LÉIA COMAR RIVA

**UNIÃO ESTÁVEL SOB A PERSPECTIVA DO PARENTESCO
POR AFINIDADE**

TESE DE DOUTORADO

**ORIENTADOR
ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2012**

LÉIA COMAR RIVA

**UNIÃO ESTÁVEL SOB A PERSPECTIVA DO PARENTESCO
POR AFINIDADE**

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de
Direito Civil como exigência parcial para a obtenção do
título de Doutor pela Universidade de São Paulo, sob a
orientação do Professor Doutor Álvaro Villaça
Azevedo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2012**

Banca examinadora:

*Iuris praecepta sunt haec: honeste
vivere, alterum non laedere, suum
cuique tribuere. (D.1.1.10.1)*

*“Os preceitos de direito são estes: viver
honestamente, não lesar outrem,
dar a cada um o seu.”*

MADEIRA, Hécio Maciel França (Trad.). *Digesto de Justiniano*.
Liber primus: introdução ao direito romano. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

*Ao meu marido, Francisco, pelo carinho e confiança e
pela coragem com que enfrenta os desafios da vida.*

*Às minhas filhas, Luisa e Lara, a um só tempo, anjos do
bem que iluminam de amor, esperanças e alegrias a nossa
família e pessoas combativas que não se recusam diante
das dificuldades pela busca de seus ideais.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela presença constante em minha existência e por todas as oportunidades que me tem confiado.

Ao Professor Álvaro Villaça Azevedo, minha eterna gratidão pela honra de tê-lo conhecido, por sua sensibilidade, seu acolhimento e auxílios recebidos.

Aos meus queridos pais, Lheodonio e Cleuza, pela presença constante em minha vida, aos quais todas as palavras, ainda, seriam poucas para dizer sobre o amor, o respeito, o carinho e a gratidão que lhes resguardo.

Às meninas dos meus olhos, minhas irmãs: Cláudia e Cléia, por compartilharem comigo meu bem mais precioso: nossa família.

À amiga solícita e acolhedora, Antonia, por sempre dispensar aconchego em dias especiais.

A Hermes Riva (*in memoriam*) e Maria Luiza, Paulo e Ana, e Pedro e Daniela, pela convivência.

Aos meus sobrinhos, por sempre estarem presentes em minha vida e para que obtenham, por meio de seus esforços, ânimos de tornar seus sonhos em realidade.

À Aline França pela amizade e convivência durante toda a elaboração da pesquisa.

A Maria Aparecida L. Stagliano, Mário M. Murakami, Márcia Regina G. Patinho, Martinho Palma Mello Júnior e José Homero Freitas por seus cuidados, e ao Nilton Antonio Pires Júnior pelo acolhimento.

Ao Professor e amigo, Geraldo Romanelli, a quem muito admiro.

Aos combativos Professores: Carlos Alberto Dabus Maluf, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, José Luiz Gavião de Almeida, Marcus Orione Gonçalves Correia, Patrícia Faga Iglecias Lemos, Rui Geraldo Camargo Viana, Teresa Ancona Lopes, por tudo o que me transmitiram.

À Lúcia (*in memoriam*) e aos demais funcionários do Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

À Ângela, pela amizade e companheirismo de jornada; a Doracina e Elson Araujo pela carinhosa convivência; a Dabel, Estela, Isael, Rodrigo e Sidnéia, minha eterna gratidão pela lisura; e ao Júnior Tomaz de Souza, pela dedicação.

Às famílias investigadas que gentilmente legaram suas vivências e contribuíram para a construção deste trabalho.

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, especialmente à Unidade Universitária de Paranaíba, instituição a qual tenho a honra de pertencer, que tanto carinho desperta em mim e a qual mantém Professores e funcionários que também reconheço pela aprazível convivência.

Aos meus queridos alunos que contribuíram de forma incisa, mesmo que, às vezes, sem saber, para a construção deste conhecimento.

À Fundação de Desenvolvimento de Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul (Fundect), pelo apoio financeiro à presente pesquisa.

À equipe da Know-how Editorial, pelo excelente trabalho e carinho recebido.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a construção desta pesquisa.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo fundamental interpretar o atual sistema jurídico a partir do fato de ter sido incluída, no Código Civil de 2002, a união estável como geradora do parentesco por afinidade entre um dos conviventes e os filhos – crianças e adolescentes – do outro, além de defender a tese da necessidade de nova interpretação doutrinária e da alteração legislativa do instituto da união estável para assegurar os direitos dos filhos não comuns da união estável, bem como da necessidade da previsão de uma restrição para a constituição de união estável nos casos de relação concubinária. Para alcançar o objetivo proposto, buscou-se, com fundamento na legislação civil desde o Direito Romano até a atualidade, investigar os principais efeitos decorrentes da união estável e do parentesco por afinidade e, assim, examinar, na sociedade contemporânea, as relações vivenciadas pelas famílias formadas por casais em segunda união, nas quais um dos pais, após a separação, obteve a guarda dos filhos e posteriormente passou a conviver com outro parceiro em união estável. A escolha do tema se deu em razão da necessidade de estudar alguns efeitos desse fato, uns previstos pelas legislações vigentes e outros não; de conhecer e compreender a realidade social e determinadas questões jurídicas e sociais pouco investigadas pelas quais perpassam as famílias que vivem nessa situação, sob a perspectiva dos filhos, em relação à proteção integral à criança e ao adolescente, e dos conviventes, a fim de tornar mais efetiva a aplicação da lei. O procedimento metodológico constituiu-se tanto de pesquisa bibliográfica fundamentada no direito brasileiro e, em parte, no direito estrangeiro, quanto da pesquisa de campo com cinco famílias de baixa renda, formadas por casais em que um dos conviventes está em segunda união, residentes na cidade de Paranaíba/MS. Ao relacioná-las ao atual sistema jurídico, os principais resultados indicaram que, em relação à união estável, a aceitação pela Lei Maior posteriormente regulamentada pelas Leis ns. 8.971/1994 e 9.278/1996 e pela inclusão do instituto no Código Civil/2002 contribuiu para minimizar as discussões sobre a ilegalidade e a imoralidade que pesava sobre as famílias constituídas dessa forma, assegurando maior garantia às relações pessoais e patrimoniais entre os conviventes; e, no que respeita ao parentesco por afinidade, verificou-se que, ressalvadas as restrições legais ou os direitos assegurados ao consanguíneo ou de qualquer outra origem, dele se instituem direitos e deveres como em todas as demais espécies de parentesco, uma vez que o convivente terá os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos, criança e adolescente, do outro.

Palavras-chave: união estável; parentesco por afinidade; criança e adolescente; convivência familiar; concubinato.

ABSTRACT

The present research substantially aims to construe the current legal system from the fact of having been included, in the Civil Code of 2002, the common-law marriage as a generator of affinity between one of the cohabitants and his or her partner or spouse's offspring – children and adolescents – in addition to defending the thesis based on the necessity of new legal writing interpretation and the common-law marriage precept legal alteration in order to assure in-law children's rights, as well as the need to set forth a restriction to common-law constitution in cases of concubinage liaisons. To attain to the proposed objective, the research was carried out, with basis on civil laws and regulations, originated from Roman Law to the present time, and tried to look into the main effects resulting from common-law marriage and affinity, as well as examine in our contemporaneous society, the relationships practiced by families made up of couples experiencing a second liaison, where one of the parents, after separation, has obtained the custody of children and subsequently has started living with another spouse under common-law marriage. The choice for this subject was due to the necessity of studying some effects resulting from this fact, some which have been provided for under laws and regulations in force and others which have not; the need to know and understand social reality and certain legal and social issues, which have been little investigated and have been experienced by families under these circumstances, under the perspective of the children, in relation to full protection to children and adolescents, as well as to cohabitants, in order to make laws and regulations more effective. The methodological procedure was made up of bibliographical research founded in the Brazilian Law; and to some extent, in Foreign Law, as well as field research over five low income families, made up of couples with residency in the city of Paranaíba/MS, and where one of the cohabitants was experiencing a second liaison. While construing the current legal system and relating it to the researches, the main results indicated that: in what concerns common-law marriage, acceptance of the Major Statute, subsequently regulated by Statutes nrs. 8.971/1994 and 9.278/1996, and through the inclusion of the precept in the Civil Code of 2002, has contributed to minimize controversies concerning illegality and immorality, which represented some burden over families built up under these circumstances, ensuring personal and patrimonial relationships between the cohabitants; and, it has been observed that, in relation to affinity, with exception to legal restrictions or vested rights concerning consanguinity or any other origin, rights and obligations are equally originated as in all other types of kinship, once the cohabitant shall hold the custody duties, support and education of the offspring, either a child or an adolescent of his or her spouse or partner.

Keywords: common-law marriage; affinity; child and adolescent; family cohabitation; concubinage liaisons.

RÉSUMÉ

La présente recherche a pour but fondamental d'interpréter l'actuel système juridique brésilien à partir de l'inclusion, dans le Code Civil de 2002, de l'union stable en tant que générateur de parenté par alliance entre l'un des partenaires et les enfants – enfants et adolescents – de l'autre. Elle vise également à soutenir la thèse de la nécessité d'une nouvelle interprétation de la doctrine et des changements législatifs concernant l'institut de l'union stable pour assurer les droits des enfants non communs à cette union, ainsi que la nécessité de prévoir une restriction à la constitution de l'union stable en cas de relation concubinaire. Pour atteindre l'objectif proposé et prenant appui sur la législation civile depuis le droit romain jusqu'à l'heure actuelle, nous avons cherché à investiguer les principaux effets découlant de l'union stable et de la parenté par alliance et à examiner, dans la société contemporaine, les relations vécues par les familles formées par des couples en seconde union lorsque l'un des parents a obtenu la garde des enfants à la suite de la séparation et qui plus tard est allé vivre en union stable avec un autre partenaire. Le choix de ce sujet répond à la nécessité d'étudier quelques effets de ce fait, certains prévus par les législations en vigueur et d'autres non; de même que de connaître et de comprendre la réalité sociale et certaines questions juridiques et sociales encore peu étudiées auxquelles sont confrontées certaines familles vivant dans une telle situation, du point de vue des enfants, par rapport à la protection intégrale de l'enfant et de l'adolescent, et celui des partenaires, afin de rendre plus effective l'application de la loi. La procédure méthodologique employée a compris aussi bien la recherche bibliographique fondée sur le Droit brésilien et, en partie, sur le Droit étranger que la recherche sur le terrain menée auprès de cinq familles à faible revenu, composées de couples où l'un des partenaires est en seconde union, domiciliées dans la ville de Paranaíba dans l'état de Mato Grosso do Sul. En interprétant le système juridique actuel et en le mettant en relation avec les recherches, les principaux résultats ont indiqué que, par rapport à l'union stable, l'acceptation par la Loi Suprême réglementée postérieurement par les Lois ns. 8.971/1994 et 9.278/1996 et l'inclusion de cet institut dans le Code Civil/2002 ont contribué à minimiser les discussions sur l'illégalité et l'immoralité qui pesait sur les familles constituées de cette façon, en assurant ainsi une plus grande sécurité aux relations personnelles et patrimoniales entre les partenaires; et, en ce qui concerne la parenté par alliance, il a été constaté que, sous réserve des restrictions légales ou des droits assurés au consanguin ou de toute autre origine, de la parenté par alliance découlent des droits et des devoirs comme pour tous les autres types de parenté, puisque le partenaire aura les obligations de garde, d'entretien et d'éducation des enfants – enfants et adolescents – de l'autre partenaire.

Mots-clés: union stable; parenté par alliance; enfants et adolescents; vie de famille; concubinage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 DIREITO ROMANO	16
1.1 Introdução	16
1.2 Casamento.....	16
1.3 Concubinato	22
1.4 Parentesco	26
1.5 A família romana sob a influência dos fatores sociais e políticos	32
Análise do capítulo.....	35
2 PERÍODOS SUBSEQUENTES AO IMPÉRIO ROMANO:	
CASAMENTO, CONCUBINATO E PARENTESCO	37
2.1 Introdução	37
2.2 O discurso religioso: uma nova concepção de família.....	37
2.2.1 O casamento, o concubinato e as relações de afinidade.....	37
2.2.2 A filiação e as segundas núpcias	46
2.3 O discurso sociopolítico: a vida privada da família.....	50
Análise do capítulo.....	54
3 OS PRIMEIROS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS BRASILEIROS.....	56
3.1 Introdução	56
3.2 Casamento.....	58
3.3 Concubinato	63
3.4 Parentesco: consanguinidade e afinidade.....	65
Análise do capítulo.....	72
4 O DIREITO CODIFICADO: NOVOS DIREITOS, NOVAS CONQUISTAS	
E VELHOS DESAFIOS	75
4.1 Introdução	75
4.2 Código Civil de 1916.....	75

4.3 Concubinato	78
4.3.1 Conceito e elementos constitutivos	78
4.3.2 Evolução legislativa	83
4.4 Relações de parentesco	88
4.4.1 Parentesco por consanguinidade: filiação	89
4.4.2 Parentesco por afinidade legítima e ilegítima	98
Análise do capítulo.....	106
 5 UNIÃO ESTÁVEL E PARENTESCO POR AFINIDADE.....	111
5.1 Introdução	111
5.2 Constituição Federal de 1988	111
5.2.1 Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família e do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	113
5.3 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990)	122
5.4 Leis ns. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996.....	125
5.5 União estável no Código Civil de 2002	127
5.5.1 Conceito e elementos essenciais da união estável.....	128
5.5.2 Efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes da união estável: pontos controversos	132
5.5.3 União estável: parentesco por afinidade.....	135
5.5.3.1 Parentesco por afinidade: uma das espécies de vínculo jurídico.....	139
5.5.3.2 Parentesco por afinidade: direito a alimentos.....	142
5.6 Parentesco por afinidade: direito estrangeiro.....	146
5.7 Concubinato ou concubinato impuro	158
5.7.1 Uniões paralelas: concubinato.....	160
5.8 O perfil jurídico da família contemporânea: novos paradigmas.....	164
Análise do capítulo.....	167
 6 UNIÃO ESTÁVEL E RELEITURA DO PARENTESCO POR AFINIDADE:	
CRIANÇA E ADOLESCENTE	170
6.1 Introdução	170
6.2 Efeitos gerados pelo parentesco por afinidade: criança e adolescente	171
6.2.1 Relações decorrentes da união estável e a denominação dos novos parentes.....	173
6.2.2 Direitos, deveres e restrições que resultam da convivência familiar: criança e adolescente	176

6.2.2.1 Direitos: cuidados e guarda de fato	176
6.2.2.2 Deveres: respeito e alimentos	184
6.2.2.3 Restrições derivadas da união estável e do concubinato	188
6.2.2.3.1 Concubinato: restrições decorrentes das relações pessoais com a criança e o adolescente.....	190
Análise do capítulo.....	196
 7 PESQUISA DE CAMPO	198
7.1 Método	198
7.1.2 Método etnográfico: algumas considerações	200
7.2 O trabalho de campo	203
7.2.1 O caminho percorrido	203
7.2.2 Assinalando os bairros	206
7.2.3 Caracterização das famílias	207
7.2.3.1 Caracterização dos membros das famílias.....	207
7.3 Apresentação, resultados e discussão dos dados.....	207
7.3.1 Apresentação dos dados	207
7.3.1.1 Casamento e união estável: vivências	208
7.3.1.2 Relacionamento entre um dos companheiros e o filho do outro	211
7.3.2 Resultado e discussão dos dados	213
7.3.3 Os desenhos: percepções dos filhos	215
Análise do capítulo.....	217
 8 SUGESTÃO DE PROJETO DE LEI	220
CONSIDERAÇÕES FINAIS	222
REFERÊNCIAS	225
ANEXO A – SOLICITAÇÃO E AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PESQUISA DE CAMPO	238
ANEXO B – SOLICITAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ENTREVISTA E TERMO DE CONSENTIMENTO.....	241
ANEXO C – ROTEIROS DE ENTREVISTA	242
ANEXO D – DESENHOS.....	246

INTRODUÇÃO

O estudo sobre as relações decorrentes da união estável ou concubinato puro envolve o reconhecimento de que sua forma de constituição, seus sistemas de parentesco e as afinidades interpessoais tecidas em seu interior seguem regras próprias e possuem dinâmicas particulares que variam no tempo e no espaço.

Com a finalidade de formalizar a constituição familiar, a união estável ocorre com os solteiros, separados extrajudicialmente, judicialmente e de fato, divorciados ou viúvos. A aliança entre uma pessoa separada, divorciada ou viúva e outra nas mesmas condições ou não originam as famílias formadas por casais em segunda união. Desses relacionamentos resultam direitos, deveres e restrições, alguns previstos na Constituição Federal de 1988, outros no Código Civil de 2002 ou no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, tanto para os conviventes como para os filhos.

Como os dois últimos sistemas legislativos citados são abertos, quando regulamentam direitos dos filhos, criança e adolescente, não devem ser aplicados de modo isolado, mas, sim – quando compatíveis – conjugados entre eles ou com outros instrumentos de natureza material ou processual, desde que não sejam conflitantes com os princípios fundamentais da criança e do adolescente. Por força do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, em todos os casos em que houver incompatibilidade entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, este será aplicado.

As inovações implementadas no Código Civil vigente, referentes ao Direito de Família, buscaram obedecer ao disposto na Constituição Federal, e às regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, no sentido de considerarem sempre o interesse da criança e do adolescente, e ainda incluíram a união estável como geradora do parentesco por afinidade. Esses fatos merecem atenção especial devido a algumas consequências jurídicas que carecem de melhor delineamento doutrinário e regulamentação legislativa em consonância com o que, atualmente, é reservado à criança e ao adolescente.

A presente pesquisa tem por objetivo interpretar o atual sistema jurídico a partir do fato de ter sido incluída no Código Civil de 2002 a união estável, ou concubinato puro, como geradora do parentesco por afinidade entre um dos conviventes e os filhos não comuns, crianças e adolescentes, do outro. Além disso, pretende-se defender a tese da necessidade de

nova interpretação doutrinária e de alteração legislativa do instituto da união estável para assegurar os direitos dos filhos não comuns da união estável.

Para alcançar o objetivo proposto, buscar-se-á, com fundamento na legislação civil a partir do Direito Romano, investigar alguns efeitos decorrentes da união estável ou concubinato puro e do parentesco por afinidade e, assim, examinar, na sociedade contemporânea, as relações vivenciadas pelas famílias formadas por casais em segunda união, nas quais um dos pais que, após a separação, detém a guarda dos filhos posteriormente passa a viver com outro parceiro em união estável. Será necessário, ainda, entender as novas relações de parentesco por afinidade, na linha reta descendente, estabelecidas nessas novas famílias.

A escolha do tema se deu em razão da necessidade de estudar alguns efeitos desses institutos, uns previstos pelas legislações vigentes e outros não; buscar conhecer a realidade social vivida por grande parte da população, a fim de tornar mais efetiva a aplicação da lei; contribuir para a proteção integral da criança e do adolescente; compreender determinadas questões pouco investigadas, que esbarram em situações vividas no dia a dia por essas famílias, como as jurídicas, decorrentes do parentesco por afinidade, e as sociais, que perpassam as relações entre a criança e o adolescente e a atual companheira de seu pai ou companheiro de sua mãe sob a perspectiva dos filhos e dos conviventes, bem como as que atrelam questões jurídicas e sociais acerca da segurança garantida à criança e ao adolescente pelo atual ordenamento jurídico diante das novas relações de parentesco por afinidade, nesta segunda década do século XXI. Denota-se, assim, que o tema é atual, original e relevante para as ciências jurídicas.

O procedimento metodológico constituirá de pesquisa bibliográfica dos institutos, fundada na discussão teórica do material consultado junto ao Direito brasileiro e, em parte, junto ao Direito estrangeiro, desde o Direito Romano até a atualidade. Há também a pesquisa de campo com cinco famílias de baixa renda, residentes na cidade de Paranaíba/MS. A análise dos dados será qualitativa.

O trabalho está segmentado em oito capítulos. Nos quatro primeiros, por meio de uma abordagem histórica dos institutos do casamento, do concubinato e do parentesco, desde o Direito Romano até a Constituição Federal de 1988, buscar-se-á apreender alguns aspectos da construção jurídica adotada e aplicada ao concubinato e ao parentesco, bem como fornecer subsídios para a interpretação do Direito atual; no quinto capítulo, será investigado tanto o direito posto a respeito do tema pesquisado diante dos novos paradigmas que norteiam o Direito de Família e o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto analisada a situação jurídica do parentesco por afinidade segundo o disposto em algumas legislações estrangeiras;

no sexto capítulo, apresentar-se-á uma releitura do parentesco por afinidade na linha reta descendente em primeiro grau, de acordo com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente e em consonância com as necessidades contemporâneas a essas legislações; no sétimo capítulo, por meio da pesquisa de campo, procurar-se-á perquirir o direito a partir da realidade vivente, a fim de corroborar nossa investigação dentro da perspectiva jurídica e social; no oitavo capítulo, será proposta uma sugestão de projeto de lei, para regulamentar alguns dos efeitos da união estável e do concubinato no que concerne aos filhos não comuns. Após a exposição de cada um dos capítulos, será apresentada a análise alcançada e, no final, as últimas considerações a respeito da presente pesquisa.

1

DIREITO ROMANO

1.1 Introdução

Dentre os institutos do Direito de Família, os mais debatidos e os que efetivamente acompanharam a evolução histórica e social, a ponto de com ela se entranhar, são os do casamento, do concubinato e do parentesco. No Direito Romano, não foi diferente.

Tal direito exerceu grande influência na moldura das regras jurídicas que seriam seguidas pelos vários séculos que o sucederam, principalmente nos países de tradição romanística como o Brasil. Embora o Direito de Família nos primeiros séculos de Roma e na época clássica tenha sido diferente do nosso, ainda hoje há resquícios das últimas elaborações legislativas da época pós-clássica em nosso ordenamento civil.¹

Para o melhor entendimento das raízes históricas dos institutos investigados, da construção jurídica adotada e aplicada e, principalmente – como orienta o Professor Álvaro Villaça Azevedo –, “por seu conteúdo ético, lógico e prático, na solução dos problemas cotidianos”,² é importante o estudo do Direito Romano.

1.2 Casamento

Entre os grupos de pessoas vinculadas pelo parentesco ou pelo casamento, os mais estudados são os que formam a *familia proprio iure* e a família natural.³ A palavra *família*, na antiga linguagem romana, segundo Charles Mayns, significava o conjunto daqueles que eram

¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito romano. *Qualimetria*, São Paulo, v. 11, n. 93, maio 1999. p. 7; CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. 2. ed. Paris: Librairie Plon, 1928. p. 130-133; VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Tradução da edição espanhola por Jesús Daza Martínez. 1. ed. reimp. Madrid: Civitas, 1991. notas 1 e 2, p. 645.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito romano, p. 7.

³ Segundo José Carlos Moreira Alves, a *familia proprio iure* compreende “o complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*; e a *família natural* (denominação devida a romanistas modernos), agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos, independentemente de o marido e pai ser, ou não, *pater familias* da mulher e de seus descendentes imediatos”. Acrescenta o autor que a *familia proprio iure* “foi o organismo básico da estrutura familiar romana, e que, por isso, embora em decomposição, não desapareceu enquanto perdurou o sistema jurídico romano”, enquanto a *família natural* romana aproxima-se da família moderna em sentido estrito, “ambas se constituem pelo casamento, e em ambas há relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, e pais e filhos”. Ainda, segundo o autor, da *gens*, da *familia comuni iure* e do conjunto de *cognados* em sentido estrito, que representam os outros três grupos conhecidos, o estudo do Direito de Família romano trata incidentalmente (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II, p. 246-248).

submissos ao poder de um cidadão independente, *homo sui iuris*, e incluía tanto os bens como as pessoas que lhe pertenciam.⁴ Dessa forma, na família romana se encontravam duas categorias de pessoas: o *pater familias* (pessoa *sui iuris*), “que é aquele que não tem, na linha masculina, ascendente vivo a que esteja sujeito; e as pessoas a ele subordinadas – os *fili familias* (pessoas *alieni iuris*), categoria que abrange a esposa do *pater familias*, seus descendentes (inclusive adotivos) e mulheres”.⁵

Ainda no Direito Romano antigo ou pré-clássico,⁶ para que a família romana se constituísse, a mulher deveria ingressar na família do marido por meio do casamento realizado pela *conventio in manum* ou pelo *sine manu*, ou seja, havia duas formas de realizá-lo⁷ – embora o conceito de matrimônio fosse um só – e ambas constituíam “as *justae nuptiae*, casamentos legítimos que, conforme as regras do *jus civile*, só se verificam entre romanos, não se aplicando, nem aos *latinos*, nem aos *peregrinos*”.⁸ Max Kaser ensina que, se apenas o marido fosse cidadão romano e tivesse *conubium* com a mulher, o matrimônio, segundo o *ius civile*, poderia ser realizado.⁹

A *conventio in manum*, que era o modo de se adquirir a *manus*,¹⁰ e não a forma legal de celebração do matrimônio,¹¹ produzia efeitos tanto em relação à pessoa da mulher quanto

⁴ Tradução livre do texto: “Dans l’ancien langage romain, le mot *familia* désignait l’ensemble de ce qui est soumis au pouvoir du citoyen indépendant, *homo sui iuris*, et comprenait tant les biens que les personnes qui lui appartenaient” (MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*. 5. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe; Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891. t. 3, § 302, t. 3, p. 1).

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 249.

⁶ Em relação aos períodos do direito romano, adota-se, ressalvados os mencionados por alguns autores citados, a clássica divisão apresentada por José Carlos Moreira Alves, quanto à história interna, por ser esta a mais seguida: “1ª – a do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.); 2ª – a do direito clássico (daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.); e 3ª – a do direito pós-clássico ou romano helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C. – dá-se, porém, a designação de *direito justinianeu* ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.)” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I, p. 2).

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 289-290.

⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 83. Ainda o autor esclarece que a união entre romanos e peregrinos (cidadãos não romanos) ou entre peregrinos, bem como entre os escravos ou entre pessoa livre e escravo, era considerada “quer simples união de fato, sem consequências jurídicas, quer regidos pelo direito, mas não pelo *ius civile*” (p. 83-84).

No Direito Romano, Álvaro Villaça Azevedo explica que: “ao lado das *iustae nuptiae cum* ou *sine manu*, de que se valiam os cidadãos romanos, pelo *ius civile*, para constituírem suas famílias legítimas [...] existiram mais três formas de união, constitutivas de famílias: a dos peregrinos, que passavam a conviver *sine connubio*; a dos escravos e, finalmente, a dos concubinos que se uniam, livremente, sem o chamado *consensus nuptialis*” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2. ed. Belém: Cejup, 1987. p. 19).

⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução da edição alemã por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. § 58, p. 318.

¹⁰ Charles Mayns ensina que: “Os mesmos termos *manus*, *mancipium*, *potestas* eram usados no mesmo sentido para referir-se à propriedade *quiritaire* de coisas corpóreas e ao poder do *pater familias* sobre as pessoas livres ou não que estão submissas a sua autoridade”. Tradução livre do texto: “Les mêmes termes:

em relação aos bens que ela possuía; se a mulher fosse, antes de casar, *alieni iuris*, passava para o poder do *pater familias* do marido – se ele não fosse *pater*; se *sui iuris*, tornava-se, ao casar, *alieni iuris*. Ainda na época da República, a mulher romana, no matrimônio *cum manu*, em relação ao marido é equiparada a *filia familias*, conseqüentemente irmã de seus próprios filhos (*loco sororis*),¹² e, em relação ao sogro, é tratada como neta (*loco nepotis*), não sendo considerada sujeito de direitos.¹³ O casamento *cum manu* ocorria de três modos: pela *confarreatio*, *coemptio* ou *usus*.¹⁴

Desses modos de aquisição da *manus*, embora haja divergências entre os autores sobre a ordem em que eles surgiram, o primeiro a deixar de ser utilizado foi o *usus*, que, “no tempo

manus, mancipium, potestas, étaient employés indifféremment pour désigner la propriété quiritaire des choses corporelles et la puissance du pater familias sur les personnes libres ou serves qui sont soumises à son pouvoir” (MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*, § 302, p. 2).

¹¹ Marcel Planiol mostra que: “O Direito Romano não prescrevia formas para a celebração do matrimônio, o direito regulamentava, somente, suas condições de validade e seus efeitos, ele não se ocupava de suas formas; as cerimônias religiosas, os festejos e regozijos que acompanhavam ordinariamente o matrimônio não eram necessários” (PLANOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. In: RIPERT, Georges (Colaborador). 12. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1937. t. 1, p. 263). Tradução livre do texto: “En droit romain il n’y avait pas à proprement parler de *célébration* du mariage; le droit réglait seulement ses *conditions* de validité et ses *effets*; il ne s’occupait pas de ses *formes*; les cérémonies religieuses, les fêtes et réjouissances qui accompagnaient ordinairement le mariage n’étaient pas nécessaires”.

¹² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 274 e 289. Segundo os irmãos Mazeaud, “a mulher casado *cum manu* faz parte *loco filiae*”. Tradução livre do texto: “la femme, mariée *cum manu*, en fait partie *loco filiae*” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 3. ed., 2. tir. Paris: Montchrestien, 1965. t. I, p. 688).

¹³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 600-601.

¹⁴ Álvaro Villaça Azevedo explica, com base nas lições de Gaio, que: “A *confarreatio*, que era o procedimento matrimonial reservado ao patriciado, consistia na oferta a Júpiter Farreus de um pão de farinha de trigo (*panis farreus*), em ritual religioso, perante 10 testemunhas, acompanhado de palavras solenes do sacerdote de Júpiter (*flamen Dialis*). A *coemptio* ‘é o casamento privativo dos plebeus, em que a *manus* se concretiza pela venda simbólica da mulher ao marido’ por meio de ‘cerimônia que se assemelha pela forma, não pelas palavras, à *mancipatio* (modo solene de transferir a propriedade)’, ensina José Cretella Júnior, e ‘a própria mulher é que se vende, que se mancipa ao marido na presença de cinco cidadãos púberes e de um porta-balança (*libripens*), sendo certo que a *coemptio*’, aduz ainda, ‘lembra a certos autores os primitivos costumes em que o marido comprava realmente a mulher, mediante pedaços de metal oferecidos ao pai’. [...] O *usus* era o modo de aquisição da *manus* pela convivência de um homem com uma mulher, durante um ano, ininterruptamente. Realizava-se, assim, um estado possessório que, automaticamente, fazia nascer esse poder marital, a não ser que, durante cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do domicílio conjugal, o que era conhecido como usurpação das três noites (*trinocitii usurpatio*)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10-01-2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 46 e 49).

Washington de Barros Monteiro, nesse mesmo sentido, explica que a primeira correspondia ao casamento religioso, reservado à classe patricia; a segunda, ao casamento civil, reservado à plebe; e a última, à “aquisição da mulher pela posse, equivalendo assim a uma espécie de usucapião” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 12).

Ainda quanto à aquisição da *manus*, Eduardo Volterra confirma: “En sus Instituciones, Gayo habla de la *confarreatio*, de la *coemptio* y del *usus* como modos de adquisición de la *manus*; nunca los considera como formas de constitución de matrimonio” (VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*, p. 639).

de Gaio (século II d.C.), já era simples reminiscência histórica; a *confarreatio* persistiu mais tempo, possivelmente até a implantação do cristianismo como religião oficial do Império Romano; e a *coemptio* desaparece inteiramente no século IV d.C.”.¹⁵ Alexandre Correia e Caetano Sciascia comentam que o desaparecimento dessas formas de aquisição da *manus* preparou “a evolução pela qual o matrimônio não importa na sujeição da mulher à família do marido”.¹⁶

Desde os tempos mais remotos, ao lado do casamento *cum manu* coexistiu o casamento *sine manu* ou livre.¹⁷ Nessa espécie de casamento (*sine manu*), ao contrário do que ocorria na primeira, o marido não adquiria a *manus* sobre a mulher e por isso conservava, além de seus bens, seu *status familiae* anterior ao matrimônio.¹⁸ Essa união, para cuja realização não havia formalidades, mas, apenas, uma cerimônia simbólica e, “na maioria dos casos, a *constituição de um dote*, garantido por escrito (*instrumentum dotale*)”,¹⁹ “existiu em fins da época republicana e começo da imperial” e foi “utilizado, normalmente, como o modo usual de enlace no período do Baixo Império”.²⁰

Não obstante a ausência ou não de formalidades para que o casamento romano *cum* ou *sine manu* fosse legítimo, não há divergência entre os autores consultados, já que, segundo Ulpiano, era necessária a observância de três requisitos: consentimento, puberdade – a idade núbil se iniciava aos 12 anos para a mulher e aos 14 para o homem – e *conubium*.²¹

O *conubium*, que pode ser entendido como a capacidade reconhecida pelo direito positivo de constituir entre o homem e a mulher uma união conjugal juridicamente válida,²² segundo José Carlos Moreira Alves, apresenta-se em duas acepções: lata e estrita. A primeira compreende alguns requisitos absolutos que se referem à liberdade, à cidadania, ao serviço militar e à monogamia. “Em sentido estrito, *conubium* abrange circunstâncias impeditivas de casamento legítimo entre certas pessoas, e que dizem respeito a: parentesco, afinidade,

¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 274.

¹⁶ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1961. v. I, p. 119.

¹⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 48.

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 290.

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 83. Afirma o autor que a cerimônia simbólica, na qual a mulher era conduzida “para a casa do marido (*deductio uxoris in domum, mariti*)”, o que parece uma evocação à lenda do *rapto das sabinas* pelos romanos”, representava o ato do casamento (p. 83).

²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 47-48.

²¹ José Carlos Moreira Alves, com base em outros romanistas, continua explicando que: “Os primeiros, absolutos, pois a sua ausência impedia o casamento com qualquer pessoa; o último, também, se tomado em sentido lato (*conubium est uxoris iure ducendae facultas* – o *conubium* é a faculdade de casar-se legitimamente com uma mulher). Em senso estrito, *conubium* é requisito relativo, porquanto abrange impedimentos que ocorrem apenas entre certos indivíduos (*conubium habere cum aliquo* – ter *conubium* com alguém)” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 294).

²² VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*, p. 639.

condição social e motivos de ordem prática ou política”.²³ Alexandre Correia e Gaetano Sciascia também noticiam que, no *ius civile*, não existia matrimônio se não houvesse idoneidade física, capacidade jurídica e consentimento dos cônjuges; se as pessoas fossem casadas; se houvesse relação de parentesco natural, adoção ou afinidade e ainda por motivos morais, políticos e de oportunidade.²⁴

A ausência de formalidade para a realização do matrimônio pode ser explicada com fundamento no legado por Pietro Bonfante e aceito pela maioria dos autores consultados, segundo o qual – para os romanos – esta é uma situação de fato que gera consequências jurídicas e se caracteriza pela “convivência do homem e da mulher com a intenção de serem marido e mulher” e que só perdura enquanto persistir a intenção dos cônjuges de permanecerem casados.²⁵ Por ser o matrimônio romano uma *res facti*, ou um “ato consensual contínuo de convivência”,²⁶ ele se constituía por dois elementos de fato fundamentais para a sua existência jurídica: *affectio maritalis* e *honor matrimonii*. A primeira “é o elemento subjetivo consistente na intenção contínua de ser marido e mulher; o *honor matrimonii* é o elemento objetivo concretizado em uma série de fatos exteriores inequívocos (coabitação, constituição do dote, posição social etc.), pelos quais se exterioriza essa intenção”.²⁷

²³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 295-297.

²⁴ No que diz respeito ao requisito do parentesco, os doutrinadores afirmam: “se há relação de parentesco natural ou de adoção em linha reta ao infinito, pois entre tais pessoas não há *conubium*; em linha colateral até o terceiro grau (tio e sobrinha) ou também a afinidade em primeiro grau (sogro e nora etc.)” (CORREIA Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 125).

²⁵ Tradução livre do texto: “Il matrimonio romano è la *convivenza* dell’uomo e della donna con l’intenzione di essere marito e moglie [...] Il consenso non è quindi solo *iniziale* (come il nostro, un *rapporto stabilito dal consenso iniziale*), ma deve essere *duraturo, continuo*; onde i Romani più che *consensus* lo chiamano, *affectio*, che indica appunto una volontà con questo carattere [...]” (BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 1946. § 58, p. 180-182). Também nesse sentido: KASER, Max. *Direito privado romano*, § 58, p. 315.

Sobre a controversa natureza jurídica do casamento romano, José Carlos Moreira Alves aponta que, no início, os glosadores que, abstendo-se de definir o casamento, o caracterizaram como um contrato de natureza pessoal, em contraposição aos contratos de fundo patrimonial. Contudo, os últimos glosadores, sob a influência dos canonistas, passaram a atribuir-lhe a natureza de um ato jurídico, sendo que os pós-glosadores retomaram a primeira tese de que o casamento romano era um contrato pessoal. Posteriormente, os representantes franceses da Escola Culta, entre outros, classificaram-no como uma espécie de sociedade. A maioria dos juristas, nos séculos XVII e XVIII, considerava o casamento romano um contrato estabelecendo-o no de sociedade (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 283-286). Também nesse sentido: BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 58, p. 181.

²⁶ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed., 12. tir. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 160.

Segundo a maioria dos romanistas, “o matrimônio, em Roma, era uma situação de fato que se iniciava, sem quaisquer formalidades, com o simples acordo de vontade do homem e da mulher, e que perdurava apenas enquanto persistia a intenção dos cônjuges de permanecerem casados, dissolvendo-se, de imediato, no momento em que um deles (ou ambos) deixasse de tê-la” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 283-286). Também nesse sentido: BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 58, p. 181.

²⁷ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 124.

Álvaro Villaça Azevedo acrescenta que o elemento subjetivo é de ordem imaterial ou espiritual, representado pela afeição marital e pelo objetivo de ordem material, resultante da convivência do marido e da mulher, capaz de gerar obrigações entre os cônjuges.²⁸ Mostra Pietro Bonfante que esses dois requisitos do matrimônio são, portanto, a convivência e a intenção, e Biondo Biondi observa que eles não são elementos distintos, mas que um é expressão do outro.²⁹

Sobre esses elementos presentes no *Corpus Iuris Ciuilis*, Álvaro Villaça Azevedo comenta que eles aparecem nos “dois conceitos de matrimônio, que se mostram no *Digesto*, o de Modestino, e, nas *Institutas* do Imperador Justiniano, provavelmente, o de Florentino ou de Ulpiano”.³⁰ Embora existam suspeitas de interpolações, “a grande maioria dos autores é concorde: as duas definições focalizam apenas a essência do casamento sob o aspecto social, não lhe determinando, portanto, a natureza jurídica”.³¹

Constituída a união conjugal, esta passava a produzir efeitos de caráter pessoal ou de índole patrimonial que refletiam em diversos institutos do direito privado.³² Nos direitos clássico e pós-clássico, entre os efeitos jurídicos positivos do matrimônio que tinham importância, sobretudo em matéria de impedimentos matrimoniais, destacava-se o vínculo de afinidade.³³

Como a *manus* era independente do casamento, seus modos de extinção também eram. No casamento, a dissolução se dava pela morte, incapacidade superveniente ou divórcio, sendo as duas primeiras involuntárias e a última voluntária.³⁴ Quanto à *manus*, extinguia-se pela *remancipatio* ou pela *difarreatio* e, em virtude da morte, da *capitis deminutio maxima* ou da *capitis deminutio media* do marido, se fosse *sui iuris*, ou da mulher. Ensina José Carlos Moreira Alves que, apesar de não haver referência direta nos textos romanos, é provável que o

²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 38-39.

²⁹ Tradução livre dos textos: “Ma conviene tuttavia che il principio del matrimonio riveli chiara l’esistenza dei due requisiti anzidetti: la convivenza e l’intenzione maritale” (BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 58, p. 182) e “*Honor matrimonii* ed *affectio maritalis* non sono elementi distinti, ma l’uno è espressione dell’altro” (BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bolonha: Licinio Cappelli, 1957. p. 320).

³⁰ O autor comenta que, no conceito de Modestino, “percebem-se com nitidez esses elementos, quando assenta que ‘as núpcias são a união do marido e da mulher e o consórcio para toda a vida, a comunicação do direito divino e do humano’ (*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*)”. Nas *Institutas*, “as núpcias, ou matrimônio, são a união do varão e da mulher, implicando uma comunhão indivisível de vida (*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam vitae consuetudinem continens*)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 38-39).

³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 283.

³² RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*. 11. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. v. II, p. 219.

³³ VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*, p. 645 e 649; KASER, Max. *Direito privado romano*, § 58, p. 322.

³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 52.

divórcio colocasse termo ao matrimônio, mas não extinguisse a *manus*, o que só ocorria quando se era verificado um dos modos anteriormente citado.³⁵

1.3 Concubinato

Além das *justae nuptiae*, em Roma, havia outras formas de união livre entre o homem e a mulher; entre elas, encontrava-se o concubinato,³⁶ que se difundiu largamente na sociedade Imperial em razão das proibições de natureza social para contrair matrimônio³⁷ e se apresentava “pela convivência estável de homem e de mulher, livres e solteiros, como se fossem casados, mas sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*”.³⁸⁻³⁹ O concubinato não era punido,⁴⁰ nem “proibido, nem considerado atentatório à moral”.⁴¹

O concubinato, que diverge da simples relação sexual pela estabilidade,⁴² era uma instituição de fato apenas tolerada, mas absolutamente fora do direito no mundo pagão e não produzia efeitos em relação aos filhos, à sucessão e aos direitos civis;⁴³ no Direito Romano, na época do Imperador Augusto, ele foi regulamentado, indiretamente, por meio da *Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus* e da *Lex Iulia de Adulteriis*, as quais visavam regulamentar o matrimônio.⁴⁴ Essas leis “parecem ter tolerado o concubinato com mulheres libertas e com *ingenuae* de condição social desprezível” e “nos casos em que havia proibições de contrair matrimônio para determinados funcionários, oficiais e soldados”; o concubinato

³⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 278.

³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 19.

³⁷ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 197-199.

³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 19; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 151.

³⁹ Quanto ao fato de que o concubinato entre o homem e a mulher livres e desimpedidos ser considerado, em Roma, uma união estável, José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 320); Pietro Bonfante (*Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 199); Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (*Manual de direito romano*, p. 124); Álvaro Villaça Azevedo (*Do concubinato ao casamento de fato*, p. 19; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 151); e BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 339, não divergem. A união adulterina ou incestuosa não era reconhecida.

⁴⁰ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 197-198; BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 339.

⁴¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 151.

⁴² A respeito do concubinato e da diferença entre este, o casamento e a simples relação sexual, Biondo Biondi assim se manifesta: “No mundo romano, ao lado do matrimônio coexiste o concubinato, que é a união estável entre duas pessoas de sexo diferentes sem a vontade de ser marido e mulher; diverge da simples relação sexual pela estabilidade e do matrimônio pela falta do *honor matrimonii* e relativa *affectio maritalis*. É um instituto não vedado pela lei, nem reprovado pela consciência social, tanto que a pessoa poderia ser considerada como exemplo de moralidade, mesmo vivendo em concubinato” (BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 339). Tradução livre do texto: “Nel mondo romano accanto al matrimonio coesiste il concubinato, che è la unione stabile tra due persone di sesso diverso senza la volontà di essere marito e moglie; diverge quindi dalla semplice relazione sessuale per la stabilità, e dal matrimonio per la mancanza dell’ *honor matrimonii* e relativa *affectio maritalis*. È un istituto non vietato dalla legge né riprovato dalla coscienza sociale, tanto che persone, che passavano di specchiata moralità, vivevano in concubinato”.

⁴³ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 197-198.

⁴⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 152; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 320.

continuou não produzindo efeitos matrimoniais e os filhos eram considerados ilegítimos.⁴⁵ As leis matrimoniais de Augusto, com objetivos demográficos e político-sociais, foram necessárias para “manter são e forte o núcleo itálico da população que criou o Império Romano; isto sobretudo nas classes mais elevadas, nas quais ameaçava aumentar o celibato e a carência dos filhos”,⁴⁶ para resguardar a família cada vez mais numerosa, bem como impedir o adultério⁴⁷ e o aumento das uniões concubinárias.

Portanto, o concubinato, como instituto jurídico capaz de produzir efeitos de qualquer natureza, na seara do direito inexistia até o direito clássico; no direito pós-clássico, o concubinato transformou-se em instituto jurídico, mas somente se tornou indene de dúvidas com o Imperador Justiniano. Para que a união concubinária fosse considerada legítima, deveria preencher os mesmos requisitos para as justas núpcias, aplicando-se, inclusive, as disposições referentes aos impedimentos matrimoniais.⁴⁸

Uma vez que entre os romanos, até o direito pós-clássico, não se exigiam formalidades para a realização do casamento, vários autores observaram a diferença entre este e o concubinato. Para Édouard Cuq, a diferença entre eles manifestava-se na intenção que presidia sua formação.⁴⁹ José Carlos Moreira Alves assevera que a distinção entre cônjuges e concubinos se presumia pela posse do estado de casado, já que “presumiam-se cônjuges o homem e a mulher que vivessem na posse do estado de casado”.⁵⁰

⁴⁵ KASER, Max. *Direito privado romano*, § 58, p. 330.

⁴⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*, § 16, p. 113 e § 58, p. 323.

⁴⁷ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 689.

⁴⁸ José Cretella Júnior afirma que: “Nota-se uma grande evolução no instituto do *concubinato*, em Roma, porque, no início, mera união sem nenhuma consequência jurídica é depois praticamente consagrado, por via indireta, através da lei *Julia de adulteriis*, que isenta de pena os *concubinos*, não considerados, pela lei, nem passíveis das penas cominadas aos *adúlteros* ou aos *estupradores*. Embora sem produzir efeitos jurídicos, o *concubinato* é, agora, *união legítima*. No Baixo Império, o *concubinato* é considerado, pelo Código Teodosiano, como distinto da simples *união de fato*” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 84). Assim, no direito clássico, devido às leis que visaram regulamentar o matrimônio (*Lex Iulia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus* e *Lex Iulia de Adulteriis*), o concubinato foi, indiretamente, regulamentado, chegando a ser considerado instituto jurídico no direito pós-clássico; ainda nesse direito, o Imperador Constantino (326 d.C.) criou sanções que desestimulavam o concubinato, embora não tenha considerado esse tipo de união ilícita ou não permitida (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 152-154). “Segundo a opinião dominante, o concubinato no período republicano era mera união de fato, ignorada pelo direito, embora, provavelmente, quando se tratasse de mulher ingênua de elevada categoria social, seu *pater familias*, no âmbito familiar, a punisse com as penas do *stuprum*” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 320-322).

⁴⁹ “O concubinato é uma espécie de união fundada sobre uma afeição durável. Ele difere do matrimônio pela intenção que preside sua formação” (CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*, p. 164). Tradução livre do texto: “Le concubinat est une sorte d’union fondée sur une affection durable. Il diffère du mariage par l’intention qui a présidé à sa formation”.

⁵⁰ José Carlos Moreira Alves assevera também que: “até o direito pós-clássico, não se exigiam, para a formação do casamento, quaisquer formalidades, como saber-se se homem e mulher que viviam, de modo estável, em comum, eram marido e mulher, ou, apenas, concubinos? A diferença entre cônjuges e concubinos – como acentua Gide – era tão manifesta na sociedade romana quanto na moderna: ela se fazia pela posse de estado – em outras palavras, presumiam-se cônjuges o homem e a mulher que vivessem na

Acerca da diferença entre o casamento *sine manu* e o concubinato, José Cretella Júnior mostra que no casamento há uma cerimônia simbólica e, na maioria dos casos, a constituição de um dote,⁵¹ enquanto para a união concubinária inexistiam formalidades ou cerimônias simbólicas. Não obstante o casamento romano e o concubinato serem um ato consensual, John Gilissen comenta que o primeiro se distingue do segundo pelos rituais e “pela vontade recíproca de fundar um lar, de procriar e de educar os filhos”. Anota, ainda, que a “principal dificuldade na matéria residia na prova desta vontade”.⁵²

Charles Mayns explica que os romanos definem casamento, *nuptiae*, *matrimonium*, como a união do homem e da mulher que conduz a uma comunidade absoluta de existência. O concubinato difere dessa união legítima pela intenção, *adfectio maritalis*, e, por isso, poderia parecer muitas vezes duvidoso se, em certos casos, houve casamento ou simples concubinato, a tal ponto que a jurisprudência foi obrigada a criar presunção no sentido de dirimir as dúvidas. A diferença entre casamento e concubinato se manifestava em razão das consequências práticas: o concubinato não produzia nenhum dos efeitos reservados ao casamento em relação às pessoas e aos bens do casal; especialmente à concubina, que não participava da “dignidade” de seu companheiro; não havia nem dote nem doação nupciais; a dissolução do concubinato não tinha a natureza do divórcio etc.⁵³

Biondo Biondi afirma que o concubinato diverge do matrimônio pela falta do *honor matrimonii* e relativa *adfectio maritalis*.⁵⁴ Nesse mesmo sentido, Alexandre Correia e Gaetano Sciascia afirmam que a união estável do homem e da mulher, diante da falta dos requisitos, tanto subjetivo (*adfectio maritalis*) quanto objetivo (*honor matrimonii*), constitui concubinato.⁵⁵

posse do estado de casado, como, aliás, ocorre ainda hoje, pois o estado de cônjuge, na sociedade atual, se exterioriza, principalmente, pela posse do estado de casado, e não pela celebração de atos solenes diante de um juiz competente ou da apresentação, a cada passo, de certidão de casamento” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 320).

⁵¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 83.

⁵² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 565.

⁵³ Tradução livre do texto: “Les Romains définissent le mariage, *nuptiae*, *matrimonium*, l’union de l’homme et de la femme emportant communauté absolue d’existence [...] Il ne différait de cette union légitime que par l’intention, *adfectio maritalis*; et c’est pourquoi il pouvait souvent paraître douteux si, dans un cas donné, il y avait mariage ou simple concubinat, à tel point que la jurisprudence se vit abligée de créer des présomptions à l’effet de lever le doute. La différence que nous venons de signaler se manifestait cependant par des conséquences pratiques fort importantes. Ainsi, le concubinat ne produisait aucun des effets que nous avons signalés ci-dessus, comme résultant du mariage par rapport aux personnes et aux biens des époux: spécialement la concubine ne participait point de la dignité de son compagnon; il n’y avait ni dot ni donation à cause de nocces; la défense de donation entre époux ne souffrait point d’application; la dissolution du concubinat n’avait pas le caractère du divorce, etc.” (MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*, § 302, p. 3 e § 324, p. 79).

⁵⁴ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 339.

⁵⁵ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 124.

Max Kaser orienta que o concubinato romano “é uma comunidade permanente de vida e de sexo entre o homem e a mulher não reconhecida como matrimônio”; na época do principado, adquire significado prático nos casos em que o matrimônio não era possível, e na pós-clássica, quando satisfazia as exigências cristãs para o matrimônio, poderia ser reconhecido pelo Estado – mesmo quando faltassem alguns dos pressupostos exigidos pelo matrimônio – e, ao contrário da anterior, nesta é possível ao homem “doar à concubina e aos seus filhos determinadas quotas do seu patrimônio ou legar em testamento. A Nov. 18, 5 de Justiniano confere-lhes um *direito de sucessão intestada* no montante de um sexto, se não houver filhos legítimos nem esposa com legitimidade sucessória”. Finaliza o autor comentando que o concubinato foi “reconhecido como uma espécie de ‘matrimônio de direito menor’ (*inaequale coniugium*)”.⁵⁶

Nesse mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro afirma que o concubinato romano era “um quase casamento, união inferior ao casamento, semimatrimônio, contraído sem formalidades. Faltava-lhe, no entanto, a *affectio maritalis*, sempre presente nas *justae nuptiae*, e era despidido da finalidade social e familiar inerente ao matrimônio”.⁵⁷

Álvaro Villaça Azevedo orienta que, no direito justinianeu, a *affectio maritalis*, o elemento subjetivo, de ordem imaterial, intencional ou espiritual, “é, na verdade, a única distinção que, a essa época, existia entre o concubinato e o casamento”. Acrescenta o autor que o concubinato distanciava-se do casamento muito mais em razão desse elemento que de sua aparência. Nesse direito era reconhecida a união estável entre o homem e a mulher de qualquer condição ou posição social.⁵⁸

No Direito Romano, enquanto algumas leis procuravam garantir direitos aos concubinos e a seus filhos, outras, ao contrário, afastavam qualquer possibilidade de reconhecimento dessa união. Os imperadores cristãos, no período pós-clássico, para preservar a família legítima, por um lado, inferiorizavam a condição da concubina e de seus filhos e, por outro, integravam a mulher legítima nas honras e condição social do marido, procurando, dessa forma, incentivar os concubinos a contrair matrimônio legítimo e a legitimarem os filhos por casamento subsequente. Esse instituto se tornou estável em 517 d.C.⁵⁹

⁵⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*, 1999, § 58, p. 330. Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 321.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 16.

⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 19-24; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 151-154; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 198.

⁵⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 321; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 152.

Mesmo atribuindo alguns requisitos para que houvesse concubinato, como: relação monogâmica entre o casal; idade conjugal; inexistência dos mesmos impedimentos previstos para o matrimônio relativos ao parentesco e à afinidade na linha reta,⁶⁰ é consenso entre os romanistas pesquisados que esse instituto, por ser considerado imoral pelos imperadores cristãos, no Oriente “foi abolido por Leão, o Filósofo (886-912 d.C.); no Ocidente, ele caiu em desuso no século XII d.C.”.⁶¹

1.4 Parentesco

O vínculo de parentesco entre os romanos dava-se por meio da agnação (*agnatio*), da cognação (*cognatio*) e, ao lado desses, havia “a afinidade (*adfinitas*), que é o vínculo, decorrente do casamento, que existe entre um dos cônjuges e os parentes cognados do outro”.⁶²

O parentesco *agnatio* ou civil, transmitido apenas pelos homens, não se fundamentava pelos laços de sangue, mas, sim, pela sujeição da pessoa a um mesmo *pater familias*. Embora os agnados não descendessem diretamente uns dos outros, eles pertenciam a uma mesma família.⁶³ Os integrantes da família agnática eram o chefe (*pater familias, sui iuris*) e as pessoas submetidas a ele (*filii familias, alieni iuris*),⁶⁴ bem como as mulheres casadas *cum manu* com o *pater familias* ou com o filho.⁶⁵

A sujeição do filho ao *pater familias*, em regra, terminava com a morte deste; nesse caso cada um dos filhos se tornava *pater familias*.⁶⁶⁻⁶⁷ Por não existir uma idade em que o

⁶⁰ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 198; RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*, v. II, p. 198; AZEVEDO, Álvaro Villaza. *Estatuto da família de fato*, p. 153-154; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 321-322.

⁶¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 322. Neste sentido: AZEVEDO, Álvaro Villaza. *Estatuto da família de fato*, p. 152; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 199.

⁶² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 13. ed., v. I, p. 110.

⁶³ CRETTELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 76.

⁶⁴ RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*, v. II, p. 184. “Con la expresión *pater familias* los romanos no aluden a la idea de generación ni quieren referirse a alguien que tenga descendencia biológica, sino que indican una situación de independencia o autonomía económico-jurídica, de ausencia de subordinación. El *pater familias* puede no haber procreado hijos, e incluso ser un impúber; el caso es que no esté sometido a la *potestas* de nadie”.

⁶⁵ RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*, v. II, p. 184; CRETTELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 76; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 122.

José Cretella Júnior apresenta o rol das pessoas ligadas agnaticamente: “os que estão sob a *potestas* do mesmo *pater familias*, como os filhos e filhas, legítimos ou adotivos; a mulher do *pater*, se casada *cum manu*, que fica, assim, *in loco filiae*, as mulheres dos filhos casados *cum manu*; os filhos dos filhos; os que assim continuaram mesmo depois da morte do *pater*, como os seus filhos que, embora passando de *aliena juris* para *sui juris*, continuam *agnatos* entre si; os que caíam sob o poder do *pater*, caso este vivesse indefinidamente, como os filhos dos filhos do *pater familias*, nascidos depois da morte deste” (CRETTELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 76).

⁶⁶ Alexandre Correia e Gaetano Sciascia afirmam, com fundamento em Gai e no *Digesto*, que, por ocasião da morte do *pater familias*: “no período mais antigo, os filhos se constituíam em uma comunhão inseparável, o chamado *consortium erctum non citum*. Em época mais recente, porém anterior à Lei das XII Tábuas, após a morte do ascendente os filhos masculinos *singuli singulas familias incipiunt habere* e cada um deles se torna *pater familias*” (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 122).

filho se desvinculava do poder paterno, o Direito Romano não reconheceu o instituto da maioridade, o qual surgiu no direito moderno.⁶⁸

O parentesco *cognatio* ou *cognaticio naturalis* transmitia-se pelo homem e pela mulher, fundamentava-se nos laços de sangue e os integrantes “não se encontram sujeitos à *potestas* do mesmo *pater familias*”.⁶⁹ Esse laço natural, não obstante a principal importância do grupo de indivíduos unidos pelo vínculo da potestas, que é o tipo de organização familiar romana, produzia várias consequências jurídicas; inicialmente, foram reconhecidos os impedimentos matrimoniais, os direitos sucessórios e a tutela.⁷⁰

Consta no *Digesto* (38.10.4.3) que: “Afins são os cognados do marido e da mulher, assim denominados porque pelo casamento se ligam duas famílias diferentes entre si, e a cognação de uma se transfere à da outra; pois a afinidade se origina do casamento”.⁷¹ Portanto, conclui Sílvio A. B. Meira: “conforme se depreende do texto de *Modestino* a afinidade era uma espécie de cognação, que se transfere da família de um cônjuge à do outro”.⁷²

A afinidade, conceituada por todos os romanistas citados como “a relação de uma pessoa com os parentes de seu cônjuge”⁷³ não teve, nos diversos períodos da história do Direito Romano, sempre as mesmas consequências jurídicas. Segundo Sílvio A. B. Meira, no “período clássico, a afinidade é o vínculo que, no matrimônio *sine manu*, liga o marido à mulher ou os pais e os filhos de um cônjuge ao outro cônjuge; no período pós-clássico, a

⁶⁷ “A regra geral é que a *patria potestas* só se extingue com a morte do *pater familias*, porque, enquanto o chefe está vivo, subsistem os laços de subordinação, ficando os filhos *in potestate*, qualquer que fosse a idade que tivessem, fossem casados ou não, tivessem filhos ou não. Mas, durante a vida do *pater familias*, por exceção, pode extinguir-se a *patria potestas*, nos casos seguintes: emancipação; elevação do *filius* a certas dignidades; abandono do *filius* pelo *pater*, perda da *libertas* ou da *civitas*, pelo *pater*” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 80).

⁶⁸ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 122; e também nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 248.

⁶⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 13. ed., v. I, p. 108; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 248. José Cretella Júnior informa que a cognação: “É o laço de sangue que há entre as pessoas que descendem umas das outras (*filho, pai, avô, bisavô*) ou de um ascendente comum (irmãos, que descendem dos mesmos pais). A *cognação* não leva em conta as linhas paternas ou maternas. ‘Entre os cognatos há agnatos ligados pelo sangue, do lado dos homens (a *pater cognati*), havendo também parentes pelo lado das mulheres’ (*Institutas*, I, 15, 1). No antigo direito, só a *agnação* gerava direitos, o que não quer dizer que a cognação fosse desconhecida, no início, tanto assim que o incesto, em Roma, foi sempre proibido, quer entre cognatos, quer entre agnatos” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 76).

⁷⁰ RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*. 11. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. v. I, p. 81.

⁷¹ D. 38.10.4.3 *Modestino* 12 *Pandect*: “Sed quoniam quaedam iura inter adfines quoque versantur, non alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere. Adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis fidem accedit: namque coniugendae adfinitatis causa fit ex nuptiis”. Tradução do texto apresentada por Sílvio A. B. Meira (*Instituições de direito romano*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1971. v. 1, p. 118).

⁷² MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de direito romano*, p. 118.

⁷³ KASER, Max. *Direito privado romano*, p. 322; VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*, p. 672.

afinidade estende-se, por um lado, aos noivos, e, por outro lado, torna-se um vínculo análogo à cognação, ligando um cônjuge aos parentes cognados do outro cônjuge”.⁷⁴

Eugenio Tarragato, estudando as relações de afinidade, apresenta o mesmo conceito sobre o assunto e informa que no Direito Romano ela ocorria entre agnados e cognados e que, segundo textos dos *Fragmentos del Vaticano*, também entre os cônjuges; no entanto, era duvidoso se ocorria entre os parentes de ambos.⁷⁵ A afinidade oriunda dos esponsais *impedimentum publicae honestatis*, criada pela Igreja, caiu em desuso nos primeiros séculos da Era Cristã.⁷⁶

Os romanistas consultados concordam que no Direito Romano, durante a República, a afinidade não subsistia após a dissolução do matrimônio que a originou nem constituía impedimento, mas, nos períodos subsequentes, nota-se que ela subsistiu, sendo que, no Império, proibia-se o casamento dos afins na linha reta e, no período pós-clássico, vedava-se também o casamento entre cunhados.⁷⁷ Embora grande parte dos romanistas informe que no Direito Romano não se contava os graus de afinidade e que ele passou a ser contado por influência canônica,⁷⁸ a união entre afins, na linha reta e na colateral, em grau proibido de casamento, segundo José Carlos Moreira Alves, constituía incesto, punível com pesadas penas pessoais e patrimoniais.⁷⁹

Observa-se de acordo com o material pesquisado que, embora a afinidade como visto alhures seja um vínculo que se estabelece entre um dos cônjuges e os parentes cognados do outro, o parentesco agnatício ao instituir laços entre o *pater familias* e as esposas dos filhos casados *cum manu* não descarta a possibilidade de criação de uma espécie de afinidade. Além

⁷⁴ MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de direito romano*, p. 118.

⁷⁵ Tradução livre do texto: “Esto así, podemos definir la afinidad como ‘relación existente entre un cónyuge y los parientes del otro, en virtud del matrimonio’, siendo de notar que desde este punto de vista el Derecho de Roma no distinguió entre agnados y cognados. Pero hay dos textos, tomados de los *Fragmentos del Vaticano*, en que se llama afinidad el vinculo que se constituye entre los dos cónyuges: ‘Lege autem Papia ii adfines excipiuntur, qui vir et uxor... unquam fuerunt. – Excipiuntur et adfinium personae ut... vir et uxor...’. [...] Alguma mayor dificultad ofrece saber si en Roma hubo afinidad, no solamente entre uno del los cónyuges y los parientes de otro, sino también entre los parientes de ambos” (TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad: estudio historico y de derecho comparado*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925. v. IV, p. 30-31).

⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*. Direito matrimonial. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. t. I, p. 89.

⁷⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 297; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 59, p. 186; KASER, Max. *Direito privado romano*, § 58, p. 322; VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*, p. 650.

⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 88; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. IX, p. 12.

⁷⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 300. Ainda, no que diz respeito às penas, o autor informa que elas “eram pessoais (a princípio, a deportação; no tempo de Justiniano, a morte) e patrimoniais (assim, por exemplo, o dote e qualquer doação entre os nubentes, feita antes do consórcio, eram confiscados)” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 300). Eugenio Tarragato informa que, no Direito Romano antigo, era considerado parricídio a morte de afins em primeiro grau na linha reta; e homicídio, se a vítima era um parente por afinidade na linha colateral (TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 184-185).

disso, mesmo que, a princípio, tenha vigorado em Roma o parentesco agnático, José Carlos Moreira Alves assevera que o parentesco cognático sempre foi “levado em consideração para proibição de casamento”.⁸⁰

No Direito Romano, encontravam-se três categorias de filhos: “os *iusti* (ou *legitimi*), isto é, os procriados em *iustae nuptiae*, os adotivos e, no direito pós-clássico, os legitimados; os *uulgo quaesiti* (também denominados *uuglo concepti* ou *spurii*), que são os filhos gerados de união ilegítima, e os *naturales liberi*, que, no direito pós-clássico, são os filhos nascidos de concubinato”.⁸¹ Os filhos adulterinos e incestuosos não eram reconhecidos.⁸²

São filhos *iusti* ou *legitimi* os nascidos de matrimônio do *ius civile*, “se não vierem à luz antes de cento e oitenta e dois dias das núpcias, ou depois de trezentos dias da dissolução do casamento”.⁸³ Presume-se que *pater is est, quem nuptiae demonstrand* (D. II, 4, 5, Paulo), ou seja, o pai é aquele que o casamento indica, enquanto a *mater semper certa est*, já que se evidencia por sinais, como a gravidez e o parto.

