÓDIGO CIVIL. I - Demonstrado cumpridamente, nos autos, que o cônjuge virago adquiriu imóvel com recursos de seu trabalho fora do lar, nos estritos termos do Código Civil, art. 246, antes do advento da atual Constituição Federal, a tal aquisição dá-se tutela, como bem reservado da mulher. II - Recurso conhecido e provido, por maioria. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma, Recurso Especial nº 35.986/DF, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, j. 07.03.1995. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13.05.2011).

⁷⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições: Direito de Família**. (atual. Tânia da Silva Pereira). 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 206.

⁷⁴⁹ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 77-80

⁷⁵⁰ VILLELA, João Baptista. **Sobre a igualdade de direitos entre homem e mulher. in Direitos de Família e do Menor - Inovações e Tendências**. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 82.

permanecem como reservados e integram o acervo dos denominados *bens particulares, exclusivos ou próprios* da mulher, sendo, pois, comunicáveis, nos termos dispostos no art. 263, XII, na comunhão universal e art. 269, IV, na comunhão parcial, ambos contidos no *Título III, do Direito de Família*, no Código de 1916, e, portanto, sofrem a incidência da norma de direito intertemporal contida no art. 2.039, do Código Civil de 2002.

Diante disso, devem ser mencionados seus requisitos, que são: a) exercício de atividade laborativa ou profissional, pela mulher, independente do marido, ainda que exerçam igual atividade, contanto que com economias separadas; b) recebimento de salário, rendimento ou provento, distinto do marido; c) utilização ou investimento autônomo, pois no caso de se acumularem os rendimentos na aquisição do bem ele perde a qualificação de reservado; d) inexistência estipulação diversa em pacto antenupcial.

Por último, vale a reproduzir a lembrança de Caio Mário⁷⁵¹, no sentido de que podia a mulher deles utilizar livremente (*ius utendi, fruendi et abutendi*), existindo, porém, a restrição para a alienação de imóveis, em que a autorização do marido seria necessária, e caso este tivesse contraído obrigação “em benefício da família”, os bens reservados podiam responder pela dívida (art. 246, parágrafo único, do Código Civil de 1916) – essa última parte, de garantia das dívidas que beneficiassem a família, continua incidindo, no caso de se reconhecer, hoje, algum bem reservado (adquirido antes da Constituição da República).

4.3 Bens móveis e normas heterotrópicas

No Código Civil, o *Livro* do Direito de Família contém muitos dispositivos que trazem normas de conteúdo eminentemente processual. Na *Parte Geral* do Código Civil de 2002 há todo um *Título* dedicado ao tratamento *Das Provas*.

⁷⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições: Direito de Família**. (atual. Tânia da Silva Pereira). 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 206.

Para Humberto Theodoro Júnior, “a prova é um daqueles temas que não se circunscrevem a um só ramo do direito. Dela tem de cuidar o direito material, para disciplinar sobretudo os problemas da forma do ato jurídico em sentido lato. Dela também tem de ocupar-se o direito processual, porque é por meio dela que se conhecem, em juízo, os fatos relevantes para solução dos litígios em torno dos contratos e obrigações em geral”⁷⁵².

José Carlos Barbosa Moreira explica que quando o Código de Processo Civil não contenha apenas normas aplicáveis a processos relacionados com litígios civis em sentido estrito – e, estendendo-se o raciocínio, quando o Código Civil incluir normas referentes à prova dos negócios jurídicos – pode acontecer que surjam questões atinentes à distribuição da matéria entre os referidos diplomas⁷⁵³.

Para o mencionado autor, as denominadas *normas heterotrópicas* – pertinentes ao direito civil, mas que se insinuam em códigos processuais, ou vice-versa – provocam intromissões e superposições.

O Código Civil de 2002, no Livro IV, *Do Direito de Família*, no Título II – *Do Direito Patrimonial*, o art. 1.662 prevê que, no regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

No Código de 1916 também havia uma presunção *iuris tantum* de comunhão dos bens móveis, mas para afastá-la, exigia a lei (art. 273) que se provasse a aquisição em data anterior, mediante *documento autêntico*.

A regra continua sendo a comunhão dos móveis sobre os quais os cônjuges exercem composses, presumindo-se que a tradição tenha ocorrido na constância do casamento.

⁷⁵² THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **Comentários ao Novo Código Civil: Dos defeitos dos negócios jurídicos ao final do Livro III – Arts. 185 a 232.** (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 385.

⁷⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo Código Civil e o Direito Processual Civil in Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual.** (coord. Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei). Salvador: JusPODIUM, 2006, p. 91-108.

A novidade envolve os meios de prova cabíveis para ilidir essa presunção relativa: no Código anterior, só se admitia documento autêntico; no atual Código, sem aquela restrição, admitem-se quaisquer meios de prova, inclusive a testemunhal.

Ou seja, o Código de 2002 regulou o meio de prova da aquisição mobiliária na comunhão parcial, para excluir a presunção de comunicabilidade, abandonando o critério restritivo do Código revogado e adotando a liberdade probatória.

Apesar de estar inserida na regulamentação do *regime de bens entre os cônjuges*, trata-se de matéria processual, que *ampliou os meios de prova*, e não instrumento exigido *ad substantiam* do negócio jurídico.

Por isso, tem aplicação imediata, de acordo com Carlos Maximiliano⁷⁵⁴, Eduardo Espínola⁷⁵⁵, Enrico Tullio Liebman⁷⁵⁶, entre outros.

Os *onus probandi* continuam recaindo sobre o cônjuge que alega ser o bem móvel incomunicável, mas agora há plena liberdade probatória, não se restringindo a discussão apenas à existência ou não de documento autêntico⁷⁵⁷.

O art. 1.514 do Código Civil de 2002 fixa o momento em que o casamento se realiza, prevendo-o quando os noivos manifestam sua vontade e o juiz os declara casados. O direito vigente no momento da celebração regerá, no futuro, as relações patrimoniais entre os cônjuges, afastando-se a incidência de leis supervenientes de direito material, a fim de serem preservados o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

⁷⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. 2 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955, p. 283-284.

⁷⁵⁵ ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 374-376.

