

# A DEMOCRATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: CASAMENTO E CONCILIAÇÃO ENTRE IGUALDADE, LIBERDADE E RESPONSABILIDADE

DEMOCRATIZATION OF FAMILY RELATIONS: MARRIAGE AND CONCILIATION BETWEEN EQUALITY, FREEDOM AND RESPONSIBILITY

Edgard Audomar Marx Neto  
Tereza Cristina Monteiro Mafra

## RESUMO

O casamento é uma união fundamentalmente pessoal que deve conciliar igualdade, liberdade e responsabilidade. A mais profunda modificação no casamento se deu ao longo do século XX, especialmente após a Constituição da República de 1988, fundada no afastamento da concepção hierárquica e matrimonial, dando lugar a uma família igualitária e plural. O casamento, no Brasil e no mundo, passa a ter como principal elemento a comunhão plena de vida e, conseqüentemente, de responsabilidades, cujos efeitos se produzem nas esferas pessoal e patrimonial. No âmbito pessoal a inculpação por rompimento da comunhão de vida tende a desaparecer. E, no âmbito patrimonial, surge como nova fonte obrigacional o enriquecimento sem causa, princípio recepcionado em forma de regra pelo Código Civil de 2002, que pode se converter em eficaz instrumento no Direito Patrimonial do casamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito de família, democratização, casamento, igualdade, liberdade, responsabilidade.

## ABSTRACT

Marriage is fundamentally a personal union destined to reconcile equality, freedom and responsibility. The most profound change in the marriage took place throughout the 20th Century, especially after the 1988 Constitution, founded in the removal of hierarchical and marriage-founded family, giving rise to a egalitarian and plural family. In the modern family law, full communion of life and responsibility are recognized as the main elements in marriage. The fault divorce tends to disappear. The unjust enrichment, approved as principle in the form of rule by the Civil Code of 2002, emerges as a new source of obligations in marital property regime.

**KEYWORDS:** family law, democratization, marriage, equality, freedom, responsibility.

**Sumário: Introdução. 1. Breve evolução da família. 2. Igualdade entre os membros da família. 3. Democratização e contratualização do casamento. 4. Autonomia privada no direito de família. 5. A abolição da culpa por rompimento da comunhão de vida: a enumeração romanística dos deveres conjugais versus a cláusula geral do BGB e a indeterminação na *common law*. 6. Responsabilidade e enriquecimento sem causa no Direito Patrimonial do casamento. Notas conclusivas. Referências.**

## Introdução

A família é uma realidade pré-normativa, cujo desenvolvimento precede sua regulação jurídica. Desse modo, as mudanças na sociedade refletem imediatamente no direito de família. Nos últimos anos tem-se verificado mudanças profundas e rápidas na sociedade, em vertiginosa alteração de modelos que acabam por ser assumidos com naturalidade.

Nesse panorama, o direito de família assume novo papel, de composição dos interesses dos diferentes membros da família, superando o dever primário de organizar a configuração jurídica das famílias. A nova problemática social aprofunda antigas questões e apresenta novas fronteiras ao direito de família: famílias monoparentais, uniões estáveis, uniões entre pessoas do mesmo sexo, transsexualidade, relacionamento paterno-filial. Os critérios tradicionais de casamento e parentesco já não são mais capazes de solucionar todos os problemas. É preciso harmonizar os novos valores e os princípios diretivos do sistema<sup>1</sup>.

Nesse caminho a democratização das relações familiares, tanto no plano fático como no jurídico, apresenta-se como solução capaz de solucionar novos desafios e preparar o caminho para os fatos novos. Isso porque democratizar significa reconhecer aos membros da família a capacidade de auto-composição, fundada em critérios de igualdade e liberdade.

Anthony Giddens oferece síntese precisa dessa realidade: “há uma única história para se contar sobre a família hoje, e essa é da democracia. A família está se tornando democratizada, de maneira que segue os processos da democracia pública; e essa democratização sugere como a vida familiar deve combinar a escolha individual e a solidariedade social”<sup>2</sup>. Em seguida, complementa que critérios de democracia na esfera pública podem ser encontrados na democratização da família: igualdade, respeito mútuo, autonomia e tomada de decisão sem violência e por meio de diálogo<sup>3</sup>.

Esses são alguns aspectos a serem analisados, sob a ótica da transdisciplinaridade, e submetidos a debate perante o Grupo de Trabalho *Relações privadas e democracia*.

### 1. Breve evolução da família

---

<sup>1</sup> CORBAL FERNÁNDEZ. La doctrina jurisprudencial actual em El derecho de familia. In: NAVARRO VIÑUALES, José M<sup>a</sup>. **El Nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales**. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 209.

<sup>2</sup> GIDDENS, Anthony. **The third way: the renewal of social democracy**. Cambridge, UK: Blackwell, 1998, p. 93.

<sup>3</sup> GIDDENS, Anthony. **The third way: the renewal of social democracy**. Cambridge, UK: Blackwell, 1998, p. 93.

O conceito de família é uma realidade imprecisa, tratada com vagueza nos textos legais ao longo do tempo. A família é uma realidade social que escapa ao tratamento exaustivo pelo direito. De acordo com Diogo Leite de Campos, “a família, nomeadamente, é um quadro essencial à humanização do homem. Sem um conjunto de valores sociais de coesão não há sociedade, só indivíduos”<sup>4</sup>.

Por muito tempo consideraram-se sinônimas as expressões família e casamento, indicativo que a organização da família podia ser qualificada por legítima ou não.