Quanto aos direitos e deveres entre pais e filhos, José Carlos Moreira Alves continua explicando que, no direito clássico, os filhos *iusti* ou *legitimi*, advindos de justas núpcias, estavam ligados ao pai pelo parentesco *cognatio*; tinham dever moral de respeito e reverência; eram punidos em casos de insulto ou maus-tratos e que havia, entre pais e filhos, reciprocidade do direito a alimentos, pagamento de resgate e sucessão hereditária, assim como restrições quanto a litigarem em juízo; o pai, no direito justinianeu, gozava do *beneficium competentiae*. No mesmo período, os filhos *uulgo quaesiti* (*uuglo concepti* ou *spurii*), gerados de união ilegítima dos pais, eram considerados, juridicamente, sem pai; não havia possibilidade de reconhecimento ou legitimação por parte do pai, bem como qualquer direito ou obrigação; esses filhos pertenciam, exclusivamente, à família da mãe. Em razão do parentesco *cognatio*, os direitos a alimentos e sucessão eram recíprocos entre a mãe e seus

⁸⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 13. ed., v. I, p. 109.

⁸¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 313.

A adoção, nesse esboço histórico, não será abordada, porque as relações advindas dessa forma de filiação não são objeto do presente estudo. No entanto, assinala-se que esse instituto, a exemplo dos demais abordados na presente pesquisa, existe desde as mais antigas civilizações como mostra Fustel de Coulanges em *(A cidade antiga)*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 58-60).

No Direito Romano a adoção é uma das formas de ingresso na família *proprio iuri*, sendo conceituada como “o ato jurídico pelo qual alguém ingressa, como *filius familias*, em família *proprio iuri* que não é a sua de origem. A adoção, conforme o adotado seja *alieni iuris* ou *sui iuris*, se distingue em *adoptio* (adoção em sentido estrito) e *adrogatio* (ad-rogação)” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 257).

⁸² CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 127.

⁸³ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 126.

filhos.⁸⁴ Segundo Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, a partir de Constantino, os filhos nascidos fora do matrimônio, *spurii*, poderiam ser legitimados.⁸⁵

Somente no direito pós-clássico surge a última categoria, os denominados *naturales liberte*, como são chamados os filhos nascidos da concubina, que procedem de união concubinária. Por ser esta união, no início, considerada de natureza inferior, não subordinava o filho à *patria potestas* do pai,⁸⁶ “não criando o vínculo de paternidade, a não ser pelo lado materno”.⁸⁷

No último período romano, os filhos puderam ser legitimados, adquiriram a condição de filhos legítimos e lhes foram concedidos direito a alimentos e sucessão *ab intestato* por parte do pai; no entanto, a possibilidade de dar e receber liberalidade entre eles era restrita.⁸⁸⁻⁸⁹ Esse posicionamento foi reconhecido pelo cristianismo, que também reafirmou o direito dos filhos naturais aos alimentos e a uma parte da sucessão legítima. Os filhos adúlteros e incestuosos não poderiam ser legitimados e, por consequência, não teriam assegurado nenhum direito.⁹⁰

Durante os treze séculos da história romana (século VIII a.C. ao VI d.C.),⁹¹ os poderes do *pater familias*, que no início eram muito extensos, e por isso impossível enumerá-los,⁹² foram se abrandando e o parentesco por *cognatio* foi prevalecendo sobre o *agnatio*, até que este foi abolido, por volta de 543 d.C., pelo Imperador Justiniano.⁹³ O abrandamento dos

⁸⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 314-315.

⁸⁵ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 127.

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 83.

⁸⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 153.

⁸⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 263 e 321.

A legitimação (*legitimatio*), que era o “ato pelo qual os filhos nascidos do concubinato adquirem a condição de filhos legítimos”, no Direito Romano, ocorria de três formas: “a *legitimatio per subsequens matrimonium* (legitimação por casamento subsequente); a *legitimatio per rescriptum principis* (legitimação por rescrito do príncipe); e a *legitimatio per oblationem curiae* (legitimação por oblação à cúria)”. A legitimação por casamento subsequente, conforme exposto, que tinha por finalidade transformar o concubinato em matrimônio regular, “surgiu, em 335 d.C., graças a Constantino, mas em caráter excepcional, pois somente foi admitida com relação aos filhos naturais já havidos quando da promulgação dessa constituição imperial. Com Anastácio, em 517 d.C., a *legitimatio per subsequens matrimonium* tornou-se instituto permanente. O sucessor de Anastácio, Justino em 519 d.C., aboliu essa forma de legitimação, a qual, no entanto, foi restaurada definitivamente, em 519 d.C., por Justiniano”. Ainda, no Direito Romano, é duvidoso se havia a legitimação por testamento (*per testamentum*) (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 263-264 e nota 58, p. 265); RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*, v. II, p. 199.

⁸⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 152; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 198; CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*, p. 166.

⁹⁰ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 127.

⁹¹ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*, p. 5.

⁹² CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 120-121.

⁹³ CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*, p. 133. José Cretella Júnior explica que: “Em 534, Justiniano extinguiu a agnação e o direito de família repousa daí por diante na comunidade de sangue [...] o que se deu através de duas novelas célebres: a *Novela 118*, do ano 543, e a *Novela 127*, do ano 548” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 77).

poderes do *pater familias* deu-se em vários sentidos, tanto em relação à pessoa e aos bens adquiridos⁹⁴ pelo *filius familias* quanto aos direitos hereditários.

A *patria potestas* (pátrio poder) é o conjunto de poderes que o *pater familias* tem sobre seus *filius familias*. Segundo Gaio – e isso é exato, pois, nos tempos históricos, não se encontra em nenhum outro povo instituto jurídico com características semelhantes –, a *patria potestas* é uma instituição exclusiva do direito romano. A princípio, os poderes do *pater familias* enfeixados na *patria potestas* são absolutos: o *pater familias* pode ser comparado a um *déspota*. A pouco e pouco, porém – e essa tendência se avoluma decididamente a partir do início do período pós-clássico –, os poderes constitutivos da *patria potestas* se vão abrandando, até que, no direito justiniano – mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana, e sobrepujado o parentesco agnático pelo cognático –, a *patria potestas* se aproxima do conceito moderno de pátrio poder (poder educativo e levemente corretivo), embora conserve – o que a afasta deste – duas características antigas: a vitaliciedade (mesmo no período justiniano não se conhece, no direito romano, o instituto da maioridade: enquanto vivo o *pater familias*, estão sujeitos à *patria potestas* seus *filius familias*) e a titularidade, não pelo pai natural, mas pelo ascendente masculino mais remoto.⁹⁵

A melhora da situação do *filius familias* ocorreu de forma lenta, já que o *pater familias* teve poder quase ilimitado até o século III d.C., como o direito de vida e de morte. Aos poucos, aos filhos foi concedido o direito de dispor de seus bens adquiridos pela atividade militar, *peculium castrense*, dos bens adquiridos por aqueles que exerciam função na corte imperial, *peculium quasi castrense*, entre outros;⁹⁶ “Justiniano qualificou de desumano o sistema de pertencer ao pai o que o filho adquirisse (Inst. 2.9.1) e determinou que somente o usufruto dos bens do filho coubesse ao pai”.⁹⁷ Os romanistas, sem exceção, também ressaltam que o rigor da *patria potestas*, quanto a determinados atos jurídicos, se atenua principalmente durante o último período do Direito Romano, e o *filius familias* passa a ter alguns direitos.⁹⁸⁻⁹⁹

⁹⁴ Extensivamente, recebe a denominação de pecúlio a “porção de bens ou de pequeno patrimônio atribuído aos menores e incapazes, formado por sua ação, isto é, por seu próprio trabalho, ou concedido por seus próprios pais” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. III, p. 335).

⁹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 266.

⁹⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 611.

⁹⁷ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*, p. 156-157.

⁹⁸ Entre os romanistas, citam-se: José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 268-272); José Cretella Júnior (*Direito romano moderno*, p. 77-80) e Thomaz Marky (*Curso elementar de direito romano*, p. 156).

⁹⁹ Também para perquirir o direito da época, verifica-se que a finalidade da tutela na sociedade romana, a qual se aplicava aos casos de incapacidade pela idade e sexo, no direito pré-clássico era proteger o interesse da família e dos herdeiros, e não do filho impúbere. Somente no direito clássico a tutela passa a proteger o interesse do próprio incapaz (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 324).

A tutela, desde os tempos mais remotos, também era deferida em razão do sexo e tinha por finalidade “menos proteger a pessoa da mulher do que os interesses dos herdeiros presuntivos”. A menina se torna núbil aos 12 anos, se ela é *sui juris*, “porque órfã ou emancipada, cai sob a tutela perpétua. *Tutela perpétua das mulheres* é, pois, a situação jurídica de toda mulher *sui juris* em Roma”. Com o tempo, essa espécie de tutela deixa de ser usada, inclusive no direito justiniano, no qual não há mais sinais do instituto (CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, p. 100).

1.5 A família romana sob a influência dos fatores sociais e políticos

Embora não seja objetivo do nosso trabalho, abordar-se-ão em linhas gerais as mudanças na família romana, oriundas, principalmente, das alterações sociais, políticas e econômicas. Antes, porém, faz-se necessário apontar a estrutura e as bases sobre as quais essa família se estabeleceu.

A noção de família nem sempre foi a mesma durante os diferentes períodos que marcaram a história do Direito Romano. Quanto à evolução da família em Roma, não se denota substanciais divergências entre a maioria dos autores consultados.

De acordo com os irmãos Mazeaud, a família romana tem origem patriarcal, sendo constituída por todos os descendentes agrupados em torno de outro comum. Sobre esse grupo extenso, o patriarca tem uma autoridade considerável, tendo até o direito de vida e de morte; ele sozinho é proprietário de todos os bens. Os autores anotam ainda que o poder do Império Romano nasceu dessa organização.¹⁰⁰

Édouard Cuq leciona que, nos primeiros séculos de Roma, a família era uma união de pessoas associadas a um mesmo culto e colocadas sob o poder e a proteção de um chefe. Ela compreendia, em geral, a esposa e os filhos provenientes do casamento, os escravos e os libertos. Dentro dessa concepção estrita, ela abarcava somente os agnados. Na época clássica, a noção de família se modificou: uma evolução começa e prossegue até os tempos modernos, caracterizando-se por três fatos: a decadência da família agnática e dos direitos vinculados ao parentesco civil; a crescente importância atribuída ao parentesco natural ou cognação, o qual compreendia os cognatos e os afins; e a regulamentação pela lei das relações familiares.¹⁰¹

O autor conclui que até o direito justinianeu a família conservava sua característica estrita dos primeiros tempos, mas o movimento que começa na época clássica, para dar ao parentesco natural um valor jurídico, continua sem interrupção até a supressão no ano 543 d. C. da agnação. Desde então surge a moderna noção de família, fundada sobre a comunidade de

¹⁰⁰ Tradução livre do texto: “la famille romaine est, à l’origine, de *type patriarcal*. Elle est constituée par tous les descendants groupés autour de leur auteur commun [...]. Sur ce groupe très étendu, le patriarche a une autorité considérable, allant jusqu’au droit de vie et de mort; lui seul est propriétaire de tous les biens. La puissance de l’Empire romain naquit de cette organisation” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 688).

¹⁰¹ Tradução livre do texto: “Notion de la famille. I. Ancien droit: Aux premiers siècles de Rome, la famille est l’ensemble des personnes associées à un même culte et placées sous la puissance et la protection d’un même chef. Elle comprend en général la femme e les enfants issus du mariage, les esclaves et les affranchis. Dans une acception plus étroite, elle comprend seulement les agnats. II. Époque classique: A cette époque la notion de la famille se modifie: une évolution commence qui se poursuivra jusqu’aux temps modernes. Elle se caractérise par trois faits: 1. la décadence de la famille agnatique et des droits attachés à la parenté civile; 2. l’importance croissante attribuée à la parenté naturelle ou cognation; 3. la réglementation par la loi des rapports de famille [...]” (CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*, p. 130-132).

origem. Essa nova concepção, independente do poder paterno, permitia ao filho adquirir direitos nas famílias materna e paterna. A cognação resulta não somente da filiação legítima, da adoção e do nascimento fora do casamento de um cidadão romano ou escravo, mas também do concubinato e da legitimação por matrimônio subsequente ou por escrito do príncipe.¹⁰²

Apesar de a organização da família romana não ter sido sempre a mesma em toda a sua história, Pietro Bonfante alega que grande parte dos estudiosos, exceto Ihering, que toma outra direção, reafirma que ela era um organismo social, o qual se sustentava sob uma estrutura política diferente da político-administrativa do Estado que lhe é posterior.¹⁰³ Areladas a sua organização social e política, as relações familiares, regulamentadas pelos costumes,¹⁰⁴ eram permeadas pela moral e pela ética, as quais sempre exerceram grande influência na elaboração e na aplicação do Direito de Família.¹⁰⁵

¹⁰² Tradução livre do texto: “III. Droit Justinien: Jusqu’à Justinien, la famille a conservé le caractère étroit qu’elle avait aux premiers siècles, mais le mouvement commencé à l’époque classique, pour donner à la parenté naturelle une valeur juridique, se poursuit sans interruption et aboutit en 543 à la suppression de l’agnation. Dès lors apparaît la notion moderne de la famille fondée sur la communauté d’origine. Cette conception nouvelle, indépendante de la puissance paternelle, permet à l’enfant d’acquiescer des droits dans la famille maternelle aussi bien que dans la famille paternelle: il appartient à la fois à l’une et à l’autre. La cognation résulte, non plus seulement de la filiation légitime, de l’adoption, de la naissance hors mariage d’une mère citoyenne romaine ou esclave, mais aussi du concubinat, de la légitimation par mariage subséquent ou par rescrit du Prince” (CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*, p. 133).

¹⁰³ Tradução livre do texto: “Ne’concetti comuni sull’antica organizzazione gentilizia e familiare regna, per quel che mi sembra, molto del vago e dell’equivoco, e questo fatto turba l’intelligenza e la concezione vera del passaggio dall’organizzazione gentilizia alla *civitas*. Tutti gli scrittori, o romanisti, come il Mommsen e il Lange, o studiosi di orizzonte più vasto, come il Sumner Maine e il Fustel de Coulanges, e tutti quanti gli altri, che in qualunque modo trattano o sfiorano la questione, distinguono caratteristicamente l’organizzazione così detta gentilizia o patriarcale, basata sul vincolo di parentela, di sangue, dall’organizzazione politica. E in generale (salvo il Jhering che devia in tutt’altra direzione) essi pongono che la città primitiva non sarebbe che un comune gentilizio o patriarcale, mentre l’organizzazione politica, lo Stato, sorge e s’impone molto più tardi. [...] Il concetto della struttura politica della gente e della famiglia, nel senso di organismo politico sovrano o Stato embrionale, non già in quello di organo politico-amministrativo o suddivisione artificiale dello Stato, è propriamente quello che io recavo di nuovo nello studio dell’organizzazione sociale primitiva” (BONFANTE, Pietro. *Famiglia e successione*. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1926. v. I, p. 1 e 41).

¹⁰⁴ Jean Gaudemet comenta que o costume é a antiga fonte do direito e que “Na época real o costume é a fonte essencial (e sem dúvida exclusiva) do direito. Trata-se de focar principalmente os costumes dos grupos familiares, os quais certamente persistirão até a época clássica. Ao lado dos *mores gentis*, apareceram os costumes da cidade, em seguida e na medida em que aquela assegurou sua coesão e concorrência com o agrupamento familiar. Esses costumes nasceram do uso pacífico ou da repetição das decisões judiciais”. Em períodos posteriores, mesmo concorrendo com a lei, os costumes não deixam de ser considerados como fonte do direito romano: “porque costume e lei têm o mesmo fundamento: a vontade popular, exprimida formalmente dentro da lei e tacitamente pelo costume”. A tradução livre é do seguinte texto: “A l’époque royale la coutume est la source essentielle (et sans doute exclusive) du droit. Il s’agit tout d’abord et principalement des coutumes des groupes familiaux, dont certaines persisteront jusqu’à l’époque classique. A côté des *mores gentis*, apparaissent des coutumes de la cité au fur et à mesure que celle-ci affermit sa cohésion et concurrence les groupements familiaux. Ces coutumes naissent d’un usage pacifique ou de la répétition des décisions judiciaires. [...] Car coutume et loi ont alors le même fondement, la volonté populaire, exprimée formellement dans la loi et tacitement par la coutume” (GAUDEMET, Jean. *Institutions de l’antiquité*. Paris: Sirey, 1967, p. 381 e 730).

¹⁰⁵ Tradução livre do texto: “Il diritto di famiglia, più che ogni altra parte del diritto, è permeato dall’etica, ed i rapporti familiari si svolgono soprattutto nell’orbita della morale; pertanto taluni ferrei principi giuridici,

Verifica-se que, inicialmente, as relações familiares sofreram pouca influência das crises sociais, políticas e econômicas, em razão de sua estrutura patriarcal e autoritária e de seu caráter sagrado herdado das antigas civilizações.¹⁰⁶ Contudo, durante o século II a.C., a organização familiar também foi atingida pela ruína da religião ancestral e pela emancipação progressiva dos seus membros. Seja por tratar-se de razões políticas, da crescente religiosidade, da vida econômica, das estruturas familiares ou da técnica jurídica, a ordem antiga foi abalada.¹⁰⁷

Explicam, ainda, os irmãos Mazeaud que o afluxo da riqueza e a dissolução dos costumes conduziram a ruptura da estrutura familiar a partir do século II a.C. A autoridade do *pater familias* diminui, o grupo se dissociou pela multiplicação do divórcio e, cada vez mais, a mulher, casada *sine manu*, não é considerada parte da família de seu marido. Nessa época, Roma viveu um período de verdadeira anarquia. A consequência desse período se fez sentir pela baixa natalidade e pelo aumento das necessidades militares com o crescimento do Império.¹⁰⁸

Jean Gaudemet assevera que, durante a época Imperial, as transformações políticas também atingiram antigas estruturas familiares, que cederam diante do progresso do individualismo. No decorrer do século III, o Império Romano passou por uma tríplice crise: política, econômica e religiosa.¹⁰⁹ A influência das questões de natureza religiosa, as quais exerceram grande autoridade sobre a constituição da família, principalmente durante e após o período do Direito Romano pós-clássico, será estudada no próximo capítulo.

nella loro attuazione pratica, erano temperati dalla morale, prima che intervenisse la legge, la quale nell'opera continua di demolizione dell'arcaica concezione, si ispira alle correnti etiche che man mano si affermano" (BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 229).

¹⁰⁶ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, p. 45-46.

¹⁰⁷ Tradução livre do texto: "l'organisation familiale elle aussi est atteinte par la ruine de la religion ancestrale et l'émancipation progressive des membres de la famille. Qu'il s'agisse des formes politiques, des croyances religieuses, de la vie économique, des structures familiales ou de la technique juridique, l'ordre ancien est ébranlé" (GAUDEMET, Jean. *Institutions de l'antiquité*, p. 311).

¹⁰⁸ Tradução livre do texto: "afflux des richesses et la dissolution des mœurs qu'elle entraîne, conduisit à un effondrement de la famille à partir du VI^e siècle Rome (II^e siècle av. J.-C.). L'autorité du *pater familias* diminue; le groupe se dissocie; il devient précaire par la multiplication des divorces; la femme, le plus souvent mariée *sine manu*, n'entre même pas dans la famille de son mari. Rome vit une période de véritable anarchie familiale. La conséquence en est la baisse de la natalité, d'autant plus grave que les besoins militaires se sont accrus avec l'étendue de l'Empire" (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 688-689).

¹⁰⁹ Tradução livre do texto: "Ainsi les cadres politiques anciens par lesquels le citoyen participait aux affaires publiques (assemblées, sénat, magistratures) disparaissent ou perdent toute importance. L'individu n'est plus associé en tant que citoyen à la vie publique. C'est la fin du régime de la cité. Cette transformation politique se produit au moment où les structures familiales anciennes cédant devant les progrès de l'individualisme. Seuls sont désormais en présence l'individu et l'Etat [...] Au cours du III^e siècle, l'empire connut une triple crise: politique, économique et religieuse" (GAUDEMET, Jean. *Institutions de l'antiquité*, p. 494 e 661).

Análise do capítulo

Observa-se que a família romana era constituída pelo homem, pela mulher e seus filhos, independentemente da participação do Estado e de ser esta união advinda das diferentes formas de matrimônio, do concubinato ou de qualquer outra maneira de constituição. No entanto, é inegável a diferença entre as formas de enlace ou mesmo a presença de outras pessoas que integravam a unidade familiar.

Do mesmo modo, verificou-se que as tensões provocadas pelas crises políticas, econômicas e sociais nos dois primeiros períodos do Direito Romano, acrescidas da religiosa no último, acarretaram transformações na dinâmica familiar. A influência dessas crises na organização familiar e a decadência de algumas características, que marcaram o Direito Romano pré-clássico e clássico, sugerem, posteriormente, à ingerência do Estado no âmbito privado.

O casamento e o concubinato eram um fato social gerado por um ato de vontade do homem e da mulher, tanto para sua realização como para sua dissolução. Ressalvados ao último os casos de incapacidade superveniente e de morte. Embora no matrimônio se perceba a presença da *honor matrimonii* e da *affectio maritalis*, e no concubinato apenas esse último elemento se mostrasse inequívoco; na aparência, foram averiguadas poucas diferenças entre essas duas formas de união.

Do matrimônio ou do concubinato, surgem efeitos tanto pessoais quanto patrimoniais em relação ao homem, à mulher e aos filhos, os quais em um primeiro momento eram regulamentados pelos costumes, de acordo com a cultura política da época. Posteriormente, esses efeitos foram, aos poucos, regulamentados de acordo com o previsto em cada período da história do Direito Romano ou deixaram de ser gerados em razão das mudanças vividas pelas famílias em Roma.

A afinidade era gerada do parentesco cognatício e agnatício. Do primeiro, entre os efeitos positivos gerados pelo matrimônio ou concubinato, ressaltam-se os vínculos de afinidade que unem duas famílias diferentes, em razão do casamento ou do concubinato entre o homem ou a mulher e os parentes de seu cônjuge ou concubino, e, entre os efeitos negativos, os impedimentos para constituírem novas uniões conjugais. Esse instituto, como os demais, sofreu algumas variações durante os diferentes períodos da história do Direito Romano, ora para limitar o vínculo entre determinadas pessoas, ora para incluir outras e ampliar o rol de impedimentos ou para prever severa punição por considerar incestuosa a união entre afins em grau proibido.

Contudo, mesmo com as alterações admitidas pelas sociedades subsequentes à romana, a afinidade, que sempre teve como referência um vínculo estabelecido em razão da união entre duas pessoas com os parentes do outro e que sempre foi dotada de importância, sobretudo, em matéria de impedimentos matrimoniais, nunca deixou de existir e se impôs em todos os sistemas jurídicos codificados com alterações que nem sempre consideraram a razão de ser desse instituto. Portanto, sem dúvidas, a base desse instituto está elencada no Direito Romano.

A estrutura patriarcal da família romana, permeada pela ética e pela moral e normatizada pelo direito vigente, que tem como fonte mais antiga os costumes e também a religião Cristã, alicerçava-se mais no poder do chefe, *manus, mancipium, potestas*, que no afeto. A mulher romana, equiparada à *filia familias* no matrimônio *cum manu*, na época da República, não era considerada sujeito de direitos. Gaio (I, 144) afirmou que ela era debilitada fisicamente em razão do sexo (*infirmas sexus*), faltava-lhe raciocínio lógico (*infirmas consilii*), além de sua inconstância de caráter (*levitas animi*).

Evidencia-se que havia hierarquia entre pais e filhos e também entre os irmãos; a classificação do parentesco tinha regras determinadas; a filiação era considerada de acordo com sua origem e, mesmo aos filhos advindos de pais que não mantinham uma união legítima, no mundo pagão, eram-lhes conferidos certos direitos em razão do parentesco cognatício com a mãe e, no período pós-clássico, também por meio desse parentesco com o pai.

O material consultado sugere que, por ser o Direito Romano essencialmente formal, suas regras visavam regulamentar os efeitos decorrentes das relações entre pais e filhos e que, apesar de existirem regras, não se pode afirmar que até o período clássico essas apontavam para a proteção dos direitos dos filhos. Ainda considerando que havia certos cuidados para com a prole, não é possível afirmar que eles acenavam como obrigação dos pais ou para a defesa dos filhos. O reconhecimento do dever de respeito e obediência desses para com o *pater familias* convinha para reafirmar a hierarquia familiar, a autoridade e o poder dominador do *pater familias*.

O Direito Romano desafiou o tempo. Na sociedade romana, os antigos costumes e os novos, principalmente com o advento do Cristianismo, contribuíram para moldar as regras jurídicas, que têm suas raízes no Direito Romano e que seriam seguidas, ressalvadas as alterações tanto para melhor como para pior, pelos vários séculos que a sucederiam, sem colocarem em dúvida a autoridade do Direito Romano.

2

**PERÍODOS SUBSEQUENTES AO IMPÉRIO ROMANO:
CASAMENTO, CONCUBINATO E PARENTESCO****2.1 Introdução**

Com o objetivo de buscar elementos para que se possa compreender o direito atual e fornecer informações para a presente investigação, analisar-se-á em linhas gerais a evolução jurídica do casamento, do concubinato e do parentesco, nos séculos que sucederam ao Período Romano. Antes, porém, ressalva-se que não se visa traçar o curso histórico desses institutos; por isso, não serão enfatizados os períodos nem as mutações políticas ocorridas, apesar da importância destas.

Mesmo considerando que o Direito Romano adentrou a Idade Média, principalmente por meio da publicação do *Digesto* e das *Institutas*; de sua recepção pelos países europeus, como Alemanha, França, Espanha e Portugal, entre os séculos XIII e XV;¹¹⁰ e de sua importância para a compreensão do tema tratado nesse capítulo, não será objeto deste estudo perquiri-lo.

Para auxiliar na compreensão das questões jurídicas, procurar-se-á apreender junto a outras áreas do conhecimento, mas interiormente ligadas ao direito, dois discursos: o religioso e o sociopolítico, que desempenharam um papel fundamental na forma como as relações familiares foram normatizadas. Para investigar esses discursos, utilizando-se de fontes, principalmente francesas, optou-se por determinado recorte que possa subsidiar a análise do tema proposto, o que não encerra a possibilidade de outras variáveis sobre as mesmas questões.

2.2 O discurso religioso: uma nova concepção de família**2.2.1 O casamento, o concubinato e as relações de afinidade**

O cristianismo, desde que se tornou religião oficial do Império, com o Imperador Constantino, exerceu grande prestígio sobre as questões que diziam respeito ao Direito de Família¹¹¹ e se tornou ao longo dos tempos uma poderosa força norteadora dos valores da

¹¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 13. ed., v. I, p. 55-62.

¹¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 13. ed., v. I, p. 51-53. Segundo o doutrinador, “Apesar da controvérsia ainda existente, pode-se dizer que a influência cristã se fez sentir, no direito romano, mais

família e da sociedade.¹¹² Por isso, os institutos do casamento, do concubinato e do parentesco não podem ser analisados sem considerar a postura da Igreja.

Nas fontes bíblicas,¹¹³⁻¹¹⁴ segundo os irmãos Mazeaud, encontra-se uma nova noção de família, fundada sobre o respeito à dignidade da pessoa humana e responsável pela transformação nas relações entre seus membros, instituindo para a autoridade do chefe da família uma mudança comportamental de árduas obrigações morais e jurídicas. Os irmãos Mazeaud afirmam ainda que essa nova concepção de família, que começou com Constantino, no início do século IV d.C., penetrou lentamente na legislação romana, sem eliminar completamente as regras precedentes. Essa é a concepção Cristã da família conjugal. A família é um grupo, não mais estendido como a família patriarcal, mas restrito: é composta do marido, da esposa e dos filhos. Esse grupo tem uma coesão que perdurou a família excessivamente extensa do Direito Romano. Mas essa coesão não tinha por fundamento a autoridade do marido; ela repousava sobre o sacramento do matrimônio. O caráter sacramental da união, que fez do matrimônio um vínculo sagrado estabelecido por Deus,

fortemente no campo do direito de família (assim, no matrimônio, segundas núpcias, divórcio), e, com pequena intensidade, no terreno dos *direitos patrimoniais*". Também afirma que: "Os autores medievais nunca duvidaram de que o cristianismo tivesse exercido poderosa influência sobre o direito romano, tanto assim que o dominato, ao invés de se lhes afigurar uma época de decadência do direito, se lhes apresentava como período de esplendor, graças às ideias cristãs. O clima de religiosidade da Idade Média era muito propício a essa convicção" (p. 52-53).

Sobre a influência do Cristianismo junto à população do Império na tentativa de resgatar um mundo em crise e recuperar a coesão cultural graças a unidade jurídica, consultar Mario Ascheri (*Introduzione storica al diritto medievale*. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 8-12).

¹¹² PORRECA, Wladimir. *Famílias recompostas: casais católicos em segunda união*. 2004. 132 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2004. p. 18.

¹¹³ Salmo n. 8 (BÍBLIA SAGRADA. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo: Paumape, 1979. p. 449).

¹¹⁴ Não obstante termos nas fontes bíblicas as raízes de uma nova noção de respeito e de dignidade da pessoa humana; Elisabeth Badinter afirma que: "Apesar da mensagem de amor e do discurso igualitário de Cristo, a teologia cristã, em virtude de suas raízes judaicas, teve sua cota de responsabilidade no reforço e na justificação da autoridade paterna e marital, invocando constantemente dois textos carregados de consequências para a história da mulher: Gêneses, capítulos 2 e 3 e *Epístola aos efésios*, 5 23-24" (BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. 10. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 33-35).

José Afonso da Silva mostra, com base em levantamentos de vários doutrinadores, que "alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma"; contudo, os antecedentes mais diretos das declarações de direitos surgiram na Idade Média. Continua o autor apontando que para isso colaborou a "teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das *leis fundamentais do Reino* limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou *humanismo*. Aí floresceram os *pactos*, os *forais* e as *cartas de franquias*, outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais". Dentre esses documentos, o autor menciona os seguintes: Espanha (1188); Magna Carta inglesa (1215-1225) e as Cartas de direitos e liberdades das Colônias Inglesas na América, de 1620 a 1701 (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 138-139). Verifica-se que ao longo de sua evolução esses princípios também forneceram elementos para outras Declarações de Direitos e para a estrutura e a interpretação do direito atual.

assegurava a estabilidade da família e também modificou a própria concepção da autoridade na família. No entanto, sem dúvida, a autoridade do marido sobre sua mulher e seus filhos é mantida.¹¹⁵

No início, a Igreja não interfere nas formalidades do casamento e admite todas as formas, tanto as romanas como as orientais ou germânicas; no entanto, empenha-se para admitir suas próprias convicções do casamento, as quais têm como base o amor que os cônjuges se devem mutuamente, com o objetivo de “criar ligações duráveis, estáveis e sólidos, lutar contra o concubinato e dar um carácter religioso às festas do casamento”.¹¹⁶

Segundo John Gilissen, o casamento cristão é amplamente praticado nos séculos IV e V, e que, a partir do Baixo Império, a Igreja passa a recomendar, mas não a impor, respeito a certas formalidades, como: “a *sponsalia*: compromisso solene dos futuros esposos; a *dotatio*: entrega de um dote pelo noivo à noiva, instituição de origem germânica; a *benedictio*: elemento religioso, pela intervenção do padre consagrando a validade do casamento; *traditio puellae*: entrega da noiva”.¹¹⁷ Embora o casamento válido fosse o religioso, somente no século XVI foram instituídas pelo Concílio de Trento (1563) certas formalidades para sua celebração, tais como: “as publicações e o consentimento dos nubentes, manifestado perante o padre e duas testemunhas”.¹¹⁸⁻¹¹⁹ E as formalidades estabelecidas pelos canonistas tinham

¹¹⁵ Tradução livre do texto: “Notion nouvelle qui, fondée sur le respect de la dignité de la personne humaine, transforme les rapports entre membres de la famille, faisant de l’autorité du chef de famille une charge comportant de lourdes obligations morales et juridiques” [...] “Avec Constantian (début du IV^e siècle de notre ère) une nouvelle conception de la famille pénètre lentement la législation romaine, sans d’ailleurs jamais parvenir à faire disparaître complètement les règles précédentes. C’est la conception chrétienne de la famille conjugale. La famille y est un groupe, non plus étendu comme la famille patriarcale, mais restreint: il ne comprend que le mari, la femme et les enfants. Citant la Genèse (2-24), le Christ avait dit aux pharisiens: ‘L’homme quittera père et mère et s’attachera à sa femme’ (Matthieu 19-5; Marc, 10-7). Ce groupe a, par là-même, une cohésion qu’avait perdue la famille trop vaste du droit romain mais cette cohésion n’a pas pour fondement l’autorité du mari; elle repose sur le *sacrement de mariage*. Le caractère sacramentel, faisant du mariage un lien sacré, établi par Dieu, assure la permanence de la famille: ‘Ce que Dieu a uni – avait conclu le Christ (Matthieu, 19-6; Marc, 10-9; cf. également Luc, 16-18) – que l’homme ne le sépare pas!’ Le mariage est indissoluble, et, comme corollaire, l’obligation de fidélité pèse non seulement sur la femme, mais sur le mari. C’est aussi le caractère sacramental de l’union qui va modifier la conception même de l’autorité dans la famille. Sans doute cette autorité du mari sur sa femme et ses enfants est maintenue (Paul, Eph., 5-22 à 24; 6-1 à 3; Pierre, 1^{re} Epître, 3-1 et 2)” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 689).

¹¹⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 567-568.

¹¹⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 568.

¹¹⁸ TRÍPOLI, César. *História do direito brasileiro: época colonial*. São Paulo: RT, 1936. v. I, p. 264.

¹¹⁹ Os irmãos Mazeaud mostram que o Direito Canônico regulamentou a matéria do matrimônio, na França do século X até a Revolução, e no que diz respeito à prova do matrimônio também fazem referência a esses mesmos dados históricos. Os autores ensinam ainda que, na França em 1787 quando foi criado o casamento civil, a lei civil não mais reconheceu o casamento religioso (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 701); esses dados também foram informados por René Savatier (SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947. t. I, p. 93).

como finalidade também facilitar a prova do consentimento no matrimônio e distinguir esse último das uniões concubinárias.¹²⁰

Para a Igreja, o casamento é essencialmente um contrato. O compromisso recíproco manifestado inicialmente entre os cônjuges distingue o casamento da união de fato. René Savatier informa que, para saber se um homem e uma mulher eram casados, a antiga legislação canônica vinculava ao casamento todos aqueles que aparentassem obrigações recíprocas, enfocando a continuidade e a intimidade de vida em comum: beber, comer, dormir juntos é casamento, de acordo com o antigo jurista Loysel; seguido da constituição de um dote.¹²¹

As normas promulgadas pelos imperadores cristãos e mesmo por Justiniano refletem a nova configuração jurídica do vínculo conjugal: a existência de tal vínculo não depende mais da vontade efetiva, contínua e recíproca dos cônjuges manifestada pela convivência na sociedade conjugal; ele surge de uma manifestação recíproca inicial de vontade, dirigida à constituição do matrimônio, e, uma vez nascido, existe independentemente da convivência, a menos que seja realizado o divórcio.¹²² Contudo, o matrimônio continua uma manifestação de vontade puramente consensual,¹²³⁻¹²⁴ sendo considerado indissolúvel pelo Direito Canônico, no século IX,¹²⁵ desde que consumado,¹²⁶ e, pelo menos desde o século XII,¹²⁷ uma instituição sagrada, um sacramento simbolizado pela união de Cristo com a Igreja.¹²⁸

¹²⁰ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 710.

¹²¹ Tradução livre do texto: “Pour l’Eglise, le mariage est essentiellement un contrat. Ce qui le distingue de l’union de fait, ce n’est donc pas la caste des époux, mas l’engagement réciproque qu’ils prennent. Dans la doctrine catholique, ils sont les *ministres* du sacrement de mariage, qui dérive de leur contrat. Pour savoir si un homme et une femme étaient mariés, l’ancienne législation canonique s’attachait donc à tout ce qui faisait apparaître l’engagement réciproque. D’abord la continuité et l’intimité de la vie commune; ‘Boire, manger, coucher ensemble est mariage, ce me semble’, selon le vieux juriste Loysel, ensuite, la constitution d’une dot” (SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 92).

¹²² VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*, p. 647.

¹²³ Álvaro Villaça Azevedo, com base no Código Canônico, afirma: “O consentimento à união conjugal é ato de vontade dos cônjuges” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação*: inadimplementos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47). Sobre o consentimento o autor, amparado nas informações de Adhémar Esmein, assevera que, para a realização do casamento canônico, “bastava, tão somente, que ‘as partes expressassem, por palavras’ ou por ‘sinais equivalentes, seu consentimento atual de se tomarem por marido e mulher’, o que correspondia aos *sponsalia per verba de praesenti*, uma vez que a Igreja recomendava aos fiéis que manifestassem esse consentimento publicamente, *in facie Ecclesiae*, e que sua união fosse ungida pela bênção do padre” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 57).

¹²⁴ Sobre o sacramento do matrimônio e o consentimento dos cônjuges, Elisabeth Badinter afirma: “Desde meados do século XII, o casamento foi considerado um sacramento. O simples fato de expressar por palavras o consentimento ao matrimônio ligava os esposos de maneira definitiva” (BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado*, p. 43).

¹²⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 569.

¹²⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação*, p. 45; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 570.

¹²⁷ Sobre essa data apontada por John Gilissen (*Introdução histórica ao direito*, p. 568), já informada por Elisabeth Badinter, acrescentam-se as informações trazidas por Wladimir Porreca de que: “Pela primeira vez, no ano de 1274, no segundo concílio de Lyon, a Igreja Católica fala em sete sacramentos,

John Gilissen assevera que, do século X ao XVI, a Igreja tem o monopólio da legislação e da jurisdição em matéria de casamento e divórcio. O casamento é regido por regras de direito divino e eclesiástico. As primeiras não poderiam ser dispensadas, enquanto em relação às segundas, eventualmente, havia possibilidade de serem exoneradas pela autoridade eclesiástica.¹²⁹ René Savatier acrescenta: se o matrimônio é um sacramento de jurisdição eclesiástica, as consequências do matrimônio, especialmente as pecuniárias, dependem da autoridade civil.¹³⁰

Apoiado nas informações de Adhémar Esmein, Álvaro Villaça Azevedo mostra que nos primeiros tempos, das origens da sociedade cristã ao século X, a Igreja tinha normas próprias que impediam ou autorizavam o casamento, diferentes das leis civis, mas aos “poucos a Igreja foi conquistando sua jurisdição, tornando-se auxiliar do poder real, a ponto de existirem duas justiças, uma do Estado e outra da Igreja, independentes, mas cumulativas”. Em meados do século X, esse dualismo desaparece e a Igreja ganha competência legislativa, exclusiva, em matéria de casamento e jurisdição eclesiástica. No entanto, no século XVI “começou a mudar essa posição da Igreja, sensivelmente, sendo certo que, em grande parte da Europa Ocidental, dessa época em diante, ela perdeu seu poder legislativo e seu direito de jurisdição”.¹³¹

A Igreja criou nos séculos XII e XIII, respectivamente, as teorias do casamento putativo e dos impedimentos matrimoniais (*impedimenta*) dirimentes e proibitivos.¹³²

Quanto à primeira teoria, os romanos, segundo a maioria dos estudiosos consultados, não conheceram o casamento putativo, aquele que, embora nulo, tenha sido contraído de boa-fé por um ou ambos os cônjuges e que por isso produz efeitos jurídicos. José Carlos Moreira

mencionando explicitamente o matrimônio, embora acreditasse que desde o início do cristianismo essa verdade era implícita” (PORRECA, Wladimir. *Famílias recompostas*, p. 19).

¹²⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 568.

¹²⁹ John Gilissen acrescenta que: “Em contrapartida, a igreja abandona aos tribunais leigos e, por consequência, ao direito costumeiro, a matéria dos regimes matrimoniais (sob certas reservas)” (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 569-570).

¹³⁰ Tradução livre do texto: “si le mariage est un sacrement de jurisdiction ecclésiastique, les conséquences du mariage, et notamment ses conséquences pécuniaires, dépendent du pouvoir civil” (SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 93).

¹³¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação*, p. 41. O ilustre professor apresenta a síntese dos três períodos do Direito Canônico, anteriormente comentados, segundo Adhémar Esmein. No terceiro período é retratado o declínio do poder do Direito Canônico, que vai de meados da segunda metade do século XVI ao XVIII, no início “com as decisões do Concílio de Trento, operando reformas que marcaram o aparecimento da legislação canônica do casamento, com grande força criadora. A jurisdição eclesiástica vai cedendo aos tribunais seculares. O estudo do Direito Canônico deixou de ser feito pelos jurisconsultos, restando só com os teólogos” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação*, p. 40-42). Os irmãos Mazeaud também trazem essas informações (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 689, 710-711).

¹³² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 571, 613; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 322.

Alves explica que há entre os romanistas três correntes de opinião sobre esse tipo de casamento: a primeira nega a existência dessa forma de matrimônio; a segunda considera sua existência, em decorrência do reconhecimento dos efeitos do matrimônio nulo, contraído de boa-fé, por uma ou ambas as partes, e a terceira entende que “o germe dessa teoria já se encontra no direito romano, embora não tenha sido, em momento algum, formulada”. O nobre romanista é partidário da última corrente.¹³³

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda também nega que os romanos adotaram a teoria recebida do Direito Canônico e informa que no Império concediam-se, “a título de favor, os efeitos das *iustae nuptiae* aos cônjuges de boa-fé, se nulo o casamento”.¹³⁴ Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, embora concordem com os autores citados, explicam que no direito clássico, “faltando o *connubium* entre os cônjuges, para obter que o filho caia sob o pátrio poder, pode-se provar que se casou acreditando que o cônjuge tivesse o *status* próprio”.¹³⁵

Washington de Barros Monteiro esclarece que somente em alguns casos especiais “o direito romano conheceu a teoria do casamento putativo, cuja existência subordinava ao concurso de três requisitos, *bona fide*, *opinioe justa* e *solemnitas* (boa-fé, erro escusável e celebração do casamento). Ocorrendo esses elementos, o matrimônio nulo produzia todos os efeitos do válido, em relação aos cônjuges de boa-fé”.¹³⁶

Para o Direito Canônico, tanto na Baixa Idade Média como na Época Moderna, se pelo menos um dos pais estivesse de boa-fé no momento da celebração do casamento, segundo John Gilissen, “os filhos continuavam a ser legítimos, apesar da anulação”.¹³⁷

E Charles Maynz explica que a união contraída entre duas pessoas, em relação a qual existisse um impedimento legal, não constituía matrimônio. No entanto, se as partes ou uma delas, pelo menos, não estivesse(m) ciente(s) do impedimento, a lei determinava que essa união, a qual se costumava chamar de casamento putativo, produzisse os efeitos do casamento, para os filhos e os cônjuges, ou pelo menos ao cônjuge de boa-fé. Portanto, os filhos eram considerados legítimos e o cônjuge de boa-fé gozava dos direitos pessoais e patrimoniais que um casamento válido lhe asseguraria.¹³⁸

¹³³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, nota 84, p. 299.

¹³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 321.

¹³⁵ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 126.

¹³⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 97.

¹³⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 613.

¹³⁸ Tradução livre do texto: “L’union contractée entre deux personnes à l’égard desquelles il existe un empêchement légal, ne constitue point un mariage. Toutefois si les parties ou l’une d’elles au moins ignoraient l’empêchement, la loi veut que cette union, qu’on a l’habitude d’appeler *mariage putatif*, produise les effets du mariage, tant à l’égard des enfants qu’à l’égard des époux, ou au moins à l’égard de celui des époux qui était de bonne foi. Les enfants seront donc considérés comme légitimes; les époux de

No que diz respeito aos impedimentos em geral, Pietro Bonfante ensina que eles nasceram por motivos de ordem ética, social, política e, na época Cristã, também por intolerância religiosa. Eles se distinguem em absolutos e relativos. Os primeiros impediam o matrimônio antigamente existente com qualquer pessoa – por exemplo, com a escrava de um dos cônjuges –, inclusive no direito novo, em razão do voto de castidade e das ordens. Os segundos, considerados relativos, impediam o matrimônio com determinadas pessoas e se estabeleciam, entre outras, em razão: 1. de parentesco de sangue ou cognato em determinados graus, ou seja, entre ascendente e descendente até o infinito, entre irmão e irmã, entre tio e sobrinha e, no direito cristão, o parentesco espiritual entre o padrinho e a afilhada; 2. de afinidade em relações semelhantes, isto é, entre o padrasto e a enteada, a madrastra e o enteado, entre o sogro e a nora, a sogra e o genro e, no direito cristão, entre o cunhado e a cunhada.¹³⁹

Os impedimentos decorrentes do parentesco e da afinidade foram consideravelmente ampliados em conformidade com o regime eclesiástico, que é mais rigoroso que aquele da época pagã e da lei mosaica.¹⁴⁰⁻¹⁴¹

bonne foi jouiront des droits personnels et patrimoniaux qu'un mariage valable leurs assurerait" (MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*, § 323, p. 76-77).

¹³⁹ Tradução livre do texto: "Gli impedimenti nascono da motivi d'ordine etico, sociale, politico e nella nuova epoca anche da intolleranza religiosa. Essi si distinguono in *assoluti* e *relativi*, secondo che valgono incapacità assoluta al matrimonio con chicchessia o relativa soltanto al matrimonio fra date persone. Sono *impedimenti assoluti*: un matrimonio già esistente, la schiavitù dell'uno degli sposi e nel diritto nuovo anche il voto di castità e gli ordini maggiori. Inoltre la vedova incorre nell'infamia, se si rimarita entro l'anno del luto. Sono *impedimenti relativi*: 1. La parentela di sangue o cognazione entro certi gradi, cioè tra ascendenti e discendenti all'infinito, tra fratelli e sorelle, tra zii e nipoti; nel diritto cristiano anche la parentela spirituale tra il padrino e la figlioccia. 2. L'*affinità* in rapporti analoghi, cioè tra il patrigno e la figliastra, la matrigna e il figliastro, tra il suocero e la nuora, la suocera e il genero: col diritto cristiano anche tra cognata e cognato" (BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 59, p. 185-186).

¹⁴⁰ Tradução livre do texto: "L'impedimento della parentela e della affinità è allargato notevolmente in conformità al regime ecclesiastico, che è più rigoroso di quello pagano e della stessa legge mosaica" (BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 330).

¹⁴¹ Nas sociedades e nas épocas investigadas na presente pesquisa, não se encontrou referência quanto à permissão do casamento entre afins: sororato (casamento entre o viúvo e a cunhada) ou levirato (casamento entre a viúva e o cunhado). Sororato é uma instituição "matrimonial muito comum entre as sociedades primitivas, e pela qual uma irmã participava da vida conjugal da outra"; levirato é também uma instituição "matrimonial muito difundida entre povos naturais, especialmente entre os antigos hebreus, que impunha à viúva o casamento com o irmão ou com o herdeiro do nome de seu defunto marido, a fim de assegurar a continuidade da família, ou, segundo a Bíblia, a descendência na linha masculina, ou patrilinearidade" (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed., 15. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 834 e 1.324). Claude Lévi-Strauss, em sua análise social sobre a família, estudando o casamento em várias sociedades, verificou que entre os nativos da Nova Guiné o "casamento se realiza entre grupos e não entre indivíduos", por isso "um grande número de estranhos costumes imediatamente se tornam mais claros". Continua o autor ensinando: "Os chamados *levirato* e *sororato* são explicados à luz do mesmo princípio, se o casamento é uma união entre dois grupos aos quais pertencem os consortes, pode haver, sem qualquer contradição, a substituição de um dos consortes pelos seus irmãos ou pelas suas irmãs. Quando morre o marido, o levirato estipula que seus irmãos solteiros têm direitos preferenciais sobre a viúva (ou, dito de outra forma, compartilham o dever de sustentar a viúva e os filhos de seu falecido irmão), enquanto o sororato permite a um homem unir-se, de preferência em casamento

Theodor Kipp e Martin Wolff, sobre o impedimento de afinidade legítima (*impedimentum affinitatis legitimae*) e ilegítima (*affinitas illegitima*), comentam que, a princípio, no Direito Romano, a primeira somente era considerada na linha reta e que a Igreja, inspirada em passagens do Antigo Testamento, estendeu a proibição do matrimônio aos afins na linha colateral, chegando, no século XII, a assinalar o mesmo limite para o *impedimentum affinitatis* e para o *impedimentum consanguinitatis*, ou seja, até o sétimo grau canônico. E mais, a Igreja reconheceu separadamente a afinidade propriamente dita (*affinitas primi generis*), a *affinitas secundi* e a *tertii generis*. O quarto Concílio Lateranense, de 1215, suprimiu totalmente as duas últimas espécies de afinidade e limitou a *affinitas primi generis* para o quarto grau do cômputo canônico, e o *Codex iuris canonici* de 1917 reduziu ainda mais a linha reta e a segundo grau a colateral.¹⁴² Verifica-se que, de acordo com o Direito Canônico, antes do Concílio de Latrão (1215), a afinidade gerava afinidade, não se aplicando a máxima: *Affinitas affinitatem non parit*¹⁴³ (“afinidade não cria afinidade”).

Ainda segundo os autores, o impedimento de afinidade ilegítima (*affinitas illegitima*), apesar de somente no século XIII ter sido teorizado, aparece na Igreja Católica desde o século VIII como derivação das regras penais sobre o incesto. *Affinitas illegitima* era a relação de um

poligâmico, às irmãs de sua esposa, ou – quando se trata de casamento monogâmico – obter uma irmã para substituir a esposa caso esta seja estéril, alijada por má conduta ou se vier a falecer” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *A família*. In: SHAPIRO, Harry L. (Org.). *Homem cultura e sociedade*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1956. p. 317-318). Sobre a instituição do levirato, Eugenio Tarragato explica que se aproxima da afinidade porque é obrigatório apenas para os afins da viúva e que durante muito tempo se aplicava, exclusivamente, ao povo hebreu, mas, na época pesquisada, ainda, encontravam-se raros vestígios dele e que, algumas vezes, ele tinha caráter facultativo e, outras vezes, obrigatório. O levirato consistia em uma obrigação imposta pelos costumes ou pela lei, ao irmão do marido falecido sem descendente, de contrair matrimônio com sua cunhada viúva. E, segundo ao autor, se houvesse mais de um irmão, a escolha caberia à esposa (TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 77). Ainda sobre a época primitiva, segundo Friedrich Engels: houve um período “em que imperava, no seio da tribo, o comércio sexual promíscuo, de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres” (ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da sociedade privada e do Estado*. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p. 15 e 40). Portanto, nessa época investigada por Friedrich Engels, parece que a afinidade, se existisse, não era considerada para fins de impedimento matrimonial. Posteriormente, no Levítico (XVIII, 8, 14-18), o casamento entre afins na linha reta era punido com a pena de morte (BÍBLIA SAGRADA, 1979, p. 98). Nesse sentido: TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 76 e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 88.

¹⁴² Theodor Kipp e Martin Wolff esclarecem que a afinidade (*affinitas primi generis*) é a relação entre um cônjuge e os parentes do outro. *Affinitas secundi generis* é a relação entre um cônjuge e os afins do outro. *Affinitas tertii generis* existe entre um cônjuge e os *affines secundi generis* do outro. Durante algum tempo, a proibição do matrimônio alcançou os *affines secundi generis* até o terceiro grau e os *affines tertii generis* até o segundo grau, sempre segundo o cômputo canônico. Sendo A e B netos de irmãos, a viúva de A não podia casar com o viúvo de B, porque eram *affines secundi generis* em terceiro grau. O segundo marido de uma viúva não podia, depois de morta esta, casar com a viúva de um primo do primeiro marido, porque existia *affinitas tertii generis*, em segundo grau (KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil: derecho de familia*. Tradução da 20ª edição alemã por Blas Pérez González e José Castán Tobeñas. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1979. t. 4, v. 1, p. 91). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 88; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 12.

¹⁴³ CALDAS, Gilberto. *O latim no direito*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 37.

dos concubinos e os parentes legítimos ou ilegítimos do outro. Esse impedimento, considerado dirimente pela Igreja, era muito extenso e também foi limitado pelo Concílio de Trento no segundo grau canônico na linha reta. Posteriormente, segundo o *Codex iuris canonici* de 1917, o impedimento se resolve em *impedimentum publicae honestitatis* e nasce só de um matrimônio inválido, consumado ou não, e de um concubinato público e notório, na linha reta ascendente e descendente até o segundo grau. Enquanto o *Codex iuris canonici* considera que o impedimento não surge por um único contato sexual, algumas legislações modernas, que o aceitam, entendem que bastava a coabitação uma só vez.¹⁴⁴

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda igualmente explica que, antes do Concílio de Latrão (ano 1215), a Igreja adotou doutrinas complicadas e injustificáveis sobre a afinidade e o impedimento matrimonial e que nos séculos seguintes várias espécies de afinidade foram criadas ligadas à *copula carnalis* (bastava a relação sexual para estabelecer a relação proibida). Segundo o autor, com *Codex iuris canonici*, cânon de 1077, “o *impedimentum affinitatis* só deriva do casamento desde que se deu o consentimento de presente, sem se exigir a *copula carnalis*, eliminada, assim, a *affinitas ex copula illicita*”. A Igreja criou também o *impedimentum publicae honestitatis*, antes oriunda, inclusive, dos esponsais, mas, que “transformou-se, de modo a só se referir a casamentos inválidos ou concubinatos públicos e notórios (2º grau da linha recta)”.¹⁴⁵

Além das afinidades citadas, no que se refere aos liames religiosos, Marcel Planiol ensina que a Igreja também conheceu uma afinidade puramente espiritual nascida do batismo entre padrinhos, madrinhas e afilhados; na Romênia essa afinidade cria um impedimento proibitivo para o casamento (art. 145, Cod. civ. roumain).¹⁴⁶ E Charles Mayns também relata sobre o impedimento para contrair matrimônio entre cristãos e judeus.¹⁴⁷

Quanto ao concubinato, Pier Giovanni Caron alude que no Direito Canônico primitivo, como no Direito Romano imperial e justinianeu, a palavra concubinato significava a relação quase matrimonial de um homem com uma mulher de condição inferior ou de duvidosa

¹⁴⁴ KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*, notas 11 a 13, p. 93.

¹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 88-89.

¹⁴⁶ Tradução livre do texto: “Le droit canonique connaît une alliance naturelle résultant d’un commerce illégitime [...] L’Église reconnaît même une affinité purement spirituelle née du baptême entre parrains, marraines et filleules, et en Roumanie cette affinité crée un empêchement prohibitif pour le mariage (art. 145 C. civ. roumain)” (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, p. 248); BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 330.

¹⁴⁷ Tradução livre do texto: “Le mariage est prohibé entre chrétiens et juifs” (MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*, § 305, p. 9). Nesse sentido: CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 126.

moralidade,¹⁴⁸ e Charles Mayns mostra que, apesar da posição hostil de vários padres, a Igreja o tolerava.¹⁴⁹ Contudo, não tardou para que a lei cristã, não sem oscilações e incertezas,¹⁵⁰ combatesse o instituto “com o apoio da moral pública e com a autoridade de Santo Agostinho e Santo Ambrósio. Os Concílios de Toledo (ano 400), Basiléia (ano 431) e Latrão (ano 1516) insurgiram-se contra a tolerância por ele desfrutada, até merecer condenação no Concílio de Trento”.¹⁵¹

Marcel Planiol e Georges Ripert acrescentam que, enquanto o Direito Romano considera em definitivo o concubinato como um casamento de ordem inferior, o Direito Canônico se mostra, ao contrário, muito severo contra as falsas uniões, porque as relações sexuais são um pecado fora do sacramento do matrimônio. Essa severidade se traduz, principalmente, pela impossibilidade de deixarem seus bens, após sua morte, aos filhos nascidos de sua união.¹⁵²

2.2.2 A filiação e as segundas núpcias

Durante os últimos séculos da Idade Média e o início da Época Moderna, a filiação, legítima ou natural, também era regulamentada pelo Direito Canônico e os litígios decorrentes eram julgados pelos tribunais eclesiásticos. Se, por um lado, a influência das ideias cristãs continuava favorecendo os filhos legítimos nascidos do casamento ou matrimônio, uma vez que estes gozavam os direitos previstos pela época; por outro, em relação aos filhos naturais advindos da união concubinária, esse efeito foi desfavorável.¹⁵³

¹⁴⁸ Tradução livre do texto: “Nel diritto canonico primitivo – come nel diritto romano imperiale e giustiniano – la parola concubinato significa la relazione quase matrimoniale d’un uomo con una donna di condizione inferiore o di dubbia moralità” (CARON, Pier Giovanni. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torino, 1957. v. III, p. 1059).

¹⁴⁹ Tradução livre do texto: “Malgré la doctrine hostile de plusieurs Pères, l’Église même toléra le concubinat” (MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*, § 324, nota 26, p. 80).

¹⁵⁰ Tradução livre do texto: “Le leggi cristiane, non senza oscillazioni ed incertezze, si propongono di debellare il vetusto istituto [...]” (BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 339).

¹⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 16. Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 322; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 152; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 63, p. 199.

¹⁵² Tradução livre do seguinte texto: “Tandis que le droit romain en vint à considérer en définitive le ‘concubinatus’ comme un mariage d’ordre inférieur, le droit canonique se montra au contraire très sévère envers les faux ménages, parce que les relations sexuelles sont un péché hors du sacrement de mariage. Cette sévérité se traduisait notamment par l’impossibilité où ils étaient de laisser leurs biens après leur mort aux enfants nés de leur union” (PLANIOI, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1952. t. 2, p. 60).

¹⁵³ John Gilissen acrescenta que: “Sob a influência das ideias cristãs, o antigo direito reservava um estatuto nitidamente desfavorável aos filhos nascidos fora do casamento. Apenas os filhos de pais casados um com o outro são legítimos e gozam de todos os direitos. Qualquer filho nascido fora do casamento é ilegítimo; é um filho natural ou, como se dizia então, um bastardo” (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 612).

O filho legítimo era aquele nascido das justas núpcias dos pais; a legitimidade paterna, tanto no Direito Romano quanto no Medieval e Moderno, repousa em uma presunção, expressa pela máxima do jurista Paulo (D. II, 4, 5), a qual “é retomada, no séc. XIII, por Beaumanoir (§ 579): *Tuit cil sont loiaus oir qui sont né et conceu en loial mariage*”,¹⁵⁴ enquanto a materna era sempre certa.

Na Baixa Idade Média e na Época Moderna, os filhos naturais distinguiram-se em duas espécies: bastardos simples e filhos nascidos de uniões proibidas ou reprovadas (bastardos adulterinos, incestuosos e sacrílegos). Entre os primeiros, encontravam-se os nascidos de pai e mãe desimpedidos de contrair matrimônio, no momento da concepção ou do nascimento da criança,¹⁵⁵ por isso podiam ser legitimados por casamento subsequente dos pais e possuíam alguns direitos, como admitido desde o direito pós-clássico.¹⁵⁶

Todavia, salvo algumas exceções a favor dos filhos de príncipes, de grandes senhores etc., os filhos bastardos eram considerados incapazes politicamente, não podendo aceder a cargo público, ser ordenado padre (ou a filha ingressar no estado religioso), ser escabino, jurado ou juiz e não possuíam capacidade sucessória, tanto ativa como passiva, nem podiam receber por testamento ou doação.¹⁵⁷ Embora essa negativa de alguns direitos tenha sido abrandada com o tempo, na Idade Média ou Moderna os direitos concedidos aos filhos, bastardos simples ou bastardos, nunca foram equiparados aos outorgados aos filhos legítimos.

Constatou-se que os princípios cristãos, além de penetrarem nos costumes, exerceram influência sobre o direito e desempenharam importante papel em favor da família e dos filhos. Como visto, o pai deixa de ter o direito de vida e de morte sobre os filhos; o abandono (exposição) dos filhos foi condenado, rigorosamente, desde os séculos XII e XIII;¹⁵⁸ a redução

¹⁵⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 613.

¹⁵⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 613.

¹⁵⁶ José Carlos Moreira Alves afirma que a legitimação foi admitida no direito pós-clássico “quando, em virtude da influência do cristianismo, é combatido o concubinato, surgindo a concepção de que é indigna a condição das *naturales liberi*”. O autor conclui em nota de rodapé: “Portanto, em época em que a família agnática já havia perdido muito de sua antiga importância” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, nota 45, p. 263).

¹⁵⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 614.

¹⁵⁸ John Gilissen mostra que, inicialmente, o abandono dos filhos foi punido e proibido pela Igreja, por meio das Decretais de Gregório IX, com penas corporais e espirituais. A partir dos séculos XIV e XV, as mesmas penas passaram a ser aplicadas pelos tribunais leigos (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 615 e 617-618). Alexandre Correia e Gaetano Sciascia acrescentam: “O *ius exponendi* é o poder de abandonar o filho infante. Há dúvida se no período mais remoto de Roma tal poder, no caso do filho aleijado e monstruoso, consistia em uma obrigação do *pater familias*. Parece, todavia, que o *ius exponendi* foi limitado; no período justiniano a assistência às crianças abandonadas se tornou função de piedade pública” (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 120). Elisabeth Badinter aponta que o abandono dos filhos também passa a ser preocupação do Estado, que tomou medidas coercitivas, mas, “ante o mal irreprimível e a miséria da maioria, compreendeu-se que seria melhor se adaptar à necessidade e tolerar o abandono, para limitar o infanticídio. Foi nesse período que se criaram, no século XVII, as primeiras casas para o acolhimento de crianças abandonadas” (BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado*, p. 43). Esse

à escravidão, ainda frequente nos séculos XI e XII, desaparece nos fins da Idade Média; a punição do filho continuou sendo aceita como corolário do dever de educação, mas o pai era punido se ocorresse a morte daquele;¹⁵⁹ o aborto e o infanticídio também foram condenados; e o poder paterno foi limitado.¹⁶⁰

Essa limitação do poder paterno sobre a pessoa e o direito de os filhos adquirirem bens que já vinham ocorrendo, de forma mais manifesta, desde o século III d.C., continuou, progressivamente, durante todos os períodos que sucederam ao Império Romano. Do século XVI em diante, os filhos passaram a ter o direito de ser sustentados e o de possuir alguns bens.¹⁶¹ Por influência do feudalismo sobre o antigo direito, nessa época, os direitos sucessórios ainda eram privilégios do filho primogênito.¹⁶²

Ainda segundo os dogmas religiosos, desde o início, as relações familiares deveriam repousar sobre a afeição e a caridade entre seus membros e na reciprocidade de direitos e deveres entre pais e filhos. Os filhos, com exceção dos naturais que eram tratados sem indulgência, tinham direitos a: vida e integridade física, alimentação, abrigo, saúde, educação escolar e aprender um ofício; além disso, não deveria haver distinção em razão do sexo entre os filhos nascidos do casamento legítimo ou, a partir do século XII, também do casamento putativo.¹⁶³ Com o propósito de resguardar os filhos do primeiro leito, foram estabelecidas algumas restrições para as segundas núpcias dos pais.¹⁶⁴

Quanto aos filhos diante das segundas núpcias dos pais ou de apenas um deles, José Carlos Moreira Alves mostra que, ao contrário da época pagã, que além de admitir as segundas núpcias, “com a restrição, apenas, para a mulher, da observância do *tempus lugendi*”, ainda, indiretamente, a favorecia, “porquanto as leis *Iulia et Papia Poppaea*, do tempo de Augusto, estabeleciam, no terreno sucessório, restrições aos viúvos e divorciados que, dentro de certo lapso de tempo, não tornassem a casar”; na época dos imperadores

não é o único posicionamento sobre a questão do abandono. Maria Luiza Marcílio, estudando a história do abandono de crianças na Europa e no Brasil, conclui que algumas características comuns, em todos os períodos que antecederam o século passado, entre elas: “O ato de abandonar os próprios filhos é antigo e, salvo exceções pontuais, nunca foi condenado, nem pelo Estado, nem pela Sociedade, nem muito menos pela Igreja, antes da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959)” (MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 305).