⁷⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tocantins: Intelectus, 2003, v. 2, p. 85.

⁷⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie, FARIAS, Cristiano Chaves de, GUEDES, Jefferson Cárus, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, SLAIBI FILHO, Nagib. (coord. Arruda Alvim, Thereza Alvim). **Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito de Família, Direito Patrimonial (Arts. 1.639 a 1.783)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 15, p. 135-136.

A irretroatividade, prevista nas *disposições finais e transitórias* do Código Civil vigente, no art. 2.039, aplica-se aos regimes de bens e ao princípio da comunicação dos aqüestos, justificando, ainda, o reconhecimento como *bens reservados* e, pois, incomunicáveis, dos adquiridos nos termos do art. 246 do Código Civil de 1916, antes da Constituição de 1988, que os revogou.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 alcança os casamentos celebrados sob o Código Civil de 1916, quanto à possibilidade de mudança do regime de bens e quanto à ampliação dos meios de prova de que a aquisição dos bens móveis tenha ocorrido antes do casamento.

CONCLUSÕES

Influenciada pelas variações da modificação histórica e das múltiplas feições legislativas, segundo Clóvis Beviláqua, a família regulada pelo Código Civil de 1916 constituiu um modelo herdado do direito romano. Caracterizava-se por ser fundada apenas no casamento, sob a chefia e administração do marido, ao qual eram submetidos a mulher e os filhos. Do ponto de vista patrimonial, a liberdade de convenções antenupciais procede das Ordenações, mantido o preceito no Decreto nº 181 de 1890, e a comunhão de bens nos veio dos germanos⁷⁵⁸.

A regulamentação do casamento formulou-se sob inspiração do liberalismo individualista, inserido em um modelo de família matrimonial, indissolúvel e hierarquizado. Tratava-se de uma regulamentação rígida e fechada, legalista, na qual o juiz limitava-se a figurar como *bouche de la loi*.

O Código de 1916, elaborado sob inspiração do liberalismo individualista, destinava-se à regulamentação de uma família vertical e indissolúvel, na qual a mulher casada era relativamente incapaz e submetida, com os filhos, ao poder do marido. Entretanto, o individualismo crescente na esfera das relações familiares promoveu uma gradual quebra do poder paterno, na medida em que os espaços produtivos se dissociaram do ambiente familiar e os filhos passaram a ganhar a vida fora do lar e da autoridade do pai, formando patrimônios independentes, suficientes para seu sustento e para a formação de suas próprias famílias⁷⁵⁹.

Ademais, o ingresso da mulher na força de trabalho remunerada deu-lhe, no casamento, um poder semelhante ao que, no passado, conferia-lhe o dote. O dote, que a maior parte dos proprietários dava a suas filhas quando se casavam, para contribuir com o sustento no novo casal, era um importante veículo do

⁷⁵⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933, p. 184 e 202.

⁷⁵⁹ SHORTER, Edward. **Naissance de la famille moderne: XVIII siècle**. Paris: Seuil, 1981, p. 311 e 325.

controle patriarcal e foi desaparecendo, na proporção em que se consolidava o declínio do poder do pai sobre o filho e o genro, verificando-se o paulatino aumento de mulheres com profissões lucrativas, distintas das dos maridos⁷⁶⁰.

Antes da Constituição de 1988, no Brasil, o casamento era a única entidade familiar reconhecida e protegida. Mas essa família conjugal e organizada sob um regime de patriarcado, caminhou para uma concepção plural e personalista.

Mas, a partir da segunda metade do século XX, essa estrutura passou a ser perturbada com a proliferação de leis especiais e sofreu drásticas transformações subseqüentes à Constituição de 1988, com a *personalização* das relações e a nova visão da família, agora plural, dissolúvel e igualitária, como ambiente voltado para o livre desenvolvimento da personalidade e para a busca da felicidade de seus membros.

A família, progressivamente, perdeu sua concepção como espaço e função econômicos, passando a ser destacados os laços afetivos⁷⁶¹. O respeito aos sentimentos tornou-se mais importante que a vontade de proteção ao patrimônio. Identificaram-se, a partir de então, as raízes de um fenômeno de *democratização* e *despatrimonialização* da família, que passa a ser pautada pela igualdade e pela dignidade de seus integrantes.

Uma vez que o casamento estabelece a *comunhão plena de vida*, com base na igualdade de direitos e deveres conjugais (art. 1511, Código Civil), deve-se pressupor uma *especial relação de confiança* entre os cônjuges.

Desde 2010, com o advento da Emenda Constitucional nº 66, o divórcio se tornou um direito potestativo e a inculpação no fim do casamento chegou ao fim (ainda que de fato e não de direito). Os deveres conjugais se vêem funcionalizados para preservar a comunhão plena de vida - cláusula geral do casamento.

⁷⁶⁰ NAZZARI, Muriel. **O desaparecimento do dote: Mulheres, famílias e mudança social em São Paulo, Brasil, 1600-1900.** (trad. Lólio Lourenço de Oliveira). São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 15.

⁷⁶¹ DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2006, p. 319-321.

Contudo, o direito patrimonial do casamento, previsto no Código Civil de 2002 (Livro IV, Título II), embora formulado para o século XXI, guarda grande semelhança com o sistema anterior, exceto quanto à substituição do regime dotal pelo regime de participação final nos aquestos e quanto às necessárias adaptações, constitucionalmente impostas, que se refletiram no chamado *regime primário* ou *estatuto imperativo de base*, que contém regras gerais, de ordem pública, referentes a certos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento⁷⁶², cuidando o legislador em somente um dispositivo do direito intertemporal⁷⁶³. Afora isso, os problemas advindos da sucessão de leis não recebe abordagem nos clássicos (ou, quando há, trata-se de simples menções superficiais), tampouco figurando nas obras mais recentes de direito de família⁷⁶⁴.

Com efeito, o confronto da única disposição transitória presente no direito de família (art. 2.039 do Código Civil) com a teoria geral e a jurisprudência permite revelar uma verdadeira assistemática na política seguida pelo legislador na seara do direito de família, que sofreu e sofre tantas mudanças.