Todavia, desde a promulgação da Constituição da República em 1988 assentou-se de forma definitiva a possibilidade de múltiplas configurações do núcleo familiar, reconhecendo-se a *pluralidade dos tipos familiares* (art. 226)<sup>5</sup>. Mais que reconhecer os diversos modos de se constituir um núcleo familiar, agora entendido como gênero, a Constituição põe fim a qualquer tipo de hierarquia e qualificações que diferenciem a família e seus membros com base em critério de legitimidade. A família é hoje uma figura jurídica mais ampla, abrangendo formas não tradicionalmente reconhecidas de organização familiar. Ela tem outros contornos, fundando-se mais nos laços de afeição e sentimento que no mero formalismo.

Decorrência do texto constitucional, se pode falar em verdadeiro direito fundamental à família. Mais que um direito de família institucionalizado, se reconhece a todas as pessoas o direito de participar de uma família, o que corresponde a uma forma de direito à felicidade implicitamente garantida pelo Estado<sup>6</sup>.

Interessa, aqui, voltar atenção especialmente para o casamento. Primeiro, pela marca da regulação legislativa que traz e que torna possível a análise de sua realidade espaço-temporal. E também pela configuração mais formalizada e pela incorporação como modelo supletivo nas famílias não fundadas nesse vínculo.

A democratização da família realizada pela Constituição de 1988 produziu efeitos dentro e fora do casamento. Internamente institui a igualdade entre os cônjuges. Já no sistema do direito de família retirou do casamento a exclusividade para constituição do vínculo familiar, mantendo-o, todavia, como paradigma das relações familiares. Tanto assim é que a Constituição, ao tratar da união estável, na parte final do art. 226, §3º, determina “devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

---

<sup>4</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**. 2. ed., Coimbra: separata do v. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992, p. 39.

<sup>5</sup> MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. **Cours de Droit Civil: La Famille**. Paris: Cujas, 1989, p. 17.

<sup>6</sup> CARBONNIER, Jean. A chacun sa famille, à chacun son droit. In: CARBONNIER, Jean. **Essais sur les lois**. 2. ed. Paris: Defrénois, 1995, p. 185-186.

Tal configuração não importa superioridade do casamento sobre a união estável como entidade familiar. Como esclarece Gustavo Tepedino, a solenidade do casamento vincula-se à configuração do estado das pessoas e à segurança jurídica, de modo que tudo que seja próprio da formalidade não se possa aplicar imediatamente à união estável<sup>7</sup>. Ou seja, ambas as entidades familiares são isonômicas, mas o casamento apresenta prova pré-constituída de sua existência – comprovada pelo registro –, apto a produzir efeitos por si, enquanto a união estável dependerá de reconhecimento judicial ou da realização de instrumento de convivência pelos interessados.

Uma breve abordagem histórica do casamento deve ser feita para demonstrar a evolução de uma ordem pública matrimonial e hierarquizada para uma ordem pública igualitária e (re)centralizada nos direitos da pessoa, ao mesmo tempo em que se pode identificar um fenômeno de *contratualização da família*, sem perder de vista que a ordem pública não é somente restritiva de liberdades, mas funciona também como garantia das mesmas. Isso porque no centro da ordem pública no Direito de Família contemporâneo se encontram os direitos fundamentais da pessoa<sup>8</sup>.

Em necessária e breve remissão histórica, pode-se ver no patriarcado a base da estrutura familiar romana, que girava em torno da *potestas* do *pater familias*. As bases do patriarcado e da monogamia, em tensão com as forças renovadoras do tempo, influenciam a caracterização da família contemporânea.

Devido à influência do cristianismo, o *pater familias* tem seu poder sensivelmente diminuído: perde o poder de vida e morte sobre os filhos, que logo passarão a ter patrimônio próprio, sobre o qual o *pater familias* exerce usufruto. Da mesma forma, reduz-se o poder sobre a mulher, introduzindo-se a indissolubilidade da união (sintetizada na máxima de São Paulo: “Que o homem não separe o que Deus uniu”). No âmbito patrimonial, consolida-se a comunhão de bens, como estabelecida por Modestino: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae divini et humani iuris communicatio* (D 23.2.1).

No Brasil, em outro momento histórico, as forças sociais receberam claro reconhecimento legislativo. O primeiro grande passo para redução da *capitis diminutio* da mulher casada foi a promulgação do chamado Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27.08.1962), que: 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,

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 336-338.

<sup>8</sup> NIBOYET, Frédérique. **L'ordre public matrimonial**. Paris: L.G.D.J., 2008; FENOUILLET, Dominique; VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de (Dir.). **La contractualisation da la famille**. Paris: Economica, 2001.

imune às dívidas do marido; permitiu que mantivesse o poder familiar sobre os filhos do leito anterior.

Outra profunda transformação operou-se por força do fim da indissolubilidade do vínculo conjugal com a edição da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26.12.1977). Rompendo a tradição religiosa da indissolubilidade do casamento, a Lei do Divórcio reconheceu a faculdade de os cônjuges porem fim ao vínculo conjugal por ato de vontade, secularizando ou laicizando o casamento. Além disso, modificou o regime supletivo legal, substituindo a comunhão universal pela comunhão parcial, e tornou facultativo à mulher adotar o sobrenome do marido pelo casamento.

O núcleo intangível do casamento contemporâneo é a *comunhão plena de vida*, que é, ao mesmo tempo, uma finalidade e um elemento essencial ao casamento.

Por isso, o rompimento da comunhão plena de vida, ainda que informalmente, apenas pela separação de fato, produz importantes efeitos, pessoais e patrimoniais. Desaparecendo a comunhão de vida podem vir à tona questões relativas ao descumprimento dos deveres do casamento e, pelo enfoque patrimonial, discute-se a eventual incomunicabilidade de bens adquiridos mediante o esforço isolado de um dos cônjuges, sob o fundamento do repúdio ao enriquecimento sem causa.

A liberdade de planejamento familiar e a igualdade entre os cônjuges, no tocante a direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal, trazem à lume vários questionamentos sobre as sanções decorrentes do descumprimento desses deveres conjugais, pois se os mesmos se destinam a regulamentar os comportamentos íntimos dos consortes, a inculpação pelo inadimplemento não seria invasiva da intimidade?