¹⁵⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 618.

¹⁶⁰ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado*, p. 42.

¹⁶¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 611 e 617-618.

¹⁶² Tradução livre do texto: “L’influence féodale sur l’Ancien Droit. Elle se manifestait encore quant à la condition des personnes, quant au régime des terres e quant aux successions. [...] Quant aux successions: elle présentaient, dans des familles nobles, et pour les terres nobles, des règles particulières, Celles-ci concernaient notamment les droits d’aînesse et de masculinité, c’est-à-dire, les droits de succession privilégiés du fils aîné” (SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 31).

¹⁶³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 613, 617-618.

¹⁶⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 319.

cristãos, essa situação se modificou, já que esses não viam com bons olhos as segundas núpcias e então “legislaram no sentido, não de impedi-las diretamente, mas de fazê-lo por via oblíqua, com o estabelecimento de uma série de restrições e de incapacidade para o cônjuge binubo, visando, principalmente, a salvaguardar os interesses dos filhos do primeiro leito”.¹⁶⁵

Na época pós-clássica, inicialmente, as desvantagens eram sancionadas “para a mulher que volta a casar e mais tarde também para o marido”; algumas restrições eram previstas somente para a mãe e outras para os pais. Entre os últimos destaca-se a perda do “patrimônio adquirido pelo casamento anterior (doações, outras disposições gratuitas, legados) em favor dos filhos nascidos deste matrimônio”, mas os pais conservavam a mera fruição dos bens.¹⁶⁶ As mães estavam impedidas de se casarem dentro de determinado prazo da dissolução do matrimônio anterior. Essa proibição ocorria no direito antigo em razão do dever religioso de guardar o luto (*tempus lugendi*), como anteriormente afirmado, e, posteriormente, para evitar a *turbatio sanguinis*.¹⁶⁷ No direito justiniano, entre outras restrições, as mães binubas perdiam o direito de educar os filhos do primeiro leito, de exercer a tutela, de revogar as doações feitas ao filho; quando sucediam ao filho do primeiro leito em concorrência com os irmãos ou irmãs do falecido, a nua propriedade dos bens paternos era devolvida aos últimos e a mãe adquiria o usufruto.¹⁶⁸

Além disso, foi admitida por Justiniano, na Novela XXII, “como lícita (ao contrário do que dispunham as leis matrimoniais de Augusto), a cláusula aposta a testamento, pela qual o testador deixa à viúva bens sob a condição de que ela não se torne a casar”.¹⁶⁹

¹⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 319.

¹⁶⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*, § 58, p. 323.

¹⁶⁷ RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*, v. II, p. 239-240.

¹⁶⁸ Tradução parcial e livre do texto: “La femme qui convole en secondes nocces perd le droit de diriger l’éducation des enfants du premier lit; elle ne peut plus, sauf certaines exceptions, révoquer, pour cause d’ingratitude, les donations faites à ces enfants; depuis Justinien, elle est incapable d’en gérer la tutelle; enfin, lorsqu’elle succède à un enfant du premier lit en concours avec des frères ou soeurs du défunt, la nue propriété de sa part dans les biens paternels est dévolue à ces derniers, et la mère n’en acquiert que l’usufruit. Elle perd également par le convol, au profit des enfants du premier lit, la nue propriété de tous les gains nuptiaux. Cette disposition fut par la suite également appliquée au mari. Enfin, des constitutions de Justinien statuent que, sans distinction de sexe, l’époux qui convole en secondes nocces ne peut, par disposition entre-vifs ou à cause de mort, donner ou laisser à son nouvel époux qu’une part d’enfant du premier lit de moins prenanant. Il lui est également défendu de faire subir une diminution à la dot et à la donation constituées en vue du second mariage, et de se prévaloir du bénéfice légal, par suite duquel, en thèse générale, l’ascendant, charge d’un fidéicommiss universel en faveur de ses enfants, est dispensé de fournir caution pour assurer l’exécution du fidéicommiss, *cauti legatorum servandorum causa*” (MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*, § 322, p. 76).

¹⁶⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 320; RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*, v. II, p. 240.

Durante muito tempo, a Igreja privou o segundo matrimônio de qualquer solenidade, e, em razão de os vínculos de afinidade decorrentes do primeiro matrimônio sobreviverem à viuvez, as segundas núpcias foram proibidas e consideradas imorais.¹⁷⁰ No século XI, a Igreja proibiu o matrimônio “entre os filhos nascidos do segundo casamento e os parentes do primeiro marido até o 4º grau de parentesco”,¹⁷¹ e, nos séculos seguintes, as uniões entre afins até o quarto grau canônico também caíram na imoralidade.¹⁷²

Tanto as constituições imperiais como a Igreja, segundo J. Arias Ramos, mostravam-se hostis às segundas núpcias qualificando-as de “*speciosum adulterium, honesta fornicatio*, etc.”, mas o autor aponta que a maioria das disposições emanadas dos imperadores cristãos remete para um importante fato: a finalidade de castigar quem se casava de novo era menor que a de proteger os filhos do primeiro matrimônio. O autor finaliza: a influência cristã existiu, mas não se pode negar que ela se encruzou com as crises da concepção familiar tradicional, que se desmoronava, o que possibilitou novas maneiras de compreender, entre outras, a situação do homem e da mulher dentro da família e dos direitos dos filhos.¹⁷³

K. S. Zacharie observa que o Código Civil francês previa, em razão das segundas núpcias, limitações em relação aos direitos atribuídos ao pátrio poder e aos bens.¹⁷⁴

2.3 O discurso sociopolítico: a vida privada da família

O discurso sociopolítico também foi responsável por uma nova concepção de família nos períodos subsequentes ao Império Romano, mas sua trajetória, mesmo para os historiados da vida privada, “nada tem de uma evolução linear, regular e unívoca”; Philippe Ariès, em seus estudos, propôs “uma periodização, assinalando não sequências estritamente sucessivas, e sim formas de afirmação do privado progressivamente superpostas ou dissociadas, sendo umas mais precoces, outras mais tardias”.¹⁷⁵ Direção essa também escolhida para apresentar neste capítulo alguns fatores que influenciaram nas mudanças ocorridas na vida privada.

¹⁷⁰ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada: da Renascença ao século das luzes*. CHARTIER, Roger (Org.). Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 3, p. 544.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, 1939, p. 89.

¹⁷² ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada*, p. 544.

¹⁷³ RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*, v. II, p. 239. Charles Mayns se manifesta nesse mesmo sentido (MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*, § 322, p. 75-76).

¹⁷⁴ Tradução livre do texto: “*Des seconds mariages: [...] Cependant l’époux qui a des enfants d’un précédent mariage et qui procède à un nouveau, ne peut disposer, à titre gratuit, en faveur de son nouveau conjoint, que dans certaines limites. V. art. 1098, 1496, 1527, et inf. le titre Donations – L’époux qui convole à de secondes nocces ne conserve pas sur ses enfants nés d’un mariage antérieur tous les droits attribués à la puissance paternelle. V. art. 380, 381, 386, 395, 399, et inf. le titre de la Puissance paternelle*” (ZACHARIAE, K. S. *Le droit civil français*. Tradução da 5ª edição alemã por G. Massé e Ch. Vergé. Paris: Auguste Durand, 1854. t. 1, § 136, p. 245-246).

¹⁷⁵ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada*, p. 398.

A família do período medieval é, em vários aspectos, radicalmente diferente da família romana patriarcal e individualista e da família nuclear ou celular da sociedade industrial. Além da influência do cristianismo, que marcou os aspectos pessoais da organização familiar, outros fatores provenientes das invasões, das guerras e das lutas dentro do Estado acarretaram não só mudanças na organização da propriedade rural, da estruturação corporativa das artes e dos ofícios e das instituições jurídicas como também contribuíram para assinalar a família medieval no plano das relações patrimoniais.¹⁷⁶

Quanto às relações pessoais, apesar do discurso imposto pela Igreja, a partir dos estudos do francês Philippe Ariès não se pode afirmar que, antes do século XVII, havia sentimentos de afeição e caridade entre os esposos ou entre esses e sua prole. O autor, partindo de fontes principalmente francesas, mostra por meio da iconografia familiar que o sentimento de infância e de família era desconhecido na Idade Média. Estudando a sociedade medieval, o historiador constatou que a criança, logo que dispensasse os cuidados infantis, “ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes”.¹⁷⁷

Ainda segundo Philippe Ariès, o sentimento entre os membros da família deu-se em razão de ter a criança assumido um lugar central na família, o que ocorreu, principalmente, por meio “dos eclesiásticos ou dos homens da lei, raros até o século XVI, e de um maior número de moralistas no século XVII, preocupados com a disciplina e a racionalidade dos costumes”; bem como dos educadores neste último século, associados à preocupação com a saúde física e com a higiene no século XVIII.¹⁷⁸ Também se verificou que, desde a época medieval, a família passou “a constituir um núcleo social de importância capital na vida económica da comunidade nacional, não apenas como agregado de *consumo*, mas também como *unidade de produção*”.¹⁷⁹

Maria Luiza Marcílio orienta que, no final do século XVIII, “difundia-se um vivo interesse pelos direitos e pela situação do ser humano. Formulava-se a concepção da necessidade de uma maior intervenção do Estado em questões de saúde pública e de assistência social aos pobres e aos necessitados”.¹⁸⁰ Estes sugerem ter sido alguns dos principais fatores de que se serviu o Estado para formar suas políticas centralizadoras.

¹⁷⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família: direito matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982. p. 28 e 30.

¹⁷⁷ Continua Philippe Ariès ensinando: “De criancinha pequena, ela se transformava imediatamente em homem jovem, sem passar pelas etapas da juventude, que talvez fossem praticadas antes da Idade Média e que se tornaram aspectos essenciais das sociedades evoluídas de hoje” (ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 10 e 156).

¹⁷⁸ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*, p. 162-164.

¹⁷⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família*, p. 31.

¹⁸⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*, p. 74.

Sobre a história da criança na França, Elisabeth Badinter desenvolveu um estudo no qual também aborda a situação da criança desde a Antiguidade até o século XX. A autora constata que, em termos jurídicos, do fim da Idade Média até a Revolução, os direitos do pai caminharam em dois sentidos: “Alguns deles são limitados pela dupla ação da Igreja e do Estado, que interfere cada vez mais no governo doméstico. Outros, porém, são fortalecidos pelo Estado, quando este os considera convenientes aos próprios interesses”.¹⁸¹

Do ponto de vista dos interesses da criança, não levados em consideração por teólogos e filósofos, bem como pelo Estado e membros da família, ela somente começou a ser valorizada quando o Estado, antes omissor, passou a ter maior interesse econômico e político,¹⁸² criando assim mecanismos de incentivo a uma infância melhor por meio de suas instituições, mas, como afirma a Elisabeth Badinter: nem mesmo séculos de incentivo de proteção à infância foram suficientes para que a criança tivesse uma melhor qualidade de vida no ambiente doméstico ou institucional.¹⁸³

No fim do século XVIII, delineia-se uma nova ordem imposta pelo Estado, em todos os países da Europa, “a política médica”, a qual refletiu na “organização da família, ou melhor, do complexo família-filhos, como instância primeira e imediata da medicalização dos indivíduos”¹⁸⁴⁻¹⁸⁵ e, a partir da qual, foram codificadas novas regras para reger as relações entre pais e filhos, que impõem a ambos um conjunto de direitos e obrigações de ordem moral e física, concernentes aos cuidados com os filhos, em termos de medicamento, alimentação e higiene; a proximidade que deve existir entre os membros familiares e a conjugalidade.¹⁸⁶ Essa nova ordem enfatizava a moralização e a higiene familiar e tinha como interesse o controle demográfico e político, com vistas ao desenvolvimento industrial.¹⁸⁷

¹⁸¹ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado*, p. 42.

¹⁸² Elisabeth Badinter é precisa ao informar que “a criança, especialmente em fins do século XVIII, adquire um valor mercantil. Percebe-se que ela é, potencialmente, uma riqueza econômica” (BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado*, p. 153).

¹⁸³ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado*, p. 161.

¹⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 198-201.

¹⁸⁵ Jurandir Freire Costa também mostra que, entre os problemas políticos no Brasil Colônia, figurava o aumento da população, o qual demandava medidas de salubridade e de combate às epidemias, ao caos sanitário e à mortalidade que se avolumavam. Nesse momento, o Estado, por reconhecer que “a conduta anti-higiênica dos habitantes era um dos empecilhos fundamentais à saúde da cidade”, bem como o valor político das ações médicas, aceitou medicalizar suas ações políticas inserindo a medicina higiênica. O sucesso desse processo de higienização influenciou na revisão da reestruturação da família (COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 29 e 57).

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, p. 198-199.

¹⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*, p. 199; COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*, p. 56.

Também na Idade Média a mulher passou a ocupar um lugar próprio na instituição familiar, “distinto do que competia aos filhos e aos netos”.¹⁸⁸ O que sem dúvida não ocorreu nos séculos seguintes sem uma contrapartida. As responsabilidades maternas, desde o fim do século XVIII, obscureceram progressivamente a imagem do pai e a importância e a autoridade paterna, “tão grandes no século XVII, entram em declínio, pois, assumindo a liderança no seio do lar, a mãe se apoderou de muitas de suas funções”.¹⁸⁹

No plano jurídico, também data dessa época (fins do século XVIII) o início da aquisição de novos direitos pela mulher. Embora a Revolução Francesa não tenha sido muito favorável à mulher, o privilégio da masculinidade em matéria de maioridade e sucessão deixou de existir, e a mulher solteira não é mais considerada incapaz, podendo realizar negócios jurídicos sem curador ou tutor; no entanto, em relação à mulher casada, o poder marital permaneceu com o mesmo rigor do antigo direito costumeiro e sua incapacidade foi mantida.¹⁹⁰

René Savatier afirma que a Revolução se opôs intensamente para emancipar os filhos, porque o poder revolucionário procura, de bom grado, amparar sua juventude, ao contrário das gerações anteriores, e tende a substituir a autoridade do Estado àquela do pai. O Código Civil francês previu o equilíbrio: a partir de então, a palavra romana de poder parental adota de preferência o sistema costumeiro e orienta o poder do pai conforme o interesse do filho. Todavia, neste sentido, a prescrição do poder paterno em casos de abuso não havia sido legislativamente prevista até o fim do século XIX.¹⁹¹

As novas regras sociais, a defesa do Estado para com a criança como meio de se consolidar e assegurar a ordem pública e os princípios que revisaram a educação infantil modificaram, ao mesmo tempo, a natureza do casamento¹⁹² e as características “da família medieval, para a família do século XVII e para a família moderna”.¹⁹³ Ainda nesse último

¹⁸⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família*, p. 30.

¹⁸⁹ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado*, p. 282.

¹⁹⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 605.

¹⁹¹ Tradução livre do texto: “La Révolution réagit en affranchissant le plus possible les enfants. Car un pouvoir révolutionnaire cherche volontiers à s’appuyer sur la jeunesse contre les générations antérieures, et tend à substituer l’autorité de la nation à celle du père. Le Code fit oeuvre d’équilibre: tout en maintenant le mot romain de *puissance paternelle*, il adopta plutôt le système coutumier, et orienta le pouvoir du père dans l’intérêt de l’enfant. Cependant, dans cette dernière direction, la déchéance possible de la puissance paternelle en cas d’abus n’a été législativement prévue qu’à la fin du XIX^e siècle” (SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 126).

¹⁹² COSTA, Jurandor Freire. *Ordem médica e norma familiar*, p. 219.

¹⁹³ Philippe Ariès com propriedade sintetiza essa trajetória: “Entre o fim da Idade Média e os séculos XVI e XVII, a criança havia conquistado um lugar junto de seus pais, lugar este a que não poderia ter aspirado no tempo em que o costume mandava que fosse confiada a estranhos. Essa volta das crianças ao lar foi um grande acontecimento: ela deu à família do século XVII a sua principal característica, que a distinguiu das famílias medievais. A criança tornou-se um elemento indispensável da vida quotidiana, e os adultos

período da história citado, ocorreu considerável mudança na legislação francesa, que, apesar de defender o casamento, admitiu, com algumas restrições, o divórcio, melhorou a condição dos filhos naturais – embora, ainda, fosse inferior à dos filhos legítimos – e passou a ignorar a união livre, mas não a combatê-la.¹⁹⁴

Análise do capítulo

A nova noção de família e o sentimento entre os membros considerados de menor importância até a Idade Média passaram a ser reconhecidos e, respectivamente, valorizados por meio dos discursos: religioso, social e político, os quais o direito procurou acompanhar e criar mecanismos para regulamentar seus reais efeitos.

Da análise do material coligido infere-se que a Igreja, ao impor suas próprias convicções de casamento, combateu o concubinato e tal fato desfavoreceu essa forma de união, além de contribuir para consagrá-la como ilegítima. Se, por um lado, verificou-se que o sacramento do matrimônio, regra imposta pela Igreja Católica, não cedia espaço para outras formas de união que de fato sempre existiram entre o homem e a mulher; por outro, o livre consentimento, a coabitação e a ausência de regulamentação jurídica presentes no matrimônio e no concubinato equiparavam-nas. Além disso, é inegável, de acordo com o material analisado, que durante a Idade Média o casamento religioso era o único existente, mas a união concubinária também produzia efeitos jurídicos, o que continua a instigar os estudiosos como um marco desafiador para as primeiras codificações, mesmo que a maioria dessas não tenha acolhido essa forma de união de fato.

passaram a se preocupar com sua educação, carreira e futuro. Ela não era ainda o pivô de todo sistema, mas tornara-se uma personagem muito mais consistente. Essa família do século XVII, entretanto, não era a família moderna: distinguia-se desta pela enorme massa de sociabilidade que conservava. Onde ela existia, ou seja, nas grandes casas, ela era um centro de relações sociais, a capital de uma pequena sociedade complexa e hierarquizada, comandada pelo chefe de família. A família moderna, ao contrário, separa-se do mundo e opõe à sociedade o grupo solitário dos pais e filhos. Toda a energia do grupo é consumida na promoção das crianças, cada uma em particular, e sem nenhuma ambição coletiva: as crianças, mais do que a família. Essa evolução da família medieval para a família do século XVII e para a família moderna durante muito tempo se limitou aos nobres, aos burgueses, aos artesãos e aos lavradores ricos. Ainda no início do século XIX, uma grande parte da população, a mais pobre e mais numerosa, vivia como as famílias medievais, com as crianças afastadas da casa dos pais. O sentimento da casa, do *chez soi*, do *home*, não existia para eles. O sentimento da casa é uma outra face do sentimento da família. A partir do século XVIII, e até nossos dias, o sentimento da família modificou-se muito pouco. Ele permaneceu o mesmo que observamos nas burguesias rurais ou urbanas do século XVIII. Por outro lado, ele se estendeu cada vez mais a outras camadas sociais” (ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*, p. 270-271).

¹⁹⁴ Tradução livre do texto: “Le C. Nap. a eu la même attitude de défense du mariage, mais à un moindre degré: le divorce était admis mais avec des conditions restrictives, la condition des enfants naturels avait été améliorée mais demeurait inférieure à celle des enfants légitimes, l’union libre était ignorée sans être combattue” (MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil: la famille*. 4. ed. Paris: Éditions Cujas, 1994. t. III, p. 136).

A nova concepção de família, fundada sobre o respeito à dignidade da pessoa humana e presente nas fontes bíblicas ao lado do Estado, transformou as relações entre os membros da família e instituiu para a autoridade do pai e da mãe uma mudança comportamental de densas obrigações morais e jurídicas. Os princípios cristãos, além de penetrarem nos costumes, desempenharam um importante papel em favor dos filhos ao condenar, rigorosamente, desde o final da Idade Média, o abandono, o aborto e o infanticídio, ao limitar o poder paterno e ao estabelecer restrições, inclusive quanto aos vínculos de afinidade, para as segundas núpcias, visando resguardar os interesses dos filhos do primeiro leito.

A Igreja admitiu várias espécies de afinidades: legítimas, ilegítimas e nascidas dos esponsais e dos liames religiosos, bem como criou a teoria sobre os impedimentos matrimoniais. Portanto, conheceu a afinidade que vincula as pessoas pelos efeitos do casamento, inclusive das segundas núpcias, do concubinato e do batismo ou de confissão.

As diversas espécies e os limites tanto para a afinidade quanto para os impedimentos, que ora foram ampliados, ora restringidos ou deixaram de existir segundo a concepção Cristã, foram regulamentados de acordo com a influência exercida pelo Direito Romano e Canônico, composto de leis e decretos, vigentes à época, e pelas legislações codificadas, principalmente, no século XIX.

O Estado, por sua vez, direta ou indiretamente, a fim de regulamentar o convívio em sociedade, continuou criando vários instrumentos jurídicos; alguns deles por diferentes motivos nunca foram aplicados tais como foram redigidos. Entre os mais citados, destaca-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), apesar de sua influência para as codificações subsequentes.

Os traços que definiram esse período foram marcados por uma legislação legada pelo Direito Romano e influenciada pelo Direito Canônico; pela mudança das características da família; pelo início da valorização do sentimento afetivo; por um novo mapeamento da autoridade paterna; pela ascensão dos direitos da mulher e dos filhos; pela mudança da legislação diante de alguns efeitos produzidos pelas uniões conjugais. Todos esses fatores exerceram grande influência sobre os primeiros instrumentos legislativos codificados.

É possível afirmar que, embora na presente pesquisa essas mudanças religiosas, sociais, políticas e jurídicas significativas tenham sido focadas, principalmente, nas famílias francesas, elas tiveram semelhanças básicas em muitos países ocidentais, entre eles, no Brasil.

3

OS PRIMEIROS INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS BRASILEIROS

3.1 Introdução

Na Alemanha, Espanha, França e em Portugal, o Direito Romano “aplicado à prática vigorou como *direito comum* até a codificação, em cada um deles, do direito privado, o que ocorreu, principalmente, no século XIX”.¹⁹⁵

Ignácio Maria Poveda Velasco ensina que, tendo “em vista a consolidação do poder constituído e a melhor distribuição da Justiça, é frequente na história dos povos, após longo período de produção espontânea, a ideia de compilar a legislação vigente”. Como prova dessa afirmação, cita: “a antiga lei romana das XII Tábuas, o Código Teodosiano, o *Corpus Iuris Civilis*, as codificações germânicas e romano-germânicas do início da Idade Média”, entre outras. Velasco aponta ainda que Portugal, em consequência de seu amadurecimento histórico, sentiu a necessidade de uma ordenação legislativa no início do século XV e que foram concluídas neste século as Ordenações Afonsinas no Reino de Portugal, as quais representaram, considerando a Europa da época, “esforço pioneiro de sistematização do que podemos propriamente chamar um direito nacional”.¹⁹⁶

Essas Ordenações foram seguidas pelas Manuelinas e Filipinas, respectivamente, nos dois séculos seguintes.¹⁹⁷ Em todas as Ordenações “as matérias obedeceram a mesma ordem das anteriores”; todavia, as precedentes sofreram alterações para adaptar o direito à época da promulgação de suas sucessoras. O Código Filipino (1603) “consta de *cinco livros*, divididos em *titulos*, e estes em *principios* e em *paragrafos*”. O livro primeiro compreendeu a matéria relativa à organização judiciária; o segundo tratou sobre as regras relativas às relações da Igreja Católica com o Estado; o terceiro destinou-se às leis processuais civis; o quarto regulou

¹⁹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 13. ed., v. I, p. 59.

¹⁹⁶ VALESCO, Ignácio Maria Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 89, p. 11-67, jan. 1994. p. 14 e 17.

Informa o mesmo autor que “A multiplicidade das normas jurídicas (representada pelos foros e cartas de foral, pelas disposições do direito justinianeu e canônico, pelos capítulos de Cortes, leis régias, etc.) e as contradições originadas dessa multiplicidade (dificultado sobremaneira a administração da Justiça) foram a causa imediata das Ordenações portuguesas” (VALESCO, Ignácio Maria Poveda. Ordenações do Reino de Portugal, p. 17).

¹⁹⁷ As Ordenações Filipinas foram revogadas, em Portugal, pela Carta de Lei de 1º de julho de 1867, que aprovou o Código Civil português (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 87).

o direito privado; e o quinto dispôs sobre as leis penais e as do processo criminal.¹⁹⁸ Esse Código (1603) viveu no Brasil até começar a vigorar o primeiro Código Civil brasileiro em 1º de janeiro de 1917.

No Brasil, não obstante a positivação das Ordenações, os usos e costumes adotados de Portugal ou adquiridos dos índios imperavam na organização da vida privada dos colonos mais que na dos metropolitanos.¹⁹⁹ Durante a vigência das Ordenações Filipinas, várias leis e decretos no período Imperial e Republicano foram promulgados para regulamentar o casamento e a situação dos filhos, bem como vários Projetos de criação do Código Civil foram esboçados, até que fosse aprovado o Projeto elaborado por Clóvis Beviláqua.²⁰⁰

Com fundamento nos estudos de três notáveis juristas: Augusto Teixeira de Freitas,²⁰¹ Lafayette Rodrigues Pereira²⁰² e Álvaro Villaça Azevedo,²⁰³ é possível apreender a situação jurídica do homem, da mulher e dos filhos diante do matrimônio, do concubinato e do parentesco pouco antes da entrada em vigor do Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1980, que criou o casamento civil, independente do religioso e foi o único que passou a ter validade jurídica. Embora o estudo do casamento não seja o principal objetivo do trabalho, considerou-se importante continuar a investigação, porque há vários aspectos que estão intimamente ligados ou se contrapõem ao do concubinato.

¹⁹⁸ TRÍPOLI, César. *História do direito brasileiro*, v. I, p. 119-120.

¹⁹⁹ TRÍPOLI, César. *História do direito brasileiro*, v. I, p. 51.

²⁰⁰ As seguintes leis dispõem, entre outras questões, sobre o casamento: Lei de 11 de setembro de 1564; Lei de 8 de abril de 1569; Lei de 03 de novembro de 1827; Lei de 11 de setembro de 1861; Decreto de 17 de abril de 1863; Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 e sobre a filiação: Lei de 09 de abril de 1772 (institui a obrigatoriedade de prestação solidária de alimentos entre pais e filhos); Lei de 22 de setembro de 1828; Decreto de 11 de agosto de 1831; Lei n. 463, de 2 de setembro de 1847. Os Projetos de Código Civil: “Esboço” de Augusto Teixeira de Freitas, e os Projetos de Nabuco de Araújo e Joaquim Felício dos Santos, no período Imperial, e os Projetos de Antonio Coelho Rodrigues e de Clóvis Beviláqua, no período Republicano.

²⁰¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. v. I; FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. v. II (Referem-se à 3ª edição, da Consolidação das Leis Civis de 1875, e à última revista pelo autor). Augusto Teixeira de Freitas, “para a realização de seu Esboço de Código Civil, de 1860, serviu-se das Ordenações Filipinas, de 1603, de Portugal”, na qual o romanismo também estava presente (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito romano*, p. 8). Verificamos que, na Consolidação das Leis Civis de 1858, o autor também tomou como referência a mesma Ordenação portuguesa.

²⁰² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil, por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro-Editor, 1869.

²⁰³ Diante das rigorosas pesquisas realizadas pelo célebre Professor Álvaro Villaça Azevedo sobre o concubinato publicadas em várias obras, nada de novo podemos apresentar, por isso, com o respeito que ele nos merece, nos limitaremos a compilá-lo a fim de compreender a construção jurídica e social do Direito Civil aplicado à época e do direito atual e de contribuir com a reflexão sobre o concubinato e os efeitos advindos dessa união na sociedade contemporânea.

3.2 Casamento

O conceito de matrimônio ainda é o mesmo que se apresentava no *Digesto* e nas *Institutas*, conforme se apreende da explicação esboçada por Laffayette Rodrigues Pereira: “o casamento é o acto solemne pelo qual duas pessoas de sexo differente se unem para sempre, sob a promessa reciproca de fidelidade no amor e da mais estreita communhão da vida”. Além disso, segundo o autor, embora a legitimação da prole seja um dos principais objetivos do casamento, a razão de ser desta instituição, sua finalidade capital “está nessa admiravel identificação de duas existencias, que confundindo-se uma na outra correm os mesmos destinos, soffrem das mesmas dores e compartilhem, com egualdade, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida”.²⁰⁴

Álvaro Villaça Azevedo ensina que as Ordenações do Reino de Portugal, principalmente as Filipinas, admitiam três formas autônomas de constituição de família: “o casamento religioso; o casamento de fato, chamado também de ‘conhuçudos’ (os cônjuges eram *conhecidos* como casados, após duradoura convivência); e o casamento por escritura perante duas testemunhas” e que “não existia celebração matrimonial pelo Estado”.²⁰⁵

Acerca do casamento religioso, César Trípoli assegura que, durante o período do Brasil Colônia, o instituto da família “obedecia sobretudo aos princípios da religião cristã”, sendo o casamento religioso celebrado de acordo com esses princípios. “O Estado, por conseguinte, não intervinha na celebração do casamento, que ficava dependendo das leis canônicas”. O Estado limitava-se apenas a reconhecer seus efeitos jurídicos. Embora fosse necessário o consentimento dos nubentes, a falta de solenidades não afetava a validade do matrimônio, acarretando tão somente penitências para os noivos que não recebessem a bênção da Igreja.²⁰⁶

Álvaro Villaça Azevedo observa que, ao adotar o posicionamento português no Brasil desde a Lei de 03 de novembro de 1827, a celebração do casamento religioso, que já se realizava sob o rito da religião católica desde 1603, deveria obedecer aos cânones do Concílio

²⁰⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1869, p. 12. A noção de casamento como um ato consensual defendida por alguns juristas romanos ou como um ato solene defendida por Lafayette Rodrigues Pereira não é a única para explicar a natureza jurídica do matrimônio. Corroborando seu posicionamento sobre a matéria, o nobre jurista comenta que, “no que diz respeito ao consenso da vontade das partes, são applicaveis ao casamento os principios geraes de direito que regulão a liberdade, a certeza e a manifestação do consentimento em materia de contractos; [*Nuptias enim, non cuncubitus, sed consensus facit*. Ulpiano. Estas palavras alludem tão somente á necessidade do consentimento para a formação do casamento], mas fôra desconhecer-lhe a natureza intima equipara-lo aos contractos para regula-lo como se fôra uma convenção [Os juristas romanos não consideravam o casamento como contracto. No systema de sua classificação o casamento toma lugar, não na theoria dos contractos, mas na parte que trata do estado civil das pessoas (Gaius, Com. 1 n. 108; Inst. L. 1.c Tit. 10)]” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, notas 39-42, p. 29-30).

²⁰⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 17.

²⁰⁶ TRÍPOLI, César. *História do direito brasileiro*, v. I, p. 257-258.

Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia. Apoiado nas informações fornecidas por Bruno de Almeida Magalhães, Azevedo esclarece que durante muitos anos no Brasil só foi aceito o casamento entre católicos e o celebrado em país estrangeiro; nesse caso regido pela lei do país onde foi contraído. O casamento misto foi autorizado pelo Papa Pio IX aos Bispos brasileiros, pela Lei de 19 de setembro de 1848, e, nos termos da Lei n. 1.144 de 11 de setembro de 1861, regulamentada pelo Decreto n. 3.069 de 17 de abril de 1863, os efeitos civis do casamento católico foram estendidos aos acatólicos, após o registro.²⁰⁷

Sobre a celebração do casamento religioso, a Consolidação das Leis Civis de Augusto Teixeira de Freitas, concluída e aprovada em 1858,²⁰⁸ prevê em seu art. 95 que “As disposições do Concílio Tridentino, e da Constituição do Arcebispado da Bahia, á respeito do matrimonio, ficão em effectiva observancia em todos os Bispados, e Freguezias do Império”.²⁰⁹

Na Doutrina exposta por Lafayette Rodrigues Pereira, consta que, à época, o Direito Civil brasileiro reconhecia como válidos e capazes de produzir efeitos civis o casamento católico, o misto e aquele entre pessoas pertencentes a seitas dissidentes. Pereira ensina que o casamento católico realizado sob a prescrição da religião precisava, além de obedecer às disposições do Concílio Tridentino e do Arcebispado baiano, do consentimento livre dos contraentes e da ausência de impedimentos.²¹⁰

²⁰⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 137-138. O combativo jurista informa também que “A influência da Igreja Católica era tamanha que a Constituição Imperial de 25 de março de 1824 proclamou, em seu art. 5º: ‘A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo’” (p. 123).

²⁰⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. tir. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 14. Clóvis Beviláqua continua explicando que logo em seguida foi determinada a organização do Código pelo Decreto n. 2.318 de 22 de dezembro de 1858.

²⁰⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, p. 103-104. Álvaro Villaça Azevedo informa que o “Anteprojeto de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas, Esboço, começou a ser publicado em fascículos, em 1860, espelhando, no capítulo sobre celebração do casamento, três espécies deste: ‘casamento à face da Igreja Católica’ (arts. 1.261 a 1.272); ‘casamento com autorização da Igreja Católica’ (arts. 1.273 e 1.274) e ‘casamento sem autorização da Igreja Católica’ (arts. 1.275 a 1.298)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 126). Todavia, na última edição da Consolidação de 1875, não constam essas indicações, mas em notas de rodapé observam-se menções aos casamentos católicos e não católicos.

²¹⁰ Sobre essas três formas de matrimônio, Lafayette Rodrigues Pereira ensina: “I. O casamento catholico, celebrado conforme o Concilio Tridentino e a constituição do arcebispado da Bahia [Decret. de 11 de setembro de 1564; Lei de 8 de abril de 1569; ord. L. 4. T. 46 § 1º; Lei de 3 de novembro de 1827]; II. O casamento mixto, isto é, entre catholico e pessoa que professa religião dissidente, contrahido segundo as formalidades do Direito Canônico [O casamento mixto é contrahido segundo as formalidades essenciaes do Concilio Tridentino. É portanto nos termos de nossa legislação em casamento valido]; III. Finalmente, o casamento entre pessoas pertencentes ás seitas dissidentes, celebrado de harmonia com as prescripções das religiões respectivas [Lei n. 1.144 de 11 de setembro de 1861, e Decreto n. 3.069 de 17 de abril de 1863]”. Ainda segundo o autor, o Direito Canônico regulamentava “as condições de idoneidade dos contrahentes catholicos, as solenidades do acto e as questões de nullidade que lhe dizem respeito. O casamento entre catholicos se inicia, se perfaz e termina no dominio do Direito Canônico: a lei temporal toma-o das mãos da igreja; recebe-o feito e acabado e marca-lhe tão sómente os effeitos civis” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, notas 45-47, p. 33 e 35).

O casamento misto, entre católicos e pessoas pertencentes a seitas dissidentes, para ser válido perante o Direito Civil, deveria ser celebrado em conformidade com as prescrições do Direito Canônico. Acerca do casamento entre membros de seitas dissidentes, embora prevalecesse à religião competência exclusiva para “regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do acto”, a Lei n. 1.144 de 11 de setembro de 1861, regulamentada pelo Decreto n. 3.069 de 17 de abril de 1863, que dispôs sobre a validade do casamento realizado entre pessoas pertencentes à religião cristã, porém acatólica, inovou ao passar para a autoridade civil a faculdade de dispensar os impedimentos e a de julgar as nulidades dessa forma de casamento.²¹¹

Em razão da possibilidade de diversas formas de matrimônio serem consideradas legais, as condições de validade e as solenidades externas para cada uma delas, estabelecidas pelo Concílio Tridentino e comentadas por Lafayette Rodrigues Pereira, também deveriam ser observadas. As solenidades tinham, entre outras, a finalidade de dar ao casamento a necessária publicidade, assegurar o livre consentimento dos contraentes e autenticar o ato.²¹²

Para que o casamento católico fosse contraído, deveriam ser observadas determinadas condições, pois, sem o preenchimento delas, o matrimônio não tinha validade juridicamente. A falta das condições previstas à época recebe o nome de impedimentos, classificados segundo o Direito Canônico em: impedimentos dirimentes e impedientes ou proibitivos. Quanto aos impedimentos para o casamento misto e acatólico, Lafayette Rodrigues Pereira ensina que, em relação ao primeiro, embora fossem aplicadas as disposições do Direito Canônico, mas como este casamento não é favorecido pela Igreja, “não é de uso se dispensarem para elles as proibições provenientes de parentesco, nem quaesquer outros impedimentos dirimentes”; e, quanto ao casamento acatólico, não pode ser validamente celebrado diante de impedimentos que, segundo o Direito Canônico, obsta o casamento católico, exceto aqueles que provinham, exclusivamente, das instituições católicas, como a entrada em religião aprovada e os impedientes.²¹³

²¹¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 33 e 55.

²¹² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 53, 56 e 58.

²¹³ A respeito das nulidades, Lafayette Rodrigues Pereira explica: “Tomando por base a natureza jurídica e o caracter moral do casamento, as prescrições divinas e considerações d’uma ordem elevada, o Direito Canonico estabelece uma série de condições sem o preenchimento das quaes o casamento não póde ser legalmente contrahido. A falta de qualquer daquellas condições recebe o nome de *impedimento*. Os impedimentos são ou *dirimentes* ou *prohibitivos*. *Dirimentes* são aquelles cuja infracção acarreta a nullidade do casamento. Os *dirimentes* dividem-se em *absolutos* e *relativos*. *Absolutos* se dizem os que importão inhabilidade para contrahir casamento com quem quer que seja, por exemplo, capacidade e consentimento das partes. *Relativos* são os que impedem o casamento com uma pessoa determinada, como em razão do parentesco (consaguinidade, afinidade e espiritual). *Prohibitivos* ou *impedientes* são os que, suposto sejam um embaraço legal á celebração do casamento, todavia não invalidão, embora não tenham sido

No que diz respeito aos impedimentos que dimanam do parentesco (consanguinidade, afinidade, adoção e espiritual – por exemplo, do batismo, das ordens sacras), classificados como dirimentes relativos pela Igreja, Lafayette Rodrigues Pereira ensina que estes impedem o casamento com determinada pessoa: 1) na linha reta, entre ascendentes e descendentes consanguíneos, *in infinitum*; entre afins no primeiro grau (entre padrasto e enteada, madrastra e enteado, sogro e nora, sogra e genro) e entre adotante e adotado; 2) na linha colateral, até o 4º grau inclusive, entre os consanguíneos ou os afins e, até o 2º grau, se a afinidade provém de cópula ilícita; 3) até o 4º grau inclusive, entre o homem e a mulher vinculados pela quase afinidade que resulta do matrimônio rato e, somente, no 1º grau vindo a quase afinidade, na linha reta e colateral, dos esposais; 4) entre aqueles que se acham ligados por parentesco espiritual (a cognação espiritual que provém do batismo e da confirmação produz impedimento: 1º entre os padrinhos e afilhados e 2º entre os pais do batizado e os padrinhos). Também era previsto o impedimento que resultava de certos fatos criminosos, por exemplo, entre o “conjuge que mata o outro conjuge e o cúmplice com quem concertára o crime para o fim de se casarem”; e entre católicos e pessoas não batizadas.²¹⁴

Ao contrário do Direito Civil brasileiro, que, segundo Augusto Teixeira de Freitas e Lafayette Rodrigues Pereira,²¹⁵ considerava a afinidade como um vínculo decorrente do parentesco, o Código Civil francês de 1804 não incluía os afins (*alliés*) entre os parentes. No direito francês, a afinidade conceituada como um vínculo que une um dos esposos aos parentes de seu cônjuge,²¹⁶ segundo K. S. Zachariae também constituía impedimento de casamento na linha reta, infinitamente, e na colateral até o segundo grau. Há entendimentos no sentido de que o impedimento também se estendia às relações de afinidade fundadas no parentesco natural. Desse modo, um viúvo não podia casar-se com a filha natural ou legítima de sua falecida esposa²¹⁷ ou, como exemplifica F. Laurent, se o pai natural se casar, sua

dispensados, por exemplo, voto simples de castidade; esposas validos, disparidade de culto” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 36-58; FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, nota 3, p. 104-105).

²¹⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, notas 66 e 72, p. 46.

²¹⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. II, nota 1, p. 555; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 46.

²¹⁶ Tradução livre do texto: “L’alliance est se lien qui unit l’un des époux aux parents de son conjoint” (LAURENT, F. *Cours élémentaire de droit civil*. Bruxelless: Bruylant-Cristophe Cie. Éditeurs, 1887. t. 1. p. 229).

²¹⁷ Tradução livre do texto: “Enfin l’alliance est, comme la parenté, un empêchement de mariage indéfiniment en ligne directe, et en ligne collatérale entre les beaux-frères et belles-soeurs, art. 161, 162. Cet empêchement s’étend aussi aux rapports d’alliance fondés sur un lien de parenté naturelle (10), tout en observant, à cet égard, la disposition de l’article 340, qui n’admet pas la recherche de la paternité (11). Notas de rodapé: (10) En d’autres termes, le commerce illicite de deux personnes produit entre chacune d’elles et les parents de l’autre une alliance naturelle qui empêche le mariage (11) [...] Remarquons que l’empêchement au mariage résultant de l’alliance, même naturele, n’est point détruit par la dissolution du

esposa será afim natural de seu filho e haverá impedimento para o matrimônio.²¹⁸ Embora não fosse unânime, o comércio ilícito entre duas pessoas produzia entre cada uma delas e os parentes do outro uma aliança natural que impedia o casamento.²¹⁹

Como todas as uniões eram de fato, a prova do casamento era uma das questões relevantes para o Direito Civil brasileiro aplicado à época. Álvaro Villaça Azevedo, comentando sobre a prova do casamento no anteprojeto de Augusto Teixeira de Freitas, ensina que ela se dava tanto pelo Estado como pela Igreja e que a prova ampla do matrimônio somente ocorria quando o casamento fosse realizado e existisse falha no Registro Público. No que diz respeito à matéria nos Projetos de Joaquim Felício dos Santos e Antonio Coelho Rodrigues, verifica-se que no primeiro, nos termos do seu art. 642, “o casamento civil somente poderá provar-se por escritura pública” e no segundo, “em seu art. 1.897, estabelece que o matrimônio celebrado no Brasil deve provar-se ‘pela certidão do respectivo registro’, podendo essa comprovação, entretanto, realizar-se por ‘qualquer outro meio’, quando ‘justificada a falta desse registro’”.²²⁰

Da leitura dos arts. 99, 100 e 118, da citada Consolidação das Leis Civis, verifica-se que o matrimônio era considerado válido desde que se provasse, por testemunhas, a vida em comum como marido e mulher por “tanto tempo, quanto baste para presumir-se o matrimônio entre elles”. A prova testemunhal, para realizar o competente assento em casos de perda pelo Registro Civil ou para suprir a omissão dos Párocos, era de competência do Juízo Eclesiástico.²²¹

mariage qui a produit cette alliance, alors même qu’il n’existe pas d’enfants du mariage: ainsi un veuf ne peut épouser la fille naturelle ou légitime de sa défunte épouse. A ce point de vue, l’ancienne maxime coutumière: *morte ma fille, mort mon gendre*, Loisel, Inst. Cout., 1, p. 166, n’est point exacte” (ZACHARIAE, K. S. *Le droit civil français*, § 126, p. 203).

²¹⁸ Tradução livre do texto: “Si mon père naturel se marie, sa femme sera mon alliée naturelle et il y aura empêchement au mariage” (LAURENT, F. *Cours élémentaire de droit civil*, p. 229).

²¹⁹ ZACHARIAE, K. S. *Le droit civil français*, § 126, p. 203.

²²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 127.

Álvaro Villaça Azevedo informa, ainda, que essas orientações quanto às provas que se deveriam fazer por escritura pública estavam dispostas no texto das “Ordenações Afonsinas, de 1446, no Livro 3º, Tít. 64, § 30; as Ordenações Manuelinas, de 1521, no Livro 3º, Tít. 45, § 19; e as Ordenações Filipinas, de 1603, no Livro 3º, Tít. 59, § 21. A referir-se o último dispositivo legal invocado, para exame, percebe-se que esse Título 59 do Livro 3º do Código Filipino cuida ‘Das provas, que se devem fazer por escrituras públicas’, sendo certo que seu § 21 declara, expressamente: ‘E bem assim, não haverá lugar para esta lei nos contratos de casamento, quando pertença à conjunção do Matrimônio’” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 80).

²²¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, p. 109 e 127.

Consolidação das Leis Civis: “Art. 99. Prova-se o matrimônio com certidões extrahidas dos Livros Ecclesiasticos, que mostrem sua celebração em face da Igreja ou fóra della com licença do Prelado”. “Art. 100. Também se prova por outro qualquer instrumento público. Quanto á conjunção por testemunhas, depondo estas que os conjuges estiverão em casa teúda e manteúda; e em publica vóz e fama de marido e molhér por tanto tempo, quanto baste para presumir-se o matrimônio entre eles.” “Art. 118. Resulta a

Em resumo, provava-se que o casamento foi realizado, de acordo com as disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia, por certidão extraída do Livro Eclesiástico competente ou por outro instrumento público e, em caso de sua falta, pelos meios admitidos em direito, inclusive provas testemunhais.

A Lei n. 1.829, de 09 de setembro de 1870, determinou que se procedesse ao recenseamento da população do Império e autorizou em seu art. 2º o Regulamento n. 5.604, de 25 de abril de 1874, a proceder o registro civil dos casamentos com os de nascimentos e óbitos.²²²

Para concluir a questão do casamento, Álvaro Villaça Azevedo ensina que, mesmo estendendo os efeitos do casamento civil aos acatólicos, a legislação não era satisfatória, “dadas as lacunas e as deficiências de seu texto”, e que vários projetos no sentido de instituir o casamento civil foram apresentados sem sucesso, até que, na República, foi instituído “o casamento civil, entre nós, com o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, logo após a separação da Igreja do Estado, que se deu em 7 de janeiro desse mesmo ano”, o que foi reafirmado pela Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, que somente reconheceu o casamento civil.²²³

A partir da secularização do casamento civil (Dec. n. 181, de 24 de janeiro de 1890), apesar das dúvidas, Washington de Barros Monteiro mostra que, “do ponto de vista estritamente legal, o casamento religioso não passava de mero concubinato, que não gerava qualquer direito. Por seu turno, perante a Igreja, o casamento civil era também uma união livre, contrária à moral religiosa”.²²⁴

3.3 Concubinato

Ao lado das formas de casamento mencionadas, estava prevista, em muitos dispositivos nas Ordenações Filipinas, a *barregania* ou concubinato. Segundo Adahyl Lourenço Dias, a mancebia, barreguice ou concubinato “era a ligação de uma mulher, vivendo em fama de marido e mulher, com mesa e leito comuns, por tais sendo havidos, por toda a vizinhança e vila (Liv. 4º, Tít. 46, § 2º; Liv. 5º, Tít. 26, § 1º) e entre ajuntamento, simples cópula, e mancebia (Liv. 4º, Tít. 92)”. Tratavam ainda as Ordenações no Livro 5º, Títulos 25 e 26, § 1º, do concubinato e seus efeitos. Pelas Ordenações, a concubina, como “elemento

communhão, ainda que se não prove a celebração do matrimonio, se os cônjuges vivêrão ambos na mesma casa, em publica voz e fama de casados, por tempo sufficiente para a presumpção do matrimonio”.

²²² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, nota 2, p. 4; nota 7, p. 108.

²²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 138.

²²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 63.

central da união de fato, era preciso que ‘fosse *domo retenta, vel publice habita*, com todas as aparências de verdadeira esposa, vivendo em comum, na mesma casa, e geralmente aceita como a mulher fiel e dedicada ao companheiro”, ao contrário do comércio carnal, que era a união esporádica, com finalidade fornicatória.²²⁵ Além disso, Edgard de Moura Bittencourt assevera que na vigência do § 2º, Título 46, Livro 4º das Ordenações Filipinas: “os tribunais chegaram a presumir matrimônio entre os concubinos”.²²⁶

César Trípoli anota que na outra forma de união permanente entre o homem e a mulher, nomeada de barregania, reconhecida pelos costumes e pelo direito, as mulheres, denominadas barregãs, eram, “em muitos casos, equiparadas às mulheres legítimas, e os seus filhos por vezes tratados como se nascidos de um verdadeiro matrimônio. A barregania era, porém, proibida, em geral, aos casados”.²²⁷ A ocorrência de relações sexuais ilícitas entre o pai e a concubina do filho e a mãe e o concubino do filho figurava entre as causas de deserção do ascendente por seus descendentes (Ordenações Filipinas, Livro 4º, Título 89, § 2º e art. 1.018, § 2º da Consolidação).

O casamento de fato ou clandestino, contraído sem a presença do Pároco ou de outro Sacerdote competente e de duas testemunhas,²²⁸ praticado em larga escala desde a Antiguidade²²⁹ e tolerado antes do Concílio de Trento, continuava sendo severamente punido.²³⁰ A competência para declarar a clandestinidade do casamento católico ou misto permanecia do Juiz Eclesiástico e dos acatólicos do Juiz de Direito, nos termos da Lei de 17 de abril de 1863.²³¹ Após o casamento ser declarado clandestino perante as leis da época, a união havida entre o homem e a mulher era considerada uma união de fato, e não casamento; e complementa Álvaro Villaça Azevedo ensinando que o anteprojeto de Augusto Teixeira de Freitas não trata do casamento de fato, mas aceita maior número de provas quando o casamento estivesse sido realizado, bem como que, nas Ordenações do Reino de Portugal,

²²⁵ DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. 4. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 46.

²²⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1980. p. 2.

²²⁷ TRÍPOLI, César. *História do direito brasileiro*, v. I, p. 258.

²²⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 55; FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, nota 5, p. 107.

²²⁹ BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado*, p. 43.

²³⁰ Lafayette Rodrigues Pereira explica que “O Concilio autorisa o Ordinario a punir com severas penas aos que contrahirem matrimonio clandestino, e ao parochos que com menor número de testemunhas e as testemunhas que sem o parochos, assistirem ao acto. A lei de 13 de novembro de 1651 dada á solicitação das Côrtes, infligia rigoroso castigo aos contrahentes e á todas pessoas que houvessem cooperado para o casamento clandestino. Esta lei acha-se hoje derogada pelo art. 248 do cod. crim. do Imperio, o qual prohibe contrahir matrimonio clandestino, sob pena de prisão de dous mezes a um anno” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, nota 96, p. 54).

²³¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, nota 6, p. 107.

para que existisse o casamento clandestino ou de fato, bastava a vida em comum *more uxorio*.²³² À vida em comum como marido e mulher (*more uxorio*), do mesmo modo, caracterizava o concubinato.

Augusto Teixeira de Freitas comentando sobre o disposto nos Livros 3º, 4º e 5º das Ordenações Filipinas, os quais admitem a prova testemunhal de coabitação e fama de casados, anota que foi uma inadvertência dos compiladores dessas Ordenações, porque tais disposições foram transcritas das Ordenações Manuelinas promulgadas antes do Concílio de Trento. Assim, a prova testemunhal, somente de coabitação e fama de casados, não pode ser admitida depois da aceitação do Concílio. A coabitação indicará simplesmente concubinato ou matrimônio clandestino, mas não matrimônio solene e legal.²³³

3.4 Parentesco: consanguinidade e afinidade

Consta na Consolidação das Leis Civis, de Augusto Teixeira de Freitas, que o “parentesco é de *consanguinidade* ou *cognação*, isto é, pelo sangue dos parentes; ou de *afinidade*, isto é, pelo sangue de um dos conjuges em relação ao do outro conjuge”. O parentesco conta-se por linhas e graus. O grau é a distância de uma geração à outra, e a linha é a série de pessoas provindas de um mesmo tronco, de um mesmo progenitor. A linha se divide em reta e colateral ou transversal.²³⁴

A linha reta é contada dos procriadores direta e seguidamente para os procriados (após a Lei n. 1.507, de 26 de setembro de 1867, na linha reta também constam os ascendentes). A linha reta é de descendência quando se desce para os gerados, e de ascendência quando se sobe para os geradores. A linha colateral, ou transversal, é contada para os lados; é igual, se o colateral está distante do tronco pelo mesmo número de graus, e desigual, se as distâncias são diferentes. Ainda o autor informa que o parentesco pode ser legítimo ou ilegítimo, “conforme provêm de casamento, ou de ajuntamento ilícito”.²³⁵ Verifica-se de acordo com o sentido das palavras que cópula ilícita ou ajuntamento ilícito é uma união proibida ou vedada pela lei ou socialmente reprovada por ser contrária à moral e aos bons costumes, mas diferente das uniões esporádicas ou fornicatórias.

²³² AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável – jurisprudência, evolução legislativa e o novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de direito civil e o novo código*. São Paulo: Ministério Público. Procuradoria Geral da Justiça: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. p. 527; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 127.

²³³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, nota 10, p. 109.

²³⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. II, nota 1, p. 555.

²³⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. II, nota 1, p. 555 e nota 3, p. 557.

Segundo Lafayette, o vínculo que se estabelece em razão da procriação, segundo a qual uma pessoa é nascida da outra (parentesco na linha reta descendente em primeiro grau), é denominada: filiação em relação ao filho; e de paternidade ou maternidade quando diz respeito ao pai no primeiro caso, ou à mãe no segundo. São legítimos os filhos nascidos de matrimônio válido ou putativo ao tempo da concepção do filho.²³⁶ Esse conceito de filiação não inclui os filhos adotivos.

Quanto à legitimidade da filiação, enquanto o prazo da gestação de 182 dias depois do matrimônio tomado por alguns jurisconsultos romanos tenha diminuído para 180 dias, nas legislações modernas o prazo de 300 dias posteriores à dissolução da sociedade conjugal foi mantido. Enquanto a maternidade era um fato sempre certo: *semper est certa mater*, porque se manifesta por sinais evidentes, como a gravidez e o parto, a paternidade, que, dada sua natureza oculta e incerta, não pode se firmar em prova direta como a maternidade, era presumida em razão do casamento, empregando ainda a máxima *pater est quem nuptiae demonstrant*, para provar a paternidade legítima do filho.²³⁷

Assim como o casamento, a prova da filiação legítima era possível por meio de certidão extraída dos livros competentes e, na falta deste, por testemunhas. Lafayette Rodrigues Pereira continua explicando que a filiação legítima diante da falta de certidão de nascimento, por não ter sido feito o assento ou por ter-se extraviado o livro, prova-se pela posse do estado ou testamento. A prova do estado de filho resulta “de uma série de factos que por sua significação importão o reconhecimento do filho pela família á que se diz pertencer”. A posse do estado de filho é “principalmente constituída por tres factos: *Nominatio*: quando o filho tem o appellido do pae; *Tractatus*: quando é tratado de filho pelo pae e pela mãe e por elles educado; *Reputatio*: quando é tido e havido por filho na familia e pelos vizinhos”.²³⁸

Os filhos ilegítimos nos termos do Direito Civil aplicado à época dividiam-se em naturais e espúrios. Os primeiros, de acordo com o preceito que vinha do Direito Romano, eram aqueles que, ao tempo da concepção ou do parto, não havia impedimentos que pudessem resultar da espuriedade. Os segundos, advindos de *coito damnado* e punível pelo Direito Civil, eram assim considerados quando havia, ao tempo da concepção, impedimentos resultantes: de parentesco em grau proibido, de investidura de ordens sacras maiores ou de

²³⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 218.

²³⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 219.

²³⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, nota 450, p. 227.

entrada em ordem religiosa aprovada e do vínculo matrimonial; “no primeiro caso denominam-se os filhos incestuosos; no segundo – sacrílegos; no terceiro – adulterios”.²³⁹

Mesmo entre os filhos naturais, as Ordenações Filipinas, Livro 4º, Título 92, estabeleciam diferença entre os filhos de nobres e de plebeus, no que diz respeito ao recebimento da herança paterna.²⁴⁰ Os filhos espúrios, também denominados bastardos,²⁴¹ eram considerados como estranhos ao pai, ainda que provada a filiação, com exceção dos direitos a alimentos,²⁴² o qual eram facultados para todas as categorias de filhos e também estavam previstos pelas Ordenações Filipinas no Livro 4º, Título 99, § 1º.²⁴³

Os filhos naturais poderiam ser legitimados ou reconhecidos. A legitimação dava-se por meio do casamento subsequente dos seus pais, desde que fosse reconhecido por parte do pai; e essa filiação se estabelecia pela prova da posse do estado de filho e pelo reconhecimento do pai por escritura pública, por testamento, ou por qualquer outro meio de prova em direito admitida.²⁴⁴ Além dessas formas, a legitimação também poderia ser concedida por carta pelos juízes de primeira instância aos filhos sacrílegos, adulterinos e incestuosos.²⁴⁵ Washington de Barros Monteiro acrescenta que esta é, sem dúvida,

²³⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 253-254. Continua o autor informando que “Esta é hoje a verdadeira classificação. Todo o ilegítimo que não é *espurio* entra na classe dos naturais, e vice-versa: pertence à classe dos espúrios todo o ilegítimo que não é *natural*. Segundo o Direito Canonico, ao qual parece alludir a ord. L. 4, T. 92 verb. ‘não havendo entre elles parentesco...’ e a do T. 99, § 1º verb. ‘quer seja natural, quer espurio e de *qualquer outra condição*...’ ha tres classes de ilegítimos: – naturais, espúrios e os que provindo de coito illicito, mas não damnado, não entrão na classe dos naturais na acepção canonica, nem na dos espúrios, como são os que provem de pae e mãe entre os quaes havia o impedimento de estupro, rapto, de *diparitas cultús*. No ponto de vista porem do Direito Civil, a divisão em naturais e espúrios é perfeitamente exacta: Todos os que não são espúrios, são perante o Direito Civil reputados naturais” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, nota 1, p. 253). Nesse mesmo sentido, consta nos arts. 207 a 211 da Consolidação das Leis Cíveis (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis cíveis*, v. I, p. 170-172).

²⁴⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 195. Ordenações Filipinas, Livro 4º, Título 92: “se algum homem houver ajuntamento com mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre eles parentesco ou impedimento por que não possam casar, havendo de cada uma delas filhos, os tais filhos são havidos por naturais. E se o pai for peão, suceder-lhe-ão e virão à sua herança igualmente com os legítimos, se os o pai tiver. E, não havendo filhos legítimos, herdarão os naturais todos os bens e herança do pai, salvo a terça, se ao pai tomar, da qual poderá dispor como lhe aprouver” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 194).

²⁴¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis cíveis*, v. I, nota 1, p. 171.

²⁴² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 264.

²⁴³ Ordenações Filipinas, Livro 4º, Título 99, § 1º: “E, se o filho não for nascido do legítimo matrimônio, quer seja natural, quer espúrio, ou de qualquer outra condição, a mãe será obrigada a criá-lo de leite, até três anos, e toda outra despesa, assim no dito tempo, como depois, será feita à custa do pai, como dissemos do filho legítimo. E se nos ditos três anos a mãe fizer com o filho alguma despesa, que o pai é obrigado a fazer, poderá em todo caso cobrá-la e havê-la do pai, pois a ela fez em tempo, que ele tinha essa obrigação” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 195).

²⁴⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, nota 467, p. 231.

²⁴⁵ Consolidação das Leis Cíveis, art. 217: “Aos Juízes de primeira instancia compete conceder cartas de legitimação aos filhos sacrílegos, adulterinos e incestuosos e confirmar as adoções; procedendo as necessarias informações, e audiencia dos interessados, havendo-os” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis cíveis*, v. I, p. 186).

reminiscência da legitimação *per rescriptum principis*, a qual no direito codificado também caiu em desuso.²⁴⁶ O ato da legitimação e do reconhecimento produzia efeitos pessoais e patrimoniais tanto em relação aos pais como aos filhos e poderia ser impugnado. A prova da filiação natural materna de pessoas católicas dava-se pela certidão de batismo, e a das não católicas, pela certidão do registro de nascimento dessas pessoas.²⁴⁷

Como visto, as Ordenações (Livro 4, Título 92) estabeleciam diferenças sucessórias entre os filhos, e, após a Constituição Imperial de 1824 ter proclamado o princípio da igualdade de todos perante a lei, estabeleceu-se certa contradição entre o disposto nas primeiras e na segunda, no que diz respeito aos direitos outorgados aos filhos.

Com o propósito de solucionar as contradições entre a Constituição e as Ordenações e tornar mais justa e clara a situação sucessória dos filhos foi editada a Lei n. 463, de 02 de setembro de 1847, que dispôs sobre o reconhecimento da paternidade para efeitos sucessórios dos filhos naturais; tal lei trouxe algumas inovações: equiparou os filhos naturais dos nobres aos dos plebeus para efeitos sucessórios; determinou que, para concorrer à herança paterna com os filhos legítimos, o reconhecimento dos filhos naturais deveria ocorrer antes do casamento dos pais e limitou a prova da filiação natural para fins sucessórios por dois meios: escritura pública e testamento.²⁴⁸ Portanto, para fins sucessórios, a ação de investigação da paternidade era vedada. No entanto, novas polêmicas surgiram para saber se essa ação era permitida para outros efeitos, como os alimentos.

Lafayette Rodrigues Pereira sustenta a possibilidade, enquanto Augusto Teixeira de Freitas defende o contrário, sob o argumento de que a própria lei, em seu art. 3º, “expressamente veda outras provas, qualquer que seja o caso”, ou seja, a lei determina que o reconhecimento também nos outros casos, como para fins de alimentos, só pode ser feito por escritura pública ou

²⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 246.

²⁴⁷ Augusto Teixeira de Freitas informa que, nos termos do Prov. n. 29, de 23 de fevereiro de 1848, “a filiação natural materna (*maternidade*) de pessoas não catholica prova-se por certidões extrahidas do registro dos nascimentos dessas pessoas – Arts. 31 e 45 n. 5º do Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, nota 8, p. 179-180). A Consolidação das Leis Civis previa: “Art. 212. A prova da filiação natural paterna só se póde fazer por escritura pública de reconhecimento do pai ou por testamento”; “Art. 213. A filiação natural materna prova-se pela certidão de baptismo, que produz o effeito de habilitação”; “Art. 214. Não ha necessidade para essa filiação provas, ou titulo de reconhecimento; salvo no caso de manifesta duvida, ou no de occultação da maternidade, porque então se torna precisa a habilitação judicial”.

²⁴⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 255-256. “Lei n. 463, de 02 de setembro de 1847: Art. 1º Aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditários, que pela Ord., Liv. IV, tit 92, competem aos filhos dos plebeus. Art. 2º O reconhecimento do pai feito por escritura pública antes de seu casamento, é indispensável para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo ele com os filhos legítimos do mesmo pai. Art. 3º A prova da filiação natural, nos outros casos, só poderá fazer por um dos seguintes modos: escritura pública ou testamento.”

testamento.²⁴⁹ Para aqueles que se posicionavam como Augusto Teixeira de Freitas, impossível a ação de investigação de paternidade nessa época e, para os que entendiam como Lafayette Rodrigues Pereira, ela só seria possível para outros fins, mas não para os sucessórios.