A despeito de o legislador ter disciplinado detalhadamente as regras patrimoniais do casamento, dúvidas frequentemente surgem, quando da partilha de bens, devido à complexidade das relações econômicas entre os cônjuges e com terceiros.

Além disso, as disposições patrimoniais aplicáveis às relações conjugais são, na sua grande maioria, voltadas para situações de crise, porque sua

⁷⁶² Várias regras foram abolidas em razão do princípio da igualdade, como aquelas que, no Código de 1916, atribuíam ao marido a chefia da sociedade conjugal, incumbiam-lhe de prover a manutenção da família e previam ser o regime de bens imutável.

⁷⁶³ Art. 2.039. O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido.

⁷⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933; CARVALHO SANTOS, J.M. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 5; ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008; LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869]; PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

concretude se verifica quando da dissolução do casamento. Apesar de tais normas serem de pouca utilidade para os casados, durante a comunhão de vida, podem interessar aos terceiros, tendo em vista que os efeitos do casamento se estendem para além do vínculo conjugal, interferindo na vida negocial dos casados⁷⁶⁵.

A comunhão de vida é um elemento fundamental do casamento, que se propaga tanto nas relações pessoais, como nas patrimoniais. O rompimento fático da vida em comum produz relevantes efeitos no casamento, seja na esfera pessoal, seja na patrimonial.

De outro lado, considerando-se o casamento como uma relação de especial confiança, sua interpretação autoriza o preenchimento valorativo ético, de modo que deva tal princípio ser aplicado como nos negócios de confiança em geral: a autonomia negocial encontra limites na proteção das expectativas do outro, que se amparam na exigência de atendimento aos deveres conjugais e interesses da família.

O art. 1.514 do Código Civil de 2002 fixa o momento em que o casamento se realiza, prevendo-o quando os noivos manifestam sua vontade e o juiz os declara casados. No âmbito do direito pessoal, em regra, sendo de ordem pública a nova lei terá eficácia imediata, atingindo mesmo os casamentos celebrados à luz da legislação anterior.

O direito vigente no momento da celebração do casamento, em princípio, regerá, no futuro, algumas relações patrimoniais entre os cônjuges, afastando-se a incidência de leis supervenientes de direito material, a fim de serem preservados o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Essa irretroatividade, prevista nas *disposições finais e transitórias* do Código Civil vigente, no art. 2.039, deveria aplicar-se aos regimes de bens, inclusive no tocante à súmula n° 377 do STF, justificando, ainda, o reconhecimento como *bens reservados* e, pois, comunicáveis, dos adquiridos

⁷⁶⁵ GLENDON, Mary Ann. **The transformation of Family Law: state, law, and family in the United States and Western Europe**. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1989, p. 116.

nos termos do art. 246 do Código Civil de 1916, antes da Constituição de 1988, que os revogou.

De outro lado, o Código Civil de 2002 tem aplicação imediata e alcança os casamentos celebrados sob o Código Civil de 1916 quanto à possibilidade de mudança do regime de bens. Relativamente à ampliação dos meios de prova de que a aquisição dos bens móveis tenha ocorrido antes do casamento, aplica-se a lei nova.

Em suma, pode-se concluir que:

a) apesar de demonstrada a contratualização do casamento, tal fenômeno não se fez notar na jurisprudência, salvo referências esparsas à boa-fé e à confiança, de forma casuística, sem repercussão nas questões de direito intertemporal;

b) a jurisprudência não adota critérios para aplicação do direito intertemporal no direito de família, sendo o maior exemplo a questão da súmula n. 377 do STF, matéria sobre a qual há divergências e ausência de coerência, na jurisprudência;

c) a comunhão plena de vida, por sua larga utilização no direito de família, atua como cláusula geral, tanto nas relações pessoais, quanto nas patrimoniais;

d) não se verificou a presença de preocupação com a proteção da confiança, no sentido mais *lato*, derivado da segurança jurídica, tendo em vista que a assistemática e fluidez na construção jurisprudencial, especialmente do STJ;

e) a despeito da falta de critérios na jurisprudência, diante do desenvolvimento histórico do casamento, da importância da comunhão plena de vida e do alcance da proteção da confiança (em sentido também restrito, de ponte entre a boa-fé objetiva e a subjetiva), os mesmos poderiam servir de balizas para melhoria das decisões no direito de família.

BIBLIOGRAFIA

- ADAMS, Geoffrey. **The Huguenots and French Opinion, 1685-1787: The Enlightenment Debate on Toleration**. Canada: Wilfrid Laurier University Press, 1991.
- AGOSTINHO. **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, Os Pensadores, 1973.
- AGUIAR JR. Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n.14, abr./jun., 1995.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALGRANTI, Leila Mezan. **História da Vida Privada no Brasil: Famílias e Vida Doméstica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- ALMADA, Ney de Mello. Separação de fato. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: RT, 1995, v. 2.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de, RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2.
- ALVES, José Carlos Moreira. **A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro**. Modena: Mucchi ed., 1999. p. 187-204. Separata da revista "Roma e América, Diritto Romano Comune", nº 7, 1999.
- ALVES, José Carlos Moreira. **O novo Código Civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas**. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Moreira-Alves-Codigo-civil-brasileiro-Negocio-juridico.htm>. Acesso em: 12.10.2012.
- AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorías de la tónica jurídica**. Madri: Civitas, 1988.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ANDRADE, Manuel de. **Teoria Geral das Obrigações**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1966.
- ARISTÓTELES. **De Anima**. (trad. Maria Cecília Gomes dos Reis). São Paulo: Editora 34 Ltda, 2006.

- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova Cultural, *Os Pensadores*, 1999.
- ARISTOTLE. **Politics: Books VII and VIII**. (trans. Richard Kraut). Oxford: Clarendon Press, 2009.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 2.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- ATYIAH, Patrick Selim. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- AUBRY & RAU. **Droit Civil Français**. Paris: Librairies Techniques, 1962, t. 7.
- AUGÉ, Marc. **Os domínios do parentesco: filiação, aliança matrimonial, residência**. (trad. Ana Maria Bessa). Lisboa: Edições 70, 2003
- AULETTA, Tommaso. **Il Diritto di Famiglia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação: inadimplemento**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 9, set./dez., 1999.
- BALZAC, Honoré de. **La Comédie Humaine: Les mémoires de deux jeunes mariées**. Paris: Gallimard, Pléiade, 1976, v. 1.
- BAPTISTA MACHADO, João. **Obra dispersa**. Braga: Scientia Iuridica, 1991, v. 1.
- BARBOSA, Rui. **O divórcio e o anarquismo**. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1933.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. (trad. Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. (trad. Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. (trad. Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. (trad. Sebastião Nascimento). São Paulo: Ed. 34, 2010.