De outro lado, quanto aos efeitos patrimoniais do casamento, sede por excelência da autonomia privada, a extinção da convivência conjugal não deveria impor ao administrador de bens partilháveis maiores responsabilidades, tendo em vista ser a relação conjugal especialmente fiduciária?

## **2. Igualdade entre os membros da família**

Nenhuma outra transformação tem no direito de família tamanho impacto quanto o reconhecimento da igualdade jurídica da mulher. É esse o ponto central de grandes

transformações modernizadoras, que suplanta a estrutura familiar patriarcal e dá lugar à afirmação do valor da liberdade individual<sup>9</sup>.

Se antes a mulher deixava a *potestas* do pai para ingressar *in domo mariti*, permanecendo incapaz e sem patrimônio próprio, hoje exerce em igualdade de condições a chefia da sociedade conjugal<sup>10</sup>. A realidade brasileira conhece atualmente fenômeno que caracteriza movimento diverso: inúmeros lares são chefiados por mulheres.

A igualdade agora não é meramente formal, mas reconhecida de modo substancial, entre homem e mulher, entre filhos, nascidos ou não de relacionamento conjugal, e entre os diversos modelos de constituição familiar.

A Constituição, no seu art. 5º, inciso I, estabeleceu o princípio da isonomia, entre homens e mulheres; e, no art. 226, em seu § 5º, determinou que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O reconhecimento da igualdade entre os cônjuges na Constituição de 1988 originou discussões sobre a aplicabilidade do dispositivo. Em confronto com normas francamente hierarquizadas, especialmente o Código Civil de 1916 (ainda que reformado pelo Estatuto da Mulher Casada), foi preciso que doutrina e jurisprudência organizassem critérios para conferir máxima efetividade ao texto constitucional.

Todavia essa discussão acabou por progressivamente encerrada em favor da plena aplicação do texto constitucional. Conforme indica Antonio Jorge Pereira Júnior, “hoje, o reconhecimento da igualdade dos cônjuges e dos companheiros comporta menos atividade doutrinária e legislativa, pois se consolidou como cultura doutrinária, legal e jurisprudencial, sendo excepcionais as decisões em desacordo em essa cultura”<sup>11</sup>.

A igualdade entre os cônjuges se manifesta no reconhecimento recíproco da capacidade civil e na equalização de suas atribuições (superando a dicotomia homem provedor e mulher dona-de-casa), determinando uma nova ordem conjugal inspirada na atenção recíproca<sup>12</sup>.

A ordem constitucional inaugurou a plena igualdade entre homem e mulher, buscando sepultar qualquer resquício de poder do marido sobre a pessoa da mulher, que vinha sendo erodido desde a edição do Estatuto da Mulher Casada. Ou seja, os deveres conjugais são

---

<sup>9</sup> PROSPERI, F. La famiglia di fatto tra libertà e coercizione giuridica. In: STANZIONE, P. (Org.). **Persona e comunità familiare**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1985, p. 297.

<sup>10</sup> COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **Comentários ao Novo Código Civil**. V. 17, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 68.

<sup>11</sup> PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Artigo 226. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2378.

<sup>12</sup> VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

recíprocos, não se podendo neles incluir o dever de obediência. O modelo vigente formulou-se para ser o do exercício cooperativo da conjugalidade.

Passo importante para consolidação da igualdade entre os cônjuges foi a edição do Código Civil de 2002, que incorporou em seus dispositivos a igualdade entre os cônjuges, cumprindo a determinação constitucional. O Código começa o tratamento do direito de família reafirmando a igualdade dos cônjuges que estabelecem comunhão plena de vida pelo casamento (art. 1.511). Adiante, confirma: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (art. 1.565)

Em favor da igualdade, a substituição do termo *pátrio poder* por *poder familiar* (art. 1.630 e ss.) também é indicativa do fenômeno, cabendo aos pais, conjunta e indistintamente, exercê-lo (art. 1.634). Também a emancipação do filho menor é uma prerrogativa conjunta (art. 5º, I).

No mesmo sentido, homem e mulher podem acrescentar o sobrenome do outro nubente ao seu pelo casamento (art. 1.565, § 1º). Outros exemplos: compete a ambos os cônjuges a direção da sociedade conjugal, cabendo ao juiz solucionar conflitos porventura verificados (art. 1.567); colaborar, na proporção de seus rendimentos, para o sustento da família (art. 1.568); fixar o domicílio conjugal; instituir bem de família voluntário (art. 1.711).

A lei "*organiza*" a vida das pessoas casadas em seus aspectos mais íntimos, submetendo-as a deveres recíprocos e as confia funções que devem ser cumpridas em cooperação<sup>13</sup>.

Entre os efeitos pessoais do casamento, impõem-se a ambos os cônjuges os deveres de fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, guarda, sustento e educação da prole, respeito e consideração (art. 1.566 do Código Civil). Marido e mulher são investidos na função de dirigir, material e imaterialmente, a família, em posição de igualdade<sup>14</sup>.

Em caso de divergência, os cônjuges devem regular, eles mesmos, seu conflito pessoal, sob pena de se instaurar a *insuportabilidade da comunhão de vida*, que pode levar à dissolução da sociedade conjugal, até mesmo pelo desaparecimento da *affectio conjugalis*.

Nas relações de ordem patrimonial, a igualdade se traduz pela atribuição de poderes idênticos ao marido e à mulher, que devem contribuir, na proporção dos seus recursos e dos rendimentos de seus respectivos bens, para o sustento da família. Mas esse é um terreno

---

<sup>13</sup> MICOU, Évelyne. **L'égalité des sexes en droit privé**. Paris: Presses Universitaires Perpignan, 1997, p. 186.