No direito pré-codificado, tal como no Direito Romano, a filiação paterna e materna não era tratada da mesma forma. Lafayette Rodrigues Pereira comenta que, embora as Ordenações Filipinas no Livro 4, Título 87, § 7, manifestassem tendência de igualar, juridicamente, a mãe à mesma categoria do pai, os códigos modernos não se mostravam uniformes e elucidam que em “uns o patrio poder passa em sua integridade à mãe, por morte do pae (Cod. Civil Francez, art. 373; Civil Port. art. 138); em outros com certas limitações, como a perda de metade do usufructo dos bens do filho” (Projeto do Código Civil Espanhol). Em nossa legislação, a mãe tinha certos direitos e obrigações, como: de criar o filho, de pedir alimentos, de sucessão recíproca, de requerer a posse em nome do ventre, de fazer substituição e de exercer tutela.²⁵⁰

Entre as diferenças de tratamento da filiação materna e paterna, destacam-se, no Brasil, o conjunto de direitos decorrentes do pátrio poder, que era concedido exclusivamente ao pai, sobre a pessoa e os bens do *filho familias*, assim considerados aqueles que nascessem das justas núpcias ou legitimados por matrimônio subsequente de seus pais.²⁵¹

Por influência do Direito Romano, sobre os filhos naturais, ainda que reconhecidos, não recaíam os direitos inerentes ao pátrio poder; por isso permaneciam, enquanto eram menores, na posição de órfãos e, por conseguinte, sujeitos à jurisdição do juiz de órfãos, ao qual competia dar-lhes tutor; Lafayette Rodrigues Pereira afirma, ainda, que “há nisto uma grande iniquidade: o pae é despojado de seus direitos e o filho fica privado da protecção paterna para muita vez ser confiado aos cuidados fallazes de um extranho”. Mesmo os filhos naturais que não recaíam sob o pátrio poder do pai eram considerados membros da família

²⁴⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. I, nota 7, p. 174; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 262.

²⁵⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, notas 544 e 545, p. 248.

²⁵¹ Os pais tinham os seguintes direitos sobre a pessoa dos filhos familias: “Compete ao pai pelo que respeita á pessoa dos filhos familias: 1. Determinar o genero de educação que lhes convem dar, marcar o lugar em que devem recebe-la e escolher os mestres; 2. Te-los em sua companhia, sob sua guarda e sujeição; 3. Corrigi-los e castiga-los moderadamente em quanto forem menores; 4. Exigir que lhe prestem gratuitamente os serviços proprios de sua idade e condição; 5. Conceder ou negar-lhes consentimento para casamento; 6. Nomear-lhes tutor em testamento; 7. Fazer testamento por elles e nomear-lhes herdeiro para o caso de fallecerem em pupillar idade; 8. Representa-los nos actos da vida civil, quer judiciais, quer extrajudiciais; 9. Dar em nome delles queixas por crimes de que tenham sido victimas; 10. Reclamar, por via de ação competente, que lhe sejam restituídos por quem injustamente os detenha sob seu poder”. Os bens dos filhos familias, denominados de peculios, segundo a origem de sua aquisição dividiam-se em: *peculio profecticio*, *peculio castrense* e *quasi castrense*, *peculio adventicio* (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 234-238, 241-244).

paterna e como tais tinham, em regra, os mesmos direitos que os filhos legítimos, além do dever de respeito e reverência ao pai. Os filhos espúrios, como consignado, embora tivessem direito de pedir alimentos, eram considerados estranhos ao pai, mesmo provada a filiação.²⁵²

Se compararmos com os filhos ilegítimos, os legítimos tinham melhor sorte; mas, no que diz respeito ao pátrio poder, como lembra Lafayette Rodrigues Pereira, no Brasil o direito positivo ao invés de ter por fundamento a atribuição de direitos de educá-lo, de defendê-lo como pessoa e zelar por seus bens, em razão da incapacidade do menor, a prevalência da antiga legislação portuguesa, que é a reprodução do Direito Romano no estado em que deixara o imperador Justiniano, com as modificações advindas com o tempo e os costumes, atribuiu direitos aos pais em relação aos seus filhos, “inconciliáveis com a sua índole e razão de ser e convertendo-o, por uma singular inversão de seu fim, em pesado instrumento da prepotência, do orgulho e da cobiça dos pais”. Continua o autor comentando que, graças ao progresso das luzes, algumas legislações modernas, entre elas os Códigos Civis francês, português e chileno, reconheceram a necessidade de separá-lo dos elementos estranhos que o desvirtuam para aproximá-lo do que o autor denomina “typo filosófico”, que tem por fundamento a incapacidade do menor.²⁵³

A afinidade é o parentesco que se estabelece em razão do casamento ou, segundo Augusto Teixeira de Freitas e Lafayette Rodrigues Pereira, de ajuntamento ou cópula ilícita.²⁵⁴ A afinidade – no primeiro caso, denominada legítima, e no segundo, de ilegítima – foi, posteriormente, codificada. Especificamente, quanto à contagem em graus e linhas segundo orienta Lafayette Rodrigues Pereira, na época do Brasil Imperial, a afinidade era considerada na linha reta e colateral, na primeira em primeiro grau e na segunda em graus diferentes, contados de acordo com cada uma de suas espécies.²⁵⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda segue a mesma orientação no sentido de que no nosso Direito Imperial só havia previsão para a afinidade na linha reta, no primeiro grau.²⁵⁶ Na República, nos termos do art. 7º, § 1º, do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, a afinidade foi estabelecida, na linha reta entre ascendentes e descendentes, ao lado do parentesco legítimo, civil ou natural, e na colateral entre os parentes paternos ou maternos, no segundo grau civil. A afinidade nesses graus constituía impedimento para a realização do matrimônio.

²⁵² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 260-261 e 264.

²⁵³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 234.

²⁵⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. II, nota 1, p. 555; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 46.

²⁵⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 46.

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, 1939, p. 89.

Em relação ao antigo Direito Civil português, Manuel Borges Carneiro comenta que o parentesco por consanguinidade ou cognação é a proximidade que há entre duas pessoas que descendem de um tronco comum, bem como que ele provém de matrimônio ou de “congresso” ilícito. A afinidade (*affini*) é a proximidade que há entre um dos cônjuges e a família do outro.²⁵⁷

Segundo o jurista português, a afinidade: imita a cognação, ou seja, resulta não só do matrimônio, mas também da cópula ilícita; permanece depois de desfeito o matrimônio; não se induz pelo segundo ou terceiro matrimônio, mas só pelo primeiro; e, embora entre os afins não há gerações nem propriamente graus, a afinidade se conta como a cognação.²⁵⁸ Ainda comentado sobre os impedimentos matrimoniais, o autor ensina que o matrimônio entre parentes *affins* dentro de grau proibido se diz incestuoso e nefário e que os contraentes incorrem em graves penas e têm seus bens confiscados.²⁵⁹

Quanto aos efeitos civis da afinidade nos negócios extrajudiciais, Manuel Borges Carneiro mostra que por “princípio de reverência” os descendentes não podiam citar seus ascendentes sem, nos termos e sob as penas da lei, impetrar vênia, ou licença do juiz e que a afinidade era motivo para a arguição de suspeição do juiz e para o impedimento de servir de testemunha. Essas proibições eram previstas, entre outros, para os enteados e os genros.²⁶⁰

No que diz respeito a essa matéria, na doutrina francesa, F. Laurent ensina que, em relação à aliança, não há propriamente que se falar de graus nem de linhas, porque os graus resultam da geração, assim como as linhas, e entre afins não há geração. Aplica-se, porém, como distinção em graus e linhas a aliança, porque o casamento é proibido entre certos aliados. Como a aliança deriva do parentesco, é por assim dizer a imagem, a qual se estende aos aliados princípios que regem os parentes. Há uma aliança natural e uma aliança legítima, esta resulta do matrimônio e da parentela legítima, a primeira resulta da parentela natural.²⁶¹

²⁵⁷ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. Lisboa: Typographia de Antonio da Rocha, 1851. t. I, p. 200.

²⁵⁸ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*, t. I, p. 203, 206.

²⁵⁹ Complementa o autor citando: “O. II T. 26, § 22 v. DD no Rep. III p. 427 vb marido e mulher Per. so class p. 204, 205” (CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. Lisboa: Imprensa de J. G. de Sousa Neves, 1867. t. II, § 104, n. 25, p. 22).

²⁶⁰ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*, t. I, p. 210 e 212.

²⁶¹ Tradução livre do texto: “Il n’y a pas, à proprement parler, de degrés ni de ligne dans l’alliance, puisque les degrés résultent de la génération, ainsi que les lignes, et entre alliés il n’y a pas de génération. On applique cependant la distinction des degrés et des lignes à l’alliance, puisque le mariage est prohibé entre certains alliés. Comme l’alliance derive de la parenté et en est pour ainsi dire l’image, on a étendu aux alliés principes qui régissent les parents. Il y a une alliance naturelle et une alliance légitime; celle-ci découle du mariage, et de la parenté légitime, la première résulte de la parenté naturelle” (LAURENT, F. *Cours élémentaire de droit civil*, p. 229).

Como visto alhures, no Brasil as relações de parentesco por afinidade continuam produzindo efeitos em matéria de impedimentos matrimoniais. Em várias legislações estrangeiras, o vínculo de afinidade, além dos efeitos de ordem pessoal como aqueles que dizem respeito aos impedimentos, produz também efeitos de ordem patrimonial, entre os quais se encontra o estabelecimento da obrigação alimentar entre afins.

Nos termos do Código Civil francês, segundo K. S. Zachariae, a obrigação recíproca de fornecer alimentos existe entre pais e filhos e outros descendentes ou ascendentes que deles necessitar. A mesma obrigação recíproca existe entre o sogro e a sogra, de um lado, e o genro ou a nora, de outro (arts. 206 e 207). No entanto, a sogra ou a nora que contraíram um segundo casamento não podem reclamar os alimentos e a obrigação de fornecer cessa de maneira absoluta pela morte do esposo que produziu a afinidade ou dos filhos provenientes de união com outro esposo (art. 206). Os alimentos não são devidos nem entre colaterais e outros afins que não foram designados nem entre os filhos ilegítimos e os parentes e afins de seus pais, embora estes tenham o direito de demandar. Essa última regra sofre exceções no que diz respeito às causas de impedimento matrimonial, as quais se aplicam aos filhos ilegítimos.²⁶²

Análise do capítulo

É possível considerar que, no período investigado, diversas formas de matrimônio eram aceitas; a celebração, em alguns casos, deveria obedecer às disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia; e o Direito Civil aplicado apenas regulamentava seus efeitos, até a entrada em vigor do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1980, que promulgou a lei sobre o casamento. Por isso, todas as alianças, embora recebessem a denominação casamento católico, misto, acatólico, clandestino, de fato, putativo, presumido ou mancebia, barreguice, concubinato, eram uniões de fato e tinham o mesmo fundamento – a constituição da família.

²⁶² Tradução livre do texto: “Les enfants sont tenus de fournir des aliments à leurs père et mère et autres ascendants lorsqu’ils sont dans le besoin, art. 205. Réciproquement le père et la mère et les autres ascendants doivent des aliments à leurs enfants et descendants, art. 203 et arg. art. 207 combiné avec l’art. 205. La même obligation réciproque existe entre le beau-père et la belle-mère d’une part, et le gendre ou la bru de l’autre, art. 206, 207. Toutefois la belle-mère ou la bru qui contractent un second mariage ne peuvent réclamer d’aliments; et l’obligation de les fournir cesse d’une manière absolue par le décès, sans postérité, de l’époux qui produisait l’alliance, ou par le décès des enfants issus de son union avec l’autre époux, art. 206. Les aliments ne sont pas dus entre collatéraux et entre les alliés autres que ceux qui viennent d’être désignés [...]. Les enfants illégitimes n’ont, avec les parents et alliés de leurs père et mère, ni parenté, ni alliance, dans le sens du droit civil, arg. art. 159, 756, Pén. art. 299. L’enfant illégitime ne doit donc pas d’aliments aux parents de ses père et mère, pas plus qu’il n’a le droit de leur en demander. Cependant cette règle souffre une exception dans le cas de l’art. 766, et relativement à certaines prohibitions fondées sur la parenté, lesquelles, d’après la lettre, V. art. 161, 162 e § 133, ou d’après l’esprit de la loi, s’appliquent aussi aux enfants illégitimes” (ZACHARIAE, K. S. *Le droit civil français*, § 131, p. 220-222, § 166, p. 316).

Observou-se, na sociedade da época, a inclusão de novos arranjos e profundas mudanças nas formas de reconhecimento da união entre o homem e a mulher, com o objetivo de constituir família; contudo, o consentimento e a coabitação duradoura acompanham os institutos do matrimônio e do concubinato desde o Direito Romano, passando pelo Concílio de Trento e pelas leis que vigoraram, no Brasil, nos períodos Colonial, Imperial e Republicano.

A falta de reconhecimento das uniões concubinárias por parte da Igreja Católica, mesmo tendo reconhecida a inegável contribuição de seus dogmas e valores morais, sugere, mais do que a inexistência dessas uniões ou de uma postura intransigente e contrária aos fatos ocorridos na sociedade, o poder político que ela exercia junto ao Estado, ao impor que apenas as uniões celebradas sob seu domínio fossem consideradas válidas. Além disso, percebe-se o interesse do Estado, ao vislumbrar no matrimônio o fundamento da família legítima, visando à própria estabilidade social e política.

A ausência de vários direitos ou a forma como estes eram reconhecidos, considerando a posição dos filhos legítimos ou ilegítimos perante a família, também denota, além do interesse da Igreja Católica e do Estado em manter a identidade da família legítima em detrimento das constituídas pelas uniões concubinárias, uma cultura herdada do Direito Romano, com as advindas modificações, social e jurídica, as quais dispensavam aos filhos somente aquilo que sobejava.

Não se pode deixar de observar, com base na pesquisa teórica realizada, que as relações de parentesco guardavam várias características herdadas dos Direitos Romano e Canônico. No Brasil, o parentesco advindo e resguardado pelos costumes e legislação vigente à época se originava da consanguinidade, afinidade, adoção e espiritual.

Quanto à afinidade, conceituada como o parentesco de um dos cônjuges em relação aos parentes do outro ou como a proximidade que há entre um dos cônjuges e a família do outro, ela se dividia em legítima ou ilegítima, conforme proviesse do casamento no primeiro caso ou de ajuntamento ilícito no segundo.

A afinidade produzia efeitos em matéria de impedimentos matrimoniais, inclusive, segundo as Ordenações do Reino de Portugal, o matrimônio entre parentes afins em grau proibido, como já ocorria desde o Direito Romano, continuava sendo considerado incestuoso e era punido. A proibição se originava em razão do casamento, inclusive das segundas núpcias; portanto, não deixava invisível a situação do filho preexistente à nova união de um ou de ambos os pais; da cópula ilícita; do matrimônio rato e dos esponsais (*quasi afinidade*) e do parentesco espiritual. Apesar da divergência doutrinária encontrada nas fontes pesquisadas

quanto à existência e à contagem das linhas e dos graus de afinidade, é possível verificar que essa divisão existia e que a contagem variava, em cada época da história (Imperial, Colonial e Republicana), de acordo com cada uma de suas espécies.

Ao contrário do Direito Civil brasileiro, que considerava a afinidade como um vínculo decorrente do parentesco, o Código Civil francês de 1804 não incluía os afins (*alliés*) entre os parentes. Nesse direito, em que havia previsão legal de que a afinidade gerava tanto o impedimento para o matrimônio entre certas pessoas, até mesmo de uma pessoa com o filho natural de seu cônjuge, quanto a obrigação alimentar entre certos afins, não é possível afirmar que a afinidade decorria também do concubinato.

4

O DIREITO CODIFICADO: NOVOS DIREITOS, NOVAS CONQUISTAS E VELHOS DESAFIOS

4.1 Introdução

De acordo com as considerações anteriores, buscou-se compreender a organização jurídica do casamento, do concubinato e do parentesco antes da entrada em vigor do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil, dando-lhe como primeiro efeito a constituição da família legítima e a legitimação dos filhos,²⁶³ bem como revogando todas as formas de matrimônio permitidas pelas legislações anteriores. Doravante, a presente investigação deixará de tratar diretamente do matrimônio para perseguir, de perto, seu objeto: a construção jurídica adotada e aplicada sobre os institutos do concubinato e do parentesco, principalmente o parentesco por afinidade, desde a entrada em vigor do Código Civil, Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916,²⁶⁴ até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Também abordar-se-á a afinidade, segundo alguns doutrinadores estrangeiros.

4.2 Código Civil de 1916

Comentando sobre o Direito de Família no Código Civil de 1916, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda ensina que, apesar das alterações na legislação brasileira, a religião, a moral e os costumes continuaram exercendo grande ingerência em quase todos os seus institutos e que a interpretação dessas regras não deve ser do mesmo modo para outras matérias de Direito Civil, porque:

A finalidade da legislação estatal, em matéria de direito de família, como a finalidade das legislações confessionais sobre a família, é regular e proteger a vida do par andrógino, assegurar a procriação dentro da legalidade, fixar o que é

²⁶³ “O dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 56, § 1º, dá como primeiro efeito do casamento, ‘constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo se um destes, ao tempo do nascimento ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p. 348).

²⁶⁴ Sobre o histórico dessa lei, principalmente em relação aos debates na Câmara e no Senado e ao desaparecimento ou modificação de certos dispositivos “que, melhor, accentuavam a feição liberal do *Projecto*”, que se converteu no Código Civil brasileiro, deve-se, obrigatoriamente, consultar a obra *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, de Clóvis Beviláqua (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 28).

parentesco *jurídico*, necessariamente menor que o parentesco *biológico*, mas, em alguns pontos, excedente (**afinidade**, adoção), proteger os menores e os incapazes. O que caracteriza, como *plus*, a legislação moderna é o *individualismo* do Direito de Família, que sempre foi o menos individualista dos ramos do Direito privado.²⁶⁵

Orlando Gomes advoga que, ao lado das influências religiosas e éticas do catolicismo, “registram-se as que procedem da própria índole do povo em harmonia com as suas condições materiais de existência”. Informa, ainda, que em “todos os povos, a família varia, quanto ao gênero de vida, segundo as regiões e as classes sociais”;²⁶⁶ Clóvis Beviláqua mostra que a família consolida-se pelos sentimentos afetivos.²⁶⁷⁻²⁶⁸

Percebe-se, portanto, de acordo com o legado desses três eminentes juristas citados, que o estudo do Direito de Família, além da legislação antecessora, da vigente e suas alterações, da influência da religião, da moral e dos costumes, bem como das condições sociais de existência familiar, precisava considerar as relações e os sentimentos afetivos entre os membros dessa família.

Acerca do casamento, que deixou de ser uma situação de fato defendida pela maioria dos romanistas, na acepção jurídica o Código Civil de 1916 não recepcionou a validade do casamento religioso ou as demais formas de casamento apontadas por Álvaro Villaça Azevedo, Augusto Teixeira de Freitas e Lafayette Rodrigues Pereira. O primeiro doutrinador mostra que, com “isso, deixou o Estado brasileiro de considerar não só o casamento de fato (por mera convivência duradoura dos cônjuges), bem como o casamento religioso”, que não tem “existência autônoma, independente, como antes desse Decreto de 1890”.²⁶⁹ A concepção de casamento como um ato solene defendida por Lafayette Rodrigues Pereira e outros,²⁷⁰ segundo José Bonifácio de Andrada e Silva, não prevalece com a entrada em vigor do Código Civil; para o autor, o casamento é um perfeito contrato para o qual são fixadas as regras e as formalidades.²⁷¹

²⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 66 (negrito nosso).

²⁶⁶ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 10 e 13.

²⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 20.

²⁶⁸ Sobre a influência de diversos fatores na vida familiar, importante destacar as informações apresentadas por João de Matos Antunes Varela: “O casamento e o parentesco, por exemplo, geram situações *duradouras* muito *complexas*, que envolvem sentimentos, instintos, aptidões físicas, laços afetivos, atitudes de conteúdo moral, formas exteriores e interiores de comportamento, inibições, ligadas às camadas mais fundas da personalidade” (VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família*, p. 13).

²⁶⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 17.

²⁷⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 29-30.

²⁷¹ SILVA, José Bonifácio de Andrada e. In: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil, por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918. p. 31.

Embora a teoria contratualista²⁷² seja aceita por grande número de civilistas brasileiros,²⁷³ não é a única que procura explicar a natureza jurídica do matrimônio.²⁷⁴

Esse Código consagrou: o casamento civil como única forma de constituição da família legítima; a autoridade do marido como chefe da sociedade conjugal; e a condição da mulher como auxiliar na direção do lar e na educação dos filhos.²⁷⁵ O Código previa que todo casamento celebrado no Brasil deveria obedecer às formalidades previstas em seus arts. 180 a 182 e ter como prova a certidão do registro obtido ao tempo de sua celebração ou por meio de qualquer outra espécie de prova, desde que justificada a falta ou a perda do registro (art. 202, parágrafo único). Se o casamento fosse contraído fora do Brasil, “prova-se de acordo com a lei do país onde se celebrou”, e, se contraído perante agente consular, a prova se dava por certidão do assento no registro do consulado (art. 204). Também foram regulamentados pelo Código Civil de 1916, entre outros, os efeitos jurídicos do casamento civil, os regimes de bens entre os cônjuges, as relações de parentesco e a dissolução da sociedade conjugal. Adotou esse Código a expressão desquite, e não divórcio como previsto nas legislações anteriores; contudo, na prática não sofreu nenhuma alteração, porque em nenhum deles havia a dissolução do vínculo matrimonial.²⁷⁶ Estabelecia, ainda, restrições à realização das segundas e sucessivas núpcias, visando, principalmente, proteger direitos dos filhos do primeiro leito nos arts. 183, XIII e XIV,²⁷⁷ 248, I, 329, 382, 384, 385 e 393.

²⁷² Como apresentada no primeiro capítulo da presente tese, a natureza jurídica do matrimônio desde o direito romano sempre foi muito controversa. No direito codificado, Maria Helena Diniz explica que essa concepção contratualista do matrimônio “originária do direito canônico – que colocava em primeiro plano o consentimento dos nubentes, deixando a intervenção do sacerdote na formação do vínculo, em posição secundária – foi aceita pelo racionalismo jusnaturalista do século XVIII e penetrou, com o advento da Revolução Francesa, no Código francês de 1804, influenciando a Escola Exegética do século XIX e sobrevivendo até nossos dias na doutrina civilista”. Segundo essa teoria, o “matrimônio é um *contrato civil*, regido pelas normas comuns a todos os contratos, ultimando-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes, que há de ser recíproco e manifesto por sinais exteriores” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 10. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 5, p. 31-32). Ainda a respeito da controvérsia sobre a natureza jurídica do matrimônio a partir do Direito Romano, consultar as anotações constantes no Capítulo I da presente tese, que tem como fundamentos as investigações de José Carlos Moreira Alves e Pietro Bonfante (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, 6. ed., v. II, p. 283-286; BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 58, p. 181).

²⁷³ Entre eles: Álvaro Villaça Azevedo, Caio Mário da Silva Pereira, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Silvio Rodrigues, Orlando Gomes, Virgílio de Sá Pereira.

²⁷⁴ Maria Helena Diniz explica, ainda, que para a doutrina eclética ou mista o “casamento é um ato *complexo*, ou seja, é concomitantemente contrato (na formação) e instituição (no conteúdo)” e para a concepção institucionalista “O casamento é uma *instituição social*, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos em lei” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 10. ed., p. 49). Maria Helena Diniz filia-se a essa última teoria.

²⁷⁵ Mudanças sociais significativas da condição mulher tiveram maior visibilidade com a edição da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada.

²⁷⁶ SILVA, José Bonifácio de Andrada e. In: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, p. 99.

²⁷⁷ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. refundida de lições de direito civil. Direito de família. São Paulo: RT, 1993. t. II, v. 5, p. 460.

4.3 Concubinato

Para apreender o instituto do concubinato e do parentesco por ele originado, escolheu-se por apresentar seus conceitos, denominações, elementos constitutivos, efeitos e um breve histórico da evolução jurídica dos direitos, gradativamente, auferidos pelos concubinos e por seus filhos, durante a vigência do Código Civil de 1916.

4.3.1 Conceito e elementos constitutivos

O concubinato pode ser designado por meio de vários vocábulos²⁷⁸ e pode “revestir-se de aspectos morais e imorais”,²⁷⁹ por isso, é importante investigá-lo a partir de seu conceito etimológico. Álvaro Villaça Azevedo, após analisar a origem da palavra concubinato,²⁸⁰ verifica que ela tem o sentido “de dormir com outra pessoa, copular, deitar-se com, repousar, descansar, ter relação carnal, estar na cama”. Segundo o Professor, o vocábulo apresenta-se com dois sentidos: “o amplo ou lato, a significar toda e qualquer união sexual livre; e o estrito, a mostrar-se como união duradoura, a formar a sociedade doméstica de fato, onde é importante o ânimo societário (*affectio societatis*) e a lealdade concubinária”.²⁸¹

Em seu sentido amplo, o termo concubinato, de acordo com Jean Beucher citado por Álvaro Villaça Azevedo, compreende “‘uma variedade infinita de modalidades’ de uniões livres, desde que não sejam ‘relações puramente passageiras’, acidentais e sem continuidade, que os romanos denominavam de *stuprum*”. O nobre doutrinador, com base em outros autores, ensina que o concubinato funda-se “no preceito do artigo 1.363 do Código Civil, onde está assegurado que todo somatório recíproco de esforços, pessoais ou materiais, para a obtenção de fins precípuos e comuns, implica celebração de contrato societário”.²⁸²

²⁷⁸ Tanto no Brasil como em diversos países, há grande diversidade terminológica para nomear o concubinato, e o que se observa entre eles é que em termos de terminologia não há diferença. Philippe Maluarie apresenta na França a variedade de palavras utilizadas e alega que o mesmo ocorre em vários outros países: concubinato; união livre; coabitação; coabitação fora do casamento; casamento de fato; união de fato; união não matrimonial e união estável etc. A seguir o texto original na íntegra: “De nombreux mots désignent le concubinage: de manière aristocratique: union libre; de manière réaliste mais pudique: cohabitation; pour faire sympathique; cohabitation juvénile alors qu’il y a aussi une cohabitation sénile; ou de manière plus technique: cohabitation hors mariage, ou communauté de vie, ou mariage de fait, ou union non maritale, ou union stable; ou de manière à la fois technique et moderne: vie maritale; ou de manière approximative: fiancés, alors qu’il n’y a généralement pas de promesse de mariage. L’étranger a aussi une grande diversité terminologique” (MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*, p. 129).

²⁷⁹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 17.

²⁸⁰ Segundo o autor: “Ao partirmos do conceito etimológico da palavra concubinato temos que ela descende do vocábulo latino *concubinatus*, us, que, então, já significava mancebia, amasiamento, abarregamento, do verbo *concumbo*, is, ubui, ubitum, ere ou *concubo*, as, bui itum, are (derivado do grego)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 63).

²⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 63.

²⁸² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 63-64, 66.

Álvaro Villaça Azevedo elenca, ainda, os seguintes conceitos de concubinato apresentados por Silvio Rodrigues e Pinto Ferreira: “a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou

Conclui Álvaro Villaça Azevedo que, do sentido amplo e estrito da palavra concubinato e diante dos elementos que conceituam o instituto, “duas espécies se destacam: a do concubinato puro e a do impuro”. Considera-se concubinato puro “quando ele se apresenta com os aludidos elementos do conceito expendido, ou seja, como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima”, como acontece, por exemplo, quando se unem os solteiros, os viúvos e os separados judicialmente; o impuro é o concubinato “adulterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinado, que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato”. O “concubinato puro, ou concubinato simplesmente, deve merecer, por parte do Estado, completa proteção e regulamentação legal; já o segundo, concubinato impuro ou concubinagem, não deve merecer qualquer apoio dos órgãos públicos e, mesmo da sociedade”.²⁸³

Edgard de Moura Bittencourt também conceitua concubinato a partir dos dois sentidos citados. O concubinato em sentido amplo vai desde a “posse do estado de casado, com notoriedade e de longos anos, até a união adulterina, tudo se inclui na conceituação”; o concubinato em sentido estrito “é a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio”; revela-se, pois, pela “convivência *more uxorio*, ou seja, o convívio como se fossem marido e mulher”. O autor assevera que a melhor explicação para regulamentar as consequências da união concubinária, como comunhão de bens e interesses entre concubinos, é a da sociedade de fato, encarada como sociedade civil.²⁸⁴

Adahyl Lourenço Dias, do mesmo modo, alude que no “campo do direito civil é mister estabelecer duas espécies de concubinato, uma no sentido lato e outra no estrito”. Consubstanciado em outros juristas, o autor expõe que em seu sentido lato afigura-se “mais para o lado da *concubinagem*, isto é, ligação do homem casado civilmente, coabitando-se com

menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem” (Silvio Rodrigues); “é a união estável e prolongada de homem com mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo pelos laços do casamento, revestindo-se, porém, tal união, necessariamente de algum requisito, como a notoriedade, fidelidade da mulher, continuidade de relacionamento sexual” (Pinto Ferreira) (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 63-65).

²⁸³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 66.

²⁸⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 14-15 e 72.

Ainda, segundo o autor: “Há autores, como ROGERS, que procuram classificar o concubinato segundo suas formas: perfeito e imperfeito ou direto e indireto, conforme condições que descrevem. Mas toda e qualquer classificação, na pesquisa do efeito jurídico que possa ter a união livre, resulta coisa ociosa. O próprio idealizador dessa técnica incumbe-se de o mostrar, quando, após disciplinar as situações em grupos e subgrupos, termina por negar juridicidade à pretensão da concubina” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 18).

sua legítima esposa, e, concomitantemente, *mantendo* uma ou várias concubinas”; igualmente constitui concubinato em sentido lato quando a coabitação do homem desimpedido com a concubina não assume, “pelo espaço de tempo, a durabilidade convincente de uma ligação plena e aparente de estado de casado”. Em sentido estrito, o concubinato “é a união duradoura, com todo o aspecto de casamento legítimo, notoriedade de afeições recíprocas, vivendo como marido e mulher, respeitando-se mutuamente e coabitando-se sob o mesmo teto”.²⁸⁵

De acordo com Washington de Barros Monteiro, o conceito generalizado de concubinato se traduz pela manifestação aparente de casamento do homem com a mulher, vivendo como se fossem casados, embora sem o ser. O concubinato, “também chamado *união livre*, tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento. Simples relações sexuais, ainda que repetidas por largo espaço de tempo, não constituem concubinato”.²⁸⁶ Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, concubinato é a união prolongada, de fato, à semelhança do casamento, “daqueles que não se acham vinculados por matrimônio válido ou putativo”.²⁸⁷

Na doutrina portuguesa, João de Matos Antunes Varela aponta que a união livre ou de fato, entre duas pessoas de sexos diferentes, não se confunde com as simples relações carnavais acidentais, por exemplo, com prostituta ou com mulher seduzida ou coacta; nem com as relações secretas, embora duradouras; nem com as relações carnavais duradouras, mas sem a convivência marital sob o mesmo teto, com comunhão de mesa, leito e habitação. A união livre ou de fato é a *more uxorio*, a qual pressupõe comunhão duradoura de vida em condições análogas às dos cônjuges (art. 1.871, 1, c, do Código Civil português).²⁸⁸

Aponta Edgard de Moura Bittencourt que, assim como é impossível prender-se a um único conceito de concubinato, a diferença entre concubina e companheira também não é tranquila. Enquanto alguns juristas distinguem os sentidos das palavras concubina e companheira a partir do caráter da união: ilegítima, imoral ou adulterina, outros se opõem a essa classificação, indicando, outrossim, que companheira “é a designação elevada que se dá à mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa; mas, como não existem os laços do casamento civil, é concubina”. Por fim, constata o doutrinador que, por não adquirir as distinções, nenhuma consistência técnica, apenas o caso concreto “irá dizer,

²⁸⁵ DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*, p. 42-43.

²⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 15.

²⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 88.

²⁸⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família*, nota 9, p. 19.

acolhendo ou rejeitando a pretensão exposta, se a mulher é companheira ou concubina, na terminologia daqueles que separam as situações”.²⁸⁹

Adahyl Lourenço Dias expõe que a distinção entre concubina e companheira vem sendo cada vez mais acentuada e que ela é necessária para que se possam “confinar os institutos e suas consequências no campo do direito”; no âmbito do direito previdenciário, destaca-se com mais frequência a denominação companheira; e, no Direito Civil, embora as duas sejam utilizadas, a distinção dá-se em razão da atividade desenvolvida pela mulher e de seu estado de dependência. Após sua exposição, verifica-se que as mulheres que exercem atividades com finalidades lucrativas, ou seja, “nos casos em que a mulher haja contribuído com seu trabalho, exerça atividade produtiva, para o enriquecimento do patrimônio concubinário”, são denominadas companheiras, e as que exercem atividades “de maneira modesta em serviços domésticos, e a sua participação se encaminha em servir à pessoa do concubino, à sua casa, prestando-lhe concurso *intra parietes*, cuidando do lar, e se situa mais na intimidade sem salientar-se em negócios fora daquele”, são chamadas de concubinas.²⁹⁰

Solucionando as preocupações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da distinção entre companheira e concubina, Álvaro Villaça Azevedo orienta no seguinte sentido: “pode dizer-se, simplesmente, concubina, em qualquer das duas espécies de concubinato, com a adjetivação, cogitada (puro ou impuro)”.²⁹¹

O Código Civil brasileiro de 1916 “não regulamentou o concubinato, não o proibiu, mas a ele se refere, sempre, procurando defender o instituto do casamento ou reproduzindo sanções da velha legislação”.²⁹²⁻²⁹³ Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o concubinato não constituía instituição de Direito de Família no direito brasileiro, mas isso “não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato”.²⁹⁴

²⁸⁹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 14 e 17.

²⁹⁰ DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*, p. 40-41. Esse também é o entendimento de Carlos Alberto Bittar (*Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 2. p. 1.133).

²⁹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 68.

²⁹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 73.

²⁹³ Edgard de Moura Bittencourt informa que “Nenhuma lei pune o concubinato. Em alguns países, a lei penal prevê o concubinato do homem casado como modalidade de adultério, mas não pune a união livre [...]. A proibição do concubinato na República Popular da China tem razoável explicação, qual a desordem social e moral do antigo regime. Mas, a punição tem caráter civil. Com exceção da República do Equador, onde o concubinato público e escandaloso é passível de sanção criminal, o concubinato apenas integra a figura típica do adultério do marido; mas a união livre não está contra a lei. É esta a afirmação unânime dos autores” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 19).

²⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. VII, p. 211.

A negativa jurídica do concubinato, como instituição de Direito de Família, visando assegurar a estabilidade da família legítima, pode ser verificada em vários dispositivos do Código Civil de 1916, entre eles: art. 183, II, no qual segundo alguns autores o concubinato não gerava o vínculo de afinidade; no entanto, essa matéria é controversa e será a seguir examinada; art. 183, VII, que vedava o casamento do cônjuge adúltero com o seu corréu, por tal condenado; art. 248, IV, que negava a faculdade de o marido transferir ou doar bens comuns, móveis ou imóveis, à concubina, facultando à esposa reivindicar tais bens; art. 358, o qual negava o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos; art. 1.177, o qual proibia doações do cônjuge adúltero a seu cúmplice; art. 1.474, que impedia a instituição de seguro de vida à concubina; e art. 1.719, III, que estabelecia a incapacidade testamentária passiva da concubina. O art. 363, I, possibilitava o reconhecimento da prole havida de união concubinária. Todavia, essa faculdade sugere, de acordo com o rígido sentimento de moralidade da época, apenas salvaguardar alguns interesses do filho.

Caio Mário da Silva Pereira diz que ao “casamento, como instituição social legítima e regular, contrapõe-se a *união livre*, mais ou menos duradoura e especialmente o concubinato, cuja quase estabilidade não deixa de atrair as atenções e despertar os interesses da ordem jurídica”. Além disso, o autor aponta que, mesmo não produzindo os efeitos do matrimônio, o concubinato gera efeitos em relação aos filhos e no plano econômico, tais como: benefícios da legislação social e previdenciária, reparação por perdas e danos, pensão alimentícia, partilha de bens fundada em uma sociedade de fato “entre os amantes” e remuneração por serviços domésticos.²⁹⁵ Essas questões, não raras vezes, levavam a grandes litígios, principalmente em casos de dissolução da união ou de morte de um ou de ambos os concubinos. Acresce-se a isso que, até que fosse editada a Lei n. 6.515, em 26 de dezembro de 1977, por não haver possibilidade de novas uniões legítimas, as pessoas constituíam novas famílias de fato, fundadas na convivência extramatrimonial.

Sendo o concubinato um estado de fato, a aplicação da lei em face do caso concreto dava-se mediante as provas da relação concubinária. Apesar das dificuldades para o reconhecimento judicial da união concubinária, que pressupunha a existência de provas inequívocas, “especialmente no que concerne a reconhecimento de direitos dele oriundos”,²⁹⁶ não se verificou nenhuma divergência entre os autores consultados de que o concubinato

²⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. V, p. 33.

²⁹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1972. Livro II, t. I, v. 2, p. 312.

provava-se por todos os meios de provas, inclusive testemunhais. Este também era o posicionamento majoritário dos tribunais.²⁹⁷

Para regulamentar os efeitos dessa união de fato, “foi importante o surgimento de uma legislação extravagante, em defesa do concubinato, e de uma jurisprudência, em evolução constante, nesse mesmo sentido, de caráter jurídico, mas de cunho eminentemente social”.²⁹⁸

4.3.2 *Evolução legislativa*

Antes que se apresente, em linhas gerais, a evolução da legislação que assegurou direitos aos concubinos, deve-se ressaltar que a proteção jurídica foi prevista em razão do concubinato puro, assim como os direitos adquiridos, dado seu caráter de reciprocidade, cabiam tanto à mulher quanto ao homem.²⁹⁹

O primeiro passo em direção ao reconhecimento dos direitos dos concubinos, na legislação infraconstitucional, deu-se na segunda década do século XX, com relação aos acidentes de transporte. O Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912, art. 22, possibilitava à concubina propor ação de indenização por morte do companheiro, se esta fosse de responsabilidade civil das estradas de ferro e transportadores.³⁰⁰

A Consolidação das Leis do Trabalho, “Dec.-lei n. 5.462, de 1.5.1942 (com alterações posteriores), permitiu, no art. 16, a inclusão da companheira na Carteira de Trabalho como ‘dependente’”.³⁰¹ A lei de acidentes do trabalho igualmente beneficiou a concubina; o Decreto-lei n. 7.036/1944, que reformou a Lei de Acidentes do Trabalho, no art. 21, parágrafo único, aponta que a “companheira mantida pela vítima terá os mesmos direitos do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício” e desde que declarada como “beneficiária na carteira profissional, no registro de empregados, ou em qualquer outro ato solene de declaração de vontade do acidentado”.³⁰² Esse decreto não foi alterado pela Lei n. 6.367/1975, que dispôs sobre o seguro de acidentes de trabalho a cargo do INPS; desse modo,

²⁹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 21.

²⁹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 76.

²⁹⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, p. 312.

³⁰⁰ Álvaro Villaça Azevedo recorda que quando surgiu o “Decreto 2.681 de 7 de dezembro de 1912, que regula matéria sobre a responsabilidade civil das ferrovias, o ambiente era hostil ao concubinato. Todavia, o artigo 22 desse mesmo Diploma legislativo responsabiliza as estradas de ferro, em caso de morte de passageiro ‘por todas as despesas’ e prejuízos, ‘a arbítrio do juiz’, acarretados ‘a todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimentos, auxílio ou educação’. A todos aqueles, menciona referido texto legal; inclusive aos concubinos, consoante resultou do entendimento interpretativo, também da Jurisprudência, que terminou por estender esses benefícios aos dependentes de acidentados em outros meios de transporte” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 71).

³⁰¹ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*, p. 497.

³⁰² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 17.

os benefícios à concubina foram mantidos. O Decreto regulador n. 79.037/1976, que regulou a Lei de 1975, fortaleceu a situação da companheira.³⁰³

A Lei paulista n. 2.699/1954, art. 3º, § 2º, atribui à concubina do presidiário, de poucos recursos econômicos, o produto da renda de seu trabalho na cadeia pública, e a Lei n. 7.447/1970 da Prefeitura de São Paulo, art. 9º, arrola a companheira entre os beneficiários obrigatórios de pensão pelo Montepio Municipal, logo após a viúva e antes dos filhos menores e solteiros, equiparando-a à viúva do contribuinte falecido, somente lhe reduzindo a pensão se o falecido, separado judicialmente, estivesse obrigado a prestar alimentos a sua ex-esposa.³⁰⁴

Em matéria previdenciária, as concessões à concubina foram cada vez maiores. O Decreto n. 20.465/1931, que reformou a legislação das Caixas de Aposentadorias e Pensões, em seu art. 31, § 3º, facultou em caso de falecimento do associado ativo ou do aposentado e, mediante declaração do mesmo, à pessoa que vivia sob sua exclusiva economia o direito de receber a pensão. A Lei n. 4.284/1963, que criou o Instituto de Previdência dos Congressistas, admite que sejam concedidas às pessoas elencadas, na lei, e que vivam sob a dependência do contribuinte os benefícios especificados no art. 8º, b, II. A Lei n. 4.069/1962, art. 5º, §§ 3º e 4º, autoriza a concubina a receber a pensão concedida ao servidor da União, desde que este não tenha filhos; que viva sob sua dependência no mínimo há cinco anos e que haja impedimento legal para o casamento; se o servidor tiver filho, somente a metade da pensão poderá ser destinada à beneficiária. A Lei n. 4.103-A/1962, art. 5º, contempla a amante de advogado como beneficiária. Essa lei foi revogada pelo Decreto-lei n. 72/1976, que criou o Instituto Nacional da Previdência Social, mas a companheira foi mantida como dependente do segurado. Nesse mesmo sentido, encontram-se as Leis ns. 4.297/1963, art. 3º, d, e 6.194/1974, art. 4º, parágrafo único; Decretos ns. 76.022/1975, art. 4º, a; 77.077/1976, arts. 13 a 16; 83.080/1979, arts. 12 a 18; 89.312/1984, arts. 10, I, §§ 5º a 7º, 11, §§ 1º a 5º e 49, § 2º.

A Lei n. 4.242/1963, art. 44, prevê que o servidor público civil ou militar, de autarquia ou sociedade de economia mista, desquitado, se não responder pelo sustento da esposa, poderá descontar importância igual na declaração de imposto de renda, se houver incluído entre seus herdeiros pessoa que viva sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos, a exemplo da Lei n. 4.862/1965, art. 3º. Nos termos da Lei n. 6.858/1980 e do Decreto n. 85.845/1981, entre outros, a concubina tem o direito de receber o pagamento de

³⁰³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 76.

³⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 10. ed., p. 230-231.

valores não recebidos em vida devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais (FGTS e PIS-Pasep).

A Lei do Inquilinato n. 4.494/1964, art. 9º, estabelece que “as pessoas que viviam na dependência econômica do locatário, desde que residentes no prédio”, teriam direito de continuar a locação. Tal dependência parece ter impulsionado, tempos depois, os julgados que reconheceram direitos à concubina de continuar a residir no prédio locado após a morte do locatário ou diante da dissolução da sociedade concubinária. Além disso, Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Lauria Tucci informam que a expressão genérica “pessoas que viviam na dependência econômica do locatário” levou o legislador do inquilinato também a proteger a família de fato.³⁰⁵

Na época, não apenas a legislação como também os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que dispunham sobre a locação acenavam para o não reconhecimento da família de fato.³⁰⁶ Em seguida, pela Lei n. 6.649/1979, art. 12, I, também a possibilidade de o convivente continuar a locação por morte do locatário não foi incluída. Não obstante a omissão do legislador, alguns direitos à concubina vinham sendo assegurados, quando ela vivia “na dependência econômica do locatário”, residia, anteriormente, no imóvel e em decorrência do direito de retomada do imóvel (Decreto-lei n. 9.660/1946).

Lei n. 6.015/1973, art. 57 e §§ 2º a 4º, autoriza à concubina o direito de usar o nome do companheiro, desde que com a expressa concordância dele; que a vida em comum perdurasse há mais de cinco anos ou existissem filhos da união e que a ex-esposa tivesse sido condenada ou tivesse renunciado ao uso dos apelidos do marido. O pagamento de pensão do companheiro à ex-esposa não ilide a possibilidade do pedido.

Outro instituto em que se percebe discussão durante a vigência do Código anterior é o do bem de família convencional previsto na Parte Geral, no Livro II, Título Único, Cap. V, arts. 70 a 73, do Código Civil de 1916. Silvio Rodrigues assevera que, no sentido que a lei empresta ao vocábulo “família” (os cônjuges e os filhos, até completarem a maioridade), a faculdade de instituir o bem de família é do chefe desta,³⁰⁷ que poderia ser tanto o homem

³⁰⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça; TUCCI, Rogério Lauria. *Tratado da locação predial urbana*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. I, p. 120-121.

³⁰⁶ “Carece de direito a concubina que pleiteia sub-rogar-se na locação de que era titular o companheiro falecido (TJ antigo DF, 5ª Câmara, 1960, *Ement. For.*, nov. 1962, ano XIV, n. 168)” (COMBRE, Nilton da Silva. *Teoria e prática da locação de imóveis*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 303).

³⁰⁷ Silvio Rodrigues sustenta seu posicionamento com fundamento no Código Civil de 1916, art. 70, parágrafo único, e na Lei n. 3.200/1941, art. 20 (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1, p. 143-144).

como a mulher, quando esta assumia a “direção e administração do casal”.³⁰⁸ Washington de Barros Monteiro argumenta que, como a lei não distingue quem pode ser beneficiado pelo favor legal, a faculdade de constituir o bem de família alcança as famílias legítimas e ilegítimas.³⁰⁹⁻³¹⁰

Mesmo não levantando a jurisprudência da época sobre o concubinato, é possível afirmar com fundamento no legado por Rui Geraldo Camargo Viana que foi “lenta a marcha jurisprudencial (que, em nosso direito, consagrou a união concubinária estável – direitos da companheira), levando ao seu reconhecimento como entidade familiar”;³¹¹ apesar disso, Caio Mário da Silva Pereira, em seus estudos, verificou que, da “elaboração jurisprudencial, pode-se dizer que existe hoje uma doutrina mais ou menos assente” a respeito do concubinato.³¹²

Grande parte da matéria referente ao concubinato, prevista ou não em lei, reconhecida ou não pela jurisprudência, não era interpretada da mesma forma pelos doutrinadores e tribunais; as controvérsias em torno dessa matéria acaloravam os debates nem sempre frutíferos sobre os direitos dos concubinos. No que tange às questões mais contestadas, uma delas dizia respeito à divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos, e a outra, que ocorria quase sempre diante da inexistência de bens comuns, referia-se à remuneração dos serviços rurais ou domésticos prestados pela concubina durante a vida em comum com o amásio. Sobre essa matéria, não havia consenso algum. Algumas decisões negavam à concubina qualquer direito, sob argumentos como o da ilicitude da relação concubinária, e outras, em maior número e com “fundamento em princípio geral de direito”,³¹³ admitiam tal pretensão “a fim de que não se locuplete o amásio”.³¹⁴ Por cogitar de

³⁰⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*: com comentários à Lei 8.009/90. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1996. p. 95.

³⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1, p. 159.

³¹⁰ Segundo leciona Álvaro Villaça Azevedo, com a instituição do bem de família legal, prevista pela Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, o legislador, desde sua criação, nenhuma dúvida deixou sobre quem pode instituí-lo. Álvaro Villaça Azevedo orienta que a locução “entidade familiar”, art. 1º, *caput*, desta Lei, “tanto pode ser a união estável, protegida como forma de constituição de família, como a comunidade formada por qualquer dos pais e de seus descendentes” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, p. 159).

³¹¹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação*. 1996. 200 f. Tese (Professor Titular) – Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 25.

³¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 11. ed., v. V, p. 33.

³¹³ ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 93.

³¹⁴ A título de ilustração sobre a questão da remuneração pelos serviços da concubina, Washington de Barros Monteiro continua informando que: “A questão mais frequente diz respeito à remuneração dos serviços rurais ou domésticos, prestados pela concubina durante a vida em comum com o amásio. Variam as decisões dos tribunais, umas concedendo e outras não. De feito, em diversos julgados assentou-se que não são indenizáveis tais serviços. Noutros, ao inverso, decidiu-se que ditos serviços se não presumem gratuitos, impondo-se-lhes a remuneração, a fim de que se não locuplete o amásio. Filiamo-nos à primeira corrente. A concessão de salários ou de indenização à concubina situa o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que a do próprio matrimônio, redundando em manifesto contrassenso e detrimento da

inúmeras situações em que a concubina figurava como sujeito passivo a fim de pleitear indenização por acidente de trabalho; requerer sua participação no patrimônio adquirido pelo esforço comum e/ou comprovar a vida em comum *more uxorio*, a jurisprudência sumulou a matéria. Entre as Súmulas mais citadas, destacam-se as de números 35, 380 e 382 do STF.³¹⁵ Embora sumuladas, as discussões em torno dessas matérias não cessaram, mas, sem dúvida, os debates produzidos contribuíram para a conquista dos direitos posteriormente previstos pela Constituição Federal de 1988.

Mesmo toda construção legislativa e jurisprudencial brasileira não sendo capaz de efetivamente proteger os interesses da concubina, não faltavam posicionamentos que consideravam os direitos até então adquiridos uma ameaça à estabilidade da família legítima. Washington de Barros Monteiro assevera que de “concessão em concessão, chegar-se-á ao aniquilamento da família legítima; nada mais a separará da ilegítima”, e Plínio Barreto, citado pelo mesmo autor, alega que “há uma luta contínua entre as duas instituições, a legal e a ilegal, ensaiando esta (o concubinato) os mais variados meios de ação para reduzir o domínio daquela (o matrimônio). Ora, quanto mais o concubinato puxa a coberta para si, mais desnudado fica o matrimônio”.³¹⁶

justiça. A concubina não tem, outrossim, direito à indenização por morte do amásio em desastre ou acidente, conquanto decisões existam em contrário. Igualmente, não tem ela direito a ressarcimento no caso de homicídio perpetrado contra o amásio. Ademais, não pode embolsar pecúlio instituído em associação de classe, se o falecido era casado, nem pode continuar no prédio locado, se dele se retira o companheiro, mas assiste-lhe o direito de continuar a locação por morte deste. Como não tem direito à remuneração pelos serviços caseiros prestados, da mesma forma não pode reclamar meação nos bens deixados pelo amante. Desde que viva decentemente, pode ser tutora”. O nobre jurista apresenta, na mesma obra, uma vasta jurisprudência para corroborar seu posicionamento (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 20-21).

Nesse mesmo sentido, Adahyl Lourenço Dias alude: “Alguns tribunais têm preferido aplicar as normas reguladoras da locação de serviços à pretensão da companheira em recobrar-se do trabalho prestado, inclusive de governante, secretária, auxiliar do companheiro falecido etc. Em trabalho forense publicado há tempos, tivemos ensejo de pôr em relevo a perplexidade jurisprudencial de alguns tribunais no que tange ao direito da concubina de obter indenização pelos seus serviços domésticos. A divergência demonstrava a superficialidade na análise da matéria, agarrando certos julgados na possível ilicitude das relações concubinárias, como se a concubina pleiteasse, não só os salários pelos serviços domésticos, propriamente ditos, prestados ao companheiro ou patrão convertido em amásio, mas indenização pelo tempo que, maritalmente, com ele viveu, ou o *pretium carnis*”. Além das alegações expostas, o autor também apresenta inúmeros julgados, ora negando, ora concedendo direitos à concubina em razão dos serviços prestados ao amásio (DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*, p. 71).

³¹⁵ Súmula 35 do STF, aprovada em 13 de dezembro de 1963: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”; Súmula 380 do STF, aprovada em 03 de abril de 1964: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Ainda, por tratar-se de sociedade de fato, portanto, ligada ao plano obrigacional – e não ao direito de família, a Súmula 382 do STF, aprovada em 03 de abril de 1964, dispensa a necessidade da vida em comum sob o mesmo teto: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

³¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 18.

Em contrapartida, após ser acolhida pela Constituição Federal de 1988 brilhante análise da doutrina, legislação, jurisprudência e da situação social do concubinato, em sua tese de concurso apresentada à comissão examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1986, intitulada *Do concubinato ao casamento de fato*, Álvaro Villaça Azevedo, mais uma vez, lutando por justiça, assim se manifesta:

Esses os aspectos fundamentais sobre o concubinato, enfrentados pela Jurisprudência, que, ora ratificando leis ora regulamentando situações extralegais, tem feito o possível no sentido de não deixar ao desamparo a família de fato. Esta, entretanto, continua insegura ante o posicionamento do legislador de não cuidar, por completo, dessa matéria, que existe na sociedade e que está a reclamar cuidados legislativos mais firmes e sérios, para que os conviventes de fato sintam sua responsabilidade nessa união, que, por mais livre que deva ser, não pode propiciar desrespeito ao próximo e enriquecimento indevido.³¹⁷

4.4 Relações de parentesco

Caio Mário da Silva Pereira assevera que, “tendo em vista os diversos aspectos de vinculação”, o parentesco, dentre as variadas espécies de relações humanas, “é das mais importantes e a mais constante, seja no comércio jurídico, seja na vida social”.³¹⁸ Washington de Barros Monteiro ensina que toda “pessoa enquadra-se numa família por três ordens de relações: o vínculo conjugal, o parentesco por consanguinidade e a afinidade” e mostra que o “exato conhecimento de todas essas relações é de suma importância, porque delas resultam direitos, obrigações e restrições. Assim, no próprio direito civil, se deparam numerosos direitos e obrigações decorrentes ora do vínculo conjugal, ora do parentesco, ora da afinidade”.³¹⁹ Orlando Gomes aponta que as relações de parentesco derivadas do casamento se desdobram em relações de consanguinidade e afinidade e também assegura que o “conhecimento da *relação de parentesco* reveste-se de grande importância prática, porque a lei lhe atribui efeitos relevantes, estatuidos direitos e obrigações recíprocos entre os parentes, de ordem pessoal e patrimonial, e fixando proibições com fundamento em sua existência”.³²⁰ Os dois últimos doutrinadores elucidam dizendo que isso sucede no Direito Civil, em relação aos impedimentos matrimoniais, aos alimentos, aos direitos hereditários e em outros ramos do direito, como o processual e o eleitoral.³²¹

³¹⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 101.

³¹⁸ Segundo o autor: “Para o direito de nossos dias, o parentesco consanguíneo é o padrão, e ao seu lado duas outras ordens se desenham: as relações de afinidade e o parentesco advindo da adoção” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 11. ed., v. V, p. 171-172).

³¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 231-232.

³²⁰ GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 299.

³²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 232; GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 299. Eduardo Espínola, da mesma forma, assinala a importância de se determinarem os laços de

Quanto ao conceito de parentesco, suas categorias e sua divisão em consanguinidade, afinidade e civil, Clóvis Beviláqua ensina: “Parentesco é a relação que vincula entre si as pessoas procedentes de um mesmo tronco ancestral (*cognação*, *consanguinidade*) ou aproxima cada um dos conjugues dos parentes do outro (*afinidade*)”. Continua o autor: “Muitas vezes essa relação é criada artificialmente sob os auspícios da lei e por intermédio da adoção. Toma, então, o nome de parentesco civil”. O autor do Projeto, que veio a se converter no Código Civil de 1916, mostra que o parentesco difunde-se em linhas (reta, descendente e ascendente ou transversal, também denominada colateral ou oblíqua), as quais se compõem de graus, e que o parentesco espiritual, que se fundava em motivos ou preceitos religiosos, desapareceu do direito pátrio, com o Decreto de 24 de janeiro de 1890 e com o Código de 1916.³²²

É preciso esclarecer que Clóvis Beviláqua em seus comentários ao art. 330 do Código Civil de 1916 conceitua parentesco como as relações de consanguinidade e de adoção, tendo esse conceito se difundido e sido tomado como referência pela maioria dos doutrinadores consultados. Contudo, o autor, ao comentar sobre os impedimentos, nomeia parentes as pessoas elencadas no art. 183, I a V, do Código Civil de 1916.³²³ De qualquer forma, o conceito de parentesco por ele apresentado em sua obra *Direito da Família*, anteriormente citado, também foi aceito por vários doutrinadores que os sucederam e será o utilizado nesta pesquisa.

4.4.1 Parentesco por consanguinidade: filiação

O conceito de filiação consanguínea apresentado por Clóvis Beviláqua³²⁴ e por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda³²⁵ tem os mesmos fundamentos daquele trazido por

parentesco, pelos efeitos jurídicos que produz, principalmente, em matéria de impedimento; sucessão legítima; alimentos; incapacidades referentes ao direito constitucional, civil e processual (ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954. p. 409-410).

³²² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 63-64 e 91. Beviláqua ensina, ainda, que o Código Civil de 1916, mantendo a orientação do citado Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, não mais acolheu muitos dos impedimentos admitidos pelo Direito Canônico. “Assim não se encontram, na lei vigente, os impedimentos concernentes ao parentesco espiritual; ao voto de castidade, simples ou solenne; à disparidade de culto; à recepção de ordens sacras maiores” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 91).

³²³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 769 e 495.

³²⁴ Clóvis Beviláqua: “A relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores chama-se *filiação*, quando considerada, ascencionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; *paternidade* quando considerada, descencionalmente, do pae para o filho; e *maternidade*, quando ainda descencionalmente, se tem em mira a mãe em face do filho” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 329).

³²⁵ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda aponta que: “A relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, chama-se *paternidade*, ou *maternidade*, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e *filiação*, quando do filho para qualquer dos genitores” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 19).

Lafayette Rodrigues Pereira.³²⁶ Filiação é o vínculo que se funda em razão da procriação; e paternidade e maternidade, em razão do liame com o pai ou a mãe. Apesar disso, na “linguagem jurídica, às vezes se designa por *paternidade* as relações tanto com o pai, como com a mãe, pois estes são conjuntamente designados por *pais*”.³²⁷ Esse conceito de filiação não abarca a filiação civil, decorrente da adoção, cujas relações estabelecidas entre pais e filhos não fazem parte do presente estudo.

A categorização da filiação³²⁸ consanguínea como legítima e ilegítima foi mantida pelo Código Civil de 1916 (art. 332),³²⁹ ressaltadas as regras jurídicas anteriores aplicadas a cada uma, segundo suas peculiaridades e algumas exceções apresentadas pelas legislações ordinárias posteriores. Segundo José Luiz Gavião de Almeida, a divisão “encontrava ressonância no tratamento conjunto que se fazia da filiação e da família. Esta classificava-se como legítima ou ilegítima e, acompanhando-a, vinha a espécie, a filiação dela decorrente”.³³⁰

No Brasil, parte dos doutrinadores enfatizava que a filiação natural advinha de uma família ilegítima, enquanto os doutrinadores franceses³³¹ estudavam que ela pertencia a uma família natural. Porém, como ocorria na doutrina pátria, a família legítima e a natural não eram tratadas pelos doutrinadores franceses da mesma forma, bem como as relações delas advindas não produziam os mesmos efeitos jurídicos. Contudo, verifica-se que, na prática, o tratamento jurídico dispensado pelos doutrinadores brasileiros à família ilegítima e às relações dela decorrentes era quase o mesmo que o dispensado à denominada pelos franceses de família natural. A questão é apenas de denominação, como esclarece Virgílio de Sá Pereira,

³²⁶ Conforme Lafayette Rodrigues Pereira: “*Filiação* é a relação que o facto da procriação estabelece entre duas pessoas, das quaes uma é nascida da outra. Considerada com respeito ao filho, esta relação toma particularmente o nome de *filiação*; com respeito ao pai, o de *paternidade* e com respeito á mãe, o de *maternidade*” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 218).

³²⁷ GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direitos de família e direitos das sucessões*. Lisboa: Ática, 1955. p. 275.

³²⁸ Não há divergências nas doutrinas consultadas sobre o conceito e a categorização de filiação e sobre a divisão em linhas e a contagem dos graus do parentesco. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, quanto à divisão das linhas do parentesco, fundamentando-se no Código Civil de 1916, assevera: “Dizem-se parentes em *linha reta* as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes (art. 330). Por exemplo: o pai e o filho [...]. Grau é a distância que existe entre dois parentes. Na linha reta, contam-se os graus de parentesco pelas gerações (art. 333). Assim, o pai e o filho são parentes no primeiro grau; o avô e o neto, no segundo; o bisavô e o bisneto, no terceiro” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 3, 5-6).

³²⁹ Código Civil de 1916, art. 332: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”.

³³⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Da desconstituição do vínculo filial* (no direito brasileiro). 1992. 190 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992. p. 7 e 10.

³³¹ JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. t. I, p. 655; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 928; SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 90 e 180.

porque ao lado da família legítima existe a ilegítima, “que também se diz *natural*, como se toda família não o fôra”.³³²

Segundo o Código Civil de 1916, art. 337: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraíu de boa-fé (art. 221)”. Clóvis Beviláqua sobre as consequências em relação aos filhos advindos de casamento nulo e anulável comenta: “A anulação não obsta á legitimidade do filho concebido na constancia delle; a nullidade faz cessar, absolutamente, todos os vestígios legaes do casamento, a não ser que, attendendo á bôa fé dos conjuges, seja elle declarado putativo”. Ainda sobre a legitimidade da filiação, anota que se presumia, concebido no tempo da legítima coabitação, o filho nascido 180 dias após o enlace ou até 300 dias depois da separação dos cônjuges por morte, desquite ou anulação do casamento.³³³ Em termos de comparação com a legislação anterior, quanto à presunção da legitimidade da filiação advinda do matrimônio válido ou putativo, nenhuma alteração foi observada para sua determinação, sendo certo que o parâmetro utilizado ainda é o mesmo do Direito Romano.

A filiação legítima somente poderia ser provada pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil (Código Civil, art. 347). A prova da filiação legítima pela posse de estado de filho, que encerra “o concurso de circunstancias indicadoras da relação de filiação” prevista por Lafayette Rodrigues Pereira e Coelho Rodrigues e admitida pelos Códigos Civis argentino, francês, italiano, espanhol e português, não foi possibilitada pela redação original do Código Civil de 1916.³³⁴ Tal entendimento referente à prova de estado, embora criticado por algum tempo, permaneceu e representou um retrocesso legislativo, se comparado à legislação anterior e às modernas legislações de outros países.³³⁵

³³² PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3. ed. histórica, atual. legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 53.

³³³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 330.

Acrescenta Clóvis Beviláqua sobre o momento da concepção que, para determiná-la, é preciso “saber se ella se verificou, achando-se o pae e a mãe, legalmente, unidos por vinculo de casamento, só dispomos da presumpção da união sexual na constancia do casamento, e da duração do período da gestação da mulher. Tres principios jurídicos condensam os resultados da observação nesse ponto: 1º, o filho gerado na constancia do casamento reputa-se oriundo do concubito dos dois conjuges, e, portanto, legítimos. *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant* diz o direito romano (Cod. Civil, art. 337, D. 2. 4, fr. 5); 2º, o filho que nasce 180 dias após o casamento é tido como engendrado já na constancia delle (Cod. Civil, art. 338, D. 1, 5, fr. 12); 3º, e o que nasce até 300 dias depois da separação dos conjuges, por morte de um delles, desquite ou anulação do casamento, presume-se, igualmente, concebido ao tempo da legitima cohabitação (Cod. Civil, art. 338, D. 38, 16, fr. 3, § 11)” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 330).

³³⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 341-342 e 370.

³³⁵ Comentando sobre o inciso II, do art. 349, Washington de Barros Monteiro informa que a filiação legítima poderá ser provada em várias hipóteses, uma delas ocorre quando “os pais são casados, sabendo-se que eles realmente tiveram um filho. Ora, em sua companhia, há muito, vive pessoa tida como filho. Baseada naqueles dois fatos (o casamento dos pais e o nascimento de um filho) estribada ainda na posse de estado, pode referida pessoa vindicar em juízo o reconhecimento da legitimidade da filiação, se não se fez na

Os filhos ilegítimos, segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, dimanavam-se de “ajuntamento sexual ilícito”.³³⁶ Clóvis Beviláqua os considerava como “todos aqueles que procedem de união sexual, a que o direito não presta seu reconhecimento”. Esses eram denominados: simplesmente naturais ou naturais em espécie, quando nasciam de pais que ao tempo da concepção ou do parto tivessem condições de celebrar matrimônio legal entre si, mas não o fizeram; adulterinos, quando o pai ou a mãe se achava ligado por matrimônio a outrem, na época da concepção ou do parto; e incestuosos, quando havia parentesco próximo entre os progenitores. Os filhos adulterinos e incestuosos “formavam a espécie dos bastardos, ou, antes, espúrios”.³³⁷

O Código Civil de 1916 não alude aos filhos sacrílegos, aos quais se referiam as legislações anteriores. José Bonifácio de Andrada e Silva, comentando sobre as mudanças oriundas do Decreto n. 181, de 1890, assevera: “Em nosso direito, desde que foi proclamada a Republica, que nenhuma relação tem com as ordens religiosas, taes distincções desaparecem completamente”.³³⁸ Nesse mesmo sentido, Clóvis Beviláqua comenta que quanto aos sacrílegos não havia mais nada a “dizer a respeito, a não ser que a espécie se extinguiu, em nosso direito, com a secularização do casamento e a separação entre a Igreja e o Estado”.³³⁹

Também foi mantida, em nosso direito, a legitimação dos filhos naturais por casamento subsequente dos pais, a qual, ao contrário da época anterior, dispensava qualquer ato expresso destes para produzir efeitos. No entanto, Clóvis Beviláqua aponta que, em parte da legislação comparada, para que tivesse eficácia o ato de reconhecimento pelo lado paterno, deveria ocorrer de maneira formal, bem como que da legitimação decorriam consequências jurídicas como direito aos alimentos, registro civil, uso do nome e a herança.³⁴⁰

ocasião oportuna, no termo de nascimento, menção de tal circunstância” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 243).