BEISER, Frederick Charles. **The German Historicist Tradition**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BÉNABENT, Alain. **Droit Civil: Droit de la famille**. Paris: Montchrestien, 2010.

BENATI, Francesco. **La Responsabilità Precontratuale**. Milano: Giuffrè, 1963.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. (trad. Ricardo Rodrigues Gama) Campinas: LZN Editora, 2003, t. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945, v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 5. ed., 1933.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Francisco Alves, 1906.

BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do direito civil brasileiro. **Revista Acadêmica**, Recife, Ed. Papelaria Americana, 1896.

BOBONICH, Crhistopher, DESTRÉE, Pierre. **Akrasia in greek philosophy: from Socrates to Plotinus**. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

BONFANTE, Pietro. **Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore**. United States: Kessinger Publishing Company, 2010 [1893].

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di Diritto Romano**. Torino: G. Giappichelli, 1946.

BONNECASE, Julien. **L'école de l'exégèse en droit civil**. Paris: E. de Boccard, 1924.

BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de familia**. Buenos Aires: Astrea, 6. ed., 2005.

BOXER, Charles R. **The golden age of Brazil, 1695-1750**. Berkeley: University of California Press, 1962.

BRANLARD, Jean-Paul. **Le sexe et l'état des personnes: aspects historique, sociologique et juridique**. Paris: L.G.D.J., 1993.

BROWN, Peter. Antiguidade tardia. (trad. Hildegard Reist). **In História da vida privada: Do império romano ao ano mil**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 1.

BRUNDAGE, James A. **Law, sex and christian society in the medieval europe**. Chicago: University of Chicago Press, 1987.

BRYCE, James. **Studies in History and Jurisprudence**. London: Henry Frowde, M.A., s/d.

BURCKHARDT, Jacob. (trad. Germán J. Fons). **Historia de la cultura griega**. Barcelona: Obras Maestras, 1947, t. 3.

CABRILLAC, Rémy. **Droit civil: les regimes matrimoniaux**. 2 éd. Paris: Montchrestien, 1996.

CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. (trad. Carlos Eduardo Lima Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6ª ed., São Paulo: RT, 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12ª ed., São Paulo: RT, 2011.

CAHILL, Lisa Sowle. **Between the sexes: foundations for a christian ethics of sexuality**. Philadelphia: Fortress, 1985.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1990.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. (trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra: Almedina, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. (trad. Antonio Menezes Cordeiro) 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARBONNIER, Jean. A chacun sa famille, à chacun son droit. **Essais sur les lois**. 2. ed., 1995.

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil: Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple**. Paris: PUF, 2004.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil: la famille, l'enfant, le couple**. 21. éd. Paris: PUF, 1995.

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. Paris: L.G.D.J., 2001.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da retroatividade da lei**. São Paulo: RT, 1995.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António da Castro Portugal. **Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família**. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977.

CARRIÓN, Gabriela. **Staging Marriage in Early Modern Spain: Conjugal Doctrine in Lope, Cervantes and Calderón**. United Kingdom: Bucknell University Press, 2011.

CARVALHO SANTOS, J.M. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, v. 5.

CASEY, James. **História da Família**. (trad. Telma Costa). Lisboa: Teorema, 1989.

CASSIANO, Ricardo. **Marcha para oeste (a influência da bandeira na formação social e política do Brasil)**. Rio de Janeiro: José Olympio, s.d.

CASTANHEIRA NEVES. **Questão de facto, Questão de Direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967.

CENEVIVA, Walter. **Anotações à lei do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1978.

CHACHIAN, Bédros. **Du Caractère et des Conditions Constitutives du Mariage**. Paris: Imprimerie Blot et fils aîné, 1875.

CHASSAGNARD-PINET, Sandrine, HIEZ, David. **Approche critique de la contractualisation**. Paris: L.G.D.J., 2007.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: RT, 1993, t. 2.

CHEVREAU, Emmanuelle *et alii*. **Introduction historique au droit des obligations**. Paris: Litec, 2007.

CICU, Antonio. **El Derecho de Familia**. (trad. Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1947.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **Curso de Direito de Família**. Coimbra: Atlântida Editora, 1986.

COLOMER, André. **Droit civil: regimes matrimoniaux**. 5. éd. Paris: Litec, 1992.

CORNU, Gérard. **Droit Civil: La Famille**. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1994.

CORRADINI, Domenico. **Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1971.

CORTE-REAL, Pamplona. Direito de família e das sucessões. **Revista da Faculdade de Direito de Lisboa**. Lisboa: Lex, 1995.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 6. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família, *in* **Anteprojeto do Código Civil**. Rio de Janeiro: Arquivos do Ministério da Justiça. 1975, v. 155.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Princípios para a reforma do direito de família. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro, jul-set, 1975.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista Ajuris**, Porto Alegre.

CRISTIANI, Claudio Valentim. O direito no Brasil colonial. *In: Fundamentos de História do Direito*. (Org. Antonio Carlos Wolkmer). 4^a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CROOK, Jonh Anthony. **Law and life of Rome: 90 B.C.-A.C. 212**. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1984.

CROSBY, Margaret Barber. **The Making of a German Constitution: A Slow Revolution**. Oxford: Oxford International Publishers Ltd., 2008.

CRUZ, Guilherme Braga da. **Lições de Direito Civil (Relações de Família)**. Coimbra: Livraria do Castelo, 1937.

CRUZ, Guilherme Braga da. **Obras esparsas: Estudos de direito moderno**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 1952.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé**. Curitiba: Juruá, 2007.

D'AVRAY, David. **Medieval marriage: symbolism & society**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DE BEAUVOIR, Simone. **Le deuxième sexe: les faits et les mythes**. Paris: Gallimard, 1949, t. 1.