<sup>14</sup> GRANET, Frédérique; HILT, Patrice. **Droit de la famille**. 2. éd. Grenoble: PUG, 2007, p. 55-57.

delicado, pois a simetria de poderes se reduz ao acervo patrimonial comum (bens, créditos e débitos partilháveis)<sup>15</sup>.

O reconhecimento da igualdade é correlato à ampliação da liberdade dos membros da família. O § 7º do art. 226 da Constituição estabelece que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, ou seja, atuando em colaboração podem os cônjuges determinar os caminhos que pretendem dar ao seu núcleo familiar. Não é demais destacar que planejamento familiar não é sinônimo de controle de natalidade, mas engloba todos os aspectos de livre determinação do casal. Estão aí envolvidos todos os elementos de deliberação do casal, como o regime de bens do casamento, domicílio conjugal, número e oportunidade de filhos, nome de família, escolhas religiosas, realização de viagens e mesmo a aquisição de um animal de estimação.

A ampliação da liberdade, todavia, importa em responsabilidade pelas decisões tomadas. E antes que valores antagônicos ou conflitantes, reconhece Dworkin que igualdade, liberdade e responsabilidade individual são valores reciprocamente dependentes e articulados em uma concepção humanista da realidade<sup>16</sup>.

### 3. Democratização e contratualização do casamento

O casamento, regulamentado no Código Civil brasileiro de 1916, formulou-se sob inspiração do liberalismo individualista, destinando-se a regulamentar um modelo de família matrimonial, indissolúvel e hierarquizada, integrando um sistema rígido e fechado, no qual o juiz limitava-se a figurar como *bouche de la loi*.

Desde o Império, as Constituições brasileiras reconheciam e protegiam, como instrumento para a formação de família, apenas o casamento, que era indissolúvel.

A indissolubilidade refletia a forte influência religiosa na regulamentação do casamento, cuja extinção pelo divórcio só foi introduzida no país em 1977, depois de aprovada a Emenda Constitucional nº 09 e a correspondente regulamentação pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio).

Então, a partir da segunda metade do século XX, aquela estrutura inicial passou a ser perturbada com a proliferação de leis especiais e sofreu drásticas transformações, especialmente subsequentes à Constituição de 1988, com a *personalização* e a

---

<sup>15</sup> MICOU, Évelyne. *L'égalité des sexes en droit privé*. Paris: Presses Universitaires Perpignan, 1997, p. 248.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002.

*democratização* das relações e a nova visão da família, agora plural, dissolúvel e igualitária, como *locus* de realização, pessoal e afetiva, de seus membros<sup>17</sup>.

Desde então, vem sendo observado um fenômeno de *contratualização* do casamento.

O divórcio deixou de ser um drama judiciário, apesar de permanecer, muitas vezes ainda, como drama familiar, e vem perdendo sua qualificação de matéria de ordem pública, na medida em que ganha projeção o acordo dos cônjuges, o qual pode se materializar por meio de convenções<sup>18</sup>, com redução dos prazos legais e simplificação das formas de extinção da sociedade e do vínculo conjugal, permitindo-se a diminuição do contencioso.

O Código de 2002, dentre as inovações no âmbito do casamento, trouxe algumas que revelam ampliação da autonomia privada, tanto dos nubentes, quanto dos cônjuges.

Chama atenção o evidente alargamento da *liberdade*, assegurada desde a mera faculdade de um noivo acrescer ou não o sobrenome do outro, no planejamento familiar (art. 1.565), como também pela vedação à interferência de qualquer pessoa (de direito público ou privado), na comunhão de vida instituída pela família (art. 1.513), podendo-se também mencionar a possibilidade de modificação do regime de bens (art. 1639).

Outro aspecto que aponta um abrandamento das características institucionais foi a redução de dois para um ano do prazo mínimo de casamento, necessário para a separação consensual (art. 1574).

A existência de um prazo mínimo de duração do casamento, como requisito para a separação por mútuo consentimento, vinha sendo objeto de previsão expressa no ordenamento brasileiro desde o Decreto n. 181, de 1890, que instituiu o casamento civil, e explicitava uma clara interferência estatal, pois, como esclareceu Clóvis:

“não permitiu o Código, aos cônjuges, o desquite por mútuo consentimento, senão depois de dois anos de vida conjugal. Caso se fosse atender, somente, à liberdade individual, teriam razão aqueles que entendem que esse motivo de divórcio poderia ser invocado, desde o dia seguinte ao 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”<sup>19</sup>.

A Lei n° 11.441/2007, permitindo aos casados requererem separação e divórcio, não exclusivamente ante um juiz, mas, se o quiserem, perante um cartório extrajudicial, é o mais

---

<sup>17</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11-15.

<sup>18</sup> LABBÉE, Xavier. **Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?** Paris: Presses universitaires du Septentrion, 1996, p. 108.

<sup>19</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945, v. 2, p. 216.

contundente e recente exemplo do arrefecimento do controle estatal na formalização do término do casamento.

Na justificativa da proposta de projeto, hoje correspondente à Lei 11.441/2007, constata-se a defesa do incremento à autonomia privada e menor 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 consentimento”<sup>20</sup>.

Finalmente, entre as novidades legislativas, vale mencionar a PEC 413/05 (33/07), em tramitação, que extingue a separação judicial, permitindo ao casal pôr fim ao casamento, imediatamente, pelo divórcio. Extingue, por consequência e em uma questão de tempo, também o divórcio indireto, ou por conversão<sup>21</sup>.

Enfim, na mesma proporção da facilitação do acesso ao divórcio e à separação (que pode deixar de existir), é oportuno falar em uma reforma voltada para tornar mais fácil o rompimento do vínculo conjugal. Por essa ótica, é trazida à baila uma inclinação para a *contratualização* do casamento<sup>22</sup>.