Em nota explicativa sobre o inciso III, do art. 363, do Código Civil de 1916, Eduardo Espínola cita Velez Sarsfield, que infere: “a posse de estado vale mais que o título, porquanto êste, a escritura pública, o assento paroquial, a confissão judicial, são coisas de um momento, um reconhecimento instantâneo; ao passo que a posse de estado, os fatos que a constituem são um reconhecimento contínuo, perseverante, de muitos e variados atos de todos os dias, de todos os instantes. A posse de estado é assim, por sua natureza, uma prova mais peremptória que a escritura pública, que os atos autênticos, é a própria evidência; é a prova viva e animada; a prova que se vê, que se toca, que caminha, que fala; a prova em carne e osso, como dizia um trib. fr. O juiz pode, pois, pelos fatos que constituem a posse de estado, dar uma sentença sôbre a paternidade com uma consciência mais segura que lhe daria uma escritura pública, um assento batismal” (ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, nota 20, p. 432-433).

³³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 3.

³³⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 342-243.

³³⁸ SILVA, José Bonifácio de Andrada e. In: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, p. 254.

³³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 348.

Também o autor informa não ter perante a lei “mais razão de ser as expressões deprimentes – de *punível e damnado coito*, que usou a Ord. 4, 93, reproduzindo o direito romano (*nati ex damnato coitu vel nefariis nuptiis*)” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, nota 2, p. 343).

³⁴⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 349.

Ainda nos termos do Código Civil brasileiro, os filhos naturais poderiam ser voluntariamente reconhecidos, no próprio termo de nascimento, por escritura pública ou por testamento, pelos pais, conjunta ou separadamente, antes do nascimento ou após terem falecido, se deixassem descendentes. O reconhecimento do filho natural, além de voluntário, também poderia ser judicial, mediante ação de investigação de paternidade ou de maternidade, sendo que qualquer pessoa que tivesse justo interesse poderia contestar a ação.

Os filhos adulterinos ou incestuosos não podiam ser reconhecidos (Código Civil, art. 358) e, por consequência, não adquiriam nenhum direito em relação a seus pais. Mas o rigor da lei em relação aos filhos adulterinos foi abrandado; a princípio, a Lei n. 3.200/1941, em seu art. 14, dispunha: “nas certidões de registro civil não se mencionará a circunstância de ser legítima ou não a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado, ou em virtude de determinação judicial”, e os arts. 15 e 16, da mesma lei, tutelavam o filho ilegítimo após seu reconhecimento. Em seguida, o Decreto-lei n. 4.737/1942, que previa o reconhecimento dos filhos naturais, possibilitou o reconhecimento do filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio, depois do desquite. Como esse Decreto-lei não se referia a outras causas de dissolução da sociedade conjugal, além do desquite, foi revogado pela Lei n. 883/1949, a qual também regulamentou o reconhecimento dos filhos ilegítimos, inclusive vedando qualquer referência à ilegitimidade do filho e preenchendo a lacuna, e determinou em seu art. 1º: “Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação”.³⁴¹ A mesma lei, no art. 2º, estabeleceu que o filho ilegítimo, quando reconhecido, teria direito a metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado.

Considerando que o filho havido da mulher casada presume-se ser do marido, controvérsias surgiram quanto à possibilidade do reconhecimento do filho adulterino *a matre*. Acresce-se a isto que a Lei de 1949, no art. 6º, expressamente, declarava: “Esta Lei não altera os Capítulos II, III e IV do Título V, do Livro I, parte especial do Código Civil (arts. 337 a 367), salvo o artigo 358”. A solução ao impasse foi dada pelo art. 51, da Lei n. 6.515/1977, que alterou quatro artigos da Lei n. 883/1949. A nova lei introduziu o parágrafo único ao art. 1º, da Lei n. 883, facultando a possibilidade de, durante a vigência do casamento, qualquer dos cônjuges reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e modificou o art. 2º da mesma lei, que passou a

³⁴¹ A Súmula 447, do STF, aprovada em 01 de outubro de 1964, prevê a possibilidade do reconhecimento por meio de testamento: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina”.

vigorar com a seguinte redação: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”.

Portanto, o reconhecimento só poderia beneficiar os filhos naturais e adulterinos *a patre*, salvo a possibilidade de reconhecimento por testamento cerrado do filho *a matre* e o direito, nos termos do art. 4º da Lei de 1949, de os filhos adulterinos e incestuosos proporem ação de investigação de paternidade para fins de alimentos. Já na década de 1980, a Lei n. 883/1949 recebeu nova alteração com a Lei n. 7.250/1984, possibilitando mais facilidade para o reconhecimento do filho. E a tendência contemporânea no sentido de eliminar qualquer referência à ilegitimidade do filho se fez sentir em vários outros instrumentos legislativos.³⁴²

Conquanto somente fosse possível o reconhecimento do filho adulterino *a matre* por testamento, os tribunais, na época, também admitiam o reconhecimento “desde que comprovada a separação de fato entre a mãe e o marido, ao tempo da concepção ou do nascimento”. Os simplesmente naturais poderiam ser reconhecidos a qualquer tempo e os adulterinos *a pater* poderiam ser reconhecidos “depois da dissolução da sociedade conjugal, cuja vigência constituía o impedimento matrimonial”. Para os filhos advindos de uniões incestuosas, não era previsto o reconhecimento.³⁴³

No entanto, esse não era o único posicionamento a respeito e como assevera Eduardo Espínola: embora a lei pareça considerar diretamente a filiação adulterina, não há dúvida que se aproveite a “filiação incestuosa, em cujo reconhecimento não se deve aludir à sua natureza espúria, a qual não deve constar do próprio registro civil (arg. do art. 7º da mesma Lei n.

³⁴² Também no que concerne aos filhos, a *controversa* construção jurídica – utiliza-se a palavra *controversa* porque, conforme se procura sucintamente demonstrar, muitas dúvidas foram ressaltadas, dividindo opiniões de notáveis juristas, a fim de interpretar se as normas constitucionais ou infraconstitucionais, editadas durante o século passado, aplicavam-se ao concubinato e às diversas categorias de filiação, ou se a interpretação que se deveria fazer das mesmas era restritiva – verifica-se em vários outros instrumentos legislativos brasileiros: na Constituição Federal de 1934, art. 147: “O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaíam sobre a dos filhos legítimos”; no Decreto n. 54, de 12 de setembro de 1934, que aprova o regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários; no Decreto-lei n. 196, de 22 de janeiro de 1938, o qual dispõe sobre a contribuição para o montepio militar e a pensão correspondente dos herdeiros; no Decreto n. 1.355, de 19 de junho de 1939, que reorganiza o Instituto da aposentadoria e Pensões da Estiva; na Constituição Federal de 1937, art. 126: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”; no Decreto-lei n. 2.122, de 09 de abril de 1940, que reorganiza o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes; no Decreto-lei n. 6.303, de 2 de março de 1944, que dá nova redação aos ns. II e III do § 3º, do art. 231, do Código de Vencimentos e Vantagens dos Militares do Exército (Decreto-lei n. 2.186, de 13.5.1940); e no Decreto-lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944, que reforma a Lei de Acidentes do Trabalho. Parte desse apanhado histórico legislativo pode ser consultado nos estudos de Ângelo Rigon Filho (RIGON FILHO, Ângelo. *Evolução histórica da filiação no direito brasileiro*. 2005. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 115-130).

³⁴³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 251-252.

883)”.³⁴⁴ No direito comparado, o autor mostra que havia forte divergência quanto ao reconhecimento dos filhos espúrios, principalmente dos incestuosos.

Eduardo Espínola comenta também que havia no direito contemporâneo a tendência no sentido de eliminar qualquer referência à ilegitimidade do filho nas certidões de nascimento. O autor cita o art. 14 do Decreto-lei n. 3.200/1941, retrotranscrito, e a Lei n. 883/1949, que no art. 7º estabelece: “No registro civil, proibida qualquer referência à filiação ilegítima da pessoa a quem interessa, far-se-á remissão a esta Lei”.³⁴⁵

A Lei n. 883/1949 foi novamente alterada pela Lei n. 7.250, de 14 de novembro de 1984, que incluiu a possibilidade de o filho havido fora do matrimônio ser reconhecido pelo cônjuge, separado de fato há mais de cinco anos contínuos, mediante sentença transitada em julgado. O fato de a nova lei possibilitar o reconhecimento ainda durante a vigência da sociedade conjugal dificultou o entendimento da questão e dúvidas surgiram no seguinte sentido: ocorreria apenas o reconhecimento voluntário ou ele também se aplicava ao judicial? Posicionando-se de forma contrária a alguns autores, Zeno Veloso aponta que a lei faculta tanto o reconhecimento voluntário como o judicial do filho adulterino. Conclui o autor afirmando que “o direito conferido na aludida lei não pode ser, somente, do cônjuge separado de fato, mas, também, ou, até, principalmente do filho”.³⁴⁶ Apesar de toda polêmica em torno da regra prevista no art. 358, do Código Civil de 1916, esta só foi expressamente revogada após a Constituição Federal de 1988, pela Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989.

O reconhecimento judicial da filiação natural, de duvidosa admissão, no direito anterior,³⁴⁷ foi previsto em três situações no art. 363 do Código Civil de 1916. A situação que nos interessa diz respeito ao filho, que, ao tempo de sua concepção, “a mãe estava concubinada com o pretendido pai” (art. 363, I). A união concubinária não foi reconhecida pelo Código Civil da época, mas as discussões que suscitaram o art. 363, I, também foram importantes para o posterior reconhecimento dessa união. Para se saber qual relação concubinária ensejaria a possibilidade de reconhecimento, foram levantadas e debatidas várias

³⁴⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, nota 13, p. 426-427.

³⁴⁵ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, nota 15, p. 416.

³⁴⁶ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 85.

³⁴⁷ A possibilidade de haver investigação de paternidade, no direito pré-codificado, não era pacífica. Conforme se pôde apreender no capítulo anterior, enquanto Lafayette Rodrigues Pereira se posiciona de forma favorável, Augusto Teixeira de Freitas é taxativo ao aludir que o reconhecimento da filiação paterna, qualquer que fosse sua finalidade, só era admissível por meio de escritura pública de reconhecimento do pai ou por testamento. Essa discussão diante do novo Código Civil de 1916, art. 363, perdeu seu alcance prático. José Bonifácio de Andrada e Silva assevera que: “O direito anterior não admittia em caso algum a investigação de paternidade ilegítima, tendo sido esta uma grande inovação do Código Civil” (SILVA, José Bonifácio de Andrada e. In: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, p. 263).

questões, citam-se entre elas as referentes à necessidade ou não de vida em comum sob o mesmo teto e se o concubinato estabelece uma presunção de paternidade. A controvérsia sobre necessidade ou não de vida em comum sob o mesmo teto foi contida com a aprovação da Súmula 382 do STF. A melhor solução para a última questão, sustentada por nobres juristas³⁴⁸ a partir de entendimentos jurisprudenciais³⁴⁹ e apresentada por Edgard de Moura Bittencourt, firmou-se no sentido de que a união concubinária, “nas condições em que a lei estabelece, constitui uma presunção de paternidade. Não se trata de presunção legal, mas de presunção comum”.³⁵⁰ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, comparando a presunção da paternidade daquele que vive em concubinato com aquele a quem as núpcias demonstram, diz que no primeiro caso a presunção é simétrica, mas não tão intensa quanto no segundo. O autor conclui: “aquêlê que tem *concubina publice in domo retenta* se há de presumir pai dos filhos dela, concebidos durante o concubinato”.³⁵¹

A doutrina e a legislação, vigentes naquela época, adotaram concepção diferente do pátrio poder. Washington de Barros Monteiro concorda com Angel Ossorio, autor do Anteprojeto de Código Civil boliviano, no sentido de que antes o pátrio poder significava uma tirania do pai sobre o filho; hoje, ao contrário, significa uma servidão do pai para tutelar o

³⁴⁸ João Manuel de Carvalho Santos, Clóvis Beviláqua, Estevam de Almeida, Louis Josserand, Carlos Maximiliano, Maurie Viollette e Albert Wahl (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, notas 32 a 38, p. 188). Outros juristas também se posicionam nesse sentido: Orlando Gomes informa que do “concubinato não deriva a *presunção de paternidade*. É, no entanto, um dos pressupostos para a propositura da ação de investigação de paternidade. Admitido que a *arca custodia ventris* é um dos elementos constitutivos do concubinato, sua comprovação pode levar a presunção de paternidade, ainda que sem a força probante do casamento militante”. Conclui o autor que, em razão de “seu valor probante, o *concubinato* não é simples fundamento da ação investigatória, mas presunção de paternidade, embora sem valor absoluto. A comprovação do fato de ter estado a mulher concubinada com o pretenso pai no período normal da concepção não é bastante para firmar a paternidade. Prova em contrário pode ser produzida, infirmando-a” (GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 43 e 334). Pontes de Miranda advoga a favor da presunção da filiação ilegítima quando, no momento da concepção, os pais viviam em concubinato. Segundo o autor, na ação de filiação ilegítima, a regra jurídica do art. 363, I, é importante “porque de certo modo se criou presunção quanto à paternidade, por ter existido, ao tempo da concepção, concubinato. Ao tempo da concepção existir concubinato é o mesmo que, existindo concubinato, ter ocorrido, durante êle, a concepção. Concubinato é união prolongada, de fato, à semelhança do casamento; daí ter-se invocado por analogia, conforme as nossas edições anteriores, a regra jurídica de presunção da concepção, tomando-se por base o nascimento, conforme o art. 328” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 88).

³⁴⁹ “Por seu turno, a jurisprudência brasileira também afirma a verdadeira ocorrência de presunção de paternidade, que inverte o ônus da prova para aquele que quer negá-la” (RT 236-120, RT 236-178 e RT 240-189; RF 100-496) (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, 1980, nota 39, p. 188). Nesse mesmo sentido: “2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de fevereiro de 1949, *R. dos T.* 179, 740: ‘O art. 338 do Código Civil, que estabelece os casos de presunção de concepção dos filhos legítimos na constância do casamento, também se aplica aos filhos ilegítimos durante o concubinato’. A presunção, aí, é *hominis*, e não *iuris*, como seria na espécie do art. 338” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 88).

³⁵⁰ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 188.

³⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 91.

filho.³⁵² O pátrio poder é representado pelo conjunto de direitos que a lei concede aos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos menores legítimos, legitimados, legalmente reconhecidos e adotivos; durante o casamento, o marido exercê-lo-á com a colaboração da mulher e na falta ou impedimento de um dos pais, ao contrário do Direito Civil aplicado anteriormente, o outro o exercerá sozinho (arts. 379 e 380).

O conjunto de direitos que compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores, se comparado o Código Civil de 1916³⁵³ à doutrina de Lafayette Rodrigues Pereira, naquele constata-se a melhor redação dos incisos; o abrandamento dos poderes paternos e a adequação ao contexto social da época. No entanto, em relação aos bens dos filhos,³⁵⁴ a mudança é ainda mais significativa. José Bonifácio de Andrada e Silva informa que a “distincção entre pecúlios *castrense*, *quasi-castrense*, adventício e profético já não prevalece no direito actual”. Ainda segundo o autor, o Código Civil de 1916 apenas distingue: “I bens de que os pais teem a administração e o usufructo; II bens de que elles só teem a administração; III bens de que não teem usufructo, nem administração”.³⁵⁵

Edgard de Moura Bittencourt, em seus estudos sobre o concubinato, ao comentar sobre o pátrio poder e a guarda dos filhos, levanta a situação dos filhos de pais separados, passando aquele que mantém a guarda a viver em concubinato com outra pessoa. O autor aponta que a “guarda de filho alheio impõe a quem a recebe por decisão judicial ou mesmo ao que dela se incumbe por ato próprio os deveres de zelar satisfatoriamente pelos interesses do menor”, e que, em algumas circunstâncias, a representação legal do menor cabe àquele que o tem em sua companhia, mesmo sem tutela deferida.³⁵⁶ Esta matéria será analisada nos próximos capítulos.

Verificou-se que a extensa classificação dos filhos, embora menor que aquela que antecedeu o direito codificado e a confusa previsão de direitos e obrigações aos pais e aos filhos, segundo a natureza dos últimos, parece ter desafiado os juristas durante quase todo o século XX. Contudo, já no início do mesmo século, Clóvis Beviláqua, adiantando-se ao seu tempo, afirma:

³⁵² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 276.

³⁵³ Do pátrio poder quanto à pessoa dos filhos. Código Civil/1916, art. 384: “I. Dirigir-lhes a criação e educação; II. Tê-los em sua companhia e guarda; III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder; V. Representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. VI. Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

³⁵⁴ Código Civil/1916, arts. 385 a 391.

³⁵⁵ SILVA, José Bonifácio de Andrada e. In: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, p. 246.

³⁵⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 261 e 283.

O direito moderno ainda mantém resquícios dessas idéas de injusto desconceito, com que se estigmatizam os bastardos. A ilegitimidade é ainda também, para a consciência média da sociedade moderna, um labéio affrontoso. Sente-se que ainda se lhe não affigura anachronica a sentença do velho jurista: – *Spurii et bastardi ex jure commune viles et infames*. Mas é outra, não obstante, a orientação, que a conduz e a vae, em breve, pojar em terreno mais livre de preconceitos. [...] Afastemos quaesquer idéas preconcebidas, sem o apoio dos factos, segundo nol-os apresenta a natureza, recordemo-nos de que, biologicamente, todos os filhos são eguaes, quer procedam de justas nupcias, quer de simples ajuntamentos furtivos, quer sejam naturaes, quer espurios, tenhamos em consideração que a culpa (ou o crime) dos paes não deve ser punido na pessoa dos filhos que não concorreram para ella; mas não haja tambem menoscabo de circunstancias que, mantendo a inteireza da justiça, salvaguardam a honorabilidade das relações de familia.³⁵⁷⁻³⁵⁸

4.4.2 Parentesco por afinidade legítima e ilegítima

Nos termos do Código Civil de 1916, a afinidade é considerada o vínculo que se estabelece entre cada cônjuge e os parentes do outro (art. 334); na linha reta, não se extingue com a dissolução do casamento que a originou (art. 335); e na linha colateral, dissolvido o casamento, pela morte, pela anulação ou pelo divórcio, cessa a aliança, ou a afinidade.³⁵⁹

A afinidade é uma “relação de índole estritamente pessoal e não se estende além dos limites traçados em lei”; contudo, “mantém certa simetria com o parentesco consanguíneo, principalmente na discriminação das linhas, graus e espécies”.³⁶⁰ Entre os afins, em primeiro grau, na linha reta ascendente estão o padrasto, denominação que se dá ao marido da mãe, e a madrasta, como se usa chamar a esposa do pai, no mesmo grau que o pai e a mãe, o sogro e a sogra; na linha descendente estão os enteados, na maioria dos casos filhos preexistentes de um ou ambos os cônjuges, no mesmo grau do filho ou da filha, o genro e a nora; e na linha colateral, em segundo grau, os cunhados.

³⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 344 e 369. Essa orientação já constava no primitivo projeto do Código Civil de 1916: “O reconhecimento dos filhos ilegítimos de qualquer especie e a investigação da paternidade, com as necessarias cautelas, eram conquistas da ethica e do altruismo, a que adherira a Comissão revisora (arts. 417 a 431 do *Projecto primitivo*). Foi o Congresso que as repelliu, não reparando que esse direito da hypocrisia, em vez de resguardar a paz e a dignidade da familia, é um mal que deteriora os tecidos da cellula social” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 30).

³⁵⁸ Caio Mário da Silva Pereira assevera que, em consonância com o movimento doutrinário a partir do século XIX, iniciou-se a defesa em favor dos filhos ilegítimos, por um tratamento mais humano que “verberava os preconceitos e advogava a causa dos ilegítimos, condenados pelo pecado dos pais”. O autor informa que, assim como Beviláqua no Brasil, Laurent no direito belga e Cimbali na Itália “advogam para os filhos naturais tratamento humano” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 11. ed., v. V, p. 190).

³⁵⁹ D. 38,10,4,3; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 13; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 11. ed., v. V, p. 172.

³⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 235-236. O autor cita Scialoja para embasar que o conceito de afinidade como vínculo de ordem jurídica “vem claramente expresso na língua inglesa, que designa o afim pelo mesmo vocábulo com o qual indica o consanguíneo correspondente, acrescentando-lhe a frase *in law* (segundo a lei). Assim, sogro é chamado *father-in-law* (pai segundo a lei) e cunhado *brother-in-law*” (irmão segundo a lei) (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 235-236).

Rubens Limongi França reconhece “que *os esposos são parentes um do outro, ligados pelo vínculo da afinidade*” (destaques no original). Comenta o doutrinador que a orientação ao contrário, seguida por alguns autores, não está de acordo com o direito positivo e é ilógica, e explica: “Ilógica, porque, constituindo-se um dos efeitos do casamento, o vínculo mais próximo da afinidade é aquele que liga os próprios nubentes” e alheio ao direito positivo por não ser “possível conceber que uma pessoa seja parente afim dos parentes do seu cônjuge, se aquela e este não forem parentes *entre si*, por isso que tal *interromperia o liame da afinidade*” (destaques no original).³⁶¹

Washington de Barros Monteiro comenta que a afinidade é um vínculo jurídico, mas que não há relação de parentesco, porque a “palavra *parente* aplica-se apenas aos indivíduos ligados pela consanguinidade” e que “somente por impropriedade de linguagem se pode atribuir tal designação a outras pessoas, como o cônjuge e os afins”.³⁶² Nesse sentido, Eduardo Espínola esclarece que a afinidade ou a aliança é uma relação jurídica e concorda com os doutrinadores franceses Planiol, Ripert e Rouast quanto aos afins, os quais não são parentes, e quanto a essa expressão, que, às vezes, não é empregada de maneira correta.³⁶³ Silvio Rodrigues, após analisar vários artigos do Código de 1916 e o posicionamento de alguns doutrinadores estrangeiros, verifica que a denominação parentes aos afins é uma tradição dos direitos brasileiro e portugueses.³⁶⁴

O jurista português Luís da Cunha Gonçalves anota que “a palavra *parentes* só é aplicável aos indivíduos ligados por consanguinidade, pois proveio do latim *parens*, que significa *pai* ou *mãe*. Contudo, o legislador português diz, incorretamente, *parentes por afinidade* no art. 1.074º, n. 1º do Cód. Civil”.³⁶⁵ João de Matos Antunes Varela concorda com tais doutrinadores e acrescenta: “T tecnicamente, é um erro falar, como na linguagem corrente ainda hoje sucede, no *parentesco por afinidade*. Uma coisa é o *parentesco*, vínculo de sangue entre dois indivíduos; outra, a *afinidade* baseada no casamento e no parentesco alheio”.³⁶⁶

³⁶¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, p. 293. Eugenio Tarragato informa que na terminologia moderna não se admite que entre os esposos se estabeleça vínculo de afinidade, porque entre eles há uma relação *sui generis*, a qual na linguagem jurídica exige uma denominação especial (TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 31).

³⁶² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 231.

³⁶³ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, nota 14, p. 410.

³⁶⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6. p. 289.

³⁶⁵ GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direitos de família e direitos das sucessões*, p. 16.

³⁶⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família*, p. 62.

Contudo, esses posicionamentos não são unânimes na doutrina brasileira. Conforme já foi mencionado, o parentesco, segundo a definição de Clóvis Beviláqua, resulta da consanguinidade, da afinidade e da adoção. Nessa mesma linha de raciocínio, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda conceitua parentesco como “a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de autor comum (*consangüinidade*), que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (*afinidade*), ou que se estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotado e o adotante”. Orlando Gomes também leciona que a relação de parentesco se desdobra em relação de consanguinidade e de afinidade; Rubens Limongi França é bastante preciso ao incluir entre as espécies de parentesco a afinidade; e Carlos Alberto Bittar mostra que, ao lado das outras hipóteses de parentesco, encontra-se o de afinidade e de adoção que “decorrem da lei e, embora se discuta sobre a primeira – em que se chega a negar a existência, propriamente, de parentesco –, forma ela vínculos que participam dessa natureza, estando, ademais, consagrada como tal na prática”.³⁶⁷ Em razão da falta de unanimidade doutrinária e de o próprio legislador chamar de parente os afins nos arts. 190, I, 415 e outros, não se pode afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 não incluía a afinidade como uma relação de parentesco.³⁶⁸

O vínculo decorrente da afinidade pode ser legítimo ou ilegítimo, conforme provém de justas núpcias ou de união sexual ilícita, livre, extralegal.³⁶⁹ Em relação aos filhos, o parentesco por afinidade legítimo decorre da filiação legítima; e o ilegítimo, da filiação

³⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 63-64; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 3; GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 299; FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, p. 289; BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 2, p. 1.135. Nesse mesmo sentido se manifesta Silvio Rodrigues (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed., p. 289).

³⁶⁸ Eugenio Tarragato apresenta importante explicação sobre a natureza do parentesco e assevera que é comum confundir o parentesco com a consanguinidade, porque, em alguns casos e doutrinas, os consangüíneos não são parentes, por exemplo, os filhos ilegítimos, e os que não são consangüíneos, como os afins ou os membros da família por afinidade. Por parentesco, em geral, se entende a relação que existe entre várias pessoas em razão da natureza, da lei ou da religião (alicerçado em Sumner Maine, explica que há outras culturas, como a dos povos arianos e irlandeses (*el Senchus-Mor*), nas quais o parentesco ocorria entre pessoas estranhas entre si). O parentesco natural se funda nos laços de sangue e adquire caráter legal quando é recebido pelas leis civis ou canônicas. A consanguinidade é a “união de pessoas que procedem de um mesmo tronco por vínculos de geração”, e o seu privilégio distintivo consiste em servir de modelo aos demais sistemas de parentesco. Sobre a afinidade, o autor afirma que há diversos conceitos. Alguns que por carecerem de consequências jurídicas não produzem os efeitos reconhecidos à afinidade propriamente dita. Nesse tipo singular, a afinidade se reduz às relações de amizade entre as famílias, portanto, não constitui impedimento matrimonial; juridicamente, assume o sentido de parentesco, o qual tem seu fundamento no matrimônio, ou seja, na relação existente entre um cônjuge e os parentes do outro e produz múltiplos efeitos sobre vários ramos do direito (TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 28-31).

³⁶⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 64; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 773; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 12; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 235.

ilegítima, por exemplo, nascida do concubinato.³⁷⁰ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda considera, ainda, que a afinidade “tem por fim estabelecer, entre cada um dos cônjuges e os parentes do outro, relações de parentesco condignas da íntima significação do casamento e demais uniões sexuais”, ou seja, a “*afinidade*, ou aliança, é o laço que une cada um dos cônjuges aos parentes do outro, ou vice-versa; ou os parentes da pessoa à que teve com ela relações sexuais ou vice-versa (*afinidade ilegítima*)”. Continua informando o mestre que o Código Civil, além dessas “uniões sem nenhuma feição ou caráter de matrimônio, como o concubinato, o simples coito passageiro, etc.,” conhece e confere efeitos à afinidade ilegítima, emanada de casamento nulo (não anulável), ou inexistente, ou não putativo. Quanto ao casamento putativo, ensina que, se ele é declarado em favor de ambos os cônjuges de boa-fé, a afinidade é legítima, mas no casamento putativo em que só um está de boa-fé, ou seja, “apenas em favor de um cônjuge, só entre êsse e os parentes do outro se estabelece afinidade *legítima*; o culpado é afim *ilegítimo* dos parentes do inocente”.³⁷¹

Esses posicionamentos não encontram, porém, ressonância nas lições de Eduardo Espínola, pois, segundo ele, atualmente “em todos os países se reconhece que a afinidade é unicamente a aliança entre um indivíduo e os parentes de seu cônjuge”. Ademais, o autor afirma que a “espécie de *affinitas illegitima*, resultante *ex copula illicita*, conhecida no direito canônico antes do Concílio de Trento, e ainda algum tempo depois sem a mesma amplitude, não foi consignada nas legislações contemporâneas”, com exceção do Código saxônico e do da Alemanha.³⁷²⁻³⁷³

Dos vínculos de afinidade surgem várias consequências jurídicas. Apesar de a legislação, de a concordância pela maioria dos doutrinadores e de os entendimentos jurisprudenciais brasileiros não reconhecerem que de tal vínculo provenha relação

³⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. I, p. 246-247. De acordo com o art. 332 do Código Civil da época: “são parentes legítimos dois irmãos que procedem de um mesmo casal unido pelos laços matrimoniais; se, todavia, os irmãos procedem de união livre ou extralegal, serão parentes ilegítimos” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 234).

³⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 12-13; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 236.

³⁷² ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, nota 75, p. 64.

³⁷³ O Código Civil alemão proíbe o casamento entre pessoas, em que uma teve comércio carnal com o pai, mãe, avós ou descendentes da outra (art. 1.310, ap. 2, BGB) (KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*, p. 93). Código Civil Alemão: art. 1.310: “No puede concluirse un matrimonio entre parientes en línea recta, entre hermanos de vínculo doble o sencillo, así como entre afines en línea recta. No puede concluirse un matrimonio entre personas de las cuales una ha tenido comunidad sexual con los padres, ascendientes o descendientes de la otra. Parentesco en el sentido de estas disposiciones existe también entre un hijo ilegítimo y sus descendientes de una parte, y el padre y sus parientes de la otra” (Código Civil Aleman (BGB). Tradução direta do alemão por Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosh, 1994).

obrigacional de alimentos,³⁷⁴ faz parte da história do nosso Direito Civil que a afinidade obsta a realização do matrimônio.

Na doutrina exposta por Clóvis Beviláqua, não se observa que os afins incluem o rol das pessoas obrigadas a prestar alimentos; contudo, em seus comentários ao Código Civil, o autor assim esclarece:

O systema do *Projecto primitivo* e do *revisto* era differente. Os parentes, que deviam prestar alimentos, eram classificados em ordem, e os preceitos reguladores da matéria expostos com clareza, que, infelizmente, falta ao Código. Censuraram os citados *Projectos* por estenderem a obrigação alimentar aos affins na linha recta, aliás de accordo com o Código Civil francez; art. 206, italiano, 140, com o *Esboço*, 1.607 e *Coelho Rodrigues* 1.961. Não é justa a censura, porém, ainda que fosse, a consequencia seria eliminar o que era considerado excessivo. Preferiram modificar o systema, com prejuízo da segurança e da simplicidade das idéas. [...] Apenas ha uma certa injustiça quanto aos affins, aos quaes não dá o Código direito de reclamar alimentos nem chama á sucessão. No *Projecto Primitivo* e no *Revisto*, os dispositivos eram harmonicos, porque aos affins se impunha o dever de prestar, e se reconhecia o direito de reclamar alimentos.³⁷⁵

O art. 183, II, do Código Civil de 1916, determina que não podem casar: “Os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo”. Entende-se que o vínculo legítimo ou ilegítimo a que se refere este artigo diz respeito tanto ao parentesco por afinidade como ao parentesco por consanguinidade (legítimo ou ilegítimo).

Orlando Gomes ensina que o impedimento por afinidade tem fundamento ético e que sua extensão varia “conforme as legislações”. Além disso, o autor comenta que o fato de a lei incluir, em sentido amplo, a afinidade ilegítima, a qual pressupõe relação independente do matrimônio entre os impedimentos matrimoniais, proíbe tanto o casamento entre a viúva e o filho ilegítimo do seu marido quanto “o casamento de um homem com a filha ou a mãe de sua concubina ou com a própria de seu pai ou de seu filho. Necessária, porém, a existência de *concubinato*, não bastando simples relações sexuais”.³⁷⁶

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, após exaustiva análise do impedimento matrimonial decorrente da afinidade ilegítima, pontua que é impossível aquele que foi amante casar-se com os parentes por afinidade em linha reta do outro, ou seja, “as relações com a

³⁷⁴ Código Civil de 1916: arts. 397 e 398; ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, p. 471; GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 413; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 216; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 291; *Revista dos Tribunais*, 144/353-172/161-201/157-418/180-468/175; *Revista Forense*, 112/375-120/181; *Arquivo Judiciário*, 61/29 (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 291).

³⁷⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 413; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 864 e 890.

³⁷⁶ GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 86. Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 11. ed., v. V, p. 759.

filha impedem o casamento com a mãe, ou vice-versa; o ter sido amante do filho obsta o casamento com o pai, ou vice-versa”.³⁷⁷ Conforme informado, em matéria de impedimentos matrimoniais essa era a orientação do Direito Canônico, que também reconhecia a afinidade ilegítima decorrente do concubinato.

O entendimento desses autores não é compartilhado por vários doutrinadores brasileiros,³⁷⁸ que negam a possibilidade de o concubinato criar vínculos de afinidade e impedir a realização do matrimônio sob a alegação de que o “Código Civil, art. 183, II, ao mencionar a afinidade ilegítima como impedimento matrimonial, refere-se à proibição de casamento de uma pessoa com o filho, com o pai ou com o avô ilegítimo de seu cônjuge”,³⁷⁹ ou nos termos do art. 183, I e IV, do Código Civil de 1916, veda a possibilidade do casamento entre ascendente e descendente, irmãos e colaterais ilegítimos. Washington de Barros Monteiro argumenta que, outrora se discutia, é até mesmo possível sustentar afirmativamente que a união do filho com a mulher que vivera em concubinato com o pai “estabelecia uma espécie de afinidade natural, capaz de erigir-se à categoria de impedimento, equiparada à afinidade legal”, mas, atualmente, a afinidade decorre da lei e só esta pode firmar o impedimento, que, por ser matéria restritiva de direito, “não pode ampliar-se as situações não previstas expressamente” e conclui que não haverá vínculo de afinidade legal capaz de impedir o matrimônio “entre determinado varão e os parentes de sua companheira”.³⁸⁰ A fim de deixar ainda mais clara a posição adotada na época, Astolfo Resende menciona que “nada impede que um homem despose a filha de sua amante”.³⁸¹

Nesse mesmo sentido, com argumentos tão contundentes ou mais que os apresentados, João Manuel de Carvalho Santos, quanto à possibilidade de o vínculo de afinidade produzir o efeito proibitivo reservado ao casamento também ao concubinato, assim se manifesta quanto ao que prevê o Código Civil, art. 183, II: “que não podem se casar os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo, não quer dizer que o concubinato gera a afinidade, o que seria

³⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 90-91; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 220.

³⁷⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 39; RESENDE, Astolfo, *RF*, 78:268; SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. XXVII, p. 11; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 10. ed., p. 57.

³⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 10. ed., p. 57.

³⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 39-40, 235.

Ainda sobre os impedimentos em relação aos filhos naturais e espúrios dispõe o Código Civil, art. 184: “A afinidade resultante da filiação espúria poderá provar-se por confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, os quais, se o quiserem, terão o direito de fazê-lo em segredo de justiça. Parágrafo único. A resultante da filiação natural poderá ser também provada por confissão espontânea dos ascendentes, se da filiação não existir a prova prescrita no art. 357”.

³⁸¹ RESENDE, Astolfo, *RF*, 78:268.

monstruoso, e sim – a afinidade que nasce de justas núpcias”. Outrossim, o jurista afirma: “Deus nos livre se o concubinato, ou as meras relações sexuais, pudessem produzir os mesmos efeitos” e arremata afirmando que, no Brasil, a exemplo do que se dá na maioria da legislação comparada, somente o casamento cria a afinidade e a união de fato não a determina; portanto, a concubina não se torna afim dos parentes de seu companheiro e esta relação não gera impedimento matrimonial. Contudo, admite que se poderia falar “de um impedimento fundado em considerações de honestidade pública, como faz o novo Código Canônico”.³⁸²

Quanto à possibilidade de o concubinato gerar afinidade no direito estrangeiro, João de Matos Antunes Varela noticia que, no direito português, a afinidade surge, apenas, do casamento válido; portanto, da relação de concubinato não resulta o vínculo de afinidade. Segundo o autor, como não são considerados afins o filho e a concubina do pai, nem a filha e o companheiro da mãe, inexistente na lei civil portuguesa impedimento para o casamento “do pai com a concubina do filho ou da mãe com o companheiro da filha”.³⁸³ Ainda, no direito português, Luís da Cunha Gonçalves partilha do entendimento de que do concubinato não resulta afinidade, por isso “pode um homem casar civilmente com a filha da sua amante (e de outro homem, é claro), ao passo que não poderia casar com a sua enteada”.³⁸⁴ Já no direito italiano, Clóvis Beviláqua informa que, à época, “em virtude da definição dada pelo art. 52 do Código Civil, não existe afinidade ilícita. O vínculo da afinidade resulta exclusivamente do matrimônio”.³⁸⁵ E, finalmente, segundo a legislação francesa, Marcel Planiol orienta que a aliança nasce sempre do matrimônio e que o concubinato não gera aliança de acordo com a lei civil. Por consequência, o casamento é possível entre duas pessoas, ainda que uma delas tenha tido relações ilícitas com a ascendente da outra.³⁸⁶

No direito francês, embora a afinidade ou a aliança não se enquadre na categoria das relações de parentesco, Marcel Planiol, no que foi seguido por outros doutrinadores, ensina que ela imita o parentesco, não somente em suas formas, mas também em seus efeitos, e que,

³⁸² SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, p. 9-11.

³⁸³ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família*, p. 73.

³⁸⁴ GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direitos de família e direitos das sucessões*, p. 16.

³⁸⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, nota 2, p. 64.

³⁸⁶ Tradução livre do texto: “L’alliance naît toujours du mariage. Le concubinage n’en engendre aucune, du moins d’après la loi civile. Par conséquent le mariage est possible entre deux personnes, quoique l’une ait eu antérieurement des relations illicites avec l’ascendant de l’autre quand bien même il en aurait eu des enfants (Chambéry, 7 févr. 1885, D. 85.2.241; Trib. Seine, 21 juin 1907, P. et S. 1908.2.283)” (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, p. 248).

como este, a aliança também produz *direitos, obrigações e incapacidades*.³⁸⁷ Explicam Marcel Planiol, Louis Josserand, René Savatier e irmãos Mazeaud que, se, por um lado, a aliança ou a afinidade entre os esposos e a família de seu cônjuge produz efeitos menos numerosos e duradouros que a comunidade de sangue, por exemplo, os afins não estão sujeitos ao tratamento sucessório, não podem exercer a pátria potesta nem promover interdição, e – ao contrário dos parentes – os afins dos afins, juridicamente, são estranhos entre si; por outro lado, a afinidade cria vínculos capazes de constituir impedimento matrimonial, originar o pagamento da pensão alimentícia e determinar certas incapacidades.³⁸⁸

Ainda quanto aos efeitos produzidos pela afinidade legítima ou natural, apreende-se da legislação francesa, como ocorre na legislação pátria, que tal afinidade constitui impedimento para o matrimônio, mas que, ao contrário da nossa, tem o condão de gerar obrigação alimentar entre os afins na linha reta: sogro ou sogra e genro ou nora (art. 206).

Entre os afins, Louis Josserand informa que o casamento é proibido na linha direta indefinidamente e na linha colateral entre o cunhado e a cunhada; no entanto, cessa a proibição se o casamento que produziu a aliança foi dissolvido pelo falecimento ou pelo divórcio. Nessa última hipótese, o casamento poderá ser autorizado judicialmente, salvo se a causa do divórcio foi o adultério cometido pelo cônjuge que a solicita.³⁸⁹ Quanto aos alimentos, noticiam os irmãos Mazeaud que essa obrigação civil entre os afins desaparece em

³⁸⁷ Tradução livre do texto: “L’alliance imite la parenté, non seulement dans ses formes, mais aussi dans ses effets: comme la parenté, elle produit **des droits, des obligations et des incapacités**” (PLANOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, p. 248 – negrito nosso).

³⁸⁸ PLANOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, p. 248; JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, p. 392; SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 121-122; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 1.167-1.168.

Para corroborar as alegações, apresenta-se, somente, a explicação apresentada por Marcel Planiol, porque não se verificou diferenças no conteúdo das outras doutrinas. “Seulement ces effets sont moins nombreux que ceux de la parenté. Il y a beaucoup d’effets de la parenté, et ce sont les principaux, qui manquent à l’alliance. Par exemple, le droit de succession fait défaut: on se succède entre parents, mais un allié ne succède pas à son allié. De même le droit de puissance paternelle manque absolument. Les seuls effets de l’alliance qui appartiennent au droit civil sont: 1° L’obligation alimentaire qui existe entre certains alliés; 2° L’empêchement au mariage entre les alliés les plus proches; 3° L’incapacité des alliés du notaire ou des parties d’être témoins dans l’acte (L. 25 ventôse an XI, art. 8 et 10); 4. L’incapacité des alliés des parties d’être témoins dans une enquête civile (art. 268 C. proc. Civ.). Comp. Bordeaux, 22 mars 1926, D. H. 1926, 325 pour la procédure du divorce” (PLANOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, p. 248).

³⁸⁹ Tradução livre do texto: “[...] résulte des articles 161 à 163 que le mariage est prohibé: [...] 2° Entre alliés: a) en ligne directe, indéfiniment; b) en ligne collatérale, entre beau-frère et belle-soeur, mais seulement ‘lorsque le mariage qui produisait l’alliance a été dissous par le divorce’ (art. 162) [...] Mariage entre beau-frère et belle-soeur: a) Si ce mariage a pris fin par le décès de l’un des conjoints, le survivant peut épouser son beau-frère ou sa belle-soeur, librement, sans dispense; b) Mas s’il a été dissous par le divorce, un tel remariage n’est possible que moyennant une dispense, laquelle n’est accordée qu’après enquête et sera évidemment refusée si le divorce a été prononcé pour cause d’adultère aux torts et griefs du conjoint qui la sollicite (art. 162, mod. par L. 1° juill. 1914)” (JOSSEAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, p. 405-406).

duas situações: 1) quando o cônjuge que produziu a afinidade e os filhos oriundos de sua união com outro cônjuge falecerem; 2) quando se aplica jurisprudência que tem decidido que o divórcio coloca fim à obrigação alimentar entre os afins, mesmo que existam filhos do casamento.³⁹⁰

Verifica-se que a máxima de Loysel: *morte ma fille, mort mon gendre*, muito citada pelos doutrinadores, só não se aplicará quando os vínculos não se extinguirem. Portanto, ela não se aplicava em nosso direito (arts. 183, II, e 335 do Código Civil de 1916), nem no direito francês, apenas quando não houvesse dispensa do impedimento matrimonial. Em relação aos alimentos, quando houvesse filhos sobreviventes do casamento dissolvido pela morte de um dos cônjuges, ela não conservava seu significado e não se aplicava, porque a afinidade não desaparecia para sempre com o matrimônio que a estabeleceu, caso contrário aplicar-se-ia.

Finalmente, no direito estrangeiro, Eugenio Tarragato afirma que as relações morais e sociais que resultam da afinidade, as situações psicológicas que esta motiva, o impedimento matrimonial, a reciprocidade de obrigação alimentar, o respeito e o afeto entre os afins têm sido base de privilégios e obrigações reconhecidas aos parentes por afinidade pela maior parte dos povos civilizados; por isso, os afins entre si ou simultaneamente com outros parentes têm a faculdade ou o dever de participar dos principais atos da vida jurídica em todos os casos em que um deles necessitar de proteção. No direito moderno, o autor apresenta os múltiplos efeitos produzidos pela afinidade sobre os Direitos Civil, Processual e Público, em vários países, principalmente, latinos e germanos.³⁹¹

Análise do capítulo

Após verificar a influência do cristianismo nas relações familiares, constatou-se que a Igreja, ao impor suas próprias convicções de casamento, combateu o concubinato; com a secularização do casamento civil e a criação da família legítima, por meio do Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, o concubinato foi, novamente, resistido. A proteção à família legítima sugere ter sido um dos motivos que levou o legislador do Código Civil de 1916 a se recusar a regulamentar o concubinato.

³⁹⁰ Tradução livre do texto: “L’obligation alimentaire civile entre alliés disparaît dans deux cas: a) ‘Lorsque celui des époux qui produisait l’affinité et les enfants issus de son union avec l’autre époux sont décédés’ (art. 206 C. civ.). Il faut donc la réunion de deux conditions: le décès du conjoint qui créait le lien d’alliance, l’absence d’enfants communs ou leur décès. C’est l’application d’une règle traditionnelle recueillie par Loysel: *morte ma fille, mort mon gendre*. Mais on admet la survivance d’une obligation naturelle; b) La jurisprudence décide que le divorce met fin à l’obligation alimentaire entre alliés [...] alliés en ligne directe, même s’il des enfants du mariage” (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 1.168-1.187).

³⁹¹ TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 35 e 185 e seguintes.

Segundo o material consultado, não restam dúvidas de que, até o início da vigência do Decreto citado, a não interferência do Estado, na união do homem e da mulher, caracterizada pelo consentimento e coabitação duradoura, assegurava maior liberdade entre as pessoas. E assim deveria ter permanecido. O legislador, com o Decreto n. 181/1890, nada mais fez que tornar extralegal o casamento de fato ou, como ensina com sabedoria Álvaro Villaça Azevedo: “o casamento civil, imposto pelo Estado, em 1890, aniquilou todas as aludidas formas naturais de constituição de família, que, há aproximadamente 3.000 anos, vinham sendo praticadas”.³⁹²

A forma como as pessoas desejam se unir, após a Lei n. 6.515/1976, implica, antes de qualquer análise de cunho sociopolítico, uma escolha pessoal, fundada no sentimento recíproco e assegurada por um direito fundamental inerente à sua liberdade, sua intimidade e sua privacidade. Todavia, sobre seus efeitos, por dizerem respeito aos conviventes, aos filhos, aos bens e a terceiros, o Estado “deve intervir, sempre, para coibir os excessos, para impedir a colisão de interesses”.³⁹³

No entanto, a intervenção do Estado para regulamentar os efeitos do concubinato ficou a cargo de uma construção legislativa e jurisprudencial lenta e embaraçada, a qual contribuiu para que os instrumentos jurídicos fossem interpretados por alguns juristas restritivamente; por isso, foi necessária a resistência de nobres juristas para desfazer e, ao mesmo tempo, refazer uma construção jurídica truncada e fora da realidade, para realizar a necessária proteção às uniões que de fato sempre existiram na sociedade.

A difusão e a construção dos Direitos Humanos, bem como o triunfo do Princípio da Solidariedade, anos após a entrada em vigor do Código Civil brasileiro de 1916, insurgindo-se contra a visão individualista, cujos entendimentos apenas margeavam a realidade social, consagraram, parcialmente, a construção doutrinária, jurisprudencial e legislativa marcadas pelo sentido igualitário, buscando vincular as relações aos interesses e às responsabilidades entre seus membros, e entre esses e a sociedade.

Contudo, mesmo considerando que desde a segunda metade do século passado a sociedade brasileira vem passando por transformações econômicas e sociais que acarretam mudanças nas formas de sociabilidade caracterizada pela emergência de novos modos de relacionamento familiar, interpessoal, afetivo e sexual, a ênfase para o reconhecimento da união concubinária, com raríssimas exceções, era dada pelo caráter pessoal ou afetivo da

³⁹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável – jurisprudência, evolução legislativa e o novo Código Civil, p. 562.

³⁹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 260.

relação; o que sugere, por um lado, que a necessidade de assegurar os mínimos direitos patrimoniais para uma vida digna era maior e, por outro, a dificuldade a ser enfrentada pela seara jurídica para interpretar questões que margeiam sua área de conhecimento.

Com relação aos filhos, a estrutura jurídica, que no início não permitia ao pai reconhecer o filho ilegítimo, procurou, de forma muito mais branda que em relação aos concubinos, amparar os filhos qualquer que fosse sua origem e adaptar-se à evolução dos costumes; à parte dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais condizentes com a realidade social; à legislação de proteção que emergia do direito estrangeiro e à difusão das diretrizes da Organização das Nações Unidas (ONU).

Desse modo, nas legislações pátrias, verifica-se que, durante a maior parte do século XX ou até a Constituição Federal de 1988, apesar das divergências, várias Constituições, leis extravagantes e decretos, ao empregarem em seus textos a denominação “filhos de qualquer natureza ou condição”, visavam equiparar os direitos assegurados aos filhos, independentemente de sua origem; melhorar a condição do filho natural; e resguardar a segurança econômica e a posição social da prole.

Além disso, como a sociedade é dinâmica e não se conceberia diferente, novos questionamentos começaram a surgir, por exemplo, sobre as relações entre conviventes, pais e filhos comuns ou não comuns das uniões concubinárias, mas que se perfazem nelas.

Toda essa construção jurídica conduziu o legislador brasileiro a resgatar o que já estava previsto no primitivo projeto do Código Civil de Clóvis Beviláqua, a se empenhar para eliminar a antiga distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos – sejam naturais, adulterinos ou incestuosos – e a normatizar as relações entre pais e filhos sob nova ótica. Esses instrumentos influenciaram tanto a nova exegese jurídica como os novos paradigmas sociais referentes aos filhos ilegítimos.

Com fundamento no material apresentado, observa-se que o conceito de afinidade, como vínculo estabelecido entre os cônjuges ou, segundo verificamos, entre o concubino e os parentes do outro, advindo do Direito Romano, permanece. As mudanças que ocorreram na previsão jurídica da afinidade, se comparada com o direito pré-codificado, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não representam um retrocesso da legislação atual (Código Civil de 1916). Contudo, a falta de unanimidade de parte dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, principalmente em relação ao concubinato e seus efeitos, que não representava privilégio daquela época, causou insegurança jurídica e social às relações decorrentes da afinidade tanto pessoal quanto patrimonial.

No período investigado neste capítulo, apesar das divergências arguidas e dos posicionamentos contraditórios, alguns aspectos ficaram bastante claros, tais quais: a) não se pode negar que a afinidade decorresse também de uma relação de parentesco, como o consanguíneo e o civil; b) a afinidade se dividia em linhas e graus contados de acordo com cada uma de suas espécies e, por analogia, as regras concernentes ao parentesco consanguíneo; c) a afinidade era denominada legítima quando decorresse do casamento e ilegítima quando tivesse origem tanto no parentesco ilegítimo como no vínculo oriundo do concubinato puro entre um dos concubinos e o filho do outro; d) entre seus efeitos, destacava-se o impedimento matrimonial, na linha reta, no infinito, sem limite de gerações (art. 183, II, Código Civil/1916) e perpétuo, porque não se extingue com a dissolução do casamento, e, na linha colateral, até o segundo; e) quanto aos alimentos, após a censura do que constava nos Projetos apresentados por Antonio Coelho Rodrigues e Clóvis Beviláqua, o Código Civil de 1916 não prevê aos afins o dever de prestá-los ou o direito de reclamá-los.

Dentre as divergências apreendidas, a que causava maior prejuízo era justamente aquela relacionada aos mais indefesos: os filhos menores. Estes preexistentes às uniões concubinárias continuavam sendo alvo do desprezo e da desvalia da legislação e de parte da interpretação doutrinária e jurisprudencial, podendo, inclusive, salvo preciosos posicionamentos contrários, contraírem matrimônio com aquele que manteve estritos laços familiares (em vez do pai ou da mãe) em razão da convivência havida entre eles.

Em parte da doutrina estrangeira e da nacional, chega-se a afirmar que um homem não pode se casar com sua enteada, mas pode se casar com a filha de sua concubina. Essa “prerrogativa” concedida aos homens nos parece totalmente descabida, já que, além de não proteger devidamente os filhos, ainda fere a dignidade da família.

A análise dos dados permite afirmar que parte dos doutrinadores opositores ao fato de que da afinidade se estabelecia uma relação de parentesco ou que ela decorresse do concubinato tomava como referência o disposto no direito estrangeiro, principalmente, o aplicado nos países europeus. Na legislação francesa, na qual a afinidade também produz direitos, obrigações e incapacidades, se comparados os períodos levantados, apesar de permanecer a atribuição da obrigação alimentar entre certos afins, nenhuma mudança para melhor foi observada na matéria investigada.

Abstrai-se dos ensinamentos sobre o Direito de Família que há muito tempo nobres juristas elencavam vários fatores como essenciais à compreensão desse importante ramo do direito privado; no entanto, uma arrastada e intrincada construção jurídica se fez sentir sobre seus institutos, até que fosse possível analisá-los sob uma perspectiva que considerasse não só

a legislação e as influências religiosas, mas também os aspectos morais e culturais, as condições sociais de existência e as relações afetivas e solidárias entre os membros da família. Esses foram uns dos grandes desafios do Direito de Família durante o século XX.

Mesmo controversa, a construção jurídica, influenciada pelos novos paradigmas que começaram a nortear o Direito de Família, culminou no reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988, da igualdade jurídica entre os filhos, da união estável ou concubinato puro, entre o homem e a mulher, e na expressa previsão do impedimento do parentesco por afinidade a essa relação pelo Código Civil de 2002.

5

UNIÃO ESTÁVEL E PARENTESCO POR AFINIDADE

5.1 Introdução

Das denominações antevistas, a União Estável foi a acolhida pela Constituição Federal de 1988, sendo também esta a adotada pela doutrina, pelo Código Civil de 2002 e pela jurisprudência pátria. Álvaro Villaça Azevedo comenta que houve por bem “o legislador constituinte substituir a palavra *concubinato* pela expressão *união estável*, para inaugurar nova era de compreensão aos conviventes, respeitando seus direitos e sua sociedade de fato”.³⁹⁴

As novas conquistas e os novos direitos, a exemplo do que ocorreu no passado, sempre trazem outros questionamentos, a fim de que se possa apreender a construção jurídica estabelecida e alçar a busca da efetivação daqueles direitos condizentes com os anseios sociais e da positivação de outros, que vão ao encontro das necessidades contemporâneas impostas pela mutabilidade dos contextos jurídico, político, econômico e social.

Para compreender o direito posto a respeito do tema pesquisado, serão assinalados os institutos jurídicos da união estável, do concubinato e do parentesco por afinidade, diante dos principais instrumentos legislativos: Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990,³⁹⁵ Leis ns. 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996, e Código Civil de 2002.³⁹⁶ Será anotada também a situação jurídica do parentesco por afinidade, segundo o disposto nos Códigos Civis argentino, francês, italiano e português, e o perfil jurídico da família na contemporaneidade.

5.2 Constituição Federal de 1988

Segundo a nova ordem constitucional, a qual observou as transformações que já vinham ocorrendo no Brasil e em outros países, a família não se constitui somente pelo

³⁹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito de família (arts. 1.711 a 1.783). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19, p. 148.

³⁹⁵ A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, será doravante indicada de Estatuto da Criança e do Adolescente ou Estatuto.

³⁹⁶ A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, será doravante indicada de Código Civil.

matrimônio. A família e as entidades familiares³⁹⁷ previstas pela Constituição Federal de 1988 abrangem a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (art. 226, §§ 1º e 2º); pela união estável (art. 226, § 3º); e pela monoparentalidade, formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

A classificação dos filhos nos grupos familiares também sofreu profundas alterações. A atual Constituição, além de não manter a antiga classificação da filiação, proíbe que se estabeleçam diferenças quanto à sua origem; o art. 227, § 6º, prevê: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Zeno Veloso assevera que a Lei Maior, “coroando uma lenta e penosa trajetória”, ordenou a completa paridade entre os filhos. Segundo o autor, as “denominações discriminatórias relativas à filiação não podem mais ser utilizadas. Filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho”.³⁹⁸ Antônio Chaves observa que a proibição de discriminação entre as diferentes categorias de filho prevista no art. 227, § 6º, Constituição Federal, já se encontrava contida em germe no art. 14 do Decreto-lei n. 3.200 de 1941, foi preocupação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 (art. 2º) e posteriormente reproduzida *ipsis litteris* pelo art. 20 do Estatuto de 1990.³⁹⁹ O art. 1.596 do Código Civil reafirma e reproduz literalmente o dispositivo da Constituição de 1988 e do Estatuto.

De acordo com os dados levantados durante a pesquisa, verifica-se que o reconhecimento da igualdade jurídica dos filhos pela legislação, doutrina e jurisprudência, no Brasil, foi parcial antes da Constituição Federal de 1988, já que somente com sua promulgação tal reconhecimento se deu indene de dúvidas. Além disso, diante da nova ordem

³⁹⁷ Embora não existam diferenças entre os vários modelos familiares presentes na sociedade para fins de proteção do Estado, Eduardo de Oliveira Leite mostra que há diferença entre os conceitos de família e entidade familiar, porque a “distinção feita pela Constituição é veemente e afasta qualquer dúvida que possa pairar com relação ao intuito do constituinte, tanto é que ao se referir ‘a família’, no art. 226, *caput*, referiu-se ao ‘casamento’ e às ‘entidades familiares’ (união estável – § 3º e família monoparental – § 4º). [...] Quando o legislador se refere à união estável (em verdade, está se referindo à união livre) ou à ‘comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’ (família monoparental) é porque reconhece expressamente a inserção destas realidades naqueles modelos familiares, ou porque progressivamente elas adquiriram legitimidade” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 18-19).

³⁹⁸ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, p. 87.

³⁹⁹ CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 121.

constitucional (art. 227, § 6º), vários artigos do Código Civil de 1916, que dispunham sobre a filiação, foram ab-rogados⁴⁰⁰ ou, logo após, revogados.⁴⁰¹

5.2.1 *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família e do Estatuto da Criança e do Adolescente*

Em nosso direito positivo, por força do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, quando “a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Miguel Reale adverte que os princípios gerais do direito possuem função integradora bastante ampla e que a estes não cabe apenas a “tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação”, ainda, segundo o ilustre doutrinador, princípios gerais do direito “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”, e são utilizados tanto no campo da pesquisa do Direito quanto no de sua aplicação prática.⁴⁰²

Nesse sentido, Maria Helena Diniz afirma que os princípios gerais do direito são como “normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas”.⁴⁰³ No Direito de Família, no qual os textos legislativos “não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família”, devido a vida e as relações sociais serem “mais ricas e amplas do que é possível conter uma

⁴⁰⁰ SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 34 e seguintes.

⁴⁰¹ Como visto, apesar de toda a polêmica, somente foram expressamente revogados do Código Civil de 1916 após a Constituição Federal de 1988, por meio da Lei n. 7.841, de 17 de outubro de 1989, pelo art. 358, e da Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, pelos arts. 332, 337 e 347. A primeira lei autorizou o reconhecimento do filho sem nenhuma restrição, e a segunda regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Para que não paire nenhuma dúvida sobre o assunto, Álvaro Villaça Azevedo esclarece: “Atualmente, todos os filhos podem ser reconhecidos, voluntária ou juridicamente, a qualquer tempo e independentemente de qualquer situação. Assim, os incestuosos, bem como os adulterinos, mesmo na constância do casamento do cônjuge adúltero. Acrescente-se que, revogado o art. 358 do CC, também encontra-se revogado o 359, não podendo um cônjuge obstar que resida no lar conjugal o filho reconhecido pelo outro cônjuge. Não cabe, também, qualquer restrição à ação investigatória, inclusive a do revogado art. 364 do CC, não tendo mais sentido o preceituado no art. 343 do mesmo Código, que presume a legitimidade da prole da mulher casada, mesmo tendo cometido adultério (esse preceito acolhe a máxima romana, inaceitável na família cognática de nossos tempos; por isso não é mais verdade que *pater est is quem nuptiae demonstrant*)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Família e nova Constituição* (arts. 226 e 227, § 6º). In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANS, Semy (Coord.). *O direito na década de 1990: novos aspectos. Estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. São Paulo: RT, 1992. p. 92-93).

⁴⁰² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 300.

⁴⁰³ Segundo a autora: “Quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando *princípios gerais de direito*, que, às vezes, são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 456 e 462).

legislação”, entre todas as fontes do direito, é nos princípios gerais que “se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça”.⁴⁰⁴

Sem pretender abordar a constitucionalização ou não do Direito Civil, tema que há muito tempo tem sido alvo de debate e também dividido a opinião de juristas sob diferentes argumentos, concordamos com o Professor Álvaro Villaça Azevedo no sentido de que há matéria de Direito Civil incluída na Constituição Federal de 1988 e que a vantagem dessa inclusão “é a de assegurar que a legislação ordinária há que regulá-la, sem preteri-la, e sem modificar o sentido imposto pela norma maior, a não ser que seja esta modificada”.⁴⁰⁵ E assinala-se que há matéria de Direito Civil incluída no Estatuto da Criança e do Adolescente e vice-versa⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷ e que todas “as normas infraconstitucionais devem espelhar os princípios precisados pela Constituição Federal de 1988, sob pena de, em desarmonia com o sistema, serem consideradas inconstitucionais e terem sua validade questionada”.⁴⁰⁸

Portanto, os princípios que se encontram na Constituição também devem orientar as normas de Direito de Família e do Estatuto. A seguir, elencar-se-ão alguns princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família e se encontram explícitos ou implícitos no Código Civil e no Estatuto.⁴⁰⁹ A apresentação dos princípios está direcionada ao fornecimento

⁴⁰⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 35-36. Sobre a impossibilidade de o sistema jurídico “cobrir todo o campo da experiência humana, restando sempre grande número de situações imprevistas, algo que era impossível ser vislumbrado sequer pelo legislador no momento da feitura da lei”, consultar Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, p. 300).

⁴⁰⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. O direito civil na Constituição. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 371.

⁴⁰⁶ ALVES, Roberto Barbosa. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 23.

⁴⁰⁷ Concordamos com Paulo Lôbo e outros doutrinadores que defendem a necessidade de haver uma interpretação harmônica entre o Estatuto e o Direito de Família, principalmente com as normas do Código Civil. Paulo Lôbo exemplifica que, dentre outras disposições de direito material previstas no Estatuto, que provocam efeitos transversais no Direito de Família, ressaltam-se: “as disposições relativas ao direito à convivência familiar, ao direito à dignidade, ao poder familiar, à guarda, à tutela e à adoção, ao reconhecimento do estado de filiação [...]. Tanto o ECA quanto o Estatuto do Idoso distinguem a ‘família natural’ da ‘família substituta’, interessando a qualificação da primeira para fins do direito de família, pois é qualquer entidade a que se vincule a criança ou o idoso. Portanto, a pluridisciplinaridade e o foco nas pessoas humanas da criança e do idoso, que marcam esses grandes estatutos, recomendam seu estudo destacado, como matérias autônomas, com diálogo normativo permanente com o direito material de família, nos pontos comuns” (LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20).

Deixa-se consignado, também, que nem todos os dispositivos do Estatuto são especiais em relação ao Código Civil (BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Direito de Família: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 210).

⁴⁰⁸ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema. 2007. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 76.

⁴⁰⁹ Além dos princípios a seguir elencados, há outros que “defluem da ordem constitucional, destacando-se para o direito de família: o princípio da tutela especial à família – artigo 226, *caput*; o princípio do pluralismo dos tipos familiares – artigo 226, §§ 1º, 2º, 3º, 4º; o princípio da igualdade entre os cônjuges – artigos 5º e 226, § 5º; o princípio da dissolubilidade do vínculo conjugal – artigo 226, § 6º; o princípio da

de elementos que subsidiem a presente tese; por isso, a aplicação prática destes versa sobre a matéria pesquisada.