DE CICCIO, Cláudio. **Direito: Tradição e Modernidade**. São Paulo: Icone, 1993.

DEGNI, Francesco. **Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano**. Padova: Cedam, 1943.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2006.

DELANEY, Carol. **The meaning of paternity**. Man, New Series: Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland, v. 21, nº 3, Sep. 1986, p. 495-496. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2803098>. Acesso em: 06/04/2012.

D'ELIA, Anthony F. **The renaissance of marriage in fifteenth-century Italy**. Boston: Harvard Historical Studies, 2004.

DEPRET, Laurence. Une origine du droit de la famille en Europe: la mythologie grecque. In: **Le droit de la famille en europe**. (Org. GANGHOFER, Roland). Strasbourg: PUS, 1992.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** São Paulo: RT, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed., São Paulo: RT, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, FARIAS, Cristiano Chaves de, GUEDES, Jefferson Cárus, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, SLAIBI FILHO, Nagib. (coord.

Arruda Alvim, Thereza Alvim). **Comentários ao Código Civil Brasileiro: Do Direito de Família, Direito Patrimonial (Arts. 1.639 a 1.783)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Livro Complementar: Das disposições finais e transitórias**. (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

DMITRIEV, Sviatoslav. **The Greek Slogan of Freedom and Early Roman Politics in Greece**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Civil Internacional: a família no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1.

DORIA, Giovanni. **Autonomia privata e causa familiare, gli accordi translativi tra coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio**. Milano: Giuffrè, 1966.

DUARTE, Maria de Fátima. **O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações**. Lisboa: AAFDL, 1989.

DUBY, Georges. A vida privada nas casas aristocráticas da França feudal. (trad. Maria Lucia Machado). In: **História da vida privada: Da Europa feudal à Renascença**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1992, v. 2.

ELLIOTT, Charles. **Delineation of Roman Catholicism: drawn from the authentic and acknowledged standards of the Church of Rome**. New York: George Lane Publisher, 1841.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. (trad. José Silveira Paes). São Paulo: Global, 1984.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil. Apéndice: Código Civil Alemán (BGB)**. (trad. Carlos Melon Infante). Barcelona: Bosch, 1955.

ESMEIN, Adhemar. **Le mariage en droit canonique**. 2. éd., Paris: Sirey, 1929.

ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. (atual. Silva Pacheco). 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**. (atual. GAMA, Ricardo Rodrigues). Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Código Civil Comentado: Direito de Família. Casamento**. (coord. Álvaro Villaça Azevedo), São Paulo, Atlas, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FEDELE, Pio. **Lo spirito del diritto canonico**. Padova: CEDAM, 1962.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

FIUZA, César. **Contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: O cuidado de si**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. México: Gedisa Mexicana, 1986.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 3. ed., São Paulo: RT, 1982.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A lei do divórcio comentada e documentada**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**. 2.ed., São Paulo: RT, 1968.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRAZER, James George. **Les origines de la famille et du clan**. (trad. J. de Pange). Paris: Paul Geuthner, 1922.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro e Editor, 1876.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. (trad. Jayme Salomão). Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. 13.

FURET, François, OZOUF, Mona. **Dictionnaire critique de la révolution française**. Paris: Flammarion, 1988.

FUSTEL DE COULANGES. **La Cité Antique**. 25^{ème} ed., Paris: Hachette, 1919.

GABRIELLI, Giovanni, CUBEDDU, Maria Giovanna. **Il regime patrimoniale dei coniugi**. Milano: Giuffrè, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito de família**. 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GALLETA, Franca. **I regolamenti patrimoniale tra coniugi**. Napoli: Jovene Editore, 1990.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GARIN, Eugénio. **Idade Média e Renascimento**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

GAUDEMET, Jean. **Le mariage en occident: les moeurs et le droit**. Paris: Ed. du Cerf, 1987.

GHESTIN, Jacques. **L'utile et le juste dans les contrats**. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey, t.26, 1981.

GIAMPICCOLO, Giorgio. La buona fede in senso suggesttivo nel sistema del diritto privato. *In: FREZZA, Paolo et alii. Studi sulla buona fede*. Milano: Giuffrè, 1975.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. (trad. Maria Luiza X. de A. Borges). Rio de Janeiro: Record, 2005.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. (trad. Saul Barata). 5^a ed., Lisboa: Editorial Presença, 2005.

GILI, Emmanuel. **La communauté de vie et la reconnaissance des couples conjugaux**. Marseille: PUAM, 2008.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. Columbus: The Ohio State University Press, 1992.

GLENDON, Mary Ann. **The new family and the new property**. Toronto: Butterworths, 1981.

GLENDON, Mary Ann. **The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o Actus e o Factum: Os comportamentos contraditórios no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

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

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GOODY, Jack. **La famille en europe**. Paris: Seuil, 2001.

GOODY, Jack. **The Development of the Family and Marriage in Europe**. New York: Cambridge University Press, 1983.

GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. **Regimen patrimonial del matrimonio**. Buenos Aires: EDIAR, 1968, v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. (trad. Flávio Beno Siebeneichler). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

HAGSTRUM, Jean. **Esteem enlivened by desire: the couple from Homer to Shakespeare**. Chicago: Chicago Press University, 1992.

HARRINGTON, Joel Francis. **Reordering Marriage and Society in Reformation Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

HATTENHAUER, Hans. **Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán**. (trad. Miguel Izquierdo Macias Picavea). Madrid: Edersa, 1981.

HAURIOU, André, SFEZ, Lucien. **Institutions politiques et droit constitutionnel**. Paris: Montchrestien, 1972.

HAURIUO, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación.** (trad. Arturo Enrique Sampay). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HÉRITIER, Françoise. **Masculin/féminin, la pensée de la différence.** Paris: Odile Jacob, 1996.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HORVAT, Marjan. Osservazioni sulla “bona fides” nel diritto romano obbligatorio. *In: Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento.* Napoli: Jovene, s/data.

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2008/rc2008.pdf>;

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/rc2010.pdf>

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2031&id_pagina=1

http://www.ibge.gov.br/seculoxx/arquivos_xls/palavra_chave/justica/regime_de_bens.shtm.