#### **4. Autonomia privada no direito de família**

O movimento de contratualização do casamento faz com que os cônjuges retomem o controle do vínculo conjugal, dele afastando progressivamente os mecanismos de intervenção do Estado.

Em um quadro mais amplo, contratualizar o casamento importa ampliar o reconhecimento da autonomia privada dos membros da família, democratizando relações que muitas vezes foram restringidas sob critério institucional. Segundo Miracy Gustin, “a necessidade humana fundamental do homem contemporâneo é a *autonomia*, condição básica cujo conceito evoluiu e transformou-se ao longo da história do homem”<sup>23</sup>.

A principal distinção entre os direitos de crédito e os direitos de família decorre essencialmente do fato de estas se integrarem em uma entidade familiar, cujos fins exercem

---

<sup>20</sup> <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/getHTML.asp?t=8898>>, Acesso em 30.03.2010.

<sup>21</sup> <<http://www.ibdfam.org.br/?observatorio&proposicoes&p=8>>, Acesso em 30.03.2010.

<sup>22</sup> LÉCUYER, Hervé. *Mariage et contrat*. In: FENOUILLET, Dominique; VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de (Dir.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001, p. 57-65.

<sup>23</sup> GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 19.

uma grande influência no seu regime jurídico. Além disso, os direitos e deveres pessoais do casamento envolvem uma parte importante da personalidade dos respectivos sujeitos e têm caráter duradouro, enquanto as obrigações deixam incólume a personalidade do devedor e têm por objeto uma ação ou omissão de natureza particular e geralmente transitória<sup>24</sup>.

É certo que a autonomia privada não se expressa no direito de família – e especialmente no casamento – com a mesma margem que se verifica no direito obrigacional, mas isso não determina seu não reconhecimento. Conforme expõe Emilio Betti, ao distinguir *negócios familiares* de *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 familiar.”<sup>25</sup>

A dicotomia entre interferência estatal e autonomia privada se dá na mesma medida em que o Direito de Família é bem provido de normas cogentes, mas também é abundante de normas dispositivas. As primeiras (*jus cogens*) protegem elevados interesses sociais e são inderrogáveis pela vontade das partes, quer cuidem de direitos pessoais (deveres conjugais ou entre companheiros, guarda etc.) ou patrimoniais (outorga conjugal, bem de família etc.). As últimas (*jus dispositivum*) estabelecem balizas de conduta que podem ser modificadas no exercício da autonomia privada dos sujeitos de direito e são profusas no Direito Patrimonial de Família (liberdade de pactuar, mutabilidade do regime de bens, etc.)<sup>26</sup>.

Werner Flume reconhece que o limite à autonomia privada no direito de família é justamente a configuração legal do estado das pessoas<sup>27</sup>. Em sentido equivalente, Luigi Ferri encontra no interesse da família um limite negativo para a realização de negócios jurídicos familiares. Na realização desses negócios, os membros da família não teriam, ao contrário, obrigação positiva de realizar qualquer interesse extra-familiar<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed., Coimbra: Almedina, 2009, v. 1, p. 198-200.

<sup>25</sup> BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, t. 2, p. 124.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 38.

<sup>28</sup> FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1959, p. 8.

Ou seja, independente do conteúdo político ideológico, é a relevância social das zonas de atuação humana que justifica ou determina a intervenção estatal. Basta pensar, por exemplo, nas diferentes normas que regulam hipóteses de locação (locação de automóveis em comparação à locação residencial) e, em relação a essas, as normas que regulam o contrato de trabalho (anteriormente chamado de locação de serviços). Na síntese de Menezes Cordeiro, “no Direito da família, a autonomia domina, embora com limitações”<sup>29</sup>.

Verifica-se, pela simplificação das formas e pelo acesso menos burocratizado à separação e ao divórcio, uma ênfase dada à auto-regulamentação pelas próprias partes para porem fim ao casamento, sob influência do princípio da mínima interferência estatal (art. 1.513, CC/2002). Sob essa ótica é que se confere ao casamento a natureza de *contrato de Direito de Família*.

A questão se põe, então, é enquadramento sistemático das determinações decorrentes do exercício da autonomia privada no direito de família.

O complexo de comportamentos regulados em tal conjunto normativo, mormente no âmbito dos direitos pessoais, “é fortemente impregnado de princípios éticos, de tal modo que os próprios direitos lesados não se submetem aos mesmos cânones dos outros ramos do direito, como, por exemplo, o das obrigações”<sup>30</sup>.

De outro lado, segundo Diogo Leite de Campos, os direitos familiares patrimoniais, conquanto sujeitos à incidência do Direito de Família, não perdem suas características essenciais de relações obrigacionais ou reais<sup>31</sup>.

A solução de tal impasse – ou, colocado em outros termos – a solução de tal convergência de tratamentos normativos encontra-se no conceito de responsabilidade, tomado em seu sentido lato.

Isso porque autonomia não quer dizer autossuficiência. Ou seja, a autonomia é necessariamente uma realidade relacional (o sujeito que compreende e interage) e não a expressão da incoseqüência (fazer o que quiser).

A autonomia, segundo Miracy Gustin, pressupõe que o sujeito seja capaz de “avaliar criticamente as normas, os padrões e os objetivos de seu ambiente, que esteja liberto dos constrangimentos do seu contexto (*context-free*) e, ao mesmo tempo, integrado a seu contexto (*context-related*)”. Donde conclui: “A autonomia deve ser compreendida, portanto, como de

---

<sup>29</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, v.1, t.1, 2005, p. 395.

<sup>30</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família. Anteprojeto do Código Civil. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Vol. 155, Rio de Janeiro, 1975, p. 153.

<sup>31</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 133.

natureza social, e o indivíduo só pode aprender o seu significado a partir da interação social com os demais. A validação intersubjetiva é necessária para a realização da condição de autonomia”<sup>32</sup>.

Assim, realizando-se a autonomia por meio da intersubjetividade, seu limite e seu controle encontra-se na idéia de responsabilidade.