O respeito à dignidade da pessoa humana consagrado pela Constituição Federal de 1988, art. 1º, III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, desde o início da Era Cristã, vem exercendo grande influência sobre as relações intra e extrafamiliares. Como princípio, segundo Flávio Tartuce e José Fernando Simão, ele tem grande ingerência e atuação no direito privado, sendo difícil conceituá-lo, “por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações”.⁴¹⁰

Rodrigo da Cunha Pereira afirma o princípio da dignidade da pessoa humana como “uma coleção de princípios éticos”; assegura que hoje ele é um dos esteios que sustenta os ordenamentos jurídicos contemporâneos, sendo impossível “pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade”, e que a “dignidade é um macrop princípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade”.⁴¹¹ Evidencia-se que a Constituição, ao elevar a dignidade da pessoa humana como valor e princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro, estabelece que todos os demais princípios deverão ser compatibilizados com esse.

No Direito de Família, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, segundo Maria Helena Diniz, constitui a base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva) e tem “por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)”.⁴¹²

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, virtude que só ao homem é facultada, é possível afirmar, ao mesmo tempo, que na prática e com o propósito de facilitar a vida das pessoas ele: 1) sustenta a norma de conduta de um para com o outro e vice-versa; 2) norteia o comportamento entre os membros que compõem a unidade familiar; 3) faculta, a cada um, uma existência digna, honesta, honrada, respeitosa e responsável; 4) garante o

paternidade responsável e planejamento familiar – artigo 226, § 7º; princípio e dever da convivência familiar – artigo 227, *caput*; princípio da proteção da criança e do adolescente – art. 227, *caput*, incluindo sua colocação em família substituta – artigo 227, § 3º, VI, e § 5º; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros – artigo 226, § 5º; princípio da igualdade jurídica de todos os filhos – artigo 227, § 6º; princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar – artigo 226, *caput* e artigo 1.513, do Código Civil” (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 39).

⁴¹⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: família*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. v. 5, p. 26.

⁴¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*, p. 94.

⁴¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 23.

exercício de direitos, o cumprimento de deveres e a proteção de interesses; e 5) contém a “velha” ideia de relação, fundada na solidariedade, da qual se irradiam direitos e deveres recíprocos.

As relações sociais solidárias,⁴¹³ elevadas à categoria de princípio jurídico (Constituição Federal de 1988, art. 3º, I, e art. 229), estão fundamentadas na solidariedade humana como uma “necessidade natural e um dever moral de todos os seres humanos”, que se satisfaz na convivência com outras pessoas.⁴¹⁴

O princípio da solidariedade familiar está previsto na responsabilidade imputada à família, à sociedade e ao Estado diante dos cuidados e assistências especiais que devem ser dispensados à criança ou ao adolescente (Constituição Federal de 1988, art. 227, *caput* e Estatuto, art. 4º).⁴¹⁵ Na ótica civil, de acordo com Maria Berenice Dias, o princípio da solidariedade familiar, “que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende **a fraternidade e a reciprocidade**” (destaques no original).⁴¹⁶

Flávio Tartuce e José Fernando Simão ressaltam que a solidariedade na perspectiva das relações familiares é patrimonial, afetiva, psicológica e social e “o princípio da solidariedade familiar também implica em respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar”.⁴¹⁷

Os autores consultados são unânimes ao afirmarem que sob a égide da solidariedade familiar estão presentes os direitos e os deveres alimentares das pessoas enumeradas na lei, desde que deles necessitem. Yussef Said Cahali confirma, também, a possibilidade de os alimentos serem pagos por outras pessoas, não enumeradas na lei, em atenção a um dever moral em favor de outros familiares. Esclarece o autor que nesse caso trata-se de “uma obrigação natural nascida dos laços de solidariedade pressupostos na família”, inclusive reconhecida pelos tribunais, que não tem assegurada a pretensão à exigibilidade. O autor

⁴¹³ As relações solidárias provêm do vínculo moral e jurídico entre pessoas unidas por interesses e responsabilidades comuns. Encontram-se os seguintes significados da palavra solidariedade: “Laço ou vínculo recíproco de pessoas [...], sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, duma nação, ou da própria humanidade” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 1.319). Revela-se a solidariedade “numa comunidade de interesses, ou numa corresponsabilidade” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, v. IV, p. 265).

⁴¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

⁴¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 39.

⁴¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 63.

⁴¹⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 32.

conclui: “quem presta alimentos pelo dever de solidariedade, que informa os laços de convivência social, suprimindo eventual omissão de quem deveria prestá-los, não tem, em decorrência, qualquer direito de ver-se ressarcido”.⁴¹⁸

Com fundamento no princípio da solidariedade familiar, anota Paulo Lôbo que, além da obrigação alimentar, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, tios, ex-companheiros homossexuais, padrastos e madrastas “o direito de contato, ou de visita, ou de convivência, com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados”.⁴¹⁹

O princípio da igualdade entre os filhos (Constituição Federal, art. 227, § 6º, e Código Civil, art. 1.596), no âmbito do Direito de Família, regulamenta especificamente “a isonomia constitucional, ou a igualdade em sentido amplo, constante do art. 5º, *caput*, da CF/1988”.⁴²⁰ Além disso, alude Luiz Edson Fachin ao fato de que a “Constituição de 1988, ao vedar o tratamento discriminatório dos filhos, a partir dos princípios da igualdade e da inocência, veio a consolidar o afeto como elemento de maior importância no que tange o estabelecimento da paternidade” e que, em seguida, a “jurisprudência pátria reconhece o valor jurídico do afeto como primordial para o estabelecimento da filiação”.⁴²¹

O afeto, do latim *affectu*, como sentimento e elemento formador da família, há muito tempo permeia as relações sociais. No entanto, a afetividade, elevada à categoria de princípio jurídico norteadora do Direito de Família e apontada, atualmente, “como o principal fundamento das relações familiares”,⁴²² é uma orientação relativamente nova em nosso direito positivo.

Paulo Lôbo informa que o princípio da afetividade implícito no texto constitucional em vários artigos, entre eles nos arts. 226 e 227, “especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade”. Na qualidade de princípio jurídico, aplicado em várias situações no Direito de Família, a afetividade “não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a

⁴¹⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 503-504.

⁴¹⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 42 e 348.

⁴²⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 33.

⁴²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 22.

⁴²² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 41.

afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”. Complementa o autor aduzindo que a “força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador”, porque a “afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares”.⁴²³⁻⁴²⁴

Tânia da Silva Pereira, na atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira, afirma que, apesar de esse princípio não estar positivado na Constituição, “pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CF)”. Ainda segundo a autora, esse princípio é “uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades”, porque hoje a sociedade anseia por relações familiares afetuosas, não preponderando mais os laços meramente sanguíneos e patrimoniais.⁴²⁵ Conforme Rodrigo da Cunha Pereira, o ordenamento assinalou o afeto como valor jurídico, além de princípio, mas a “inclusão do afeto como valor e como princípio não significa a exclusão dos laços biológicos”.⁴²⁶

Em face do princípio da convivência familiar, previsto sob vários aspectos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto em diferentes artigos,⁴²⁷ aponta Maria Berenice Dias: “há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças no seio da família natural”.⁴²⁸ Devido a algumas restrições nas possibilidades de concretização desse direito, ele pode ser atendido, também, por meio da regulamentação do exercício do direito de visitas, o qual pode ser estendido a outras pessoas,

⁴²³ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 48 e 51.

⁴²⁴ Rodrigo da Cunha Pereira ensina que, entre as principais consequências do princípio da afetividade, uma das mais relevantes “encontra-se na jurisdicação da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque o que garante o cumprimento das funções parentais não é a similitude genética ou a derivação sanguínea, mas, sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*, p. 183-184).

⁴²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 18. ed. rev. e atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. V, p. 55-56.

⁴²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*, p. 185.

⁴²⁷ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21. Comentando sobre o direito à convivência familiar (art. 19 do Estatuto), Silvio Rodrigues esclarece que: “A norma apresenta-se como uma declaração de princípios, uma orientação para o legislador ordinário, ordenando-lhe o mister de seguir o propósito do constituinte” (RODRIGUES, Silvio. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99).

⁴²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 65.

parentes ou não, independente da norma autorizadora.⁴²⁹ Consubstanciado nas lições de outros doutrinadores, Fábio Bauab Boschi, ao observar que apesar de nosso direito positivo não conter normas que garantam ao companheiro, que não é o genitor, a manutenção da convivência perdida com o filho de sua ex-companheira, em casos de separação, esclarece: “o sistema jurídico, que não se reduz apenas às normas, mas é composto também de fatos e valores, pode dar solução ao problema, buscando-a dentro do conjunto dos princípios axiológicos que informam o direito”.⁴³⁰

A possibilidade de convivência familiar não se esgota na relação entre pais e filhos porque, esclarece Gustavo Tepedino, em “razão de seu fundamento solidarista, estende-se a outros parentes, desde que de modo consentâneo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na medida em que a integração familiar possibilita o desenvolvimento do menor e sua inserção social”. Portanto, segundo o autor, a convivência familiar “não deve ser compreendida como prerrogativa ou direito dos pais que não exercem o múnus da guarda, mas configura direito fundamental dos filhos” (art. 227 da Constituição da República e arts. 16, V, e 19 do Estatuto).⁴³¹

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (Constituição Federal, art. 227) é inseparável dos demais princípios abordados e de outros norteadores do Direito de Família e do Estatuto. O melhor interesse da criança e do adolescente é identificado por Tânia da Silva Pereira como norma cogente em razão da ratificação da Convenção da ONU (Decreto n. 99.710/1990); “princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma”;⁴³² “ pilar fundamental do Direito de Família contemporâneo” e novo paradigma que valoriza “a convivência familiar dentro ou fora do casamento”. E, sobre o melhor interesse, Tânia da Silva Pereira, na atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira, aponta que ele é “reflexo do caráter integral da Doutrina Jurídica da Proteção Integral que orienta o Estatuto da Criança e do Adolescente e tem estrita relação com a Doutrina dos Direitos Humanos em geral”.⁴³³

⁴²⁹ Fábio Bauab Boschi afirma a visita com: “o direito que têm as pessoas unidas por laços de afetividade de manter a convivência quando esta for rompida” (BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5, 35 e 66); FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 92.

⁴³⁰ BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*, p. 68.

⁴³¹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 433.

⁴³² PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Direito de Família: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 224.

⁴³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 32 e 56-57.

Adverte Rodrigo da Cunha Pereira que o conceito de melhor interesse é relativo, porque o “entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas”. Contudo, o “que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente”, cuja síntese está contida no art. 227 da Constituição Federal de 1988. O autor, após apresentar em sua obra várias situações práticas (como as que dizem respeito à guarda, à convivência familiar, à visita, aos cuidados), nas quais se pode avaliar o melhor interesse do menor, encerra esclarecendo que: “É o interprete, através de uma escolha racional e valorativa, que deve averiguar, no caso concreto, a garantia do exercício dos direitos e garantias fundamentais pelo menor”.⁴³⁴

O princípio do melhor interesse significa que a criança e o adolescente devem ter “seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade”.⁴³⁵

A proteção integral enunciada no art. 227, *caput*, da Constituição brasileira de 1988 estabelece princípios de proteção aos direitos fundamentais próprios da criança, do adolescente e do jovem (de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010); os quais se converteram em diretrizes para toda matéria regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações posteriores, bem como se aplicam cogentemente a todos os casos concretos. Quanto ao jovem, como esclarece Flávio Tartuce e José Fernando Simão: “aguarda-se a edição do Estatuto do Jovem, previsto no art. 227, § 8º, I, da CF”.⁴³⁶

Na ótica do Estatuto, a proteção integral está positivada, entre outros, em seu art. 1º, o qual representa “a síntese do pensamento do legislador constituinte”.⁴³⁷ Recentemente, o parágrafo único do art. 100 do Estatuto, acrescido pela Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009, determina que as medidas de proteção devem ser norteadas por vários princípios, entre eles, explicitamente, destacam-se: proteção integral e prioridade; interesse superior da criança e do adolescente e prevalência da família.

⁴³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*, p. 128-129 e 140.

⁴³⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 53.

⁴³⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012. v. 5, p. 19.

⁴³⁷ SILVA, Antônio Fernando do Amaral; CURY, Munir. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 15.

A doutrina da proteção integral, sumariamente definida por Roberto João Elias “como sendo o fornecimento, à criança e ao adolescente, de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade”,⁴³⁸ fundamenta-se na compreensão de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, perante a família, a sociedade e o Estado e rompe “com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo dos adultos”, além disso, coloca-os como titulares de direitos comuns a todas as pessoas e de direitos especiais, em razão da condição peculiar de pessoas em fase de desenvolvimento.⁴³⁹

No que diz respeito à proteção integral, Flávio Tartuce e José Fernando Simão asseveram que ela “pode ser percebida pelo princípio de melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças”. No Código Civil, de forma implícita, ela está reconhecida nos arts. 1.583 e 1.584, alterados pela Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, a qual, visando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, na fixação da guarda, ampliou o sistema de proteção.⁴⁴⁰ E o art. 1.584, § 5º, prevê: “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”. Portanto, o legislador estendeu a possibilidade de atribuir a guarda a outras pessoas, inclusive, a terceiros, desde que mantenham relações de afinidade e afetividade, que tenham melhores condições para exercê-la e atendam ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Tânia da Silva Pereira, na atualização da obra de Caio Mário, comenta também sobre o cuidado elevado à categoria de princípio, ainda em fase de reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, mas que “vem sendo defendido como princípio constitucional implícito por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal”. Segundo a autora, a Constituição Federal de 1988, o Código Civil e o Estatuto “demonstram densa dose de *cuidados*”. No que diz respeito à abordagem do cuidado no interior do Estatuto, Pereira constata que “são várias as passagens que deixam evidente a presença do referido princípio por parte do legislador e concretizam o já abordado princípio do melhor interesse da criança”.⁴⁴¹

Pode-se concluir, dessa forma, no que diz respeito à criança e ao adolescente, que todos os princípios mencionados, ínsitos no sistema jurídico, têm os mesmos fundamentos: o

⁴³⁸ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*, p. 2.

⁴³⁹ CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 21.

⁴⁴⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 39-40.

⁴⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 58-59.

criar, o cuidar e o educar e devem ser aplicados pelo juiz ao pais, responsáveis ou guardiões, em face de várias situações, tais como as que dizem respeito aos alimentos, à visita e à guarda.

5.3 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990)

A necessidade de dispensar proteção à juventude tem suas raízes na Constituição de Weimar (1919),⁴⁴² e os seguintes documentos também serviram de alicerce para o reconhecimento da proteção especial: Declaração de Genebra (1924); Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948); Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – *Regras de Beijing* (1985); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de *Riad* (1990); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990) e Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e pelo Congresso Nacional brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n. 28, em 14 de setembro de 1990.⁴⁴³ O princípio da proteção integral é delineado na Convenção sobre os Direitos da Criança.⁴⁴⁴

No Brasil, desde a emergência do Código de Menores, Decreto n. 17.943, de 12 de outubro de 1927, o Estado assumiu oficialmente a questão do menor e elaborou práticas institucionais com a finalidade de proteger a infância. Todavia, mesmo que várias mudanças tenham ocorrido em relação aos projetos de assistência visando a essa proteção e à elaboração de práticas institucionais,⁴⁴⁵ somente com a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e com o Estatuto da Criança e do Adolescente é que se passou a ter uma legislação avançada em termos mundiais para tratar a questão da infância, conferindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de sua proteção integral.

Apesar de o Estatuto representar verdadeira revolução nas questões em relação à criança, Maria Luiza Marcílio anota que, ainda, “existe um abismo profundo entre as belas normas e a dura realidade da infância brasileira”.⁴⁴⁶ A efetivação dos direitos e deveres reconhecidos à criança e ao adolescente representa, com certeza, o maior desafio do Brasil, neste Milênio.

⁴⁴² BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, p. 202.

⁴⁴³ SILVA, Antônio Fernando do Amaral; CURY, Munir. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 16.

⁴⁴⁴ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*, p. 1.

⁴⁴⁵ Código de Menores (Código Mello Matos), Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, e Código de Menores, Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979.

⁴⁴⁶ MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*, p. 309.

O Estatuto pretende proteger de maneira integral, independentemente da situação na qual se encontra,⁴⁴⁷ a criança até os 12 anos incompletos, o adolescente entre 12 e 18 anos e, excepcionalmente, a pessoa entre 18 e 21 anos (arts. 1º e 2º, parágrafo único); garantindo-lhes, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral tratada por essa lei, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades no intuito de lhes facultar o completo desenvolvimento (art. 3º); impôs à família, à comunidade, à sociedade em geral e ao Poder Público⁴⁴⁸ o dever de assegurar àqueles beneficiados a efetivação dos direitos fundamentais, além de outros direitos especiais que decorrem de sua condição peculiar de desenvolvimento (art. 4º e parágrafo único), salvaguardando-os de qualquer “forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” e punindo “na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (art. 5º). Determinou, ainda, que na interpretação da lei “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento” (art. 6º). Os arts. 4º e 5º citados reafirmam o mandamento constitucional e complementam o art. 227, *caput*, da Lei Maior.

Essa lei, além da previsão de garantia aos direitos fundamentais, de prevenção/proteção e de políticas de atendimento à criança e ao adolescente, também regulamenta a família natural,⁴⁴⁹ que abrange a família constituída pelo casamento civil, pela união estável, por qualquer dos genitores e seus filhos e pela família extensa ou ampliada, a qual “se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (art. 25, parágrafo único).⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*, p. 1.

⁴⁴⁸ Munir Cury, Paulo Afonso Garrido de Paula e Jurandir Norberto informam que a família, a comunidade, a sociedade em geral e o Poder Público compreendem respectivamente: a família natural ou substituta; o grupo social próximo à criança ou adolescente (vizinhos, escola, igreja etc.); o conjunto de pessoas físicas ou jurídicas que compõem o grupo social e o conjunto de poderes e instituições em todos os níveis (CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, p. 22-23).

⁴⁴⁹ Lei n. 8.069 de 1990, Livro I, Título II, Cap. III, Seção II, arts. 25 a 27.

⁴⁵⁰ Ao art. 25 do Estatuto, foi acrescentado o parágrafo único pela Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009, Lei Nacional da Adoção, a qual recepcionou a família extensa ou ampliada. Munir Cury comenta que o legislador foi muito feliz ao estabelecer “o conceito de família extensa ou ampliada, ainda que se pudesse apreendê-lo naturalmente, porém, a sua exata compreensão e dimensão devem ser os parâmetros para a real e efetiva inserção de crianças e adolescentes”. Anota, ainda, que vários autores já destacaram que “a sociabilidade familiar e os sistemas de apoio mútuos são características das famílias pobres” e finaliza informando: “A família extensa ou ampliada passa a ser alvo da atenção da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, na garantia do direito fundamental à convivência familiar, dando nova compreensão ao que determina o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente” (CURY, Munir. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 11. ed. atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 130).

A família natural foi prevista pelo Estatuto para se diferenciar da família substituta, também inserida na mesma legislação especial,⁴⁵¹ e não tem por definição a família natural estudada pelos juristas franceses.⁴⁵² Washington de Barros Monteiro esclarece que o jurista chileno Fueyo Laneri também define a família natural como aquela que procede de uniões extramatrimoniais e que a Lei n. 8.069 de 1990, em seu art. 25, “procurou, tão somente, fixar o dualismo com a família substituta, prevista no art. 28”.⁴⁵³

O Estatuto prevê que a família tem o dever de proteger a criança e o adolescente em vários aspectos;⁴⁵⁴ no entanto, a questão do criar, cuidar e educar a criança e o adolescente, sob os quais a proteção se efetiva, é bastante delicada, uma vez que, em seu aspecto social, envolve o reconhecimento dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto pelos pais ou responsáveis, em particular, e pela sociedade em geral, além de medidas de políticas públicas eficazes. Em seu aspecto jurídico, requer que sejam criados mecanismos capazes de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais a toda e qualquer criança ou adolescente, para proteger seu completo desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, assegurado por meio do direito de serem criados, cuidados e educados em condições de liberdade e de dignidade.

Sob o aspecto legislativo, os direitos fundamentais, além da Constituição Federal de 1988, do Código Civil e do Estatuto, têm sido assegurados por meio de outras leis extravagantes. Entre elas, estão aquelas que expressamente possibilitam, por meio da convivência familiar ou da guarda, que a criança ou o adolescente tenha(m) suas necessidades atendidas, também por outras pessoas desde que haja vínculos ou relações de afinidade, afetividade e solidariedade.⁴⁵⁵ Nesse sentido, é pacífica, em sede doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade da regulamentação do exercício do direito de visita a outras pessoas, parentes

⁴⁵¹ Lei n. 8.069 de 1990, Livro I, Título II, Cap. III, Seção III, arts. 28 a 52.

⁴⁵² JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*, p. 655; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 928; SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 90 e 180.

⁴⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

⁴⁵⁴ Entre eles, os previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, a fim de facultar à criança e ao adolescente seu “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (art. 3º do Estatuto) (CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, p. 22).

⁴⁵⁵ Leis ns. 11.698, de 13 de junho de 2008, e 12.010, de 03 de agosto de 2009, que, entre outras modificações, respectivamente, acrescentaram ao art. 1.584 o § 5º, do Código Civil, e ao art. 25 o parágrafo único, do Estatuto. A Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009, em seu art. 2º prevê que o art. 57 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º: “O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”. Nesse sentido, consultar também: CAHALI, Yusef Said. *Dos alimentos*, p. 504.

ou não, desde que existam carinho e afeto entre elas,⁴⁵⁶ e da proteção do direito à convivência familiar com pessoas que mantêm vínculos ou relações de afetividade e afinidade.

Dessa forma, os direitos que dizem respeito aos cuidados, à criação e à educação, que se materializam por meio da convivência familiar, da guarda, da visita, dos alimentos, com fundamento na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto, inerentes a toda criança ou adolescente, podem ser exercidos por aquele que estiver próximo à criança ou ao adolescente, desde que civilmente responsável e capaz de zelar satisfatoriamente pelos interesses daqueles que estão em processo de desenvolvimento. Evidencia-se, portanto, que tais direitos não devem ser vistos apenas e tão somente como inerentes ao exercício do poder familiar em relação à pessoa dos filhos (arts. 1.566, IV, 1.634 e 1.724 do Código Civil), porque, como previsto, outras pessoas podem e devem exercê-los.

5.4 Leis ns. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996

A Constituição Federal de 1988, art. 226, § 3º, reconheceu a união estável como forma de constituição de família; em seguida, a Lei n. 8.971, de 1994, regulou o direito dos companheiros em relação a alimentos e à sucessão; e a Lei n. 9.278, de 1996, regulamentou o citado § 3º do art. 226 e a união estável. O Projeto de Lei n. 1.888/1991, que se transformou nessa lei, originou-se, como citado anteriormente, dos estudos realizados pelo Professor Álvaro Villaza Azevedo.

Ambas as legislações infraconstitucionais contribuem para a efetivação dos direitos decorrentes da união estável. A primeira, que regulamentou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, em seu art. 1º, conferiu, à companheira ou ao companheiro, após a convivência de mais de cinco anos ou se dela tivessem nascido filhos do casal, o direito a alimentos, nos termos da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, desde que o necessitado não constituísse nova família e provasse a necessidade dos alimentos. O art. 2º da lei sob comentário possibilitou o usufruto e a participação na sucessão do companheiro ou da companheira nas condições aludidas em seus incisos. O art. 3º da lei tratava dos bens deixados pelo autor da herança resultantes de atividades em que houve colaboração do(a) companheiro(a) sobrevivente. Os direitos previstos nessa lei eram concedidos às pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas.

Apesar das críticas aos seus dispositivos e da alegada inconstitucionalidade, a Lei de 1994, segundo Tânia da Silva Pereira na atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira,

⁴⁵⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, p. 92; BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*, p. 5 e 66.

continuou em vigor até ser parcialmente derogada pela Lei n. 9.278 de 1996.⁴⁵⁷ Álvaro Villaça Azevedo explica que aquela lei “é apontada como inconstitucional, por ter conferido ao companheiro sobrevivente mais direitos do que ao cônjuge sobrevivente e por estimular a continuidade da união estável, quando, ao invés, deveria ter somente facilitado sua conversão em casamento”. O autor defende que a lei é constitucional e que o “legislador de 1994 não desrespeitou o ordenamento constitucional, nem prestigiou o casamento civil, mas regulamentou a união estável, paralelamente a ele”, bem como que a lei procurou iniciar regulamentação da união estável “para tornar mais justa a convivência dos companheiros, evitando as lesões de direitos, que vinham sendo perpetradas na família de fato, sobretudo contra a mulher”. Quanto à regulamentação para converter a união estável em casamento civil, o doutrinador ressalta que, se os conviventes quiserem casar-se, basta a iniciativa dos companheiros, não impedidos, para “requerer a habilitação para seu casamento, diretamente, no Registro Civil”.⁴⁵⁸

A Lei n. 9.278 de 1996 identifica como entidade familiar “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família” e não fixa prazo certo para a existência dessa união nem a necessidade de prole comum (art. 1º). Quanto à ausência de prazo para a existência da união estável, o autor do projeto que se transformou na lei sob comento ensina que “é óbvio, em cada caso, verificar-se se, realmente, existia essa espécie de casamento de fato, pela posse recíproca dos concubinos, com intuito de formação do lar, desde que a convivência fosse duradoura, a demonstrar a existência da família”.⁴⁵⁹

A mesma lei estabelece, no plano pessoal, direitos e deveres iguais aos conviventes, em relação ao respeito e considerações mútuos, assistência moral e material recíprocas, além de guarda, sustento e educação dos filhos comuns (art. 2º); determina também a possibilidade de realização de contrato escrito entre os conviventes e que os bens adquiridos, na constância da união estável e a título oneroso, passam a pertencer aos conviventes, em condomínio e em partes iguais – de acordo com Álvaro Villaça Azevedo, por tratar-se de uma situação de fato, em que vivem os companheiros, não se deve falar em regime de comunhão parcial de bens,

⁴⁵⁷ Quanto a essa questão, Tânia da Silva Pereira anota: “Filiamo-nos àqueles que consideram que não ocorreu a substituição total de um texto pelo outro. Entre outras razões, embora a Lei n. 9.278/96 indique como objetivo ‘regulamentar § 3º do art. 226 da CF’, além de ter se mostrado mais abrangente que a Lei n. 8.971/94, foi votada com o rito de lei ordinária, não atendendo às exigências do art. 69 da CF relativas às leis complementares” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 585).

⁴⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 323.

⁴⁵⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União estável – jurisprudência, evolução legislativa e o novo Código Civil*, p. 536.

mas, sim, condomínio,⁴⁶⁰ (art. 5º); concede os direitos de alimentos e o direito real de habitação em casos de dissolução da união (art. 7º); estabelece os critérios para a conversão da união estável em casamento mediante requerimento dos conviventes, de comum acordo e a qualquer tempo, ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio (art. 8º) e fixa a competência do Juízo da Vara de Família, assegurando o segredo de justiça a essas uniões (art. 9º).

Ao lado da denominação *convivente* (estabelecida pela Lei de 1996), o termo *companheiro* (de acordo com a Lei de 1994) continua sendo utilizado. Como noticiado, a Lei de 1996 não substituiu totalmente a primeira e não foi revogada pelo Código Civil, na parte que não confronta com este.⁴⁶¹

5.5 União estável no Código Civil de 2002

A união estável foi inserida no âmbito do Código Civil, que estabelece regras relativas a esta no Livro IV, Direito de Família, Título III, arts. 1.723 a 1.727. Embora nenhum desses artigos tenha dispositivos correspondentes no Código Civil de 1916, parte das matérias previstas nos dispositivos mencionados já havia sido prevista pela Lei n. 9.278/1996.

O Código Civil, além apresentar o conceito e os elementos essenciais da união estável, determina sobre os impedimentos e as causas suspensivas (art. 1.723, §§ 1º e 2º); regulamenta os efeitos pessoais e patrimoniais entre os companheiros e os direitos e deveres em relação aos filhos (arts. 1.724 e 1.725); prevê a conversão da união estável em casamento (art. 1.726); e trata do concubinato ou concubinato impuro (art. 1.727). Ainda no âmbito do Direito de Família, vários outros dispositivos preveem os efeitos jurídicos decorrentes dessa união de

⁴⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável, p. 267.

⁴⁶¹ No atual Código Civil, as matérias referentes à competência do Juízo da Vara de Família, o contrato de união estável e o direito a alimentos foram previstos pelos arts. 1.723 a 1.727. O direito a alimentos também foi, especificamente, regulamentado pelos arts. 1.694 e seguintes. O regime de condomínio (art. 5º, *caput*, da Lei de 1996) não foi previsto pelo Código Civil. Sobre o direito real de habitação do companheiro sobrevivente (art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1996), Flávio Tartuce e José Fernando Simão explicam que, apesar da expressa falta de previsão na norma geral (art. 1.831 do Código Civil) e das divergências, a interpretação doutrinária e jurisprudencial que prevalece é no sentido de que se deve estender ao companheiro esse direito. Tais autores também destacam o Enunciado CJF 117, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: “Art. 1.831. O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, *caput*, da CF/88” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2011. v. 6, p. 261). Acerca da discussão sobre a possibilidade de o companheiro cumular em matéria sucessória o usufruto (art. 2º, I e II, da Lei n. 8.971/1994) e o direito real de habitação (art. 7º da Lei n. 9.278/1996), consultar: Flávio Tartuce e José Fernando Simão (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 261 e TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*, 7. ed., v. 5, p. 228-232 e 260-264) e Arnoldo Wald (WALD, Arnoldo. *O novo direito das sucessões*. Guilherme Calmon Nogueira Gama (Col.). 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88-102).

fato. A regulamentação da união estável para fins de direitos sucessórios também foi prevista no Livro V, Direito das Sucessões, da mesma legislação ordinária.

Quanto aos filhos, o Professor Álvaro Villaça Azevedo, no que é seguido por outros autores, analisando o art. 2º, III, da Lei de 1996, esclarece:

Os direitos e deveres mencionados no inciso III, do dispositivo legal sob análise, são dos conviventes em relação a seus filhos comuns. A guarda dos filhos tem a ver com a posse que seus pais, em conjunto ou isoladamente, em caso de separação, exercem, em decorrência de seu poder-dever familiar (pátrio poder). O sustento são os alimentos materiais indispensáveis à preservação da subsistência e da saúde, bem como os relativos à indumentária. A educação são os alimentos de natureza espiritual, imaterial, incluindo não só o ensinamento escolar, como também os cuidados com as lições, no aprendizado, no âmbito familiar e de formação moral dos filhos.⁴⁶²

Não foi prevista no Código Civil (art. 1.724) a expressão “filhos comuns” como na Lei n. 9.278/1996; no entanto, nenhuma dúvida deve existir no sentido de que, nesse artigo, o legislador procurou proteger tão somente os filhos que são comuns do casal.

5.5.1 *Conceito e elementos essenciais da união estável*

Conforme já se mencionou, o art. 226, § 3º, da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei n. 9.278 de 1996, que reconhece em seu art. 1º, como entidade familiar, “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”; por sua vez, o art. 1.723, *caput*, do Código Civil traz o mesmo conceito e elementos essenciais para a constituição e o reconhecimento da união estável.⁴⁶³ Segundo o Professor Álvaro Villaça Azevedo – “um dos maiores especialistas do tema em nosso País” –,⁴⁶⁴ o “casamento de fato ou a união estável é a convivência não adulterina nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como casados, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato”.⁴⁶⁵

⁴⁶² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 445. Sobre o dever assistencial dos pais aos filhos menores e maiores, no casamento e na união estável, consultar: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Efeitos pessoais da união estável. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 336.

⁴⁶³ Art. 1.723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

⁴⁶⁴ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 267.

⁴⁶⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 18.

Embora exista ampla gama de elementos necessários para a configuração da união estável, os mais reconhecidos, na doutrina e na jurisprudência, até há pouco tempo eram os expressos na Lei n. 9.278/1996 e no Código Civil: a) a diversidade de sexos; b) a convivência duradoura, pública e contínua; e c) a finalidade de constituir família.⁴⁶⁶

Com exceção do primeiro elemento, que recentemente foi modificado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os demais continuam sendo considerados como fundamentais para comprovar a união estável, em várias situações, inclusive após a morte de um ou de ambos os conviventes.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Maria Helena Diniz elenca elementos essenciais que configuram a união estável e elementos secundários que a valorizam. Entre os primeiros, destacam-se: diversidade de sexo; continuidade das relações sexuais; ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes; notoriedade de afeições recíprocas; honorabilidade; fidelidade; coabitação e colaboração da mulher no sustento do lar. Entre os secundários, estão: dependência econômica da mulher; existência de prole comum; compenetração das famílias; criação e educação pela convivente dos filhos do companheiro; casamento religioso sem efeito civil; casamento no estrangeiro; situação da convivente como empregada doméstica do companheiro; maior ou menor diferença de idade entre os conviventes e existência de contrato de convivência (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 437). Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva apresentam os seguintes pressupostos “para que se reconheça a entidade familiar apta a produzir os efeitos pessoais e patrimoniais [...] a) união estável, com constituição de família, entre um homem e uma mulher; b) convivência, em regra geral e salvo exceções, sob o mesmo teto, prolongada, pública e contínua; c) capacidade civil dos companheiros; d) inexistência de impedimento matrimonial, salvo, no caso de casamento, se houver separação de fato” (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 54). Frisa-se que nos termos do art. 1.723, § 2º, do Código Civil, as causas suspensivas do casamento não impedem a caracterização da união estável (art. 1.523 do Código Civil).

⁴⁶⁷ Nesse mesmo sentido: “União estável. Reconhecimento. Requisitos indispensáveis. Intenção de vida em comum com objetivo de constituição familiar. Não comprovação. Existência de mero namoro. Improcedência. Para configuração da união estável é necessário que a convivência entre o homem e a mulher seja pública, que estes sejam tidos no meio em que vivem como um casal, além de ser a relação duradoura e, ainda, exige o elemento subjetivo, que é a intenção de viverem como marido e mulher, com o objetivo de constituição de uma família. Inexistindo esses elementos, improcedente se mostra o pedido de reconhecimento de união estável. Mero namoro, por mais prolongado e público que seja, não configura, por si só, a união estável que a lei equipara ao matrimônio. VV. Família. União Estável. Reconhecimento. Ausência de Coabitação. Inventário. Partilha. A coabitação não constitui requisito para a caracterização da união estável, e, se a autora e o falecido experimentaram construir relacionamento duradouro, público e sedimentado em fortes laços afetivos não se pode recusar o reconhecimento desta situação de fato de todos já conhecida. A divisão dos bens dá-se segundo regras da comunhão parcial e, inexistindo filhos comuns ou descendentes exclusivos do companheiro falecido, a companheira concorre com os parentes sucessíveis na forma prescrita pelo art. 1.790, III, CC” (TJMG; APCV 1.0479.05.087208-0/002; 1ª C.Cív.; Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade; DJEMG 29/05/2009).

“Reconhecimento e dissolução de união estável. Revelia. Não aplicação dos efeitos. Direito indisponível. Ônus da prova. Não comprovação. Na esteira do que prevê a norma insculpida no art. 320, II, do CPC, cabe à parte demonstrar, nos casos em que se discutem direitos indisponíveis, os fatos constitutivos de seu direito, ainda que configurada hipótese de revelia. Para a configuração da união estável exige-se a comprovação de uma comunhão de vida e de interesses, impondo-se a demonstração de um inequívoco caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*, além de publicidade e estabilidade capazes de gerar uma legítima expectativa de formação de núcleo familiar” (TJDFT; APC 2008.06.1.008692-5; 2ª T.Cív.; Rel. Des. Carmelita Brasil; DJDFTE 07/10/2010).

“Ação Declaratória. Reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*. Comprovação nos autos da convivência pública, duradoura, contínua e como entidade familiar. Ausência de impedimento. Sentença mantida. Recurso desprovido. 1. Os documentos colacionados aos autos demonstram que houve convivência entre o casal, de forma pública, contínua e como entidade familiar, como exige o art. 1.723 do CC, desde dezembro de 2002, encerrando-se com o falecimento do companheiro, em 18 de maio de 2005.

Quanto ao primeiro elemento, verifica-se que a legislação, a doutrina e a jurisprudência pátrias, apesar de conhecer a sociedade de fato, vinham resistindo em reconhecer como união estável a relação entre homossexuais.⁴⁶⁸ Com a recente decisão de efeito vinculante dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), que, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, nada há mais que impeça o reconhecimento dessa união como entidade familiar.⁴⁶⁹

Nesse período, restou provado que os conviventes estavam separados judicialmente. Não há que se falar, pois, em impedimento, devendo subsistir o *decisum* impugnado. 2. O estado civil de casado não configura impedimento para a união estável se há separação de fato ou judicial, a teor do que dispõe o art. 1.723, § 1º, do CC. De igual forma, não há previsão legal do lapso temporal como requisito para configurar a união estável” (TJDF; Rec. 2005.01.1.062262-7; Ac. 468.381; 5ª T.Cív.; Rel. Des. Lecir Manoel da Luz; *DJDFTE* 10/12/2010; p. 106).

“União estável. Reconhecimento incidental nos autos do inventário. Possibilidade. Questão que não demanda maior dilação probatória. Art. 984 do CPC. Questão não enfrentada pela decisão agravada. Impossibilidade de conhecimento. Recurso improvido. 1. O Juízo da Vara de Órfãos e Sucessões tem competência para decidir sobre a existência de união estável de forma incidental em inventário, desde que a questão não demande extensão probatória. Inteligência do art. 984 do Código de Processo Civil. 2. *In casu*, afigura-se como elementos capazes de evidenciar a união estável, a escritura pública lavrada a pedido dos conviventes, o testamento feito pela companheira, além dos fatos que demonstram com suficiência a relação afetiva do casal. 3. Não se conhece de questão não enfrentada pela decisão agravada, sob pena de supressão de instância. 4. Recurso conhecido e não provido” (TJDF; AGI 2010.00.2.019961-0; Ac. 500.730; 1ª T.Cív.; Rel. Des. Sandoval Oliveira; *DJDFTE* 04/05/2011, p. 120).

“Preliminar de não conhecimento. Rejeição. Reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*. Competência. Foro do domicílio da companheira. Interpretação extensiva do art. 100, I, do CPC. 1. Se o agravo de instrumento é cabível, tempestivo e cumpre os requisitos dos arts. 524 e 525, ambos do CPC, deve ser conhecido, sobretudo se, na preliminar de não conhecimento, o agravado não aponta que tipo de defeito intrínseco ou extrínseco estaria a macular o recurso. 2. O art. 226, § 3º, da CRB/88, reconhece a união estável como entidade familiar, de modo que não há razão para tratamento diverso entre os cônjuges e os companheiros. Dessa forma, impõe-se a interpretação extensiva do preceito do art. 100, I, do CPC, que estabelece a competência do foro do domicílio da mulher para a ação de separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, e para anulação de casamento, para que se permita à companheira ajuizar a ação que veicula pedido de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem* no foro de seu domicílio. 3. Agravo provido” (TJDF; AGI 2011.00.2.009694-4; Ac. 523.448; 4ª T.Cív.; Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis; *DJDFTE* 03/08/2011, p. 135).

⁴⁶⁸ Antes da decisão do STF na doutrina, entre outros juristas, Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 375) e Álvaro Villaça Azevedo (Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o estatuto dos concubinos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, ano II, n. 11, maio/jun. 1996. p. 19; AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável, p. 254) entendiam que não existia previsão legal para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Flávio Tartuce e José Fernando Simão asseveravam: “Em uma primeira análise, também somos filiados a essa corrente, uma vez que o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo clama por alteração do Texto Maior” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 294). Atualmente, Álvaro Villaça Azevedo, Flávio Tartuce e José Fernando Simão vêm mudando de posição e admitindo que a “união entre duas pessoas do mesmo sexo constitui uma entidade familiar” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*, 7. ed., v. 5, p. 302-315). Maria Helena Diniz também parece concordar com a decisão do STF que admite que “há união estável e entidade familiar em relações homoafetivas” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5, p. 405).

⁴⁶⁹ *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano XIII, n. 22, jun./jul. 2011. p. 101-121. “Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável. Relação Homoafetiva. Vara de Família. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 4.277/DF e a ADPF n. 132/RJ, esta última convertida em ADI, entendeu que o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dá concretude aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias e da não discriminação. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §§ 3º e 4º,

Em seguida, na V Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2011, pelo Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado no Enunciado n. 524: “As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família” e, no Enunciado 526: “É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação”. Com todo o respeito aos posicionamentos contrários, parece inegável reconhecer que os direitos em relação à locação, à adoção, à competência da Vara de Família, aos direitos sucessórios, à partilha dos bens e ao reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo percorreram o mesmo caminho trilhado para o reconhecimento dos direitos decorrentes da união concubinária, ao contrário do que ocorreu e, ainda hoje, acontece com a legislação previdenciária, uma das primeiras a reconhecer não só direitos aos concubinos, mas também, os direitos emanados da união homossexual.⁴⁷⁰

Para que se reconheça a união estável, a convivência do homem e da mulher também dever ser duradoura, pública e contínua. Em razão das divergências, quanto à aplicação ou não da Súmula 382 do STF à união estável, pode-se cogitar de que a lei não exige que os conviventes residam na mesma casa. Contudo, deve-se sopesar que a convivência sob o mesmo teto somente pode ser dispensada desde que os conviventes “tenham justa causa para tanto, como necessidades profissionais, pessoais ou familiares que impeçam a unicidade domiciliar”.⁴⁷¹ Mário Luiz Delgado mostra que a coabitação é elemento caracterizador da

entende como entidade familiar aquela formada por homem e mulher, bem como aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O referido artigo não pode sofrer interpretação restritiva, afastando a possibilidade de reconhecimento de entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, posto que não há norma que traga tal discriminação. No novo contexto social, tendo em vista que o Poder Legislativo não tem acompanhado as modificações sociais, não pode o Poder Judiciário, sob a alegação de ausência de legislação, deixar de conhecer como entidade familiar a relação entre pessoas do mesmo sexo. A norma inserta no art. 1.723 do Código Civil não afasta a possibilidade de reconhecimento como entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual é competente a Vara de Família para julgar a ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Agravo conhecido e provido” (TJDF; AGI 2011.00.2.002651-5; Ac. 522.013; 6ª T.Cív.; Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito; *DJDFTE* 29/07/2011; p. 105).

⁴⁷⁰ Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, após exaustiva análise da questão junto ao direito estrangeiro, anota: “o corpo legislativo da maioria dos países do mundo não contém previsão de casamento entre pessoas do mesmo sexo, com algumas exceções feitas pelos países do norte europeu, Bélgica, Holanda, Espanha, Canadá e África do Sul. Outros adotam um regime de proteção à família homossexual – considerada como união livre, assemelhando-a à união estável, como a França e a Alemanha. Outros ainda permitem o direito de adoção por casais homossexuais, como Espanha, Bélgica, Holanda, Canadá, Inglaterra, África do Sul e países escandinavos, por entenderem que nenhum dano psíquico é imposto à prole decorrente da identidade de sexo de seus pais; a matéria, no entanto, não está pacificada, sendo encontradas divergências doutrinárias e jurisprudenciais” (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*, p. 214-215).

⁴⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 47. Nesse mesmo sentido, Álvaro Villaça Azevedo exemplifica dizendo que: “A convivência sob o mesmo teto é, às vezes, evitada para que não se causem traumas em filhos; isso acontece até no casamento, principalmente, em segundas núpcias, em que os filhos do casamento anterior não querem aceitar um novo pai ou uma nova mãe” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União estável*, v. 19, p. 256-257).

união estável e, mesmo não constituindo requisito essencial para o seu reconhecimento, “representa dado relevante para se determinar a intenção de constituir uma família, cujo maior indício é a convivência sob o mesmo teto”.⁴⁷² Assim, em regra, a Súmula 382 do STF não deve prevalecer; todavia, diante de algumas situações justificadas, por admitir que os conviventes vivam em tetos separados, ela prevalece e, inclusive, pode ser aplicada de maneira análoga à união estável.⁴⁷³

Álvaro Villaça Azevedo continua ensinando que a lei, ao determinar que a união seja pública, impõe que ela seja notória tanto no meio familiar como no social, e não oculta ou clandestina; que seja contínua, sem separações: “os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem termo marcado para se separarem”; e que seja duradoura com a intenção de constituir uma família. Aliás, orienta o ilustre Professor que “é no intuito de constituição de família que está o fundamento da união estável”. Embora o legislador não fixasse o prazo para a união estável existir, o juiz deve perceber, em cada caso concreto, “se houve, realmente, ou não, duração suficiente para a existência da união estável”.⁴⁷⁴⁻⁴⁷⁵ Dessa forma, Maria Helena Diniz mostra que a proteção jurídico-constitucional recai sobre “relações convivenciais *more uxorio*, que possam ser convertidas em casamento. Com isso, a união estável perde *status* de sociedade de fato e ganha o de entidade familiar”.⁴⁷⁶

5.5.2 *Efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes da união estável: pontos controversos*

Vários são os efeitos jurídicos decorrentes da união estável; apesar de existir uma sólida construção jurídica em relação a essa união, isso não impede que várias situações, referentes aos efeitos, tanto de ordem pessoal como patrimonial, suscitem outros questionamentos junto à doutrina e à jurisprudência. Tal ocorrência se dá em razão das diversas situações fáticas da vida cotidiana e da ausência ou da possibilidade de várias formas

⁴⁷² DELGADO, Mário Luiz. União estável de pessoas casadas (breves comentários ao Acórdão do STJ Prolatado nos autos do Recurso Especial n. 1.107.192 – PR). *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano XII, n. 18, p. 84-103, out./nov. 2010. p. 94.

⁴⁷³ Álvaro Villaça Azevedo orienta que a Súmula 382 pode ser aplicada, analogicamente, à união estável (União estável, v. 19, p. 257). Em sentido contrário, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, sustentados por vários julgados, entendem que a “Súmula n. 382 do STF deve ser havida como não prevalecente” (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 48).

⁴⁷⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável, v. 19, p. 255-256.

⁴⁷⁵ A “união estável guarda aproximação com a posse de estado de casados” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 579). As “relações sexuais acidentais e precárias, ainda que repetidas durante muito tempo, não revelam companheirismo, que requer estabilidade, ligação permanente entre homem e mulher para fins essenciais à vida social, isto é, *aparência* de ‘casamento’ perante terceiros ou, como dizem alguns autores, de ‘posse de estado de casado’” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 375).

⁴⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 374.

de interpretações da legislação constitucional ou infraconstitucional. O rol de pontos divergentes discutidos, estudados e analisados é extenso,⁴⁷⁷ por isso, impossível e incabível neste trabalho analisá-los. Todavia, examinar-se-á, sumariamente, a controvérsia sobre a equiparação, ou não, do instituto da união estável ao do casamento, uma vez que dela se irradiam quase todas as demais.

O legislador constituinte prevê o casamento civil e no art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, reconhece a união estável entre o homem e a mulher, determinando que a lei facilite sua conversão em casamento. Ao determinar a conversão da união estável em casamento, surgem controvérsias quanto à equiparação, ou não, dos institutos e, por consequência, quanto à incidência dos mesmos efeitos jurídicos do casamento à união estável.

Em seus estudos, Álvaro Villaça Azevedo ensina que não houve equiparação do concubinato ao casamento, “pois a união estável foi reconhecida, como integrante do Direito de Família, como uma das formas de constituição familiar, nos moldes como foi escolhida pela sociedade”.⁴⁷⁸ Também se verificou que Flávio Tartuce e José Fernando Simão; Tânia da Silva Pereira, na atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira; José Sebastião de Oliveira; Maria Helena Diniz; Semy Glanz; Francisco José Cahali, na atualização da obra de Silvio Rodrigues; Yussef Said Cahali; Eduardo de Oliveira Leite e Arnoldo Wald discordam da equiparação entre o instituto da união estável e o instituto do casamento.⁴⁷⁹ Embora os

⁴⁷⁷ Alguns aspectos controvertidos de ordem pessoal da união estável apresentados por Claudio Luiz Bueno de Godoy são: deveres de lealdade e respeito; dever de assistência; alimentos; guarda, sustento e educação dos filhos; direito ao nome; foro privilegiado da mulher; tutela dos direitos da personalidade de quem tenha falecido; prescrição (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Efeitos pessoais da união estável, p. 327 e seguintes). José Fernando Simão apresenta os seguintes aspectos de ordem patrimonial: o alcance da expressão *no que couber*; separação obrigatória e união estável; união estável iniciada antes dos 60 anos e posterior casamento; união estável iniciada após os 60 anos; outorga convivencial; Registro de Imóveis e averbação da união estável (SIMÃO, José Fernando. Efeitos patrimoniais da união estável. Álvaro Villaça Azevedo – um homem à frente de seu tempo. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio*: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 343 e seguintes). Sobre o rol dos efeitos jurídicos da união estável, analisados pela doutrina e jurisprudência, consultar, ainda, Álvaro Villaça Azevedo (*Estatuto da família de fato*, p. 265 e seguintes; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *União estável*, v. 19, p. 147 e seguintes) e Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 405 e seguintes).

⁴⁷⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o estatuto dos concubinos, p. 15.

⁴⁷⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 258; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 578; OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002. p. 176; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 403; GLANZ, Semy. *União estável*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 11, 2º sem. 1991. p. 94; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed., p. 272; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: RT, 1994. p. 153. CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1993. v. 1, p. 19; WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 242.

autores consignem a equiparação ou não, ora entre os dois institutos, ora entre o cônjuge e o companheiro ou convivente, ora entre as famílias, percebe-se que o sentido jurídico do que estão igualando, ou não, nem sempre é o mesmo.

José Luiz Gavião de Almeida explica que “à primeira vista seria possível imaginar haver o legislador constitucional equiparado a família vinda de casamento àquela que sem ele se formou”, no entanto, ressalta que essa não parece ter sido a orientação do § 3º, do art. 226, da Constituição, ao determinar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento e pondera: “Fossem, porém, as duas situações idênticas, desnecessária era a conversão”. Ainda segundo o autor, Zeno Veloso e Edgard de Moura Bittencourt parecem concordar com a opinião “de que a Constituição Federal equiparou as famílias vindas de casamento e aquelas não assim formadas”.⁴⁸⁰

O ilustre Professor identifica na legislação vários exemplos de tratamento diferente entre as duas espécies de família: o reconhecimento da filiação automática no caso da família constituída pelo casamento civil, enquanto na constituída pela união estável “só o reconhecimento voluntário ou judicial produz efeito”; a caracterização do crime (art. 44, IV, Lei n. 8.245/1991), no caso de despejo sem observar o previsto no art. 65, § 2º, da mesma Lei (esses dispositivos não modificados pela Lei n. 12.112/2009); e a impossibilidade da equiparação quando um dos companheiros aliena bem imóvel particular, pois neste caso a lei não exige autorização do outro companheiro. E também apresenta outros dispositivos que equiparam o cônjuge ao companheiro, tais como: na própria lei da locação que permite ao cônjuge ou ao companheiro suceder ao locatário falecido (Leis ns. 8.245/1991 e 12.112/2009); o parentesco por afinidade que se estabelece no casamento e na união estável; a adoção por duas pessoas que só pode ocorrer se forem cônjuges ou companheiros (Lei n. 8.069/1991, art. 42, § 2º); tanto o cônjuge como o companheiro têm direito a alimentos, a invocar o instituto do bem de família para sua proteção, aos direitos sucessórios e à herança que “só se torna vacante e é deferida ao Estado se inexistir cônjuge ou companheiro”.⁴⁸¹

Maria Berenice Dias defende que a Constituição Federal, ao prever a proteção às espécies de família, elencou as entidades familiares mais frequentes, mas não as desigualou, nem lhes dispensou tratamento diferenciado. A ordem na qual a origem das famílias foi mencionada pela Constituição (casamento, união estável e monoparental) “não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles. Ainda que a união estável não

⁴⁸⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. O direito de família e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 383.

⁴⁸¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. O direito de família e a Constituição de 1988, p. 383-385.

se confunda com o casamento, ocorreu a **equiparação** das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma proteção” (destaque no original).⁴⁸²

A leitura do dispositivo constitucional em comento sugere que o legislador, ao determinar a conversão da união estável em casamento, não comparou ou equiparou o cônjuge ao companheiro ou convivente ou os institutos, os quais seguem as regras próprias de cada um, salvo as aplicadas a ambos, mas equiparou as espécies de família e procurou, ao reconhecer a união estável para fins de proteção do Estado como entidade familiar, garantir a seus membros liberdade de escolha e proteção para uma vida digna e responsável. A ideia de dignidade, liberdade e responsabilidade sempre presente nas lições do combativo Mestre Álvaro Villaça Azevedo deverá orientar toda a construção jurídica do instituto da união estável.⁴⁸³

Percebe-se junto ao material compilado que, conquanto existam vários pontos polêmicos e controversos em relação à união estável, há outros que nem polêmicas ou controvérsias causam, visto que, apesar de subentendidos na legislação, não são, expressamente, previstos em lei, nem tratados de forma direta por parte da doutrina; embora existam de fato, devem, cada vez mais, bater às portas do Judiciário e serem relevantes para atender aos direitos e aos interesses da criança e do adolescente.

É o que ocorre, por exemplo, com o parentesco por afinidade descendente em primeiro grau estabelecido, entre outras circunstâncias, com um dos companheiros e os filhos preexistentes do outro, ou seja, quando um dos pais, separado extrajudicial, judicialmente ou de fato, divorciado ou viúvo, que mantém a guarda do filho passa a viver em união estável com outra pessoa. Essa matéria, apesar de não ser nova e já ter sido investigada por Edgard de Moura Bittencourt,⁴⁸⁴ merece outros estudos sob a égide das novas legislações e dos princípios que norteiam o Direito de Família e o Estatuto.

5.5.3 *União estável: parentesco por afinidade*

O Código Civil determina no art. 1.595 que o parentesco por afinidade se estabelece também entre companheiros, com a seguinte redação: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”. A inclusão da união estável como geradora do vínculo de afinidade foi sugerida por Regina Beatriz Tavares da Silva, “por estar de acordo

⁴⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 157.

⁴⁸³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 58, mar. 2000. p. 18.

⁴⁸⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 260 e seguintes.

com o princípio constitucional que atribui à união estável a natureza de entidade familiar (Const. Federal, art. 226, § 3º).⁴⁸⁵

No Código Civil vigente, ao art. 1.595 foram incluídos dois parágrafos: “O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro” (§ 1º). “Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável” (§ 2º). O primeiro parágrafo não tem dispositivo correspondente no Código Civil de 1916, e o segundo parágrafo é cópia ampliada do antigo art. 335 do Código de 1916.

De acordo com a legislação atual, Maria Helena Diniz conceitua o parentesco por afinidade como “o liame jurídico estabelecido entre um consorte, companheiro e os parentes consanguíneos, ou civis, do outro nos limites estabelecidos na lei, desde que decorra de matrimônio válido, e união estável”.⁴⁸⁶

Exceto a expressa inclusão da união estável como geradora do parentesco por afinidade e, por consequência, esse como efeito daquela; da exclusão da espécie de afinidade denominada ilegítima e da alteração trazida pela Lei n. 11.924/2009, não é possível perceber junto à legislação vigente e à doutrina majoritária diferenças consideráveis em comparação com os períodos anteriores para apreender o parentesco por afinidade. Isso se dá porque a afinidade permanece mantendo certa simetria com o parentesco consanguíneo no que diz respeito às linhas e aos graus, assim como as relações entre as pessoas e os parentes afins continuam sendo mais restritas que no parentesco consanguíneo ou natural, pois este produz maior número de efeitos civis que aquele.

O parentesco na linha reta é perpétuo e infinito, ou ilimitado, e na colateral é limitado aos cunhados e continua desaparecendo com o desfazimento do vínculo que a originou. A afinidade não gera afinidade: os parentes consanguíneos de um dos cônjuges ou conviventes, embora sejam afins do outro, não são parentes entre si, os sogros ou cunhados não são afins entre si; os afins de um dos cônjuges ou conviventes não são do outro, as esposas de dois irmãos não são, como usualmente se diz, cunhadas entre si.

Além disso, o parentesco por afinidade continua se constituindo por determinação legal, e não pelo sangue;⁴⁸⁷ não se estabelecendo nem antes da realização do matrimônio ou da constituição da união estável nem após a dissolução desses; no entanto, depois da

⁴⁸⁵ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 418.

⁴⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 442 e 449.

⁴⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6, p. 214.

dissolução permanece o impedimento para fins de união, em linha reta;⁴⁸⁸ tendo por fundamento a moral;⁴⁸⁹ não gerando direito a sucessão *ab intestato*; não abrigando, segundo a maioria dos autores consultados, o direito a alimentos e embora o parentesco por afinidade não se confunda, não seja igual e não possa ser comparado, ele é tratado em conjunto, com as demais espécies de parentescos, pelo legislador.⁴⁹⁰

Os vínculos de afinidade serão reconhecidos mesmo “sucedendo a nulidade ou a anulação do casamento putativo”,⁴⁹¹ casos em que o impedimento decorrente da afinidade não se extingue.⁴⁹² O art. 1.561, *caput*, do Código Civil prevê que o casamento anulável ou nulo contraído de boa-fé produz todos os efeitos do matrimônio até o dia da sentença anulatória. Em relação aos filhos, mesmo se houver má-fé de um ou ambos os cônjuges, os efeitos civis serão produzidos, entre eles, os de afinidade (art. 1.561, §§ 1º e 2º, do Código Civil). Nesse caso, depois de anulado, como o art. 1.595, § 2º, do mesmo Código, prevê que a afinidade na linha reta não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável, pois ela permanece.⁴⁹³ Assim, em casos de casamento nulo ou anulável, putativo ou não, a afinidade permanece, por exemplo, para impedir que o homem se case ou constitua união estável com a filha daquela que foi sua esposa.

A discussão anterior para saber se o filho podia ou não casar-se com a concubina de seu pai ou vice-versa, atualmente, do mesmo modo, encontra-se superada. Está pacificado pela legislação e pela doutrina que a afinidade na linha reta institui impedimento para o casamento e para a constituição da união estável (arts. 1.521, II, 1.595, § 2º, e 1.723, § 1º). Para tornar mais clara a restrição, a afinidade resultante de filiação poderá, se for o caso, provar-se, inclusive, “por confissão espontânea dos ascendentes se da filiação não existir a prova prescrita no art. 1.609, I a IV, e que já constava do art. 1º da Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992”.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de direito romano*, p. 116.

⁴⁸⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 192; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: família*. 3. ed., p. 63.

⁴⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 313; LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 192; WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família*. 17. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 41.

⁴⁹¹ MADALENO, Rolf. Das relações de parentesco. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 462; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 321.

⁴⁹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 10. ed., p. 165 e *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, 24. ed., p. 256.

⁴⁹³ MADALENO, Rolf. Das relações de parentesco, p. 463.

⁴⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 122-123.

Quanto às relações de afinidade, entre os cônjuges ou os conviventes, prevalece a tese da inexistência de parentesco;⁴⁹⁵ contudo, em relação aos filhos, permanecem várias dúvidas em termos doutrinário, legislativo e jurisprudencial, sendo apenas algumas delas objetos desta presente tese. Paulo Lôbo comenta que os parentes afins não são iguais ou equiparados aos consanguíneos e explica: o parentesco por afinidade estabelecido com o enteado não é igual ao parentesco como filho, porque não nasce “para o primeiro, em virtude de tal situação, direitos e deveres que são próprios do estado de filiação”.⁴⁹⁶

Paulo Lôbo assevera também que o “parentesco afim tem por fito muito mais o estabelecimento de uma situação jurídica de impedimentos e deveres, por razões morais”. Conforme o autor, o parentesco por afinidade é considerado “para impedir a aquisição de algum direito ou situação de vantagem, em virtude da aproximação efetiva que termina por ocorrer entre parentes afins e suas respectivas famílias”. Isso se sucede ainda, “além do direito civil, no direito eleitoral, no direito administrativo, no direito processual, principalmente em hipóteses que presumivelmente ocorreria conflito de interesses”.⁴⁹⁷⁻⁴⁹⁸ O Código de Processo Civil atribui efeitos restritivos ao parentesco por afinidade, como se pode observar, por exemplo, no disposto nos arts. 134, IV e V, 136, 217, II, 405, § 2º, I, e 406, I.

Como se pode verificar também no Código Civil, diante do previsto nos arts. 27, II, 228, V, 786, § 1º, 792, 1.027, 1.829, 1.962, III, e 1.963, III, o legislador menciona os afins ou os parentes afins em vários artigos, sendo que, na maioria das vezes, com o propósito de lhes vedar alguns direitos.

Designadamente, no Direito de Família, a afinidade é prevista nas relações de parentesco (art. 1.595, §§ 1º e 2º); nas causas impeditivas do casamento (art. 1.521, II) e da união estável (art. 1.723, § 1º); na possibilidade de arguir as causas suspensivas (art. 1.524) e de exercerem a tutela se não houver impedimentos (arts. 1.735 e 1.737); e na negativa de exercer a curatela (art. 1.775, §§ 1º e 2º). Embora haja divergência doutrinária, os afins têm o direito de promover a interdição⁴⁹⁹ (art. 1.768, II) e podem exercer a guarda (art. 1.584, § 5º).⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 310.

⁴⁹⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 192.

⁴⁹⁷ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 192 e 194.

⁴⁹⁸ Durante a vigência do Código Civil de 1916, sobre as relações de parentesco em geral (consanguinidade, afinidade e civil), Caio Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro e Orlando Gomes ressaltaram a importância de conhecê-las porque são jurídica e socialmente relevantes (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 11. ed., v. V, p. 171) e porque delas resultam direitos, obrigações e restrições, (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 232), no direito privado, entre os parentes, tanto de ordem pessoal como patrimonial (GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 299), e em relação a outros ramos do direito público, como o processual e eleitoral. Nesse sentido, conferir em: ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, p. 409-410.

⁴⁹⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 194.

Quanto à possibilidade do exercício da guarda por outra pessoa que não seja o pai ou a mãe, de acordo com a redação dada ao art. 1.584, § 5º, é pertinente ponderar que o legislador parece ter incluído os afins entre os parentes e que, ao utilizar na sequência, as expressões “grau de parentesco” e “relações de afinidade e afetividade”, procurou distinguir um do outro para ampliar o rol das pessoas capazes de exercer a guarda, desde que, é claro, revelem “compatibilidade com a natureza da medida” e atendam ao melhor interesse da criança e do adolescente.

5.5.3.1 *Parentesco por afinidade: uma das espécies de vínculo jurídico*

Nas doutrinas consultadas, verifica-se que, em algumas circunstâncias, os termos *afinidade*, *aliança*, *vínculo* e *parentesco* são usados sem distinção por vários autores e, por vezes, pela própria lei. Em outras ocasiões, encontram-se registros de que a afinidade ora é empregada como decorrente de uma relação de parentesco, ora de um vínculo jurídico. Não são raros os romanistas que a classifica em uma ou em outra categoria. Embora não seja unânime,⁵⁰¹ na maior parte da legislação estrangeira consultada⁵⁰² a afinidade não se enquadra na relação de parentesco.

No direito pré-codificado brasileiro, Augusto Teixeira de Freitas e Lafayette Rodrigues Pereira conceituam parentesco tanto a relação de consanguinidade como a de afinidade.⁵⁰³ O primeiro jurista aponta que o parentesco é um vínculo estabelecido pelo sangue, seja dos parentes, consanguinidade ou cognação, seja de um dos cônjuges em relação ao outro cônjuge.⁵⁰⁴ Durante a vigência do Código Civil de 1916, Washington de Barros Monteiro e Eduardo Espínola,⁵⁰⁵ ladeados por outros doutrinadores, consideravam-na no sentido de vínculo ou relação de ordem jurídica, possivelmente seguindo a orientação prevista tanto em alguns dispositivos desse diploma legislativo, principalmente em seus arts. 183, II, e

⁵⁰⁰ Código Civil, art. 1.584, § 5º: “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

⁵⁰¹ TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 28.