HUIZINGA, Johan. **O declínio da Idade Média.** (trad. Antonio Abelaira). São Paulo: Verbo, 1978.

JACOBS, Kathryn Elisabeth. **Marriage Contracts from Chaucer to the Renaissance Stage.** Florida: University Florida Press, 2001.

JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats: Étude comparative de droit français, allemand et japonais.** Paris: Dalloz, 2001.

JAMIN, Christophe, MAZEAUD, Denis (direction). **La nouvelle crise du contrat.** Paris: Dalloz, 2003.

JEMOLO, Arturo Carlo. **El matrimonio.** (trad. MELENDO, Santiago Sentis, REDIN, Marino Ayerra). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1954.

JÖRS, Paul, KUNKEL, Wolfgang. **Derecho privado romano.** (trad. Leonardo Prieto Castro). Barcelona: Labor, 1937.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974 [1785].

KANT, Immanuel. **The Science of Right.** The University of Adelaide Library: eBooks@Adelaide, 2010, n. 25.

KASER, Max. **Direito privado romano**. (trad. Samuel Rodrigues, Ferdinand Hämmerle). 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KLEIN-MEULDERS, Marie Thérèse. **La personne, la famille, le droit: trois décennies de mutations en occident**. Paris: L.G.D.J., 1999.

KLENZE, Clemens August Karl, BÖCKING, Eduard. **Gaii et Justiniani Institutiones iuris romani**. Berolini, 1829.

KORPIOLA, Mia. **Between Betrothal and Bedding: Marriage Formation in Sweden 1200-1600**. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

LABBÉE, Xavier. **Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?** Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996.

LANZILLO, Raffaella. **Il matrimonio putativo**. Milano: Giuffrè, 1978.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. (trad. Jaime Santos Briz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. (trad. José Iamego). 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LE BRUN, Denis. **Traité de la communauté entre mari et femme avec un traité des communautés ou sociétés tacites**. Paris: Durand Librairie, 1754.

LECKY, William Edward Hartpole. **Democracy and Liberty**. Indianapolis: Liberty Fund, 1981, v. 2.

LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 8ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, v. 1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LEVENEUR, Laurent. **Situations de fait en droit privé**. Paris: LGDJ, 1990.

LEVERNING, Matthew, DAUPHINAIS, Michel. **Rediscovering Aquinas and the sacraments: Studies in sacramental theology**. Archdiocese of Chicago: Liturgy Training Publications, 2009.

LÉVI-STRAUS, Claude. **Les structures élémentaires de la parenté**. Paris: La Haye, 1947.

LÉVY, Jean Philippe, CASTALDO, André. **Histoire du droit civil**. Paris: Dalloz, 2002, n° 99.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tocantins: Intelectus, 2003, v. 2.

LIND, Göran. **Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LINGENTHAL, Karl Salomo Zachariae von. **Cours de droit civil français**. Strasbourg: F. Lagier, 1846, v. 5.

LINTON, Ralph. **O Homem: Uma Introdução à Antropologia**. (trad. Lavínia Vilela). 12ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo. **El derecho de familia desde la constitución nacional**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

L'OISEL, Antoine. **Institutes coutumières ou manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes du droit coutumier et plus ordinaire de la France**. Paris: Chez la Veuve d'Edme Martin & Gabriel Martin, 1679.

LOMBARDO, Luigi Scavo. **Il concetto di buona fede nel diritto canonico: contributo storico dogmatico**. Roma : Libreria dell'Universita di Roma, 1944.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. (trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo: RT, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. (trad. Amada Flores). Santiago: Universidad Iberoamericana, 1996.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro *et alii*. **A LICC e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro, FAVERO, Daniela. AUTÊNTICA: Revista dos Notários e Registradores. Dos regimes de bens e suas alterações. Fev/2008, SERJUS-ANOREG/MG, 2008.

MAINE, Henry. **Ancient Law**. London: G. Bell and Sons, 1919.

MALAURIE, Philippe, AYNÉS, Laurent. **Droit Civil: Les régimes matrimoniaux**. Paris: Cujas, 1995.

MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. **La famille**. 3. ed., Paris: Defrénois, 2009.

MALAURIE, Philippe. **Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit comparé: France, Angleterre, U.R.S.S.** Paris: Matot-Braine, 1951.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. *In: A nova crise do contrato: Estudos sobre a nova teoria contratual*. (Coord. Cláudia Lima Marques). São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Arts. 304 a 388**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, t. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean, CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil: La Famille**. Paris: Montchrestien, 7. ed., 1995.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil Português: Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, t. 1.

MERÊA, Manuel Paulo de. **Evolução dos regimes matrimoniais**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1913.

MEULDERS, Marie-Thérèse. L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: de l'institution au contrat, et au-delà. *In: Le droit de la famille en europe*. (Org. GANGHOFER, Roland). Strasbourg: PUS, 1992.

MICKLITZ, Hans-Wolfgang. **The Many Concepts of Social Justice in European Private Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Ltd., 2011.

MICOU, Évelyne. **L'égalité des sexes en droit privé**. Paris: Presses Universitaires Perpignan, 1997.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Normas cogentes e dispositivas de direito de família. **Revista de Direito Privado**. (coord. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery). Ano 9, nº 35, julho-setembro de 2008, v. 35.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *In: A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. (Coord. Cláudia Lima Marques). São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA, Darcy Arruda. **A lei do divórcio interpretada (doutrina e prática)**. São Paulo: Saraiva, 1978.

MONCADA, Luís Cabral de. **Elementos de história do direito romano**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1923, v. 1.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **De l'esprit des lois**. Deuxième partie: Livres IX à XIII. Genève: Barillot, 1748.

MORA, J. Ferrater. **Dicionário de filosofia**. (trad. Maria Stela Gonçalves *et alii*). São Paulo: Ed. Loyola, 2004, v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo Código Civil e o Direito Processual Civil in Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. (coord. Fredie Didier Jr e Rodrigo Mazzei). Salvador: JusPODIUM, 2006.

MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia: Lições preliminares**. 8ª ed., São Paulo: Mestre Jou, 1980.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: RT, 2007.