### **5. A abolição da culpa por rompimento da comunhão de vida: a enumeração romanística dos deveres conjugais *versus* a cláusula geral do BGB e a indeterminação na *common law***

A inobservância dos deveres conjugais pessoais, em geral, autoriza a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal por imputação de culpa (*faute*), nos países do sistema romanístico, como no Brasil (art. 1.572, *caput*, do Código Civil), em Portugal (art. 1.779º, do Código Civil), na Itália (art. 151, do Código Civil) e na França (art. 242, do Código Civil), cuja codificação influenciou as demais referidas.

O BGB, fugindo a essa regra, não contém enumeração de deveres conjugais, limitando-se a cláusula geral do §1353 a prever que “Os cônjuges estão mutuamente obrigados à comunhão legal de vida”. Justifica-se a preferência da cláusula geral em detrimento do enunciado, pela proteção da autonomia dos cônjuges, salvaguardando-se a esfera privada do casamento e da família de interferências do Estado, evitando-se, com isso, uma regulamentação pormenorizada da comunhão de vida conjugal. À cláusula geral que prevê a obrigação de comunhão conjugal de vida corresponde, no Direito de Família, um sentido análogo ao da cláusula da boa fé objetiva (*Treu und Glauben*) prevista no §242 do BGB, na área do Direito das Obrigações<sup>33</sup>.

Nos países da *common law* não se verifica uma tendência para a determinação legal de direitos ou deveres familiares, prevalecendo o princípio da não interferência na vida privada, “fruto de uma prática judicial que recusava tomar posição acerca de questões delicadas inerentes à relação conjugal”<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21.

<sup>33</sup> PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004, 85-91.

<sup>34</sup> GLENDON, M. A. **The transformation of Family Law (State, Law and Family in the United States and Western Europe)**. Chicago: The University of Chicago Press, 1989, p. 86.

Mary Ann Glendon acrescenta outras críticas aos legisladores do sistema romanístico, como a ingenuidade de pretender levar duas pessoas a viver conjuntamente em paz e harmonia, bem como a adoção de uma *forma estranha de Direito (a strange kind of law)*<sup>35</sup>.

O esmorecimento do poder da inculpação no término do casamento tem recebido acolhida mesmo no Direito francês, berço da teoria da culpa pelo inadimplemento das obrigações conjugais.

Na França, após a reforma legislativa de 2004<sup>36</sup>, o fenômeno de privatização e contratualização das relações conjugais encontrou eco no enfraquecimento das sanções nas hipóteses de descumprimento das obrigações conjugais. O divórcio *pour faute* foi mantido *in extremis*, mas o legislador se distancia da atribuição de responsabilidade pelas consequências da separação. O declínio da dimensão coletiva da ordem pública matrimonial carrega consigo a responsabilidade individual. O direito se desinteressa progressivamente das culpas (*fautes*) conjugais e, segundo Niboyet, “as sanções dessa ordem pública *comportamental* se vêm reduzidas a um pouco de dor”<sup>37</sup>.

No Brasil, o art. 1.511 do Código Civil vigente dispõe que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Essa previsão é complementada pelo disposto no art. 1.565, que prevê: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Daí advém a noção de solidariedade entre os cônjuges, que fundamenta os deveres conjugais<sup>38</sup>.

De acordo com Judith Martins-Costa, a comunhão de vida é dominada pelo que Celso Lafer chamou de *princípio da exclusividade*:

“Para a tutela da dignidade humana exige-se, além da luz da esfera pública, “a proteção das sombras que permitem a transparência dos sentimentos da vida íntima”, a exclusividade regendo aquela especial esfera da vida privada em relação à qual é defesa a interferência alheia, pois é o *locus*, material e espiritual, no qual escolhemos

<sup>35</sup> GLENDON, M. A. **The transformation of Family Law (State, Law and Family in the United States and Western Europe)**. Chicago: The University of Chicago Press, 1989, p. 86.

<sup>36</sup> A Lei nº 439, de 26 de maio de 2004, modificou a redação do art. 266 do *Code*, cuja redação passou a ser a seguinte: “*Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce.*”.

<sup>37</sup> NIBOYET, Frédérique. **L'ordre public matrimonial**. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 301.

<sup>38</sup> MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: RT, 2007, p. 307; CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 247-249.

aqueles com os quais desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos"<sup>39</sup>.

O princípio da exclusividade representa um limite à interferência alheia no casamento (tanto do Poder Público quanto de terceiros) e “mantém na decisão da família a sua intimidade, o seu *modo de ser* particular”<sup>40</sup>.

Nesse contexto de valorização dos direitos da personalidade, a ordem pública matrimonial está em declínio e com ela as sanções clássicas. Em paralelo, assiste-se à emergência de novos modos de ação, ligados ao desenvolvimento de uma ordem pública judiciária de proteção, na qual o juiz é cada vez mais solicitado a conciliar as partes. Em um contexto de igualdade, de liberdade, mas também de promoção dos direitos da personalidade, o juiz adquire um papel ativo e renovado para atuar no contencioso matrimonial<sup>41</sup>.

## **6. Responsabilidade e enriquecimento sem causa no Direito Patrimonial do casamento**

A comunhão plena de vida espalha seus efeitos também na seara patrimonial, pois a comunhão é também de interesses econômicos, seja em decorrência da responsabilidade solidária pela manutenção da família, seja por conta do planejamento que os cônjuges livremente formulam inclusive nessa seara, relativamente a seus respectivos patrimônios individuais, bem como no tocante ao acervo de bens, créditos e débitos comuns e, ao final, partilháveis.

De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, "a dignidade originária e fundamental da pessoa e as suas conseqüentes liberdade e autonomia só podem se articular coerentemente com a responsabilidade da pessoa por suas ações. A liberdade sem responsabilidade constitui arbítrio, e o arbítrio é incompatível com a dignidade"<sup>42</sup>.