⁵⁰² Códigos Civis: alemão, art. 1.308, nota 1.032 e art. 1.590; português, art. 1.584; francês, art. 161; italiano, art. 78.

⁵⁰³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. II, nota 1, p. 555; PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, p. 46.

⁵⁰⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, v. II, nota 1, p. 555.

⁵⁰⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 231; ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, nota 14, p. 410. Ressalta-se que Washington de Barros Monteiro, comentando sobre o Código Civil de 1916, afirmava que a “palavra *parente* aplica-se apenas aos indivíduos ligados pela consanguinidade”. Contudo, na 40, edição de sua obra com a coautora Regina Beatriz Tavares da Silva, a expressão “parentesco por afinidade” foi acolhida e o rol exemplificativo das restrições foi mantido, embora tenha sido atualizado de acordo com as novas legislações (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 419).

334, quanto por influência de outros Códigos estrangeiros. Contudo, como analisado, considerando que em vários artigos se “chamava ‘parentes’ aos ‘afins’”⁵⁰⁶ e que há a falta de unanimidade doutrinária, não se pode concordar com os doutrinadores que entendiam que o Código Civil brasileiro anterior não incluía a afinidade como uma relação de parentesco.

Atualmente, o debate para entender se a afinidade gera ou não parentesco suscitado durante a vigência do antigo Código está superado. O legislador brasileiro, ao utilizar-se da expressão “parentesco por afinidade” (art. 1.595, § 1º), segundo Silvio Rodrigues, “parece optar, definitivamente, por abranger no parentesco o vínculo de afinidade”⁵⁰⁷ e pôr fim a qualquer dúvida sobre essa questão. Portanto, o parentesco permanece de acordo com a clássica definição de Clóvis Beviláqua, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e outros ilustres doutrinadores,⁵⁰⁸ resultante da consanguinidade, da afinidade e, nos termos do Código Civil atual, de qualquer “outra origem” (art. 1.593).⁵⁰⁹

Ao se investigar, etimologicamente, as palavras “vínculo”, do latim *vinculum*, e “parentesco”, do latim popular *parentatus* de *parens*, verifica-se que, não obstante no sentido jurídico, a primeira abrange maior número de significados que a segunda, inclusive o vínculo se distingue em várias espécies, entre elas a de vínculo de parentesco, ambas trazem o sentido de relação ou ligação comum provindas entre as pessoas unidas por um fato natural ou jurídico.⁵¹⁰ Logo, a palavra “vínculo” é gênero do qual “parentesco” é espécie.

⁵⁰⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed., nota 271, p. 289.

⁵⁰⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed., nota 271, p. 289.

⁵⁰⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*, p. 63-64; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IX, p. 3; GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 299; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed., p. 289; FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, p. 289; BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*, p. 1.135.

⁵⁰⁹ O art. 1.593 do Código atual, sem dispositivo correspondente no Código anterior, contudo em sintonia com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhece que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Quanto ao parentesco natural por consanguinidade, as discussões cessaram, ao menos em parte, dada a clareza do texto constitucional. Todavia, o mesmo não se pode verificar quanto ao parentesco civil. O legislador parece ter ampliado o parentesco civil, tradicionalmente compreendido somente sob o âmbito da adoção, para o parentesco de outras origens. Flávio Tartuce e José Fernando Simão explicam que “diante dos progressos científicos e da valorização dos vínculos afetivos de cunho social, devem ser reconhecidas outras formas de parentesco civil: aquele decorrente de técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial heteróloga – com material genético de terceiro) e a parentalidade socioafetiva (Enunciados 103 e 256 do CJF/STJ)” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 310; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 443). Carlos Roberto Gonçalves apresenta a palavra “parentesco” em seu sentido estrito e amplo. O primeiro “abrange somente o *consanguíneo*, definido de forma mais correta como a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de um mesmo tronco”, e no sentido amplo “inclui o parentesco por *afinidade* e o decorrente da *adoção* ou de *outra origem*, como algumas modalidades de técnicas de reprodução medicamente assistida” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. VI, p. 263).

⁵¹⁰ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, v. III, p. 316, e v. IV, p. 494.

Constatamos, de acordo com o material pesquisado, que a afinidade, do latim *affinitas*, significa parentesco que se contrai pelo casamento⁵¹¹ e, atualmente, também pela união estável, bem como que, nessas duas uniões, como registrado anteriormente, ela representa a relação de uma pessoa com os parentes da outra, ligando, portanto, duas famílias diferentes entre si. Essa relação entre as pessoas ou famílias diferentes cria, naturalmente, vínculos, muitas vezes, bastante próximos que devem ter por fundamento relações permeadas pela ética e pela moral e ter a mesma natureza do parentesco por consanguinidade. Nesse sentido, o que se deve considerar é o que essas relações trazem e representam, e o que o direito deve regulamentar são os efeitos jurídicos por elas produzidos.

Distinguir as relações de parentesco por consanguinidade ou natural porque derivam do sangue das de afinidade porque derivam da lei, como se todas as espécies de parentesco não se estabelecessem pela lei, faz parte de uma visão etnocêntrica que tende a não examinar o que elas revelam e também a destinar-se não só a marginalizar relações muito próximas, mas também a desprestigiar e ainda desvalorizar os vínculos tecidos no dia a dia. Aquela visão impede deveras que se considerem os laços de afetividade, de solidariedade e de convivência, os quais, segundo é possível observar o que orienta parte da doutrina que trata do tema, em razão do seu sentido de proteção, devem sobrepor-se até mesmo aos consanguíneos, quando forem mais benéficos, principalmente para a criança e o adolescente com o propósito de criá-los, educá-los, sustentá-los, resguardá-los, defendê-los e abrigá-los cuidadosamente.

Para corroborar esse entendimento quanto às relações de parentesco ou o direito parental, Flávio Tartuce e José Fernando Simão ensinam que ele “traz como conteúdo as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas que mantêm entre si um vínculo familiar, sobretudo de afetividade”.⁵¹²

Diante da tendência à qual nos filiamos, de que não se deve distinguir as relações de filiação e de paternidade, impossível não considerar parentesco tanto as relações de consanguinidade quanto as de afinidade, se, principalmente, em relação aos filhos, ambas devem ter o mesmo sentido e fundamento.

Hoje, mais que no passado, em razão da importância conferida aos laços de parentela, sobretudo afetivos e solidários, de acordo com a clássica conceituação apresentada pela Professora Maria Helena Diniz, parentesco “é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre

⁵¹¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, v. I, p. 102.

⁵¹² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 309.

um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo”.⁵¹³

5.5.3.2 Parentesco por afinidade: direito a alimentos

Importante inovação introduzida pelas Leis ns. 8.971/1994, art. 1º e parágrafo único, e 9.278/1996, art. 7º, refere-se ao direito a alimentos. As dúvidas que surgiam a respeito da concessão desse direito aos conviventes começaram a ser dirimidas com a regulamentação do art. 227, § 3º, da Constituição por meio das leis citadas e terminaram com a inclusão da união estável no Código Civil, nos arts. 1.724 e 1.694. No Código Civil, Livro IV, Título II, Subtítulo III, o art. 1.694 prevê: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Nos artigos seguintes do mesmo subtítulo, há previsão sobre as características, os pressupostos, a classificação, as pessoas obrigadas, a atualização e a extinção da obrigação alimentar, entre outras.

Quanto ao conceito apresentado pela maioria dos autores consultados, observa-se que se tem como base os ensinamentos de Orlando Gomes, segundo o qual “*Alimentos* são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”.⁵¹⁴ O conteúdo da expressão “*necessidades vitais*” pode ser verificado na definição apresentada por Estevam de Almeida: alimentos são “*prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)*”.⁵¹⁵⁻⁵¹⁶

O instituto dos alimentos, de “conteúdo patrimonial e finalidade pessoal”,⁵¹⁷ regulamentado pela legislação ordinária e especial, é um tema sempre atual, de ampla discussão doutrinário-jurisprudencial e aplicação prática; ademais, pode ser estudado por meio de vários recortes teóricos. A presente exposição se propõe a levantar informações acerca da obrigação alimentar pelos parentes afins. No próximo capítulo, será discutida a

⁵¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 441.

⁵¹⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 404.

⁵¹⁵ ALMEIDA, Estevam de. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925. p. 314.

⁵¹⁶ Como direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, a vida humana integra-se de elementos materiais e imateriais, e no “conteúdo de seu conceito se envolvem”, além do direito à dignidade da pessoa humana e à privacidade, o direito à existência (basicamente o direito de estar e permanecer vivo), à integridade física (respeito à integridade corporal e psíquica) e à integridade moral (que integram valores imateriais, como os morais) (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 182).

⁵¹⁷ GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 413.

possibilidade de se estender aos afins entre si o direito de reclamar e a obrigação de prestar alimentos.

O art. 1.694 do Código Civil determina que os parentes podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem. Apesar de o legislador não especificar qual a relação de parentesco – consanguíneo ou natural, afinidade ou civil que abrange o socioafetivo⁵¹⁸ (arts. 1.593 e 1.595, § 1º, do Código Civil) –, a maioria dos autores, por meio da interpretação do disposto nos arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil, como é tradição em nosso direito, compreende que a expressão “*parentes*” abarca somente as pessoas ligadas pelo *ius sanguinis*. Além disso, fundamentam suas alegações no fato de que a obrigação decorre da lei⁵¹⁹ e que a enumeração legal é taxativa.

Dessa forma, nega-se toda e qualquer possibilidade de o parentesco por afinidade gerar a obrigação de prestar alimentos. Nesse diapasão, citam-se: Maria Helena Diniz; Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva; Sílvio de Salvo Venosa; Luiz Edson Fachin; Arnoldo Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca.⁵²⁰

Yussef Said Cahali, igualmente, interpreta que o atual “Código não assegura o direito de alimentos entre pessoas ligadas pelo vínculo de afinidade”; ademais, destaca que a jurisprudência de nossos tribunais, há muito tempo, é pacífica no sentido de excluir o direito de alimentos entre sogro e nora, sob o argumento de que a “afinidade não origina parentesco, mas apenas aliança, que não é poderosa para criar direito a alimentos; a nora, não sendo vinculada ao sogro pelo *ius sanguinis*, não é parente para ver-se como parte alimentária”.⁵²¹ Em recentes decisões, os Tribunais continuam negando a possibilidade de prestação de alimentos pela ex-sogra, sob o argumento de que falta amparo legal na legislação vigente.⁵²²

⁵¹⁸ O parentesco socioafetivo vem se consagrando, cada vez mais, na doutrina, na jurisprudência e nos enunciados do STJ. “O pedido de guarda formulado pelo dito pai afetivo serve de substrato à fixação dos alimentos e o valor está de acordo com as possibilidades do agravante. Manutenção. Recurso desprovido” (TJRS; AI 70033252313; 7ª C.Cív; Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel; DJERS 21/01/2010). Enunciado 341 do CJE/STJ, IV Jornada de Direito Civil, realizada em outubro de 2009: “Para fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

⁵¹⁹ O entendimento de que a obrigação alimentar é exemplo típico de obrigação que somente decorre de lei, segundo Flávio Tartuce e José Fernando Simão, ainda é majoritário na doutrina (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 399).

⁵²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 597; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 520; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 364; FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, p. 289; WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil*, p. 50.

⁵²¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 698-699; *Dos alimentos*, 6. ed., 2009, p. 494-945.

⁵²² Por exemplo: “União estável. Termo inicial. Partilha de bens. Automóvel havido por herança paterna. Aquisição posterior de outro durante o relacionamento. Impossibilidade de partilha. Alimentos. Duvidosa necessidade e ausência de possibilidade de prestar pelo ex-companheiro. Prestação de alimentos pela ex-sogra. Ausência de previsão legal. Inteligência dos arts. 1.696 e 1.697 do CCB. [...] 4. Prestação de alimentos pela ex-sogra. Não há falar em obrigação alimentar solidária da ex-sogra em relação à ex-

Também anota Cahali que a prestação pode ser paga por outras pessoas não elencadas no art. 1.694 do Código Civil, em razão do “cumprimento de uma obrigação natural nascida de laços de solidariedade pressupostos na família” se “evidenciada alguma dependência econômica”, mas não em decorrência do parentesco por afinidade. Em sede jurisprudencial, esse entendimento, apesar de não ser atual, como ocorre em relação à negativa da possibilidade do pagamento da pensão alimentícia entre afins, vem sendo mantido por nossos Tribunais.⁵²³

Portanto, à primeira vista, pode parecer que os afins nenhuma obrigação alimentar guardam entre si. Registra-se que essa negativa, segundo a maioria dos autores, diz respeito a uma obrigação legal, mas, em razão de uma obrigação natural, existe a possibilidade desse pagamento decorrente dos laços de solidariedade familiar.

Apesar de se posicionar contra a fixação dos alimentos em decorrência do vínculo de afinidade, Luiz Edson Fachin comenta que as relações “de parentesco estavam armadas em cima de uma dada concepção de família, matrimonializada, hierarquizada e patriarcal. Esta ideia de família matrimonializada vem mostrar a associação que se fazia entre casamento e legitimidade dos filhos”. Em seguida, o autor conclui: “Se a Constituição de 1988 trouxe uma ruptura desse modelo, consanguinidade e afinidade cabem também serem repensadas”.⁵²⁴

Embora Flávio Tartuce e José Fernando Simão entendam que “o parentesco por afinidade não gera nenhuma outra consequência jurídica senão em matéria de impedimento matrimonial”, reconhecem que, em relação “a afinidade na linha reta descendente, há uma tendência de se reconhecer alimentos, notadamente na relação entre padrasto ou madrasta e enteado ou enteada”, após entrar em vigor a Lei n. 11.924/2009, a qual acrescentou o § 8º ao art. 57 da Lei n. 6.015/1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta, pois argumentam que, diante da nova lei, “parece insuficiente

companheira, pois sem amparo na legislação vigente, uma vez que não se cogita de prestação de alimentos entre afins. Inteligência dos arts. 1.696 e 1.697 do CCB. Negaram provimento à apelação. Unânime” (TJRS; AC 70040058950; 8ª C. Cív.; Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos; *DJERS* 09/02/2011).

⁵²³ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed., 2002, p. 700; 2009, p. 496. “1ª Turma, STF, 18/02/1941, RT 144/353 e RF 90/385. 3ª Câmara, TACivSP: A afinidade não obriga a alimentos que advêm *jure sanguinis*. Quem presta alimentos pelo dever de solidariedade, que informa os laços de convivência social, suprimindo eventual omissão de quem deveria prestá-los, não tem, em decorrência, direito de ver-se ressarcido (22.05.1968, RT 402/209)” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed., 2002, nota 141, p. 700). “TJSP, 1ª Câ. Cív. Dever de alimentar – Neto – Parentesco por afinidade – Requerente casado com avó materna – Desnecessidade da observância do critério da legalidade estrita – Possibilidade de reconhecer, ao menos uma obrigação natural, relativamente aos afins diante da relação de dependência econômica do parente afim (rel. Elliot Akel. 10.06.2003, JTJ 269/253)” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, nota 167, p. 496).

⁵²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, p. 220.

pensar que o vínculo estabelecido entre tais pessoas será apenas para os fins de uso do nome”.⁵²⁵

Ainda quanto à obrigação alimentar dos afins, Maria Berenice Dias entende que ela deve ser repensada em relação ao padrasto e que existe com o ex-sogro ou ex-genro. Informa que a lei, ao reconhecer a permanência do vínculo de parentesco (art. 1.595, § 2º, do Código Civil), não faz nenhuma ressalva a sua espécie (art. 1.694 do Código Civil) e que descabe interpretação restritiva para limitar direitos.

Dessa forma, após a separação, aquele que não tiver meios de prover o próprio sustento primeiro convocará “os parentes consanguíneos e os que mantêm vínculo de parentesco civil, por adoção ou vínculo socioafetivo” e na “ausência ou total impossibilidade desses de prestar algum auxílio, pela permanência do vínculo de afinidade, que tem por base a **solidariedade familiar**, é de se reconhecer a responsabilidade alimentar subsidiária e de caráter complementar dos parentes por afinidade” (destaque no original).⁵²⁶ Embora o posicionamento defendido pela Desembargadora em relação ao ex-sogro e ex-genro não seja aceito pela maioria dos doutrinadores brasileiros, que excluem qualquer possibilidade de o parentesco por afinidade gerar obrigação alimentar, isso não ocorre com parte das legislações estrangeiras.

Yussef Said Cahali, em sua valiosa obra sobre os alimentos, apresenta por meio da legislação estrangeira alguns países que incluem os afins entre os titulares do direito de alimentos e outros que os excluem. Entre as legislações que incluem os afins e, portanto, não se identificam com a nossa, estão o Código Civil argentino, art. 368; o Código Civil francês, arts. 206 e 207; e o Código Civil italiano, arts. 433 e 434. E, entre aquelas com os quais a legislação brasileira se identifica, estão o Código Civil espanhol, art. 143; o Código Civil português, art. 2.009; e o BGB, § 1.601 (Código Civil alemão).⁵²⁷

⁵²⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*, 7. ed., v. 5, p. 429.

⁵²⁶ Na íntegra, a doutrina defende sua tese da seguinte forma: “Reconhecendo a lei a permanência do vínculo de parentesco sem fazer nenhuma ressalva ou impor qualquer restrição, descabe interpretação restritiva que acabe por limitar direitos. Assim, dissolvido o casamento ou a união estável, possível é tanto o ex-sogro pedir alimentos ao ex-genro, como este pedir alimentos àquele. Isso tanto se a relação foi de **casamento** como de **união estável**. Não dispondo o ex-cônjuge ou o ex-companheiro de condições de alcançar alimentos a quem saiu do relacionamento sem meios de prover o próprio sustento, os primeiros convocados são os parentes consanguíneos e os que mantêm vínculo de parentesco civil, por adoção ou vínculo socioafetivo. Na ausência ou precariedade de condições desses de prestar os alimentos, cabe socorrer-se dos parentes cujo vínculo permaneceu mesmo depois de solvido o elo afetivo: ex-sogro, ex-genro. Ainda que a responsabilidade seja subsidiária e complementar, não se pode negar que exista. Quem estiver destituído de recursos necessários à própria subsistência não pode ser abandonado à própria sorte. Ao menos, em circunstâncias excepcionais, quando não houver parentes consanguíneos ou civis, ou restar evidenciado que eles não dispõem de recursos para auxiliar, cabe apelar ao vínculo de afinidade” (destaques no original). DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 314-316 e 476).

⁵²⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed., 2002, p. 698; 2009, p. 494.

5.6 Parentesco por afinidade: direito estrangeiro

Após abordar a atual situação jurídica do parentesco por afinidade no direito pátrio, verificar-se-á, segundo o método adotado na presente tese, o disposto nos Códigos Civis argentino, francês, italiano e português. A escolha dessas legislações considerou países de origem latina e de formação jurídica semelhante à nossa. Diversas legislações de diferentes países, na América Latina ou Europa Continental, com as mesmas semelhanças poderiam ser pesquisadas; contudo, a breve referência àquelas modernas legislações serve de comparação e é capaz de mostrar que em razão do estabelecimento dos vínculos de afinidade se irradiam alguns efeitos, tais como se procura defender neste trabalho, não previstos pela legislação brasileira.

Constata-se que a clássica conceituação e a divisão em linhas e graus da afinidade foram mantidas em todas as legislações investigadas, ressalvados os limites da linha e da contagem dos graus que, às vezes, se diferenciam. A afinidade é o vínculo ou a aliança que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro. A natureza da relação qualificada de linha e a proximidade qualificada de grau são os mesmos em que alguém é parente do outro cônjuge (Códigos Civis italiano, art. 78, I e II; argentino, art. 363; e português, arts. 1.584 e 1.585).⁵²⁸

Não se apreendeu da legislação francesa nenhuma alteração em comparação com o período anteriormente investigado quanto ao fato de a afinidade proibir a realização do matrimônio e gerar a obrigação do pagamento da pensão alimentícia em determinadas circunstâncias. Nos termos do Código Civil francês, a afinidade na linha direta proíbe *in infinitum*, mas não de maneira perpétua, o matrimônio entre ascendentes e descendentes (art.

⁵²⁸ MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*, p. 34-35; CUPIS, Adriano de. *Il diritto di famiglia*. Pádua: Cedam, 1988. p. 10-11; STANZIONE, Gabriella Autorino. *Diritto di famiglia*. Torino: G. Giappichelli, 2003. p. 9-12; BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2005. v. II, p. 23-24; BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2001. p. 38.

Código Civil italiano: “Art. 78. Affinità. [I] L’affinità è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell’altro coniuge. [II] Nella linea e nel grado in cui taluno è parente d’uno dei coniugi, egli è affine dell’altro coniuge” (*Codice Civile e Leggi Complementari*. Milano: Giuffrè Editore, 2010; *Codice Civile e Leggi Complementari*. Milano: Editore Ulrico Hoepli, 2011).

Código Civil argentino: “Art. 363. La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviere con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre o madre, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro o madrastra en relación a los entenados o entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera” (*Código Civil de la Republica Argentina y Legislacion Complementaria*. 28. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989).

Código Civil português: “Art. 1.584. Afinidade é o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro. Art. 1.585. A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do casamento” (*Código Civil*. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2002).

161) e na linha colateral entre cunhados. A Lei de 11 de julho de 1975 possibilita ao Presidente da República levantar por causa grave a proibição prevista no Código Civil, desde que a pessoa criadora da aliança tenha falecido (art. 164).⁵²⁹

Philippe Maluarie comenta que o Código de Napoleão (art. 162 antigo) proibia absolutamente o casamento entre afins, mesmo depois da dissolução do primeiro casamento – o sogro não podia casar-se com sua nora, o viúvo não podia casar-se nem com sua sogra nem com sua cunhada –, mas que esse entendimento desapareceu inteiramente depois da mencionada Lei de 11 de julho de 1975. O autor complementa anotando que o impedimento nasce do casamento e, ao contrário do Direito Canônico, não se estende ao concubinato, pois isso aponta para uma situação que pode provocar indignação; portanto, o homem pode casar-se com a filha de sua concubina.⁵³⁰

A atual legislação francesa, desde a vigência da Lei n. 99-944, de 15 de novembro de 1999, por meio dos pactos de convivência, inseriu o concubinato no Código Civil (arts. 515-1 a 515-8). O concubinato produz vários efeitos, inclusive sendo aplicado para formalizar o pacto, os impedimentos para contrair matrimônio entre ascendentes, descendentes e afins (art. 515-2, 1º). Nos termos do art. 515-8, do Código Civil francês, o concubinato é conceituado como uma união de fato, caracterizada pela vida comum, apresentando um caráter de estabilidade e de continuidade entre duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo, que vivem maritalmente.⁵³¹

Quanto ao fundamento dos alimentos, a legislação e a doutrina francesa são bastante claras. A obrigação alimentar repousa sobre a solidariedade familiar, ensina René Savatier.⁵³²

⁵²⁹ Código Civil francês: “Art. 161. En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne. Art. 162. En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la soeur. Art. 163. Le mariage est encore prohibé entre l’oncle et la nièce, la tante et le neveu. Art. 164. Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées: 1º par l’article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l’alliance est décédée; (abrogé par L. n. 75-617 du 11 juill. 1975) ‘2º par l’article 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-soeurs’; 3º par l’article 163 aux mariages entre l’oncle et la nièce, la tante et le neveu” (*Code Civil*. 109 édition. Paris: Dalloz, 2010).

⁵³⁰ Tradução livre do texto: “Empêchements de parenté ou d’alliance. Alliance: Ligne directe et mariage. Le mariage est interdit entre alliés en ligne directe (a. 161): l’empêchement naît du mariage, et à l’inverse du droit canonique, ne s’étend pas au concubinage, ce qui crée une situation choquante (ex.: un homme peut épouser la fille de sa concubine). Le C. Nap. (a. 162 anc.) interdisait absolument le mariage entre alliés: même après dissolution du premier mariage, un beau-père ne pouvait épouser sa belle-fille, un veuf ne pouvait épouser ni sa belle-mère, ni sa belle-soeur; cet empêchement a entièrement disparu depuis la loi du 11 juill. 1975” (MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*, p. 96-97).

⁵³¹ Código Civil francês: “Art. 515-8. Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, que vivent en couple”.

⁵³² SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 122. Philippe Maluarie também assevera que a obrigação alimentar repousa sobre a solidariedade familiar: Tradução livre do texto: “L’obligation alimentaire repose sur la solidarité familiale [...]” (MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*, p. 481).

Os membros da família entre os quais há uma obrigação alimentar são aqueles que mantêm relação de casamento, de aliança ou de parentesco. Entre os cônjuges, a obrigação se sustenta de uma forma especial, ou seja, em razão do dever de subsídio (ajuda, socorro). Entre os aliados, o casamento faz nascer as relações entre as duas famílias dos cônjuges, mas essas relações apenas têm efeitos alimentares se eles forem próximos: ela existe entre os sogros e genro e nora (art. 206 do Código Civil francês), e não vai mais adiante; além disso, ela existe, em princípio, enquanto durar o casamento de que nasceu a aliança, já que não sobrevive após a dissolução dele. Se o casamento é dissolvido pelo divórcio, o marido não deve pensão alimentícia aos pais daquela que foi sua esposa, e se o casamento é dissolvido em razão de morte, em princípio, a obrigação alimentar não subsiste, *morte ma fille, mort mon gendre*. No entanto, caso haja o nascimento de filho do casamento, o ditado do jurista Loysel não se aplica. Entre os parentes, há obrigação alimentar na linha direta e ela existe até o infinito na família legítima fundada no casamento ou na adoção plena e, depois de 1972, na família natural.⁵³³

Contudo, restam dúvidas de que há obrigação alimentar do concubino da filha com a mãe e que os direitos e os deveres dos cônjuges, em relação aos filhos decorrentes da solidariedade familiar, aplicam-se aos concubinos, já que foram localizados julgados em sentido contrário.⁵³⁴

O Código Civil francês determina que a obrigação de pagar alimentos resultantes do vínculo entre o sogro e a sogra ou a nora e o genro são recíprocas (arts. 206 e 207) e que essa obrigação cessa quando aquele que deve não está mais em condições de cumpri-la ou quando

⁵³³ Tradução livre do texto: “Membres de la famille entre lesquels existe une obligation alimentaire: Epoux, alliés, parents – Les membres de la famille entre lesquels il y a une obligation alimentaire sont ceux entre lesquels existent des relations de mariage, d’alliance ou de parenté directe. Entre époux, l’obligation prend une forme particulière, le devoir de secours. Entre alliés, le mariage fait naître des relations entre les deux familles des époux, mas ces relations n’ont d’effet alimentaire que si elles sont proches. Elles existent entre beaux-parents et gendre et belle-fille (a. 206), mais ne vont pas plus loin. En outre, elles n’existent en principe que tant que dure le mariage qui avait fait naître l’alliance et elles ne survivent pas à sa dissolution; si le mariage est dissous par divorce, le mari ne doit pas de pension alimentaire aux parents de celle qui a été sa femme; si le mariage est dissous par décès, en principe, l’obligation alimentaire ne subsiste pas non plus (*morte ma fille, mort mon gendre*); il en est autrement s’il y a une postérité née du mariage. Entre parents, il n’y a d’obligation alimentaire qu’en ligne directe. Je laisse, en ce moment, de côté l’obligation des père et mère d’élever leurs enfants. Sont ici seulement envisagées les relations alimentaires entre parents du deuxième degré et au-delà: de grands-parents à petits-enfants. L’obligation alimentaire existe à l’infini dans la famille légitime fondée sur le mariage ou l’adoption plénière et depuis 1972 dans la famille naturelle” (MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*, p. 482).

⁵³⁴ “*Obligation alimentaire*. Absence d’obligation alimentaire du concubin de la fille envers la mère. Civ. 1^a, 28 mars 2006. *Solitarité*. L’art. 220 n’est pas applicable en cas de concubinage. Civ 1^a, 11 janv. 1984” (Código Civil, 2010, p. 766).

desaparecer a necessidade do credor, no todo ou em parte. Nesses casos, pode ser requerida a exoneração ou redução do pagamento (art. 209).⁵³⁵

Da mesma forma, no direito italiano, o vínculo familiar se dá pelo casamento, pela parentela e pela afinidade.⁵³⁶ O Código Civil italiano prevê no art. 78, I e II, que o vínculo de afinidade decorre somente do casamento e não cessa com a morte, ainda que sem prole do cônjuge da qual ela deriva; salvo quanto a alguns efeitos especificamente determinados (art. 434), ou se o matrimônio for declarado nulo; salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 87, n. 4º). Na linha colateral, o impedimento vai até o segundo grau (art. 87, n. 5º). Nesses dois últimos casos, o matrimônio poderá ser autorizado pelo tribunal (art. 87, IV). Os membros genro/nora e sogro/sogra figuram entre as pessoas reciprocamente obrigadas ao pagamento da pensão alimentícia, essa obrigação cessa: 1) quando a pessoa que tem direito a alimentos contrair novo matrimônio; 2) quando o cônjuge, de que decorre a afinidade, e os filhos nascidos de sua união com outro cônjuge e os seus parentes descendentes falecerem (arts. 433 e 434).⁵³⁷

Adriano de Cupis, no direito italiano, apresenta interessante explicação dos efeitos gerados nos planos patrimonial e pessoal, pelo vínculo de afinidade na linha reta e colateral, decorrentes somente do matrimônio, porque não há afinidade entre um dos conviventes e os

⁵³⁵ Código Civil francês: “Art. 205. Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin. Art. 206. Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère, mais cette obligation cesse lorsque celui des époux qui produisait l’affinité et les enfants issus de son union avec l’autre époux sont décédés. Art. 207. Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques. Néanmoins, quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire – v. *L. n. 72-3 du 3 janv. 1972, art. 17, ss. art. 342-8*. [...] Art. 209. Lorsque celui qui fournit ou celui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel, que l’un ne puisse plus en donner, ou que l’autre n’en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée”.

⁵³⁶ Tradução livre do texto: “Se per famiglia s’intende il gruppo di persone legate tra di loro da vincoli di natura coniugale, parentale o di affinità [...]” (STANZIONE, Gabriella Autorino. *Diritto di famiglia*, p. 9).

⁵³⁷ Código Civil italiano: “Titolo V – Della parentela e dell’affinità. Art. 78 Affinità [...] [III] L’affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati (434). Cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all’articolo 87, n. 4. Titolo VI – Del matrimonio. Capo III. Art. 87 Parentela, affinità, adozione e affiliazione. [I] Non possono contrarre matrimonio fra loro: [...] 4. gli affini in linea retta; il divieto sussiste anche nel caso in cui l’affinità deriva da matrimonio dichiarato nullo o sciolto o per il quale è stata pronunciata la cessazione degli effetti civili; 5. gli affini in linea collaterale in secondo grado. [...] [IV] Il tribunale, su ricorso degli interessati, con decreto emesso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, può autorizzare il matrimonio nei casi indicati dai n. 3 e 5, anche se si tratti di affiliazione o di filiazione naturale. L’autorizzazione può essere accordata anche nel caso indicato dal numero 4 quando l’affinità deriva da matrimonio dichiarato nullo. [V] Il decreto è notificato agli interessati e al pubblico ministero. [VI] Si applicano le disposizioni dei commi quarto, quinto e sesto dell’articolo 84 (Art. 84. [I] I minori di età non possono contrarre matrimonio). [...] Titolo XIII – Degli alimenti. Art. 433 Persone obbligate. [I] All’obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, nell’ordine: 4. i generi e le nuore; 5. il suocero e la suocera [...]. Art. 434 Cessazione dell’obbligo tra affini. [I] L’obbligazione alimentare del suocero e della suocera e quella del genero e della nuora cessano: 1. quando la persona che ha diritto agli alimenti è passata a nuove nozze; 2. quando il coniuge, da cui deriva l’affinità, e i figli nati dalla sua unione con l’altro coniuge e i loro discendenti sono morti”.

parentes do outro. Entre os efeitos na linha reta, no plano patrimonial, a afinidade comporta: 1) a obrigação alimentar imposta ao genro e à nora, ao sogro e à sogra [essa obrigação termina quando a pessoa que possui direitos aos alimentos inicia novas núpcias e quando o cônjuge do qual resulta a afinidade e o filho nascido de sua união com outro cônjuge e seus descendentes falecerem (art. 433, n. 5, 434)]; 2) o direito de participação na empresa familiar, entre outros, (art. 230-*bis*); e, no plano pessoal, a afinidade na linha reta comporta o impedimento imposto aos afins nos termos previstos no art. 87, 1º c., n. 4. Na linha colateral, no plano patrimonial, salvo quanto ao direito a alimentos, os afins têm os mesmos direitos previstos para a linha reta nessa esfera e, no plano pessoal, ela gera o impedimento imposto aos afins, nessa linha colateral, no segundo grau, a menos que o casamento seja autorizado pelo tribunal (art. 87, 1º, c., n. 5, 4º c.). No tocante à obrigação alimentar, o autor afirma: ela corresponde a uma vasta esfera de aplicação; é uma das expressões de solidariedade familiar com amplo conteúdo; e pode surgir após a extinção de outra obrigação e não ser anterior a ela.⁵³⁸

Gabriella Autorino Stanzione também comenta que, especificamente, o art. 78 do Código Civil italiano disciplina o vínculo de afinidade, o qual pressupõe decorrer do casamento e da parentela. Assim, de um lado, não existe afinidade entre os cônjuges, os quais precisamente estão unidos pelo vínculo conjugal; e, por outro, a afinidade se estende a todos aqueles que estão ligados por uma relação de parentesco, legítima ou natural, com o cônjuge da pessoa considerada; portanto, também é possível observar a afinidade natural.

⁵³⁸ Tradução livre do texto: “Per quanto riguarda, infine, il vincolo dell’affinità, va considerato che l’efficacia giuridica del matrimonio non ha per contenuto solamente la nascita del vincolo coniugale tra i nubenti e dello *status* di coniuge in capo a ciascuno di essi: esso fa sorgere anche il vincolo dell’affinità tra un coniuge e i parenti dell’altro coniuge; nella linea e nel grado in cui taluno è parente di uno dei coniuge, egli è affine dell’altro coniuge (art. 78, 1º e 2º c.). Quanto detto è sufficiente ad escludere che affinità possa sussistere all’infuori del matrimonio, tra un convivente e i parenti dell’altro convivente: è ravvisabile, in ciò, una ulteriore manifestazione del maggior valore ascrivibile alla famiglia fondata sul matrimonio [...]. Affinità. Premettiamo subito che è ben limitato il contenuto degli *status* familiari collocabili nell’affinità: ciò risulterà dalla seguente esposizione. Cominciamo dall’affinità nella linea retta. Sul piano patrimoniale essa comporta: 1) l’obbligo alimentare imposto ai generi e alle nuore, al suocero e alla suocera, cessante quando la persona avente diritto agli alimenti è passata a nuove nozze, e quando il coniuge, da cui deriva l’affinità, e i figli nati dalla sua unione con l’altro coniuge e i loro discendenti sono morti (artt. 433, n. 5, 434 cod. civ.); 2) il diritto di partecipazione all’impresa familiare, e il diritto di credito rivolto verso il titolare di tale impresa, spettanti agli affini entro il secondo grado (art. 230-*bis*). Per quanto riguarda la sfera personale, l’affinità nella linea retta comporta l’impedimento imposto agli affini in quella linea (art. 87, 1º c., n. 4). [...] 2. Nella linea collaterale, l’affinità comporta, sul piano patrimoniale, il diritto di partecipazione all’impresa familiare e il diritto di credito rivolto verso il titolare di tale impresa, spettanti agli affini entro il secondo grado (art. 230-*bis*). Per quanto riguarda la sfera personale, l’affinità nella linea collaterale comporta l’impedimento imposto agli affini in quella linea in secondo grado, a meno che il matrimonio sia autorizzato dal tribunale (art. 87, 1º, c., n.5, 4º c). Obbligo alimentare: [...] l’obbligo alimentare, cui corrisponde una vasta sfera d’applicazione e che è una delle espressione della solidarietà familiare. Tale obbligo può venire ad esistenza dopo l’estinzione de altri obblighi, espressivi della solidarietà familiare con più ampio contenuto, e può anche non essere preceduto da essi” (CUPIS, Adriano de. *Il diritto di famiglia*, p. 11, 207-209).

Do texto do art. 77,⁵³⁹ a doutrinadora informa que é fácil deduzir as regras que regulamentam a relação de afinidade: o parente de um cônjuge não tem qualquer vínculo de afinidade com o do outro cônjuge; entre afins de um cônjuge e aqueles do outro não existe nenhum vínculo de afinidade; no segundo casamento, o cônjuge supérstite não cria uma relação de afinidade com o novo cônjuge e os afins do primeiro matrimônio; e, finalmente, a afinidade não cessa pela morte, mesmo sem prole do cônjuge, salvo no caso previsto no art. 434. Stanzione ressalta, ainda, que é duvidoso se a extinção do matrimônio, por nulidade, comporta a extinção do vínculo de afinidade.

No entanto, parece correto considerar que a afinidade sobrevive em todos os casos de dissolução do casamento, enquanto na hipótese de declaração de nulidade, embora em alguns casos o matrimônio possa ser autorizado pelo tribunal (art. 87), a afinidade permanece apenas para fins de impedimento matrimonial. No caso de casamento putativo, embora a doutrina e a jurisprudência dominantes neguem que ela permanece, há entendimentos contrários. E, por fim, a autora confirma que, como o parentesco, os efeitos da afinidade estão relacionados a vários e diversos institutos previstos no Código Civil italiano, por exemplo, aqueles que regulamentam o impedimento matrimonial, o reconhecimento do filho, a nomeação de tutor e a obrigação de prestar alimentos.⁵⁴⁰

A Constituição da República italiana (arts. 29 e 31) distingue a família legítima, fundada no casamento, da família de fato, fundada na convivência *more uxorio*.⁵⁴¹ Nesse sentido, afirma C. Massimo Bianca que a Constituição italiana reconhece os direitos da família como sociedade

⁵³⁹ Código Civil italiano: “Art. 77 Limite della parentela. [I] La legge non riconosce il vincolo di parentela oltre il sesto grado [572], salvo che per alcuni effetti specialmente determinati [433]”.

⁵⁴⁰ Tradução livre do texto: “L’art. 78 cod. civ. disciplina specificamente il vincolo di affinità, i cui presupposti s’individuano nel matrimonio e nella parentela. Sí che un lato non esiste affinità tra i coniugi, i quali, appunto, sono uniti da vincolo di coniugio; dall’altro, l’affinità si estende a tutti coloro che sono legati da un vincolo di parentela, sia legittima che naturale, con il coniuge del soggetto considerato. Pertanto, si può discorrere probabilmente anche di affinità naturale. Dal testo dell’art. 77 è agevole dedurre le regole che disciplinano il rapporto di affinità: i parenti di un coniuge non hanno alcun vincolo di affinità con quelli dell’altro; tra gli affini di un coniuge e quelli dell’altro non esiste alcun vincolo di affinità; le seconde nozze del coniuge superstite non creano un rapporto di affinità tra il nuovo coniuge e gli affini del primo matrimonio; infine, l’affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge, salvo per quanto disposto dall’art. 434 cod. civi. È dubbio invece se lo scioglimento del matrimonio, al pari dell’annullamento, comporti l’estinzione del vincolo di affinità. Sembra corretto ritenere che l’affinità sopravvive in tutti i casi di scioglimento del matrimonio, mentre in ipotesi di dichiarazione di nullità, dell’affinità residua soltanto un impedimento matrimoniale. Ancor più incerto è se l’affinità sopravviva in ipotesi di matrimonio putativo; qui dottrina e giurisprudenza dominanti sono per la soluzione negativa. Al pari della parentela, gli effetti dell’affinità sono da rinvenirsi in relazione a numerosi e diversificati istituti: vedi, ad esempio gli artt. 87, 251, 348, 417, 433, 2122 cod. civ” (STANZIONE, Gabriella Autorino. *Diritto di famiglia*, p. 12).

⁵⁴¹ Constituição da República italiana: “Art. 29. La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. [...] Art. 31. La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l’adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose”.

natural fundada sobre o matrimônio, sendo que essa referência ao casamento identifica a diferença em relação à família de fato, fundada na simples convivência pessoal. No entanto, para o ordenamento essa relação não pode ser desconsiderada ou desaprovada.

A esse respeito, deve-se ter presente também uma segura mudança do costume social que afirme uma atitude que não mais a assinale como desfavorável. Embora a família natural não seja juridicamente equiparada à família legítima, o que a lei deve proteger são os interesses da pessoa na família. Ao examinar várias questões que dizem respeito à posição de parceiro, C. Massimo Bianca verifica que se devem considerar as relações de solidariedade familiar que se apresentam na convivência estável. Entre as questões apontadas, destacam-se: da coabitação não nasce uma pretensão socialmente garantida à prestação de alimentos e o reconhecimento do dever social de assistência material do parceiro dá-se em razão da relação de solidariedade familiar, assim como a possibilidade de o convivente ostentar uma remuneração pela colaboração prestada no período de convivência ou o direito de ressarcimento por dano moral e patrimonial ao convivente da vítima.⁵⁴²

Enrico Quadri apresenta decisões judiciais que, em razão da relevância social da convivência *more uxorio*, consideram a possibilidade de prestação assistencial com fundamento em uma obrigação puramente natural e do ressarcimento por danos morais, em caso de assassinato do convivente, equiparando-o, diante dessa última situação, à mesma posição do cônjuge.⁵⁴³

⁵⁴² Tradução livre do texto: “La Costituzione riconosce i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio. Questo riferimento al matrimonio segna un sicuro limite rispetto alla famiglia di fatto, e cioè rispetto alla famiglia sorta dalla semplice convivenza personale. Il significato di questo limite non può tuttavia essere quello della totale irrilevanza o, peggio, della riprovazione dell’ordinamento verso il fenomeno della convivenza non formalizzata nel matrimonio. Al riguardo deve tenersi presente un sicuro mutamento del costume sociale che ha assunto un atteggiamento che non è più improntato allo sfavore o all’indifferenza di un tempo. [...] che la famiglia naturale sia giuridicamente equiparata alla famiglia legittima ma, piuttosto, significa che l’ordinamento deve tutelare l’interesse essenziale della persona a realizzarsi nella famiglia, quale prima forma di convivenza umana, e cioè quale società naturale. [...] dalla convivenza stabile non nasce una pretesa socialmente garantita a prestazioni alimentari. D’altro canto, il riconoscimento del dovere sociale di assistere materialmente il convivente non solo preclude la richiesta in restituzione delle prestazioni già eseguite (2034 cc), ma sta a indicare, più in generale, che la convivenza stabile realizza un rapporto di solidarietà familiare. Nell’esame dei vari problemi che attengono alla posizione del convivente occorre appunto tenere presente il rapporto di solidarietà familiare che si attua nella convivenza stabile. [...] La possibilità del convivente di ottenere una remunerazione per la collaborazione prestata nel periodo della convivenza [...] Il diritto al risarcimento del danno morale e patrimoniale al convivente della vittima [...]” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*, p. 25-33).

⁵⁴³ Tradução livre do texto: “La rilevanza sociale della convivenza *more uxorio* ed il suo carattere di situazione tutelata dall’ordinamento sono, poi, in mancanza di un diritto soggettivo del convivente a prestazioni assistenziali (oggetto, come accennato, solo di obbligazioni naturali), tale da giustificare il risarcimento di un danno patrimoniale, posti da Corte d’Assise Genova 19 novembre 1984 (b) a base del riconoscimento, in caso di uccisione del convivente, della risarcibilità del danno morale (cfr. pure, ad es., successivamente, App. Firenze 29 aprile 1996). Ed è da sottolineare, al riguardo, come le ricordate iniziative legislative tendano senz’altro a parificare, in presenza dei richiesti requisiti di convivenza, sotto ogni profilo, ai fini

O Código Civil argentino dispõe que a afinidade é considerada parentesco, cujo vínculo eminentemente jurídico se constitui como um efeito próprio da celebração do matrimônio (arts. 363 e 364). Além disso, no que diz respeito ao objeto de nossa investigação, a afinidade tem como efeito, na linha reta em todos os graus, o impedimento matrimonial (art. 166, 4º) e a imposição de direitos e obrigações assistenciais recíprocas entre os parentes de primeiro grau (art. 368).⁵⁴⁴

Em consideração aos efeitos pessoais e patrimoniais, os doutrinadores argentinos Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni ensinam que a afinidade é uma das causas de nulidade absoluta do casamento e que não desaparece com a morte ou divórcio; no entanto, ela desaparece em casos de nulidade do matrimônio. Ademais, segundo os autores, o parentesco por afinidade confere à nora caráter de sucessora universal, mas não herdeira na sucessão dos sogros, nas condições estabelecidas pelo art. 3.576 do Código Civil argentino.⁵⁴⁵

Os autores continuam informando que, entre os parentes por afinidade, o art. 368 do Código Civil argentino determina que se devem alimentos, reciprocamente, aos de primeiro grau, isto é, sogro ou sogra; genro ou nora; padrasto ou madrastra; enteado ou enteada, sem interessar que sejam uniões matrimoniais ou extramatrimoniais.

A jurisprudência tem entendido que os parentes por afinidade somente se devem alimentos entre si, quando não houver parentes consanguíneos em condições de prestá-los. Do mesmo modo, há entendimento de que a ação de alimentos da esposa contra seus sogros somente será julgada procedente se aquela provar não poder obtê-los do marido ou de seus parentes consanguíneos. Embora inexistir nesse direito a reciprocidade da obrigação civil de prestar alimentos entre concubinos, mesmo em casos de extrema necessidade, por ausência de norma legal é possível verificar essa possibilidade em decorrência de uma obrigação natural. Além desse, outros direitos decorrentes da relação concubinária são previstos, tais como: celebração de contrato de sociedade de fato; doações em favor dos concubinos; indenização por danos, prejuízos materiais e morais e por morte e benefícios previdenciários.⁵⁴⁶

risarcitori, la posizione del convivente a quella del coniuge della vittima” (QUADRI, Enrico. *Questioni attuali di diritto privato*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1998. p. 73-74).

⁵⁴⁴ Código Civil argentino: “Art. 166. Son impedimentos para contraer el matrimonio: 4º: La afinidad en línea recta en todos los grados”; “Art. 364. El parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación a los parientes consanguíneos del otro cónyuge [...] Art. 368. Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado”.

⁵⁴⁵ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, p. 45, 105-106 e 172.

⁵⁴⁶ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, p. 47-48 e 427 e seguintes.

Por último, no Código Civil português a afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco, na linha reta *in infinitum* e na colateral até sexto grau (art. 1.582); decorre do casamento e não cessa com a dissolução deste (art. 1.585); bem como constitui impedimento dirimente relativo que impede a realização do matrimônio (art. 1.602, c.) e vínculo entre determinadas pessoas capazes de gerar obrigação de alimentos (art. 2.009). Apesar de não reconhecer o direito de prestar alimentos aos afins, diante da leitura do disposto no art. 2.009, 1, f, verifica-se que, expressamente, nesse Código foi prevista essa obrigação do padrasto e da madrasta, “relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste”.⁵⁴⁷

Ainda quanto aos efeitos, João de Matos Antunes Varela orienta: as relações carnavais ou o concubinato não geram afinidade; ao contrário dos vínculos de sangue, que “desperta e radica, em regra, sentimentos de afeição mais profunda e envolve, em vários aspectos, implicações de ordem biológica e eugênica”, a afinidade cria “laços mais tardios e mais superficiais de afeição, se baseia em considerações de ordem puramente moral ou social”; ela é causa de impedimento matrimonial, motivo de escolha do tutor legítimo e fundamento de suspeição do julgador ou critério de transmissão da posição do arrendatário; ela também não cessa e não se estabelece após a dissolução do matrimônio, assim, a afinidade “só se forma em relação aos parentes do cônjuge já nascidos antes da dissolução do casamento”; a afinidade não gera afinidade, por isso “nenhum vínculo de afinidade existe entre o padrasto ou madrasta e o cônjuge do enteado”; e os afins não gozam de direitos sucessórios.⁵⁴⁸

Comentando sobre a família no direito português, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf ensina que a “crise do conceito tradicional de casamento” é uma realidade muito presente atualmente naquela sociedade e que isso “vai dando lugar ao surgimento de novas famílias assentadas na comunhão de vida em condições análogas às dos cônjuges – as denominadas uniões de fato”, as quais vêm recebendo, cada vez mais, atenção do legislador. A autora informa, ainda, que a Lei n. 135, de 28 de agosto de 1999, foi a primeira a estabelecer “no direito português, alguns princípios gerais reguladores dessas uniões, reconhecendo efeitos que as aproximam ou até as equiparam ao casamento”.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Código Civil português: “Art. 1.582. Salvo disposição da lei em contrário, os efeitos do parentesco produzem-se em qualquer grau na linha recta e até o sexto grau na colateral. [...] Art. 1.602. São também dirimentes, obstando ao casamento entre si das pessoas a quem respeitam, os impedimentos seguintes: [...] c) A afinidade na linha recta. [...] Art. 2.009. I – Estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada: [...]; f) O padrasto e a madrasta, relativamente a enteados menores que estejam, ou estivessem no momento da morte do cônjuge, a cargo deste”.

⁵⁴⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família*, p. 72-73, 75 e 77.

⁵⁴⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*, p. 244-245.

Apreende-se das doutrinas e das legislações estrangeiras examinadas que a afinidade, decorrente do matrimônio, é prevista, na linha colateral, em graus nem sempre iguais, porque são fixados de acordo com cada Código Civil. Na linha reta, o vínculo é sempre *in infinitum*, mas nem sempre é perpétuo. Do vínculo de afinidade, alguns efeitos se equiparam aos previstos no Direito brasileiro e outros não. No plano pessoal, constitui impedimento para o casamento e, ao contrário do nosso direito, no plano patrimonial, ressalvadas as circunstâncias impostas por cada legislação, os afins têm direito de receber e estão incluídos entre as pessoas obrigadas a pagar alimentos. Nessa última esfera, evidencia-se a importância atribuída, pelos doutrinadores, aos vínculos de solidariedade familiar.

No direito italiano, C. Massimo Bianca aponta que os múltiplos e variados fatores que incidem sobre a família não permitem que esta se estabeleça em um modelo social uniforme nem mesmo no âmbito do mesmo ordenamento. A tendência antiautoritária da família e o declínio do modelo imposto pela norma jurídica ou de uma rígida realidade socioeconômica favoreceram a sua realização na forma de uma convivência solidária na qual se desenvolve livremente a personalidade humana. A família, definitivamente, tende a pôr-se em função da pessoa e deve ter interesse essencial na pessoa, que se especifica na liberdade e solidariedade do núcleo familiar. A solidariedade do núcleo familiar deve ser entendida como recíproca entre os cônjuges e entre esses e os filhos, afim de assegurar a assistência moral, social e econômica.⁵⁵⁰

Apesar de se ter verificado que o modelo tradicional de família fundada no matrimônio parece ser, ainda, o modelo de referência da família contemporânea,⁵⁵¹ a maior parte das legislações estrangeiras prevê normas sobre as uniões *more uxorio* e, por isso, não se mostra insensível ao reconhecimento jurídico de vários efeitos decorrentes das uniões extramatrimoniais, entre eles: o estabelecimento da sociedade de fato; a indenização por morte; os benefícios previdenciários; os negócios jurídicos celebrados com terceiros.

⁵⁵⁰ Tradução livre do texto: “La molteplicità e la variabilità dei fattori che incidono sulla famiglia non consentono di fissare un modello sociale uniforme di essa neppure nell’ambito di uno stesso ordinamento. [...] La tendenza antiautoritaria della famiglia e il suo declino quale modello imposto dalla regola giuridica o da una rigida realtà socio-economica favoriscono d’altro canto il suo realizzarsi in forma di convivenza solidale nella quale si svolge liberamente la personalità umana. La famiglia, in definitiva, tende a porsi in funzione della persona. [...] Il bisogno della famiglia come interesse essenziale della persona si specifica nella *libertà* e nella *solidarietà* del nucleo familiare.[...] La solidarietà del nucleo familiare deve intendersi anzitutto come solidarietà reciproca dei coniugi, tenuti ad assistersi moralmente ed economicamente (143 cc). Essa deve poi intendersi come solidarietà verso i figli: questa solidarietà risponde all’esigenza della persona di essere curata fino al raggiungimento dell’età adulta, e cioè di essere mantenuta, istruita, educata ed amata per la sua piena formazione morale e sociale (147 cc)” (BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*, p. 6 e 15).

⁵⁵¹ POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. 3. ed. Roma: Laterza, 1999. p. 125.

Entretanto, de acordo com o levantamento realizado, na maior parte da legislação estrangeira não se encontraram elementos que subsidiem o entendimento do concubinato ou da união estável como geradores de vínculos de afinidade, os quais obstem à realização do matrimônio e/ou possibilitem a obrigação alimentar. O cumprimento dessa obrigação nas relações *more uxorio* dá-se, sempre, em razão de uma obrigação natural com vistas a suprir as necessidades de subsistência da pessoa necessitada.

Outra questão que pode ser levantada diz respeito à preocupação, de algumas legislações estrangeiras, com os filhos diante das famílias reconstituídas ou recompostas.

Após a separação ou o divórcio, com as segundas núpcias se delineia um novo modelo familiar – a família reconstituída ou recomposta –, na qual pelo menos um dos cônjuges está vivendo em segunda união. Nessas famílias, o filho nascido das primeiras núpcias é criado por um de seus pais naturais e pelo novo cônjuge ou convivente, sendo que essa estrutura familiar, que não é nova, acarreta, atualmente, alguns problemas sob o plano de sua regulamentação social e jurídica, principalmente, em relação a atribuição de direitos e deveres.

Na Itália, como acontece em outros lugares, segundo os autores consultados, Valerio Pocar e Paola Ronfani, há ausência de regulamentação normativa sobre a relação entre o genitor e o filho “adquirido”, isso parece ocorrer em razão da proteção à família fundada sob a indissolubilidade do matrimônio e da filiação legítima; no entanto, o matrimônio deixou de ser o centro do sistema, que ordena, ao lado da regra, a exceção em matéria de família e parentela.⁵⁵² Nesse sentido, na Bélgica, segundo informa Chirstine Scheemaeker, como não há

⁵⁵² Tradução livre do texto: “Con le seconde nozze si delinea il nuovo modello familiare delle ‘famiglie ricostituite’, quelle famiglie in cui uno almeno dei coniugi è appunto al secondo matrimonio. Secondo un orientamento diffuso tra i sociologi della famiglia, però, l’espressione ‘famiglia ricostituite’ o ‘ricomposte’ dovrebbe essere riservata a quei nuclei in cui, in seguito alla rottura di una precedente unione con una separazione o un divorzio, i figli nati da tale unione sono cresciuti da uno dei loro genitori naturali insieme al suo nuovo coniuge o convivente, ponendo così l’accento sulla peculiarità e problematicità attuali di questo tipo di struttura familiare, peraltro non nuovo. [...] La diffusione di questo tipo di struttura familiare ha posto considerevoli problemi sia sul piano della regolazione sociale sia ancor più, come diremo a suo luogo, su quello della regolazione giuridica – le relative attribuzione di diritti e di doveri. [...] Per altro verso, proprio la carenza di regolazione ha suggerito di considerarle come un ‘laboratorio normativo’, nel quale, secondo una prospettiva di pluralismo regolativo, si supererebbero le tradizionali attribuzioni di diritti e di doveri tra genitori e figli. [...] Nel nostro Paese, dunque, il fenomeno si presenta per il momento in proporzioni assai ridotte e si può quindi anche comprendere come il diritto non si sia fatto carico di regolare in modo compiuto i complessi problemi che questo tipo di struttura e di relazioni familiari solleva. [...] Nel nostro ordinamento, attualmente, v’è quindi, come preciseremo in seguito, un sostanziale vuoto normativo circa le relazioni tra genitore e figli acquisiti. Sotto questo profilo, ancora una volta, la regolazione giuridica, in Italia, come peraltro anche altrove accade, sembra scontare l’ipoteca dell’idea della tutela della famiglia fondata sull’indissolubilità del matrimonio e della filiazione legittima, quando ormai, come sappiamo, ‘il matrimonio non può più costituire il centro del sistema, ordinando attorno a sé la regola e l’eccezione in materia familiare e parentale. Peraltro, il modello tradizionale della famiglia fondata sul matrimonio sembrerebbe essere ancora il modello di riferimento prevalente [...]’ (POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*, p. 123-125).

recomposição familiar ou da vida monoparental sem decomposição prévia, para os filhos das primeiras núpcias essa situação é difícil e a solução de acordo com alguns especialistas seria de não se precipitar, a fim de que cada um identifique-se, coloque-se e se sinta inserido no grupo familiar.⁵⁵³

É possível inferir da doutrina estrangeira tanto o interesse com a situação dos filhos nas famílias reconstituídas ou recompostas por novos casamentos ou uniões extramatrimoniais⁵⁵⁴ quanto a inexistência de uma legislação específica para regulamentar essa situação. Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni comentam que, apesar de o direito positivo argentino não legislar sobre as famílias reconstituídas, existem normas que a pressupõe. Assim, por exemplo, em razão do estabelecimento do parentesco por afinidade, gera-se o impedimento matrimonial e o dever alimentar recíproco e, em consequência deste, padrastos e enteados têm assegurado o direito de visitas (art. 376 *bis*, do Código Civil argentino); o afilhado tem o direito de continuar residindo no imóvel locado pelo padrasto ou madrasta em caso de abandono ou falecimento do locatário (art. 9º da Lei n. 23.091), tem direito a pensão etc. Ainda segundo os autores, as novas relações familiares geram tensão e crises, porque cada membro dessa nova família ingressa com uma história de vida familiar prévia; portanto, o estudo dessa nova estrutura familiar assume grande importância na atualidade. Eles concluem que os vínculos que o direito pode regulamentar para a sua segurança devem ser proporcionados como um modo de auxiliar o fortalecimento do sentimento de pertinência de cada um dos seus membros.⁵⁵⁵

Na legislação estrangeira consultada, somente a francesa utiliza o termo “aliança”, as demais utilizam “afinidade”; no entanto, essa questão é apenas de denominação, porque, salvo

⁵⁵³ Tradução livre do texto: “Pas de recomposition familiale ou de vie monoparentale sans décomposition préalable. Pour l’enfant, l’une e l’autre sont difficiles à vivre. Et selon certains experts, la solution serait de ne rien précepter afin que chacun trouve sa place. Les familles recomposées sont en pleine actualité. En effet, une grande partie des personnes divorcées s’impliquent dans une nouvelle relation, que ce soit en se remariant ou en cohabitant. Si les familles se réinventent et si les différentes formes qu’elles revêtent se multiplient, il n’en reste pas moins que la grande majorité des enfants en Belgique vit dans un ménage qui comporte à la fois père et la mère” (SCHEEMAEEKER, Chirstine de. *Garde partagée: égalité parentale et intérêts de l’enfant enfin rencontrés?* Belgique: Edipro, 2009. p. 108-109).

⁵⁵⁴ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, p. 8; POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*, p. 123-124; SCHEEMAEEKER, Chirstine de. *Garde partagée*, p. 108-109.

⁵⁵⁵ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, p. 8. Código Civil argentino: “Art. 376 *bis*. Los padres, tutores o curadores de menores e incapaces o a quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir la visita de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso”.

a legislação argentina, as outras não incluem os afins na categoria das relações de parentesco.⁵⁵⁶

5.7 Concubinato ou concubinato impuro

Estabelece o art. 1.727 do Código Civil: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Esse artigo prevê o concubinato ou concubinato impuro (adulterino, incestuoso ou desleal), há muito tempo estudados pelo Professor Álvaro Villaça Azevedo. O concubinato impuro é adulterino quando paralelo ao casamento; desleal quando existir concomitantemente com outro concubinato;⁵⁵⁷ e incestuoso quando houver parentesco próximo entre os amantes. O nobre doutrinador anota que, embora seja ilícita, a relação concubinária adulterina pode existir e, em certos casos, até de boa-fé, quando a companheira entrega-se a esse relacionamento impuro, sem saber do estado de casado de seu companheiro; nesse caso, ocorre o concubinato putativo.⁵⁵⁸

Flávio Tartuce e José Fernando Simão comentam que o concubinato impuro ou concubinato em sentido estrito ocorre quando há convivência “entre uma pessoa ou pessoas que são impedidas de casar e que não podem ter entre si uma união estável” e elencam as hipóteses que caracterizam o concubinato no Código Civil: impedimento em razão de um ou ambos os concubinos serem casados, não separados extrajudicial ou judicialmente ou de fato; impedimentos decorrentes do parentesco por consanguinidade, por afinidade, por adoção ou impedimento decorrente de crime. Segundo os autores, não é o caso de aplicação por analogia de tais impedimentos matrimoniais à união estável, porque a norma do art. 1.521, do Código Civil, é restritiva da autonomia privada. O que ocorre é que são os arts. 1.723 e 1.727 do Código Civil “que determinam a aplicação dos impedimentos decorrentes do casamento com exceção, logicamente, da previsão do caso do separado de fato, extrajudicialmente ou judicialmente (art. 1.723, § 1º, do CC, com a leitura atualizada pela Lei 11.441/2007), apesar da falta de previsão expressa no próprio art. 1.727”.⁵⁵⁹

Portanto, “estarão vivendo em concubinato, se for o caso, as pessoas que apresentem os impedimentos do art. 1.521, porque só não incide o inciso VI nos apontados casos de separação judicial ou de fato”.⁵⁶⁰ Nesses casos, a união não poderá ser convertida em

⁵⁵⁶ Códigos Civis português, art. 1.584; francês, art. 161; italiano, art. 78; e argentino art. 363.

⁵⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o estatuto dos concubinos, p. 23.

⁵⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável, v. 19, p. 164.

⁵⁵⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 268-269.

⁵⁶⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 462.

casamento (art. 226, § 3º, da Constituição Federal). Os impedimentos proíbem tanto a realização do casamento como a constituição de união estável, mas, por si só, a existência de união estável ou mesmo de casamento religioso não inscrito no registro civil (art. 1.515 do Código Civil) não proíbem a realização do matrimônio.

Evidencia-se que o concubinato, apesar de não constituir entidade familiar, não pode ser convertido em casamento, pois tem *status* de sociedade de fato com a aplicação da Súmula 380 do STF, “para que não exista locupletamento indevido”.⁵⁶¹ A competência para apreciar as questões envolvidas nessa relação é da Vara Civil, e não da Vara da Família; ao concubino é vedado o direito a alimentos, direitos sucessórios ou direito à meação.⁵⁶² Também ao compararmos a negativa jurídica do concubinato em vários artigos do Código Civil de 1916, que têm correspondentes no atual, é possível verificar que ela permanece, ressalvadas as exceções em relação ao concubinato impuro, por exemplo, nos atuais arts. 550, 1.521, VI, 1.642, V, e 1.801, III, do Código Civil.

Além desses artigos, Maria Helena Diniz comenta que o dever alimentar, nos termos do art. 1.694, não é reconhecido ao concubino, mas que ele “poderá inserir-se em obrigação moral e não legal (1ª Câm. Cív. do TJRJ, AC 668/92, j. 23-6-1992)” e que o concubinato impuro não tem “segundo alguns autores o condão de gerar afinidade em linha reta, apesar de já haver julgados (RF, 102:155) em sentido contrário, o mesmo se diga do disposto no art. 1.595, § 2º, do novel Código Civil”. Continua a nobre doutrinadora elencando outras hipóteses nas quais a concubina não tem direito, tais como: de receber indenização por morte do amante em desastre ou acidente, embora haja a existência de decisões em sentido contrário; de pedir ressarcimento na hipótese de homicídio perpetrado contra o concubino e de embolsar o pecúlio instituído em associação de classe se o falecido, que era seu amante, fosse casado.⁵⁶³

Apesar de expressos na doutrina e na legislação os direitos vedados ao concubinato, Paulo Lôbo, a exemplo de outros doutrinadores, elucida alguns efeitos produzidos pelo concubinato em razão da existência da sociedade de fato, tais como: em relação à partilha de bens ou indenização por serviços prestados, além do seguro de vida e benefícios requeridos à seguridade social que demandam, segundo alguns julgados, divisão igualitária entre o cônjuge sobrevivente e o concubino.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável, v. 19, p. 164.