NASCIMENTO, José Augusto do. **Lições de Direito Civil: Relações de família e sucessões**. Coimbra: Casa do Castelo, 1931.

NAVARRETE, Urbano. **La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva: Estudio historico-canónico**. Roma: Libreria Editrice dell'Università Gregoriana, 1959.

NAZZARI, Muriel. **O desaparecimento do dote: Mulheres, famílias e mudanças em São Paulo, Brasil, 1600-1900.** (trad. Lólio Lourenço de Oliveira). São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica: clareira para a emergência do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NIBOYET, Frédérique. **L'ordre publique matrimonial.** Paris: L.G.D.J., 2008.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998, v. 1.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

ORESTANO, Riccardo. **La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano.** Milano: Giuffrè, 1951.

OST, François. **O tempo do direito.** (trad. Élcio Fernandes). Bauru, SP: Edusc, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** (atual. Tânia da Silva Pereira). 17^a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família.** Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, STJ, 2004 [1869].

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática.** Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PEREIRA, Sérgio Gisckow. O Bem Reservado e a Constituição de 1.988. **Revista dos Tribunais**, v. 669.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família.** 3^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Autonomia negoziale e autonomia contrattuale.** Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** (trad. Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. (trad. Maria Cristina De Cicco). 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERRY, Elisabeth Israels. **From theology to history: French religious controversy and the revocation of the Edict of Nantes**. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1973.

PHILLIMORE, John George. **Principles and maxims of jurisprudence**. London: John W. Parker and Son West Strand, 1856.

PIMENTEL, Helen Ulhôa. **O casamento na construção da ordem colonial**. Universitas-História, Brasília/DF, v. 1, n. 1, 2001.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004.

PIO V. **The Catechism of the Council of Trent**. (trans. J. Donovan). Dublin: W. Folds and Son, 1829.

PLANIOL, Marcel Fernand. **Traité élémentaire de droit civil**. Paris: Dalloz, 1948, nº 18.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.

PORTALIS, Jean Etienne Marie, PORTALIS, Frédéric. **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil**. Paris: Imprimerie de V. Dondey-Duprée, 1844.

QUADRIO, Aristarchi. **Il matrimonio oggi tra crisi e rinnovamento**. Milano: Vita e Pensiero, 1980.

RABUT, Albert. **De la notion de faute en Droit Privé**. Paris: L.G.D.J., 1949.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. (trad. L. Cabral de Moncada). Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997.

RAIKES, Thomas. **France since 1830**. London: T. C. Newby Printer, 1841.

RAMOS, José Saulo. **Divórcio à brasileira**. Rio de Janeiro: Ed. Brasília, 1978.

RAMSEY, Paul. Human sexuality in the history of redemption. In: **The Ethics of St. Augustine**. Atlanta: Scholars, 1991.

RANIERI, Filippo. Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du *Civil Law*. **Revue Internationale de Droit Comparé**, 1998, v. 50.

RANIERI, Filippo. Eccezione di dolo generali. *In: Digesto delle discipline privatistiche: Sezione Civile*. Torino: UTET, 1994.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

RATHENAU, Walter. Do sistema acionário: uma análise negocial. (trad. Nilson Lautenschlenger Jr.). **Revista de Direito Mercantil**, n. 128, a. 41, out./dez., 2002, p. 202, *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. *In: Direito Civil Contemporâneo: Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito - para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. (Coord. Miguel Reale, Judith Martins-Costa). São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **O Projeto do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIMANN, Mathias, ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. U.K.: Turpin Distribution Services LTD., 2005.

RIBEIRO, Maria Teresa Meireles Lima da Silveira Rodrigues. Família e psicologia. *In: Traços da família portuguesa*. Lisboa: Direcção-Geral do Ministério do Emprego e da Segurança Social, 1994.

RIEG, Alfred. **Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand**. Paris: L.G.D.J., 1961.

RIEG, André. **Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX siècle**. Archives de Philosophie du Droit. Paris: Sirey.

RINCÓN, Tomas. **El matrimonio, misterio y signo: siglos IX-XIII**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1971.

RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, PLANIOL, Marcel. **Traité de droit civil: d'après le traité de Planiol**. Paris: L.G.D.J., 1956, v.1.

ROBY, Henry John. **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltda, 2000, v. 1.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004.

RODRIGUES, Anna Maria Moog (editora). **A Igreja na República**. Coleção pensamento político republicano. Brasília: UnB, 1981.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27^a ed., São paulo: Saraiva, 2002, v. 6.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. (trad. Ana Coimbra, M. Januário C. Gomes). Coimbra: Almedina, 2009.

ROUBIER, Paul. **Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps**. Paris: Dalloz, 2008.

ROUBIER, Paul. **Les conflits de lois dans le temps: theorie dite de la non-retroactivité des lois**. t. 1, Paris: Recueil Sirey, 1929.

ROUCHE, Michel. **Mariage et sexualité au Moyen Age: accord ou crise?** Paris: Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2000.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. (trad. André Telles). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Oeuvres complètes: Du contrat social**. Paris: Gallimard, 1966, v. 8.

RUBIO, Julie Hanlon. **A Christian Theology of Marriage and Family**. New Jersey: Paulist Press, 2003.

RUFFINI, Francesco. **La buona fede in materia di prescrizione: storia della teoria canonistica**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1892.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. (trad. Paolo Capitanio). São Paulo: Bookseller, 2005, v. 2.

SÁ PEREIRA, Virgílio de. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SAINT THOMAS. **La Somme Theologique**. (trad. M. L'abbé Drioux). Paris: Librairie Ecclésiastique et Classique, 1856, t. 15.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte, UFMG, 1986.

SAMPAIO, Pedro. **Alterações Constitucionais nos Direito de Família e Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SANDARS, Thomas Collett. **The Institutes of Justinian**. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltda, 2007.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Commentario al Diritto Italiano della Famiglia**. Milano: Cedam, 1992, t. 2.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo. **A responsabilidade civil do terceiro por lesão do direito de crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **A lei do divórcio interpretada**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho**. (trad. A. Posada). Buenos Aires: Atalaya, 1946.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. (trad. GENOUX, M. C.). Granada: Editorial Comares, 2005.