Em outros termos, também no casamento, ou mais precisamente em decorrência da comunhão plena de vida entre os cônjuges devem ser compatibilizados um grau suficiente de

---

<sup>39</sup> MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141-142.

<sup>40</sup> MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

<sup>41</sup> MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

<sup>42</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 16.

igualdade e de independência econômica de cada membro do casal para o reconhecimento de sua autonomia privada<sup>43</sup>.

Contudo, há problemas que não encontram solução expressa no Direito Patrimonial do casamento, especialmente os relativos a transferências de bens no interior das famílias de forma disfarçada ou encoberta, e os pertinentes à tentativa de remediar as situações de discrepância de enriquecimento entre os cônjuges, quando um deles exerceu profissão remunerada e o outro se dedicou aos cuidados com o núcleo familiar.

O Direito Patrimonial do casamento (Livro IV, Título II, do Código Civil) está orientado pelos princípios gerais do Código, recebendo aplicação supletiva, ora do Direito das Obrigações, ora do Direito das Coisas<sup>44</sup>.

Assim, aplicam-se subsidiariamente ao Direito de Família as regras sobre enriquecimento sem causa como modo de se efetuar eventuais compensações patrimoniais entre os cônjuges<sup>45</sup>.

Suscitar a aplicação do enriquecimento sem causa na dissolução do casamento não significa qualquer invocação das regras de responsabilidade civil. O fundamento do enriquecimento sem causa não é a invalidade do negócio, porque, pelo contrário pressupõe a validade do ato atacado<sup>46</sup>, sendo, por isso, plenamente aplicável como regra subsidiária na solução de conflitos decorrentes da partilha de bens na dissolução da sociedade conjugal.

Inspirado na velha máxima de Pompônio, o art. 884 do Código Civil brasileiro apresenta-se como um princípio em forma de norma, por meio do qual se institui uma fonte genérica das obrigações, designando a circunstância de o enriquecido ficar obrigado a restituir ao empobrecido o benefício que injustificadamente obteve à custa dele.

A colocação do enriquecimento sem causa entre as fontes das obrigações constitui uma das importantes inovações do Código, embora se possa criticar a sua inserção sistemática entre os atos unilaterais, porque o enriquecimento sem causa não se configura como um ato unilateral, mas antes uma fonte das obrigações de matriz legal.

A cláusula geral contida no art. 884 do Código Civil apresenta três requisitos genéricos para a caracterização do enriquecimento sem causa, enquadráveis a diversas situações imprecisas. São eles: 1. A existência de um enriquecimento; 2. a obtenção desse

---

<sup>43</sup> XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 26.

<sup>44</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família. Anteprojeto do Código Civil. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Vol. 155, Rio de Janeiro, 1975, p. 153.

<sup>45</sup> XAVIER, M. Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 460.

<sup>46</sup> VALLE FERREIRA, José G. do. **Enriquecimento sem causa**. S. l.: [1949?], p. 117.

enriquecimento à custa de outrem; e 3. a ausência de causa justificativa para o enriquecimento. Tal como art. 473.º, 1, do Código Civil português, a previsão normativa “apresenta-se como aberta, balizando um dos princípios do sistema jurídico, sendo aplicável no quadro de um sistema móvel, em complemento de regime de restituição, reembolso e indenização previstos noutros institutos jurídicos”<sup>47</sup>.

O alcance do instituto somente pode ser determinado pela conjugação com a regra de subsidiariedade prevista no art. 886, que somente admite a recurso ao enriquecimento sem causa como último recurso do empobrecido. Ou seja, a figura não é aplicável se há outra causa para a ação de restituição (como a alegação de vício da vontade), se a aquisição à custa de outrem seja definitiva (verificando-se usucapião ou prescrição, por exemplo), ou se a lei atribuir outros efeitos no caso do enriquecimento (como a modificação do contrato em caso de lesão ou de onerosidade excessiva).

Em síntese, a comunhão plena de vida instituída pelo casamento determina também a comunhão patrimonial entre os cônjuges, tornando possível, por exemplo, que o cônjuge que não exerceu atividade remunerada na constância do casamento em favor da manutenção do núcleo conjugal possa requerer compensação fundada no enriquecimento sem causa quando da separação, se comprovada faticamente essa realidade.

Todavia, se casados em regime de separação de bens, desenvolvendo cada cônjuge patrimônio próprio e autônomo, tal medida dita compensatória não terá cabimento, tampouco se houver divisão patrimonial equânime.

### Notas conclusivas

A configuração da família contemporânea está assentada em critérios igualitários e plurais, configurando verdadeira democratização das relações entre seus membros<sup>48</sup>.

Superando uma concepção hierárquica e matrimonial, a Constituição de 1988 reconhece a pluralidade dos tipos familiares a partir do reconhecimento da igualdade das formas de constituição familiares. O tratamento isonômico marca essa nova configuração: são

---

<sup>47</sup> MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **O enriquecimento sem causa no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 963.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Direito de Família, a crise de paradigma(s) e o Estado democrático de Direito: em esboço crítico. In: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coord.). **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**. T. 1. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 1999, p. 145-146.

iguais os cônjuges, os companheiros, os filhos havidos ou não do casamento. Todos, cônjuges e companheiros, pais e filhos, são sujeitos de direito de igual dignidade.

Essa igualdade não é, contudo, elemento estático e suficiente. O outro elemento fundamental é a liberdade. Como próprio axioma constitucional, "a liberdade é um valor e um princípio do Estado de Direito"<sup>49</sup>. Dominique Laszlo-Fenouillet sintetiza: "no casal, duas liberdades paralelas irradiam-se de duas consciências autônomas"<sup>50</sup>.