SAVIGNY, Friedrich-Karl von. **Traité de la possession: d'après les principes du droit romain**. (trad. Jules Beving). Bruxelles: Société Belge de Librairie Hauman et Comp., 1840.

SCHLÜTER, Wilfried. **Código Civil Alemão: Direito de Família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SCHRADER, Eduard. **Corpus iuris civilis**. Berolini, 1832, v. 1, p. 64; **Juris civilis ecloga, in qua, praeter Justiniani institutiones**. Paris: Alex-Gobelet, 1832.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHULZ, Fritz. **Principios del derecho romano**. (trad. Manuel Abellán Velasco). Madri: Civitas, 1990.

SELDERHUIS, Herman J. **Marriage and divorce in the thought of Martin Bucer**. (trans. Jonh Vriend and Lyle D. Bierma). Missouri: Thomas Jefferson University Press, 1999.

SÈVE, René. *Système et Code. Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1986, t. 31.

SHAPIRO, Harry Lionel. **Homem, cultura e sociedade**. (trad. G. Robert Coracy, Joanna E. Coracy, Margarida Maria C. Oliva). São Paulo: Martins Fontes, 1982.

SHORTER, Edward. **Naissance de la famille moderne: XVIII siècle**. Paris: Seuil, 1981.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. Lei da Boa Razão: O assalto iluminista ao direito lusitano. *In: História do Direito: novos caminhos e novas versões*. (Org. Miracy Barbosa de Sousa Gustin *et alii*). Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. **As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): O caso da indução negligente em erro**. Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A emenda constitucional do divórcio**. São Paulo: Saraiva: 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *In: Novo Código Civil Comentado: Arts. 1511 a 1520*. (coord. FIUZA, Ricardo). São Paulo: Saraiva, 2002.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos da boa-fé objetiva: O princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SPERLING, Jutta Gisela, WRAY, Shona Kelly. **Across the Religious Divide: Women, Property, and Law in the Wider Mediterranean (ca. 1300-1800)**. New York: Taylor & Francis, 2010.

STANZIONE, Pasquale. **Persona e comunità familiare**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1985.

STEPHENSON, Andrew. **A History of Roman Law: With a Commentary on the Institutes of Gaius and Justinian**. Boston: Little, Brown and Co, 1912.

SZRAMKIEWICZ, Romuald. **Histoire du droit français de la famille**. Paris: Dalloz, 1995.

TAVARES, José. **Os princípios fundamentais de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1922, v. 1.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 7ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe. **Droit civil: les regimes matrimoniaux**. 2. éd. Paris: Dalloz, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: Dos defeitos dos negócios jurídicos ao final do livro III**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 1.

TROP LONG, Raymond Théodore. **De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains**. Paris: Hachette, 1868.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no ocidente cristão**. São Paulo: Ática, 1986.

VAINFAS, Ronaldo. **História das Mulheres no Brasil: Homoerotismo Feminino e o Santo Ofício**. São Paulo: Contexto, 1997.

VAN DEN BERGHE, Pierre L. **Sistema de la familia humana: una vision evolucionista**. México: F.C.E., 1983.

VAN ROOSBROECK, Gustave Leopold, SECONDAT MONTESQUIEU (baron de), Charles de. **Persian Letters Before Montesquieu**. New York: Lenox Hill Pub. & Dist. Co., 1932.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, v. 1.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005.

VASSALLI, Filippo. **La dogmatica ludica o della servitú d'amore**. Firenze, 1944.

VASSEUR-LAMBRY, Fanny. **La famille et la convention européenne des droits de l'homme**. Paris: L'Harmattan, 2000.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. A boa fé na formação dos contratos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, a. 16, n. 61, p. 35-42, jul.-set., 1992.

VERNANT, Jean-Pierre. **Edipe et ses mythes**. Bruxelles: Complexe, 1988.

VEYNE, Paul. O império romano. (trad. Hildegard Feist). In: **História da vida privada: Do império romano ao ano mil**. (coord. ARIÈS, Philippe, DUBY, Georges). São Paulo: Companhia das Letras, 1989, v. 1.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 5ª ed. Trad. Kelly Susane Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homem e mulher. in **Direitos de Família e do Menor: Inovações e Tendências**. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne: Cours d'histoire de la philosophie du droit**. Paris: Montchretien, 1975.

VOLTAIRE. **Oeuvres complètes de Voltaire: Dictionnaire philosophique**. Paris: Imprimerie de Ch. Lahure et Cie, 1860, t. 13.

WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 14. ed. 2002.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil: Livro II – Do Direito de Empresa – Arts. 966 a 1.195**. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, v. 14.

WEMPLE, Suzanne Fonay. As mulheres do século V ao X. (trad. Maria Helena da Cruz Coelho, Irene Maria Vaquinhas, Leontina Ventura e Guilhermina Mota). In: **História das Mulheres no Ocidente**. (coord. DUBY, Georges, PERROT, Michelle). São Paulo: Edições Afrontamento, 1990, v. 2.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª ed.,(trad. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTE JR., Jonh, ELLISON, Elisa. **Covenant marriage in comparative perspective**. Michigan: Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2005.

WITTE JR., Jonh, KINGDOM, Robert M. **Sex, marriage and family in Jonh Calvin's Geneva; Courtship, engagement and marriage**. Michigan: Eerdmans Publishing, 2005.

WITTE JR., Jonh. **From sacrament to contract: marriage, religion and law in the Western tradition**. Louisville: Westminster Jonh Knox Press, 1997.

WOOLSEY, Theodore. **Essay on Divorce and Divorce Legislation with special reference to the United States**. New York: Charles Scribner and Co., 1869.

XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000.

ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Karl-Salomo. *Droit Civil Français*. (trad. G. Massé et Ch. Vergé). 5. ed., Paris: Auguste Durand, Libraire Éditeur, 1854.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho Civil: Derecho de Familia**. Buenos Aires: Astrea, 1993, t. 1.

ZIMMERMANN, Reinhard, WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ZLINSKY, Janos. *Consors et domina - Filiae loco: La famille romaine archïque*. In: **Le droit de la famille en europe**. (Org. GANGHOFER, Roland). Strasbourg: PUS, 1992.