O casamento tem seu principal elemento na comunhão plena de vida, que irradia seus efeitos na seara pessoal e patrimonial. Os novos influxos de autonomia confirmam a natureza contratual do casamento, tanto para sua celebração, manutenção, desconstituição e regulação patrimonial.

Reconhecer autonomia aos cônjuges importa, como correlato, reconhecer a responsabilidade de cada um durante a comunhão de vida e no seu término.

Com efeito, nenhuma dúvida se apresenta quanto ao fato objetivo da separação ou do divórcio, assim como à sua aplicação<sup>51</sup>. Entretanto, devem ser preservadas as justas expectativas de que as meações sejam compostas sem que um fraude o direito do outro.

No casamento, tal como se dá nas relações jurídicas em que a cooperação é um fator fundamental<sup>52</sup>, o estabelecimento dos limites entre autonomia e responsabilidade, no exercício da liberdade de planejamento familiar, é de fundamental importância. A análise deve ser feita a longo prazo, confrontando-se os limites de atuação legalmente fixados com as determinações oriundas da autonomia dos cônjuges<sup>53</sup>.

Nesse contexto, é de fundamental importância a assistência imaterial recíproca entre os cônjuges, compreendida "com o sentido de mútua proteção e respeito recíproco entre os cônjuges relativamente aos direitos da personalidade de cada um"<sup>54</sup>.

Por fim, Hans Jonas propõe uma nova teoria ética cujo elemento central é a responsabilidade. Seu pressuposto é de que "a natureza da ação humana mudou e com ela o

---

<sup>49</sup> LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo. **El derecho de familia desde la Constitución Nacional**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, p. 108.

<sup>50</sup> LASZLO-FENOUILLET, Dominique. **La conscience**. Paris: L.G.D.J, 1993, p. 316.

<sup>51</sup> SOLARI, Néstor E. La confesión y el reconocimiento de los hechos en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer; HERRERA, Marisa (Dir.). **La familia en el nuevo derecho**. T. 1. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2009, p. 108.

<sup>52</sup> CAMPOS, Míriam de Abreu Machado e. **Família no direito comparado: divisão das expectativas de aposentadoria entre cônjuges**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 17.

<sup>53</sup> NORMAND, Jacques. Rapport de synthèse. In: BRUNETTI-PONS, Clotilde (Dir.). **La notion juridique de couple**. Paris: Economica, 1998, p. 150.

<sup>54</sup> SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 228.

foco da teoria ética”<sup>55</sup>, que não mais se satisfaz em imperativos individuais, ainda que categóricos, mas precisa incorporar o elemento relacional: a responsabilidade.

## Referências

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.

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

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**. 2. ed., Coimbra: separata do v. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992.

CAMPOS, Míriam de Abreu Machado e. **Família no direito comparado: divisão das expectativas de aposentadoria entre cônjuges**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARBONNIER, Jean. A chacun sa famille, à chacun son droit. In: CARBONNIER, Jean. **Essais sur les lois**. 2. ed. Paris: Defrénois, 1995.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **Comentários ao Novo Código Civil**. V. 17, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORBAL FERNÁNDEZ. La doctrina jurisprudencial actual em El derecho de familia. In: NAVARRO VIÑUALES, José M<sup>a</sup>. **El Nuevo derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales**. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, v.1, t.1, 2005.

---

<sup>55</sup> JONAS, Hans. **The imperative of responsibility**: in search of an ethics for the technological age. Chicago – London: The University of Chicago Press, 1984, p. 122.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família. Anteprojeto do Código Civil. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Vol. 155, Rio de Janeiro, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002.

FENOUILLET, Dominique; VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de (Dir.). **La contractualisation da la famille**. Paris: Economica, 2001.

FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffré, 1959.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

GIDDENS, Anthony. **The third way: the renewal of social democracy**. Cambridge, UK: Blackwell, 1998.

GLENDON, M. A. **The transformation of Family Law (State, Law and Family in the United States and Western Europe)**. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

GRANET, Frédérique; HILT, Patrice. **Droit de la famille**. 2. éd. Grenoble: PUG, 2007.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JONAS, Hans. **The imperative of responsibility: in search of an ethics for the technological age**. Chicago – London: The University of Chicago Press, 1984.

LABBÉE, Xavier. **Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?** Paris: Presses universitaires du Septentrion, 1996.

LASZLO-FENOUILLET, Dominique. **La conscience**. Paris: L.G.D.J, 1993.

LÉCUYER, Hervé. Mariage et contrat. In: FENOUILLET, Dominique; VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de (Dir.). **La contractualisation da la famille**. Paris: Economica, 2001.

LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo. **El derecho de familia desde la Constitución Nacional**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MALAUURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. **Cours de Droit Civil: La Famille**. Paris: Cujas, 1989.
- MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **O enriquecimento sem causa no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2005.
- 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.
- MOTTA, Carlos Dias. **Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: RT, 2007.
- NIBOYET, Frédérique. **L'ordre publique matrimonial**. Paris: L.G.D.J., 2008.
- NORMAND, Jacques. Rapport de synthèse. In: BRUNETTI-PONS, Clotilde (Dir). **La notion juridique de couple**. Paris: Economica, 1998.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Artigo 226. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2004.
- PROSPERI, F. La famiglia di fatto tra libertà e coercizione giuridica. In: STANZIONE, P. (Org.). **Persona e comunità familiare**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1985.
- SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. **Dever de assistência imaterial entre cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

SOLARI, Néstor E. La confesión y el reconocimiento de los hechos en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer; HERRERA, Marisa (Dir.). **La familia en el nuevo derecho**. T. 1. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O Direito de Família, a crise de paradigma(s) e o Estado democrático de Direito: em esboço crítico. In: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coord.). **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**. T. 1. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALLE FERREIRA, José G. do. **Enriquecimento sem causa**. S. l.: [1949?].

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed., Coimbra: Almedina, 2009, v. 1.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

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