⁵⁶² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 269.

⁵⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 400-402, 442.

⁵⁶⁴ Segundo Paulo Lôbo, “Reconhece-se que o concubinato é questão sensível e difícil, ante os valores monogâmicos majoritários da sociedade brasileira, o que torna sempre controversa qualquer solução jurídica. De qualquer forma, além das consequências jurídicas positivas referidas (partilha de bens e indenização), apesar das justificadas críticas, o concubinato tem sido objeto de demandas de soluções

Em relação aos filhos comuns dos concubinos, são produzidos todos os efeitos jurídicos decorrentes do Direito de Família, já que é injusto dispensar-lhes tratamento diferenciado e que qualquer posicionamento contrário é considerado inconstitucional por afrontar expressa previsão da Lei Maior (art. 227, § 6º).

Seguindo o previsto no Código Civil, em regra, são consideradas *concubinárias* as relações que decorrerem dos impedimentos em geral (art. 1.521, I a VII), e são denominadas, pela doutrina e jurisprudência, *paralelas*, se decorrerem do art. 1.521, VI. Ocorre que a coexistência de dois concubinatos e, em algumas hipóteses, a do concubinato putativo também geram uniões paralelas, e todas essas formas de originar o concubinato produzem consequências de fato, as quais não são compreendidas, sem reservas, pela doutrina e pela jurisprudência; por isso, torna-se importante investigá-las.

5.7.1 *União paralelas: concubinato*

Durante a história humana verifica-se uma ampla diversificação de arranjos de família produzidos pela cultura e pelos padrões de relações humanas; contudo, a família monogâmica que se funda sobre o casamento e, atualmente, também sobre a união estável de duas pessoas com dever de coabitação exclusiva sempre foi o ponto de partida histórico para organizar as relações familiares na maioria das sociedades ocidentais.⁵⁶⁵ Assim, as uniões paralelas não caracterizam, de acordo com nossa cultura ou sistema jurídico, uma família, mas isso não impede que dessas uniões surjam alguns efeitos de natureza social e jurídica que necessitem de regulamentação. As relações eventuais e meramente sexuais entre o homem e a mulher, salvo em relação aos filhos comuns, não geram efeitos patrimoniais ou pessoais.

equitativas ao Legislativo e ao Judiciário, o que demonstra que não pode ser qualificado como simples relação ilícita. Em caso de seguro de vida realizado em favor de concubina, por homem casado, decidiu o STJ que ‘inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1.474, 1.177 e 248, IV, da lei substantiva civil [Código Civil de 1916], impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o *de cujus*, a particular situação dos autos, que demonstra espécie de ‘bigamia’, em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do direito. Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento, por igual, da indenização securitária’ (Resp. 100.888-BA, 2001). Em vários ramos do direito, particularmente no da seguridade social, a solução ‘salomônica’ da partilha de valores e benefícios entre o cônjuge sobrevivente e o concubino tem sido adotada, a exemplo da divisão igualitária da pensão” (LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 166-167).

“Ação Declaratória de União Estável. Duplicidade de vínculo. Inviabilidade devido ao caráter monogâmico da relação. Possibilidade de partilha da pensão previdenciária. Precedente do STJ. Recurso conhecido e improvido” (TJSE; AC 0268/2008; 1ª C.Cív.; Rel. Des. Maria Aparecida Santos Gama da Silva; julg. 05/06/2008).

⁵⁶⁵ BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia*. 13. ed. reform. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 248.

Álvaro Villaza Azevedo já pontuou a discussão, mostrando que a união paralela “em que um dos companheiros é casado, mantendo, paralelamente ao seu casamento, um lar concubinário” caracteriza o concubinato adulterino; nesse caso, se um dos conviventes estiver de boa-fé, está caracterizado o concubinato putativo e os concubinatos concomitantes caracterizam o concubinato desleal. Portanto, nenhuma das uniões constitui união estável. Dessa forma, o combativo Professor, como vimos, orienta que, com exceção do convivente de boa-fé, todas essas uniões, embora ilícitas, quando comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, deverão ser reguladas pelo Código Civil e aplicada a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal para que não exista enriquecimento sem causa.⁵⁶⁶

Quanto à coexistência de duas sociedades de fato, Maria Helena Diniz ensina que, em razão da falta do dever de fidelidade ou lealdade “que revela a intenção de vida em comum, a *aparência* de ‘posse do estado de casado’”; de união monogâmica e de companheirismo que

⁵⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaza. União estável, v. 19, p. 164-165; *Estatuto da família de fato*, p. 458; Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o estatuto dos concubinos, p. 23; *Do concubinato ao casamento de fato*, p. 66.

Ainda sobre as uniões plúrimas ou paralelas, é preciso considerar o parecer de Mário Luiz Delgado, que ao comentar o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ; REsp. 1.107.192; Proc. 2008/0283243-0; PR; 3ª T.; Rel. p/ o Ac. Min. Nancy Andrighi; DJE 25/05/2010) afirma que o STJ fixou correta interpretação do § 1º do art. 1.723 do CC/2002, no que se refere à constituição de união estável por pessoas casadas e decidiu: “(i) se duas pessoas casadas, não obstante separadas judicialmente, mantêm a convivência marital sob o mesmo teto, persiste o impedimento à união estável com outra pessoa (relação paralela), não se aplicando o disposto na cláusula final do § 1º do art. 1.723 do CC, que possibilita o reconhecimento de união estável entre separados, de fato ou de direito [...]” (DELGADO, Mário Luiz. União estável de pessoas casadas, p. 94).

“União Estável. Reconhecimento. Provas. 1. A união estável pressupõe convivência pública e duradoura de um homem e uma mulher, com o objetivo de constituir família. 2. A estabilidade do relacionamento é externada pela durabilidade e continuidade da convivência com aparência de casamento. 3. Tratando-se de pessoa casada, mas não separada de fato ou judicialmente, inviável o reconhecimento da união estável. 4. Necessária prova contundente de que o relacionamento entre os envolvidos foi mais do que um simples ‘caso’. Não provado que o relacionamento revestia-se de estabilidade, não se reconhece a pretendida união estável. 5. Apelação provida” (TJDF; APC 2010.03.1.006313-3; Ac. 522.017; 6ª T.Cív.; Rel. p/o Ac. Des. Jair Soares; DJDFTE 29/07/2011, p. 128).

“Reivindicatória. Pensão por morte. Concubina. Falecido que era casado e mantinha relação com a recorrente e a segunda recorrida concomitantemente. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para que a autarquia fizesse a habilitação da autora na qualidade de companheira bem como a conceder o benefício de pensão por morte na proporção de 50%. Recurso da autora pretendendo o recebimento da pensão desde a data da morte do concubino. Impossibilidade de reconhecimento de união estável. Art. 226, *caput* e § 3º, da CRFB/88. Proteção da família e do casamento. Concubina que se une a pessoa casada e sequer separada de fato não tem direito a receber pensão previdenciária por morte do concubino. Recurso não provido. Sentença modificada em reexame necessário. Improcedência do pedido” (TJRJ; AC 0004298-42.2005.8.19.0006; 14ª C.Cív.; Rel. Des. Edson Scisínio Dias; julg. 04/02/2010).

“Reconhecimento de União Estável *Post Mortem*. Inviabilidade *In Casu*. Hipótese de Concubinato. Conforme preceituado na lei civil de regência, a existência de impedimento legal para o matrimônio por parte de um dos pretensos companheiros obsta a constituição de união estável. *Ipsa facto*, não merece guarida a pretensão da companheira em ter reconhecida como união estável relação amorosa estabelecida entre si e o *de cujus* quando evidenciado nos autos que este vivia maritalmente com outra mulher. *Secundum* precedentes do STJ é inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou concomitantes” (TJMG; APCV 5643097-17.2009.8.13.0145; 7ª C.Cív.; Rel. Des. Belizário Antônio de Lacerda; DJEMG 02/12/2011).

pressupõe relação estável e honesta, a existência de duas sociedades de fato simultâneas não configura união estável. Também admite a autora que dessa união possa gerar, em atenção à boa-fé de um dos conviventes, indenização por danos morais e os efeitos jurídicos da sociedade de fato.⁵⁶⁷

Maria Berenice Dias compreende que todas as uniões paralelas constituem entidade familiar, por isso devem merecer o mesmo tratamento da união estável e que, apesar de a jurisprudência não considerar as famílias paralelas como união estável, cabe diante das relações simultâneas “formular em juízo pedidos alternativos em caráter eventual: a declaração da união estável ou o reconhecimento da sociedade de fato, ou, ao menos, indenização por serviços prestados”.⁵⁶⁸

Observam Flávio Tartuce e José Fernando Simão que, embora a união estável não seja igual ao casamento cujo conceito e requisitos são diferentes, é admitida a possibilidade da aplicação, por analogia do dispositivo que trata do casamento putativo e também da união estável putativa, “com vistas a proteger aquele que, dotado de boa-fé subjetiva, ignorava um vício a acometer a união”, e, nesse caso, “diante do desrespeito à boa-fé objetiva”, advogam que cabem alimentos no caso de dissolução e indenização por danos morais.⁵⁶⁹ Nessa direção, em recente decisão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu, em caso de união estável dupla, que a putatividade de ambas implica em proteção jurídica dos relacionamentos e determinou a divisão igualitária entre as companheiras da pensão deixada pelo varão.⁵⁷⁰

Em outro entendimento sobre duas relações paralelas, Regina Beatriz Tavares da Silva sustenta que “a família em nossa sociedade é monogâmica” e que o legislador, ao estabelecer expressamente direitos/deveres pessoais aos companheiros, entre eles o de lealdade, veda a “atribuição de todos os efeitos da união estável a duas relações que, concomitantemente,

⁵⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 387 e 389.

Nesse sentido: “Ação declaratória de união estável concomitante com união estável já reconhecida. Inviabilidade. A união estável do *de cujus* com outra mulher, já declarada judicialmente, impede o reconhecimento de nova união estável no mesmo período. Impossível a existência de uniões paralelas. Apelação desprovida, de plano” (TJRS; AC 70040097875; 7ª C.Cív.; Rel. Des. Jorge Luiz Dall’Agnol; DJERS 11/10/2011).

⁵⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 48-52, 173-174.

⁵⁶⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 275-277.

⁵⁷⁰ “Reconhecimento e Dissolução de Dupla União Estável. Morte do Companheiro. Pretensão Secundária de Recebimento de Benefícios Previdenciários Junto ao INSS. União Estável Putativa. Prova Oral e Documental que Evidencia a Existência de Duplicidade das Uniões. Companheiras que, Mutuamente, Desconhecem essa Realidade. Boa-Fé Configurada. Putatividade que Implica a Proteção Jurídica de Ambos os Relacionamentos. Divisão Igualitária da Pensão deixada pelo Varão (Art. 226, § 3º, da CF e arts. 1.723 e 1.561 do CC). Recursos Improvidos” (TJSC; AC 2009.041434-7; 4ª C.D.Cív.; Rel. Des. Eládio Torret Rocha; DJSC 02/12/2011; p. 139).

sejam mantidas por um dos companheiros; nesse caso, somente uma das uniões deve ser havida como estável, embora devam sempre ser preservados os direitos dos filhos”.⁵⁷¹

Dos entendimentos expostos, o que tem prevalecido nos Tribunais é o apresentado por Maria Helena Diniz e Álvaro Villaça Azevedo, no sentido de que nenhum dos relacionamentos constitui união estável.⁵⁷² Assim, as uniões paralelas com exceção ao companheiro de boa-fé, além de não merecerem, por parte do Estado, proteção e regulamentação legal, não constituem uma família porque nascem concubinato⁵⁷³ e porque nelas não há elementos que permitem edificar uma família pelo descumprimento do dever, conforme o caso, de fidelidade ou de lealdade e de respeito; são relações e convivências reprovadas; contrariam a regra moral prescrita pela sociedade; causam instabilidade social; não há nelas a *affectio maritalis*; e afrontam nosso sistema monogâmico e jurídico (arts. 1.521, VI, 1.548, II, 1.723 e 1.727 do Código Civil). Logo, não incidem as normas aplicáveis à união estável como alimentos e direitos sucessórios,⁵⁷⁴ mas, somente, as da sociedade de fato, cuja competência para dirimir os conflitos, se surgirem, é da Vara Civil.

Apesar disso, e embora não seja unânime no atual momento jurídico, essa questão não se apresenta isenta de julgados que reconhecem não apenas as consequências jurídicas em razão da sociedade de fato, anteriormente arroladas, mas também a união estável concomitante ou paralela ao casamento, principalmente, para decidir questões patrimoniais.⁵⁷⁵

Os filhos comuns oriundos do concubinato ou das uniões paralelas, assim como os das uniões constitucionalmente previstas, estão, igualmente, assegurados e protegidos, tendo os pais obrigação de criá-los, educá-los e cuidar deles, colaborando ambos com os recursos de que dispõem.

⁵⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 65.

⁵⁷² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 278.

⁵⁷³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 461 e 458; 2003, p. 164.

⁵⁷⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 165.

⁵⁷⁵ “União Estável concomitante ao casamento. Possibilidade. Divisão de Bem. ‘Trição’. Viável o reconhecimento de união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que a prova dos autos é robusta em demonstrar que a apelante manteve união estável com o falecido, mesmo antes dele se separar de fato da esposa. Necessidade de dividir o único bem adquirido no período em que o casamento foi concomitante à união estável em três partes. ‘Trição’. Precedentes jurisprudenciais. Deram provimento, por maioria” (TJRS; AC 70024804015; 8ª C.Cív.; Rel. Des. Rui Portanova; *DJERS*. 04/09/2009; p. 49). “Ação Declaratória de União Estável Paralela ao Casamento. Demonstrada a configuração da união estável paralela ao matrimônio, com todos os requisitos legais pertinentes, deve ser reconhecida e declarada a sua existência, conforme precedentes da Corte. Partilha. Imóvel adquirido com valores provenientes do saque do FGTS. O saque da conta do FGTS para a compra de imóvel afasta a incomunicabilidade defendida pelo recorrente. AJG. Demonstrada a insuficiência de recursos para arcar com as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento, deve ser concedido o benefício da AJG. Deram parcial provimento ao apelo” (TJRS; AC 70030384820; 8ª C.Cív.; Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz; *DOERS* 28/08/2009).

5.8 O perfil jurídico da família contemporânea: novos paradigmas

A família é, talvez, o instituto mais antigo e universal.⁵⁷⁶ Virgílio de Sá Pereira ensina que ela “é um fato natural” criado pela natureza, e não pelo homem.⁵⁷⁷ Diante dessa assertiva, verifica-se que a família atual, como fato natural, em nada se diferencia da família romana e daquela dos períodos que o sucederam. O mesmo não ocorreu com suas formas legais de constituição e de seus efeitos, sobretudo, os advindos das relações pessoais, porque são criados pelo legislador, que institui um conjunto de regras jurídicas para regulamentá-los, procurando adequá-los às necessidades de cada época da história. Sob a dúplice exteriorização – constituição e relacionamento –, buscar-se-á o perfil jurídico da família contemporânea. Evidente que outros fatores de natureza histórica, jurídica, social, religiosa, moral, econômica e política, os quais durante toda a história do Direito Civil sempre influenciaram as mudanças e as novas concepções de família, podem e devem ser considerados em outros estudos.

No Brasil, como ocorre com outros países, vem-se procurando adequar as legislações a fim de garantir segurança jurídica às relações familiares constituídas sob diferentes formas de união, seja hétero ou homossexual. Em termos legislativos, a Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 226 e seus parágrafos), acompanhando a evolução dos costumes, prevê a proteção à família e às entidades familiares estabelecidas pelo casamento, pela união estável e pela monoparentalidade. Contudo, como ensina o Professor Álvaro Villaça Azevedo, os “parágrafos do aludido art. 226 não são taxativos, pois não é o Estado que determina como deva constituir-se a família, mas protege-a sob as variadas formas de constituição”.⁵⁷⁸

Os vínculos que constituem a família combinam-se de vários modos e dão origem a diversas modalidades de arranjos domésticos,⁵⁷⁹ por exemplo: às famílias nucleares constituídas por marido, esposa e filhos, unidas pelo matrimônio ou por uniões estáveis; às famílias monoparentais constituídas por um dos pais e seus filhos, (divididas em matrifocais ou patrifocais, as primeiras são chefiadas por mulheres, compostas de mãe e filhos, e as segundas, compostas de pai e filhos); às famílias ampliadas, nas quais parentes do lado materno ou paterno agregam-se ao arranjo nuclear; às famílias reconstituídas, recompostas,

⁵⁷⁶ Tradução livre do texto: “La famiglia è forse l’istituto più antico ed universale” (BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*, p. 299).

⁵⁷⁷ Continua o autor: “Fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é que ela excede à moldura em que o legislador a enquadra” (PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*, p. 51).

⁵⁷⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 321; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Família e nova Constituição*, p. 84.

⁵⁷⁹ RIVA, Léia Comar; ROMANELLI, Geraldo. Negligência e cuidados parentais em famílias de baixa renda. In: CUNHA, Marcus Vinicius da; PASIAN, Sonia Regina; ROMANELLI, Geraldo (Org.). *Pesquisas em psicologia: múltiplas abordagens*. São Paulo: Vetor, 2009. p. 157.

mosaicas ou formadas por casais em segunda união, em que um convivente, ou ambos, já teve ou tiveram união anterior e conceberam filhos; às famílias extensas ou ampliadas formadas por parentes próximos; e às famílias formadas por casais homossexuais. Devido a essa diversidade de arranjos domésticos e ao considerar que a família tem vários formatos, tem-se reconhecido que o substantivo família deve ser utilizado sempre no plural, e não mais no singular.

Desde as décadas de 1960 e 1970 do século passado, a sociedade brasileira vem passando por transformações econômicas e sociais que acarretam mudanças nas formas de sociabilidade, caracterizada pela emergência de novos modos de relacionamentos familiares interpessoais, afetivos e sexuais.⁵⁸⁰ Diversos fatores sociais e jurídicos, como: o processo de urbanização, o qual fez com que a maior parte da população passasse a viver nos centros urbanos; a perda do valor do casamento indissolúvel, com o advento da legalização do divórcio; a emancipação feminina; o maior número de ingresso da mulher no mercado de trabalho e na escola de nível superior; o surgimento dos métodos contraceptivos e de reprodução humana assistida; e a valorização da proteção da criança e do adolescente produziram consideráveis alterações nas relações e na organização familiar e fizeram com que o perfil da clássica família patriarcal, hierarquizada e autoritária perdesse espaço na sociedade pós-moderna.⁵⁸¹

Distinguindo a família antiga da moderna, Virgílio de Sá Pereira, com maestria, ensina que a primeira, cujo modelo encontra-se no “direito romano, se constituiu sob o princípio da autoridade, e tem o aspecto de uma organização política eminentemente aristocrática. A família moderna se constitui sobre a base do amor, e se assemelha antes a uma democracia, dominada pela ideia da solidariedade humana”.⁵⁸²

Importante esclarecer que a ideia de solidariedade que une todos os parentes não é nova; sempre se impôs como uma obrigação recíproca entre eles e esteve, implícita ou

⁵⁸⁰ ROMANELLI, Geraldo. Autoridade e poder na família. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 74.

⁵⁸¹ Sobre a sociedade pós-moderna, Carlos Eduardo Bianca Bittar explica: “A pós-modernidade é, por isso, como movimento intelectual, a crítica da modernidade, a consciência da necessidade de emergência de uma outra visão de mundo, a consciência do fim das filosofias da história e da quebra das grandes metanarrativas, demandando novos arranjos que sejam capazes de ir além dos horizontes fixados pelo discurso da modernidade”. Agnes Heller, citado pelo autor, expõe: “Quando falo do pós-moderno, não me refiro a um período histórico, mas uma nova atitude em relação à modernidade, uma compreensão da modernidade que difere das compreensões modernas anteriores. O que a pós-modernidade pretende é uma autocompreensão reflexiva da modernidade” (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 146).

⁵⁸² PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*, p. 15.

explicitamente, presente em todas as mudanças que fundamentaram as diferentes concepções de família delineadas neste trabalho.

Essa concepção de solidariedade humana, trazida por iluminados juristas, elevada à categoria de princípio constitucional, encontra-se positivada em vários institutos do Código Civil, como os que fundam o bem de família; a proteção dos incapazes; a obrigação de alimentos; a adoção; o poder familiar; o direito à sucessão *ab intestato*, deve servir de paradigma para futuras alterações legislativas, condicionadas pelas necessidades contemporâneas às legislações vigentes.⁵⁸³

O perfil jurídico da família contemporânea vem sendo historicamente construído de acordo com a cultura e os novos padrões de relações humanas. Uma das maiores transformações observada na legislação brasileira aponta mudanças que possibilitam uma digna convivência extra e intrafamiliar, “por meio de normas de conduta que estabelecem deveres e direitos e as consequências de suas violações”.⁵⁸⁴ A partir do esboço histórico – apresentado na presente tese – percebe-se que, ao contrário do Código Civil de 1916, o atual é marcado pela socialidade,⁵⁸⁵ eticidade e operabilidade, “por institutos novos exigidos pela vida social em todos os setores”.⁵⁸⁶ O legislador, no passado, tomava o sujeito como o centro de todo interesse, porque essa concepção individualista norteava o Código Civil anterior. No presente, entretanto, por meio de um sistema aberto,⁵⁸⁷ ele acompanha as novas ideias e o conjunto das mudanças sociais, políticas e econômicas e segue orientação harmonizável com concepções mais solidárias, recíprocas e responsáveis. Essa também é uma tendência observada na legislação comparada.⁵⁸⁸

Também há convergência entre os doutrinadores quanto a incluir a afetividade como elemento caracterizador da família contemporânea. Mesmo não refutando tal tese, inferimos que a via da solidariedade (arts. 3º, I, e 229 da Constituição Federal), que sempre possui sentido de corresponsabilidade entre as pessoas e que faculta ao legislador sua cominação como um dever recíproco, constitui um dos mais relevantes componentes das relações familiares na sociedade atual. Tanto a afetividade como a solidariedade equivalem ao respeito

⁵⁸³ Além dessas, Paulo Lôbo destaca outras “normas fortemente perpassadas pelo princípio da solidariedade familiar” no Código Civil (LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 41).

⁵⁸⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Afetividade e responsabilidade nas relações de família. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXVII, n. 91, maio 2007. p. 113-114.

⁵⁸⁵ REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

⁵⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 53.

⁵⁸⁷ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema, p. 12.

⁵⁸⁸ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*, p. 6 e 15; MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*, p. 481; SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 122.

à dignidade da pessoa humana, mas, ressalvada a possibilidade da aplicação dos princípios, não é possível criar regras jurídicas para imposição da afetividade, enquanto a solidariedade, também sob o prisma do Direito de Familiar, deve sempre resultar da lei ou da vontade das partes.⁵⁸⁹

Portanto, mesmo não sendo fácil demarcar objetivamente o perfil jurídico da família contemporânea, a ideia de solidariedade social, ainda que embrionária, deve continuar, cada vez mais, balizando o comportamento recíproco entre os membros familiares com vista ao desenvolvimento pessoal de cada um e, em termos jurídicos, assinalando as alterações legislativas com o propósito de possibilitar o desenvolvimento social e preservar a célula principal da sociedade: a família.

Mas esse perfil não permite generalizações, já que deve ser visto com reservas, até no Direito de Família. Recorrendo, outra vez, às lições do saudoso Professor Virgílio de Sá Pereira, em geral, “as generalizações precipitadas só revelam ignorância ou temeridade”, e no direito, “onde se pode dizer que cada instituto tem a sua lógica particular, as generalizações são perigosas. *In generalibus latet error*”.⁵⁹⁰

Análise do capítulo

Por meio de uma breve análise comparativa com o direito pré-codificado, verifica-se que, passado quase um século (1890-1988), a família de fato brasileira vê-se, juridicamente, acolhida novamente. De maneira indiscutível, em um primeiro momento, foi por meio de estudos dedicados ao tema e, em seguida, pela aceitação jurisprudencial dos direitos decorrentes da vida em comum entre pessoas de sexo diferente, sem casamento formal, que a Constituição Federal de 1988 coroou o efetivo reconhecimento jurídico das famílias unidas pelos laços da união estável.

A consulta ao material acerca da união estável permite compreender que a aceitação pela Lei Maior, posteriormente regulamentada pelas Leis ns. 8.971/1994 e 9.278/1996 e pela inclusão do instituto no Código Civil, contribuiu para minimizar, em termos jurídicos, as discussões sobre a ilegalidade e imoralidade que pesavam sobre as famílias constituídas dessa forma e teve a intenção de assegurar maior garantia às relações pessoais e patrimoniais entre os conviventes.

⁵⁸⁹ Sob outro ponto de vista, o Código Civil, nos arts. 264 a 285, prevê regras específicas quanto às obrigações solidárias.

⁵⁹⁰ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*, p. 55.

A análise da matéria consultada mostra que, antes da Constituição Federal de 1988, a dificuldade encontrada para preservar a situação patrimonial dos conviventes sobressaía em relação às questões de ordem pessoal. Atualmente, apesar de aquela não estar inteiramente assegurada, de acordo com os princípios norteadores do Direito de Família, dá-se grande ênfase às questões pessoais afetivas e solidárias.

Acerca da discussão sobre se a afinidade gera ou não parentesco, verifica-se que a interpretação correta é no sentido de que a afinidade constitui-se como uma relação de parentesco paralelamente ao parentesco consanguíneo/natural ou a outro de qualquer origem e, ressalvadas as restrições legais ou os direitos assegurados para cada um, da afinidade se instituem direitos, deveres e restrições – como em todas as demais espécies de parentesco. Apesar de se verificar que a afinidade produz direitos, deveres e restrições também na legislação estrangeira, salvo a argentina, as demais não consideram que a afinidade se enquadra em uma relação de parentesco.

Quanto ao parentesco por afinidade como um dos efeitos da união estável, o legislador do atual Código Civil pouco avançou. Verificou-se que esse parentesco já estava previsto no direito pré-codificado e que, apesar das dúvidas surgidas durante a vigência do Código Civil de 1916, ele nunca deixou, ao menos para parte dos doutrinadores, de ser considerado parentesco, de ser um dos efeitos, de ter origem também no concubinato puro e de produzir, como principal efeito, a proibição de realização do casamento.

A previsão legal do concubinato, como uma relação não eventual de pessoas impedidas de se casarem – o que a diferencia das relações ocasionais e meramente sexuais entre o homem e a mulher –, representa grande inovação da legislação brasileira e inquietação para a segurança das relações familiares, principalmente para os filhos. As uniões paralelas, diante da ausência de elementos caracterizadores da união estável, são consideradas concubinato, mas isso não impede que dessas uniões surjam efeitos jurídicos. A investigação da extensão dos efeitos pessoais gerados pelo concubinato ou concubinato impuro, entre as matérias abordadas na presente tese, sem dúvidas oferece maior número de dificuldades para sua apreensão. Denota-se, apesar da repulsa social, haver uma relação a qual produz consequências de fato que o direito não pode ignorar para evitar prejuízos, impor responsabilidades e impedir a repetição dos retrocessos, verificados nas legislações precedentes e na atual, às legislações vindouras.

O fato de a paridade dos direitos dos filhos, da união estável e do parentesco por afinidade estarem, parcialmente, consolidados e trazerem mais segurança às relações familiares, tal como previsto na legislação, não retira a necessidade de novas pesquisas

capazes de apreender quais são os direitos, deveres e restrições que do último irradiam sobre os primeiros, porque esses ainda carecem de melhor delineamento doutrinário e regulamentação legislativa.

Evidencia-se, igualmente, que as diretrizes que norteiam o Direito de Família: contemplam as relações familiares em perspectiva cada vez mais inclusiva; consagram os princípios constitucionais norteadores das relações entre seus membros, tecidas na convivência; visam à superação dos antigos modelos para a realização pessoal sob o prisma da afetividade, da solidariedade e da responsabilidade; e impõem que sejam considerados vários fatores para atender ao bem-estar e aos interesses das crianças e dos adolescentes, em respeito à Constituição Federal, ao Estatuto e aos diversos documentos internacionais coligados no ordenamento jurídico brasileiro.

No último caso, vislumbra-se o momento em que o respeito não se dará em razão do cumprimento da lei, mas, sim, em razão da própria natureza da criança e do adolescente, como pessoas em fase de desenvolvimento e responsáveis por um futuro social, político, econômico e jurídico mais solidário. No entanto, enquanto isso não ocorre, ainda se fazem necessários um entendimento doutrinário e o cumprimento à legislação condizente com a realidade social contemporânea, que apreenda suas necessidades e que seja capaz de protegê-los integralmente.

Apesar de as legislações francesa e italiana terem figurado entre as primeiras legislações modernas a reformar seus estatutos a fim de outorgar maior proteção aos filhos, não se verificou uma legislação como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que adota posição de vanguarda em matéria de proteção e permite a interpretação de que as mesmas regras, por ele previstas, se apliquem a toda e qualquer criança ou adolescente, independentemente de sua origem ou relação de parentesco.

Além disso, nas legislações estrangeiras examinadas, observou-se que, tal como acontece na brasileira, a afinidade produz vários efeitos e que, por não ser possível seguir regras muito diferentes para relações familiares muito parecidas, ocorre a equiparação de vários efeitos jurídicos decorrentes do casamento à união estável. Isso sugere que gradativamente, tanto no direito estrangeiro como no nosso, será cabível estender os mencionados efeitos pessoais e patrimoniais decorrentes do parentesco por afinidade, com a criança e o adolescente, também à união estável. Evidente que, no Brasil, antes, será necessário normatizar aludidos efeitos patrimoniais ao parentesco por afinidade.

6

UNIÃO ESTÁVEL E RELEITURA DO PARENTESCO POR AFINIDADE: CRIANÇA E ADOLESCENTE

6.1 Introdução

Diante da inclusão da união estável ou concubinato puro no Código Civil de 2002, observou-se que, em relação aos filhos comuns, os efeitos, antes reservados ao casamento, foram estendidos àquela entidade familiar (arts. 1.568, 1.631 e 1.724), legalmente acolhida pela Constituição Federal de 1988.

Quanto ao parentesco por afinidade gerado pela união estável no que respeita aos filhos não comuns, no Código Civil ao convivente – que não é o pai, salvo as restrições arroladas – não consta, expressamente, nenhum direito ou dever. Apesar disso, não se pode desconsiderar que a imposição de direitos e deveres ao convivente está ínsita na Carta Magna, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil e nos princípios constitucionais norteadores do Direito de Família e que por força do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o “Estatuto se aplica *a todas as crianças e adolescentes*, subtraindo a incidência do Código Civil na matéria, em todos os casos em que houver incompatibilidade entre ambos”.⁵⁹¹

Como visto, de acordo com a interpretação do art. 1.724 do Código Civil – apesar de o legislador não ter especificado quais são as designações de filhos –, os deveres de guarda, sustento e educação previstos são devidos aos filhos comuns. Contudo, mesmo constando nesse artigo somente a palavra “filho”, além dos legislativos, há subsídios doutrinário e jurisprudencial que autorizam a extensão dos efeitos que têm a mesma natureza do poder familiar, inerentes a todos os filhos, inclusive aos não comuns, em razão da expressa igualdade e proteção integral à criança e ao adolescente prevista na Constituição Federal, na legislação ordinária e especial e nas evidências que a realidade vivente impõe.

Antes de examinar algumas situações que envolvem o parentesco por afinidade, estabelecido com a criança e o adolescente, e os efeitos por ela produzidos, faz-se necessário

⁵⁹¹ Lei n. 12.376, de 3º de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de dezembro de 1942, que passa a vigorar com a seguinte redação: “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”. BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, p. 210.

deixar claro que não se está negando aquele estabelecido com o filho não comum; equiparando os direitos do filho comum, que são próprios do estado de filiação, aos do filho não comum ou propondo uma nova configuração jurídica do parentesco por afinidade na linha reta descendente, de primeiro grau, estabelecido entre um dos conviventes e o filho preexistente do outro, mas, sim, que se está considerando a condição do filho não comum como criança ou adolescente em consonância com a prevista proteção integral a eles consagrada.

Não se tratará também da relação de paternidade estabelecida pelo parentesco consanguíneo ou civil, pois a afinidade não origina relação de filiação, nem de parentela socioafetiva, porque, como muito bem diferencia José Fernando Simão: “Não se deve confundir a parentalidade socioafetiva com o vínculo de afinidade que se estabelece entre madrastas e padrastos e seus enteados. A relação jurídica, nessa hipótese, não é de filiação, mas, sim, de parentesco por afinidade”.⁵⁹² A questão da parentalidade socioafetiva, por preponderar atualmente em quase todos os debates sobre as relações familiares, será cautelosamente abordada como parâmetro para o posicionamento que ora defendemos.

A partir deste ponto da pesquisa, as denominações filho não comum, criança e adolescente serão usadas no mesmo sentido, porque se abordará a condição do filho não comum na qualidade de criança ou adolescente.

6.2 Efeitos gerados pelo parentesco por afinidade: criança e adolescente

Desde a vigência do Código Civil de 1916, sobre as relações de parentesco em geral (consanguinidade, afinidade e civil), Caio Mário da Silva Pereira, Washington de Barros Monteiro, Eduardo Espínola e Orlando Gomes ressaltam a importância de conhecê-las, porque são jurídica e socialmente relevantes⁵⁹³ e delas resultam direitos, obrigações e restrições,⁵⁹⁴ de ordem pessoal e patrimonial, no direito privado e em alguns ramos do direito público.⁵⁹⁵

⁵⁹² SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 149.

⁵⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 11. ed., v. V, p. 171-172; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 321.

⁵⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 231-232; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 414.

⁵⁹⁵ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*, p. 409-410; GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 299.

Sobre a relação de parentesco por afinidade no atual Código Civil, Paulo Lôbo mostra suas consequências tanto no direito privado quanto no público e defende que a maioria dos efeitos “visam impedir a aquisição de algum direito ou situação de vantagem”.⁵⁹⁶

Flávio Tartuce e José Fernando Simão, embora apontem que, “no direito brasileiro, o parentesco por afinidade não gera nenhuma outra consequência jurídica senão em matéria de impedimento matrimonial”, verificam que, após a entrada em vigor da Lei n. 11.924/2009, no que diz respeito a “afinidade na linha reta descendente, há uma tendência de se reconhecer alimentos, notadamente na relação entre padrasto ou madrastra e enteado ou enteada”.⁵⁹⁷

Observa-se que algumas consequências jurídicas decorrentes do parentesco por afinidade são marginalizadas pela legislação e pouco investigadas pelos doutrinadores consultados, sendo que a carência mostra-se ainda maior quanto aos efeitos, na linha reta, descendente, originários da relação que se estabelece na união estável.

Para apresentar e discutir o direito atual no tocante aos diferentes efeitos nos planos pessoal e patrimonial derivados do parentesco por afinidade em relação aos filhos não comuns, criança ou adolescente, optou-se por analisar sob a perspectiva do que evidencia ser melhor para protegê-los: os direitos, deveres e restrições que resultam da convivência familiar, enfatizando, em relação aos primeiros, a questão dos cuidados e da guarda de fato; aos segundos, os deveres de respeito e alimentos; e, às últimas, a restrição para a constituição da união estável derivada também do concubinato.

A divisão entre direitos e deveres é para fins de exposição da matéria, posto que – após a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto – dos diversos direitos e deveres que derivam da convivência familiar decorrem, concomitante e reciprocamente, direitos e deveres assegurados aos filhos e aos pais, responsáveis ou guardiões. Embora os alimentos figurem, segundo a maioria dos doutrinadores, entre as matérias restritivas do parentesco por afinidade, após verificar não ser essa sua melhor conformação, serão tratados como deveres tanto dos conviventes quanto dos filhos. Antes, porém, alguns pontos sobre as relações familiares investigadas e a denominação dos novos parentes serão levantados. Assim, ainda que essas questões não sejam exaustivas, elas fornecem elementos para a interpretação do atual sistema jurídico.

⁵⁹⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 192.

⁵⁹⁷ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 401; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*, 7. ed., v. 5, p. 429.

6.2.1 *Relações decorrentes da união estável e a denominação dos novos parentes*

A aliança entre uma pessoa separada, divorciada ou viúva e outra nas mesmas condições dá origem às famílias formadas por casais em segunda união; assim, os vínculos de parentesco por consanguinidade e por afinidade, em relação aos filhos, constituem-se de várias formas, tais como: somente filhos nascidos de uma ou de diferentes uniões de um só dos conviventes; filhos nascidos de uma ou de diferentes uniões, de um dos conviventes e filhos comuns da atual união; filhos não comuns de ambos os conviventes e filhos comuns da atual união.⁵⁹⁸

Acolhe-se na presente tese a expressão “famílias formadas por casais em segunda união” em detrimento de “famílias denominadas reconstituídas ou recompostas” aceita pela maioria dos autores nacionais e também por alguns doutrinadores estrangeiros,⁵⁹⁹ uma vez que não há nenhum consenso sobre as novas nomeações e por entender que ocorre uma nova configuração da unidade doméstica, um novo arranjo familiar, uma nova família, e não que se está reconstituindo ou recompondo o anterior. Embora a família formada por um dos pais e seus filhos permaneça, o outro núcleo familiar – marido, esposa e filhos ou só por um dos primeiros e pelo último – foi dissolvido. Atualmente se estabelece outro arranjo doméstico, o qual é formado por casais, em que um ou ambos os parceiros estão em segunda união e do qual resulta uma nova família e novas relações de parentesco por afinidade entre eles e os filhos do outro com todos os benefícios e encargos reservados pela vida social e prescritos pela vida jurídica.

Essas novas relações geram direitos, deveres e restrições, tanto para os conviventes como para os filhos, explícita ou implicitamente previstos pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Junto às famílias formadas por casais em segunda união, as novas relações de parentesco por afinidade produzem citadas consequências jurídicas, em razão dos laços estabelecidos pela convivência cotidiana entre a companheira do pai ou o companheiro da mãe e os filhos não comuns, criança ou adolescente. Por isso, independe de os conviventes estarem juntos ou separados, pois, assim como as restrições, os direitos e os deveres tanto em relação à criança ou ao adolescente como em relação ao convivente não devem se extinguir diante da dissolução da união estável.

⁵⁹⁸ “Quanto aos irmãos, vale ainda dizer que estes podem ser classificados em *bilaterais* ou *germanos* (mesmo pai e mesma mãe) e *unilaterais* (mesmo pai ou mesma mãe). Os irmãos unilaterais podem ser *uterinos* (mesma mãe e pais diferentes) ou *consanguíneos* (mesmo pai e mães diferentes)” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 313).

⁵⁹⁹ BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, p. 8. POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*, p. 123-124. SCHEEMAEEKER, Chirstine de. *Garde partagée*, p. 108-109.

Sem dúvida, no entanto, que, em caso de dissolução, alguns efeitos poderão ser jurídica ou amigavelmente regulamentados, por exemplo, por meio da regulamentação do direito de visitas ou, se for o caso, pelo pagamento da pensão alimentícia, desde que atenda aos interesses da criança ou do adolescente. Aqui, em relação à criança e ao adolescente, a união estável apresenta uma situação que a diferencia das primeiras ou segundas núpcias, porque, conforme se verifica nos estudos de Arnold Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, no casamento não são raros os pleitos de alimentos formulados por ex-enteado contra o ex-padrasto ou ação de regulamentação de visitas promovidas por este contra aquele ou mesmo “com acordos de separação em que tais direitos e deveres são espontaneamente pactuados entre pessoas que não guardam entre si qualquer vínculo de consanguinidade, mas os têm a ligar profundos elos afetivos”.⁶⁰⁰

Um dos pontos importantes para a defesa da presente tese é em relação à compreensão quanto a alguns efeitos produzidos em relação aos filhos não comuns à união estável, que apresenta uma situação que a diferencia do casamento. Nota-se que, nos termos do Código Civil, a nova relação de parentesco por afinidade na linha reta descendente de primeiro grau, estabelecida no casamento, é idêntica à instituída na união estável. Contudo, na prática, no casamento a constituição do parentesco se dá no momento de sua celebração e existe mais reconhecimento social e visibilidade dos direitos e deveres dos padrastos ou das madrastas e dos enteados, o que não ocorre com a união estável. Isso pode ser corroborado pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça, as quais, após verificar que o melhor interesse da criança foi atendido, são sempre favoráveis aos pedidos de adoção formulados pelo padrasto.⁶⁰¹

Nas famílias formadas por casais em segunda união, a denominação das novas estruturas de parentesco por afinidade está ligada à compreensão do lugar social e da representação dos novos parentes no interior das famílias reconstituídas ou formadas por casais em segunda união, conforme verificou Maria Luiza Dias em seus estudos sobre o divórcio e a reconstituição familiar no Brasil.

⁶⁰⁰ WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil*, p. 43. Essas questões também são averiguadas por Flávio Tartuce e José Fernando Simão (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 212) e Paulo Lôbo (*Famílias*, p. 73-75).

⁶⁰¹ Adoção. Poder familiar. Pedido formulado pelo padrasto. Legítimo interesse (STJ; REsp 1.106.637; Proc 2008/0260892-8; SP; 3ª T.; Rel. Min. Nancy Andrighi; DJE 01/07/2010). Adoção. Falta de consentimento do pai biológico. Abandono. Situação de fato consolidada em benefício da adotada. Homologação (STJ; Sec 259; Proc 2009/0130933-1; EX; Corte Especial; Rel. Min. João Otávio de Noronha; julg. 04/08/2010; DJE 23/08/2010). Adoção. Menor que mora, desde o casamento de sua genitora com seu padrasto, em dezembro de 2000, com este. Paternidade socioafetiva. Moldura fática apurada pelas Instâncias Ordinárias demonstrando que o menor foi abandonado por seu pai biológico, cujo paradeiro é desconhecido. Aplicação do princípio do melhor interesse da criança (STJ; REsp 1.207.185; Proc. 2010/0149110-0; MG; 4ª T.; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 22/11/2011).

A autora mostra que a dificuldade em nomear as pessoas indica o quanto o papel dos novos membros está longe de estar claro na nova estrutura de parentesco e que diversas áreas do conhecimento, como o Direito, a Antropologia e a Psicologia, procuram intervir em busca de administrar essa nova realidade, inclusive, quanto à denominação dos parentes. Maria Dias constata também que várias expressões para se referir aos novos parentes são utilizadas, entre as mais citadas estão: a mulher atual do pai, o marido atual da mãe, a mãe da atual esposa do pai ou marido da mãe, padrasto, madrasta e enteado; contudo, a dificuldade aumenta quando a referência são os avôs, os tios e os primos. Em conclusão, ela aponta que os papéis exercidos pelos novos parentes não estão claros e que, apesar de aparentemente haver um esforço de seus membros em aceitarem as novas famílias, não há uma significação nova para eles, porque em todas as denominações apresentadas “há uma tentativa de encaixar os novos parentes no modelo nuclear”, no ensejo de recolocar os novos membros nos lugares das figuras parentais.⁶⁰²

Na seara jurídica, José Luiz Gavião de Almeida, em relação à afinidade, entende que, na união estável, “o parentesco que se forma é em tudo semelhante ao que existe em relação ao cônjuge” e que há nomes específicos, como cunhado para o irmão da esposa; enteado para o filho da esposa; sogra para a mãe do marido e mãe por afinidade ou madrasta, para a esposa do pai. Quanto ao tratamento dos demais parentes, diante da falta de nome específico orienta: “basta a utilização do nome dado ao parentesco sanguíneo seguido de ‘por afinidade’. Assim, o tio da esposa é tio por afinidade do marido”.⁶⁰³

Paulo Lôbo entende que as qualificações e as denominações dos parentes afins “são idênticas às dos parentes afins no casamento, a saber, sogro e sogra, genro e nora, padrasto e madrasta, enteado e enteada, cunhado e cunhada”.⁶⁰⁴ Maria Berenice Dias reconhece que no parentesco entre um dos cônjuges ou companheiros, “o filho de um passa a ser filho por afinidade do seu cônjuge ou parceiro. Na ausência de melhor nome, costuma-se chamar de **padrasto e enteado** os parentes afins de primeiro grau em linha reta”; ainda segundo a autora, a jurisprudência tem resistido “em reconhecer neste relacionamento a constituição de uma filiação socioafetiva para emprestar-lhe efeitos jurídicos” (destaques no original).⁶⁰⁵

Waldyr Grisard Filho também mostra que “ainda não existe no direito brasileiro um nome específico para designar a figura da nova mulher do pai ou a do novo marido da mãe” e

⁶⁰² DIAS, Maria Luiza. *Divórcio e reconstituição familiar no Brasil*. Trabalho apresentado na XIX Reunião Anual da ANPOCS, mimeo, 1995. p. 12-13.

⁶⁰³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 47.

⁶⁰⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 194.

⁶⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 313.

em razão do parentesco por afinidade que se estabelece entre um dos cônjuges e os parentes do outro, acolhe “as novas denominações *pai afim* para padrasto, *mãe afim* para madrasta e *filho* ou *filha afim* para enteado ou enteada”.⁶⁰⁶

Apesar da falta de terminologia adequada para designar essa nova realidade; de a palavra “parente” do latim *parens, parentis*, em sentido estrito, indicar o pai ou a mãe e, por extensão, os demais consanguíneos na linha reta⁶⁰⁷ e de a afinidade ser uma relação de parentesco, com todo o respeito, não concordamos com as denominações acolhidas: *pai, mãe e filhos afins*, visto não entendermos se tratar de relação de filiação, bem como porque essas expressões são melhor empregadas aos parentes consanguíneos ou civis.

Ainda segundo nosso entendimento, até que a sociedade compreenda a significação dessa estrutura de parentesco gerada pela união estável e reconheça uma nova denominação ou até mesmo que as denominações supracitadas sejam as eleitas, razão assiste aqueles que asseveram que as denominações dos parentes afins são as mesmas no casamento e na união estável, ou seja, padrasto ou madrasta e enteado ou enteada, porque já se encontram consagradas na doutrina e na lei.

Diante da linha de interpretação seguida, no que diz respeito aos filhos não comuns, conclui-se, igualmente, que o mais importante não é a denominação dos novos parentes, mas, sim, a postura deles perante a criança e o adolescente e vice-versa e o reconhecimento jurídico dos efeitos originados dessa nova relação de parentela em razão do convívio familiar.

6.2.2 Direitos, deveres e restrições que resultam da convivência familiar: criança e adolescente

6.2.2.1 Direitos: cuidados e guarda de fato

A convivência familiar, segundo Roberto João Elias, é de suma importância, uma vez que “ela consta da Constituição Federal, juntamente com outros, no art. 227. No ECA, é tratado nos arts. 19 a 24, sob vários aspectos”.⁶⁰⁸ Apesar de existir uma construção jurídica sobre o direito à convivência familiar, há vários vieses; entre eles, alguns que se pretende abordar, para que se possa interpretá-lo. A seguir, analisar-se-á o direito à convivência familiar e os direitos e deveres que dela resultam de acordo com novos ditames sociais e

⁶⁰⁶ No que diz respeito às novas denominações Waldyr Grisard Filho acolhe a proposta formulada por Cecília P. Grossmann e Irene Martinez Alcorta (GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010. p. 91).

⁶⁰⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, p. 287. GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direitos de família e direitos das sucessões*, p. 16.

⁶⁰⁸ ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*, p. 21.

jurídicos, quando se trata de família formada por casais que vivem em união estável, na qual os filhos comuns e não comuns – criança ou adolescente –, como pessoas em desenvolvimento, têm o direito de ser criados, educados e zelados (art. 19 e seguintes do Estatuto) sem discriminações (art. 16, V, do Estatuto)⁶⁰⁹⁻⁶¹⁰.

A convivência familiar deve ser assegurada em ambiente que respeite a inviolabilidade da integridade física, psíquica, moral e social de toda criança e adolescente. A prática de atos contrários a esse direito é, expressamente, vedada pela Constituição Federal (art. 227), pelo Estatuto (arts. 4º e 5º) e por vários outros instrumentos jurídicos. No tocante aos filhos, o Código Penal responsabiliza os pais nos arts. 244, 246, 247 e 136, que, respectivamente, preveem os crimes de abandono material, intelectual, moral e maus-tratos. A integridade psicofísica dos filhos, como valores constitucionalmente protegidos, quando violados, acarretam o abandono moral.⁶¹¹ O Código Civil prevê a aplicação dos princípios da responsabilidade civil (art. 186, dirigido a todos os livros desse diploma legal) por dano moral com a condenação, entre outros, do guardião, que descumpriu os deveres inerentes à guarda, ou do genitor, que descumpriu o dever de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo na reparação cabível, com fundamento na proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988, e art. 15 do Estatuto).⁶¹²

Evidencia-se, portanto, que a função da família está envolta nos cuidados que devem ser exercidos por qualquer tipo de arranjo doméstico. Do ponto de vista biopsicossocial, a

⁶⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 679.

⁶¹⁰ Como vimos alhures, a família natural abrange a constituída pelo casamento civil, pela união estável ou por qualquer dos genitores e seus filhos (monoparental), e a família extensa ou ampliada abarca os parentes próximos desde que haja convivência e vínculos de afinidade e afetividade (art. 226 da Constituição Federal de 1988, e art. 25 e parágrafo único do Estatuto).

⁶¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 408.

⁶¹² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 397 e 406.

Quanto à questão da responsabilidade civil por ato de terceiros, filiamo-nos à corrente que entende que a responsabilidade decorre do exercício do poder familiar, para opor-se àquela que defende que a responsabilidade seja somente daquele que tem o filho sob sua autoridade e em sua companhia (art. 932, I, Código Civil). Todavia, nos termos do Estatuto, outras pessoas que participam da criação também têm, entre outros, o dever de cuidar, educar, acompanhar, vigiar e orientar (arts. 4º e 25 da Lei n. 8.069/1990). Dessa forma, mesmo que essas pessoas não sejam detentoras do poder familiar ou que detenham a guarda jurídica e não estejam incluídas no rol apresentado pelo art. 932, quando mantiverem vínculos de afinidade e afetividade com a criança e o adolescente devem figurar entre os responsáveis pela reparação civil decorrentes do ato ilícito praticados por aqueles que estiverem sob seus cuidados, sem, contudo, liberar a responsabilidade daqueles que detêm o poder familiar ou a guarda jurídica e estejam elencados no rol do citado artigo. Além disso, imputar essa responsabilidade ao convivente guardião impõe maior preocupação para com a criança e o adolescente. Essa matéria, embora entendamos ser defensável, não é aceita, porque a interpretação que prevalece é a apresentada por José Fernando Simão, um dos mais importantes especialistas no tema no País, no sentido de que a responsabilidade por fato de terceiro não comporta interpretação extensiva, já que é excepcional, e não regra. Desse modo, “as madrastas não são obrigadas por lei a vigiar seus enteados, pelo simples fato de se casarem com os seus pais” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, 2007, p. 149).

família deve garantir não apenas a reprodução, mas também a sobrevivência e o respeito à subjetividade,⁶¹³ sem fazer distinção de filhos consanguíneos ou alheios, vindos de relações anteriores de um ou de ambos os conviventes, “seja como for, cabe aos adultos que assumiram o encargo de uma criança o risco e a responsabilidade de educá-la e prepará-la para a vida”.⁶¹⁴

Sob o prisma jurídico, como demonstramos, a expressão “cuidado” “recebe a força subjacente do princípio da solidariedade”⁶¹⁵ e envolve aspectos materiais e imateriais, que se realizam na convivência familiar por meio da guarda, da visita, do sustento e da educação da criança ou do adolescente, os quais estão abrigados em vários dispositivos, tanto na Lei Maior como na legislação ordinária e especial.

Além do direito de os pais terem o filho sob sua guarda em decorrência do exercício do poder familiar (arts. 1.566, IV, 1.634, II, e 1.724 do Código Civil), que não termina com a separação, com o divórcio ou com a dissolução da união estável, salvo nos casos de suspensão ou destituição do poder familiar, o direito de guarda também se encontra regulamentado pelo mesmo Código, nos arts. 1.583 a 1.590, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 33 a 35, que tratam da situação jurídica da criança e do adolescente posta sob a guarda de terceiros. Portanto, nosso ordenamento jurídico prevê a guarda exercida sob o poder familiar e a guarda como instituto de direito assistencial, existente fora do âmbito familiar, tratada pelo Estatuto.⁶¹⁶

A guarda nos termos do art. 33, § 1º, 2º e 3º do Estatuto visa regularizar a posse de fato, “nos procedimentos de tutela e adoção, exceto adoção por estrangeiros”. Fora desses casos, a guarda poderá ser deferida “para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável” e para fins de direito de representação para a prática de atos determinados. A guarda confere ao guardião “o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais” e à criança ou ao adolescente a condição de dependente, inclusive previdenciário.

⁶¹³ NEVES, Anamaria Silva. *A violência física de pais e mães contra filhos: cenário, história e subjetividade*. 2004. 270 f. Tese (Doutorado em Psicologia), Universidade de São Paulo, FFCLRP-USP, Ribeirão Preto, 2004. p. 39-40.

⁶¹⁴ KEHL, Maria Rita. A família atual, a construção subjetiva da criança e a psicanálise. In: COMPARATO, Maria Cecília Mazzilli; MONTEIRO, Denise de Sousa Feliciano (Org.). *A criança na contemporaneidade e a psicanálise: família e sociedade: diálogos interdisciplinares*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001. v. 1, p. 36.

⁶¹⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 42.

⁶¹⁶ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 482.

A guarda nos termos do art. 33 do Estatuto visa regularizar a posse de fato, “nos procedimentos de tutela e adoção, exceto adoção por estrangeiros”; com exceção desses casos, a guarda poderá ser deferida “para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável” e para fins de direito de representação para a prática de atos determinados. Além disso, a guarda confere ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais e à criança ou ao adolescente, a condição de dependente, inclusive previdenciário.

Yussef Said Cahali, comentando o art. 33 do Estatuto, mostra que o conceito de guarda foi se abrandando no tempo, passando a guarda a ser vista “como sendo não da essência, mas apenas da natureza do pátrio poder, a se permitir a concessão da guarda do menor a terceiros mesmo contra a vontade do titular do pátrio poder, se isto melhor atendesse ao interesse do menor”; portanto, a guarda é um dos atributos do poder familiar, “mas não se exaure nele nem com ele se confunde; em condições tais, a guarda pode existir sem o pátrio poder, como, reciprocamente, este pode ser exercido sem a guarda”. Segundo o autor, a guarda transfere ao guardião, a título precário, alguns dos atributos constantes no art. 1.634, do Código Civil; não pressupõe prévia suspensão ou destituição do pátrio poder – já que é compatível com este –, mas obriga a prestação de assistência material, moral e educacional. Assim, no “dever de assistência do menor sob sua guarda entende-se que o guardião sujeita-se à obrigação legal de alimentos em favor daquele, sem prejuízo da obrigação de prestá-los o titular do poder familiar”.⁶¹⁷

Ao lado da guarda prevista pelo Código Civil e pelo Estatuto, Yussef Said Cahali e Waldyr Grisard Filho comentam que existe a guarda de fato. Essa espécie de guarda, resultante da convivência, também foi estudada por Edgard de Moura Bittencourt. De acordo com esse autor, ocorre a guarda de fato quando “alguém sem intervenção do juiz toma a seu cargo a criação e educação do menor”, e nesse caso ela “gera um vínculo jurídico que só será destruído por decisão judicial em benefício do menor”.⁶¹⁸ Nesse mesmo sentido, Yussef Said Cahali explica: o “Direito sempre tomou em consideração certas situações de fato, levando em consideração, por esse motivo, também a ‘guarda de fato’, capaz de fazer gerar alguns efeitos jurídicos”.⁶¹⁹

A explicação legada por Waldyr Grisard Filho, sobre a guarda de fato, também merece ser destacada: “A guarda de fato, que o Código Civil não contempla, é aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa, que toma a criança a seu cargo sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais e aos tutores) ou judicial”. O autor também explica que,

⁶¹⁷ CAHALI, Yussef Said. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 145-146; CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed., p. 701-702; CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed., p. 497.

⁶¹⁸ Edgard de Moura Bittencourt acrescenta também a respeito da guarda de fato ou não: “subsiste como direito da pessoa que a exerce, condicionado – sempre será bom repetir – ao interesse da criança. Interesse sentimental, moral e material, na hierarquia dos valores, estudada mais adiante. Nada há, pois, de absoluto ou de definitivo nesse assunto, em favor do titular da guarda; a própria decisão judicial está sujeita a alteração, sem que se possa falar em coisa julgada, pois o que for por ela estabelecido pode ser modificado, em qualquer tempo, por motivos supervenientes” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 262).

⁶¹⁹ CAHALI, Yussef Said. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 146-147.

embora a pessoa não tenha nenhum direito de autoridade, ela tem “todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada do poder familiar, como assistência e educação, e *sobre a qual não existe controle ou avaliação judicial* nem sobre o guardião nem sobre a criança ou o adolescente”. Exemplifica o doutrinador, mostrando que isso ocorre com a “mãe natural que não reconhece o filho, mas o mantém em sua companhia e o do filho de casal divorciado, cujo genitor guardador vem a falecer, permanecendo o filho na companhia do cônjuge das novas núpcias do pai”.⁶²⁰

Dirimindo qualquer dúvida surgida na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal (CJF/STJ), em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 344, que dispõe: “A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse”. Com as modificações trazidas pela Lei n. 12.010/2009, a guarda de fato foi prevista no § 2º, do art. 46, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata da adoção.⁶²¹

Das ponderações citadas é possível inferir que os cuidados se manifestam na convivência familiar por meio da guarda, sendo que o estudo desta, no presente trabalho, não se prendeu à sua natureza jurídica, mas, sim, ao fato de que aquele que vive junto com o filho do companheiro detém uma espécie de guarda, sem previsão no Código Civil, mas que existe de fato e sobre a qual se defende a atribuição de direitos, deveres e restrições, em respeito ao interesse da criança e do adolescente.

O direito à convivência familiar também deve ser atendido por meio do direito de visita e de sua regulamentação, que também se aplica ao convivente. Fábio Bauab Boschi mostra que a finalidade do direito de visita “é exatamente manter o trato ou o convívio rompido entre o visitante e o visitado”, bem como que o direito à convivência familiar, garantido por meio do direito de visita, não é exclusivo apenas dos pais que não têm a guarda (art. 1.589, Código Civil), porque “a jurisprudência e a doutrina estendem-no aos avôs, a outros parentes e também a terceiros, independente da norma jurídica autorizadora”. Arremata o autor dizendo que: “Se os parentes têm amor e dividem afeto entre si, então, eles possuem o recíproco direito de visita, ainda que não haja norma autorizando-o expressamente”.⁶²² Nesse

⁶²⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*, p. 108 (itálico nosso).

⁶²¹ Lei n. 12.010/2009, art. 46, § 2º: “A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência”.

⁶²² BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*, p. 5, 44 e 66. Além desse esclarecimento, o autor desenvolve que “Não é o grau de parentesco, ou seja, a distância entre as gerações, nem a espécie de parentesco que fazem surgir os laços de afeição e solidariedade entre os parentes. Para nós, somente o convívio, a amizade e a relação íntima e estreita entre as partes podem suscitar o sentimento profundo, sincero, desinteressado e

sentido, Jorge Shiguemitsu Fujita mostra que é pacífica, em sede doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de regulamentar o exercício do direito de visita a outras pessoas, parentes ou não, desde que exista carinho e afeto entre elas.⁶²³ A Lei n. 12.398, de 28 de março de 2011, acrescentou o § único ao art. 1.589 do Código Civil, e deu nova redação ao inciso VII do art. 888 do Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos.

No art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, há previsão de aplicação de multa àquele que descumpre, entre outros, os deveres referentes à guarda. Mesmo considerando ser a guarda *in casu* aquela prevista no Estatuto, não se deve excluir outros tipos de guarda, já que todas têm as mesmas finalidades. Além disso, o escopo da lei é de proteção; assim, a aplicação desses dispositivos a todos os responsáveis de alguma forma pela criança e pelo adolescente serve de sanção, ainda leve, e “representa um fator a mais que concorre para que se respeite os direitos consagrados pela Carta Magna e pelo Estatuto”.⁶²⁴

Quanto à guarda e ao direito de visitas, o Estatuto (art. 213) também prevê a aplicação de multa àqueles que descumprem esses deveres; embora tenhamos encontrado entendimento doutrinário e jurisprudencial em sentido contrário à aplicação do disposto no artigo citado do Estatuto ao Direito de Família.⁶²⁵ Segundo nosso parecer, a multa deve ser aplicada desde

descompromissado, que unirá as pessoas num laço de afetividade que, ao final, poderá justificar a sua manutenção na hipótese de haver solução de continuidade” (*Direito de visita*, p. 44).

Nesse diapasão, Paulo Lôbo assim se manifesta: “O direito à convivência familiar, tutelado pelo princípio e por regras jurídicas específicas, particularmente no que respeita à criança e ao adolescente, é dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade como um todo. Por outro lado, a convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social facilmente aferível por vários meios de prova. A posse do estado de filiação, por exemplo, nela se consolida. Portanto, há direito à convivência familiar e direito que dela resulta” (LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 53).

⁶²³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, p. 92

⁶²⁴ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 3. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289.

⁶²⁵ Válter Kenji Ishida sobre o não cabimento da multa do art. 213, § 2º, do ECA à ação de regulamentação de visitas, assim se posiciona: “Embora aqui já anteriormente tenhamos assinalado que algumas normas do ECA aplicam-se a hipóteses não apenas da vara menorista, mas também de outras, como da família, como pode ocorrer com o procedimento de destituição do pátrio poder, essa mesma interpretação não se refere à norma do art. 213. Com efeito, a mesma se refere especificamente ao capítulo VII do ECA, que tutela os interesses individuais, difusos e coletivos. Portanto, topograficamente, abrange apenas as ações civis públicas (art. 220 do ECA) e mandamentais (art. 212, § 2º, do ECA). Não se refere especificamente a outros tipos de ação, mesmo que envolvendo criança ou adolescente. A matéria foi tratada em sede de agravo de instrumento em que o genitor pleiteava a aplicação de multa diária em hipótese de desobediência a regulamentação de visitas pela genitora: ‘SEPARAÇÃO JUDICIAL – Ação de regulamentação de visitas – Regime acordado pelas partes e homologado pelo Juízo – Pretendido cumprimento do regime de visitas sob pena de multa – Inadmissibilidade, diante da natureza jurídica da obrigação, que não se confunde com obrigação de fazer – Inaplicabilidade do art. 213 do ECA à hipótese em exame – Recurso desprovido’. (AI 321.659-4/2-00 – São Paulo – Foro Regional de Santo Amaro – Rel. De Santi Ribeiro – j. 10.03.2004)” (ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 378-379).

Em sentido contrário: “AI Ação de regulamentação de visitas. Descumprimento reiterado pela genitora, responsável pela guarda da menor. Pai que pretende a imposição de sanção pecuniária. Possibilidade. Art. 213, § 2º do ECA. Recurso provido, para impor multa de um salário mínimo a cada vez que descumprida

que: sejam esgotadas outras possibilidades; haja a necessidade para atender aos interesses da criança/adolescente; seja relevante a demanda; dar maior efetividade ao processo, uma vez que o “Poder Judiciário sempre deverá ser acionado quando não se conseguir fazer valer os direitos das crianças e dos adolescentes de forma suasória”.⁶²⁶

No tocante à aplicação da multa prevista no art. 213 do Estatuto, em relação ao guardião, concordamos com o posicionamento apresentado por Regina Beatriz Tavares da Silva, a qual admite “ser cabível a imposição de multa diária ao guardião pelo descumprimento da obrigação, até mesmo de ofício, a ser exigível após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor (§§ 2º e 3º)”.⁶²⁷

Dispõe o Código Civil, art. 1.636: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável”.

Quanto ao poder familiar, “conceituado como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos”,⁶²⁸ a questão é pacífica; contudo, quanto à não interferência do novo companheiro da mãe ou companheira do pai nos direitos inerentes ao poder familiar, da forma como se encontra determinado no artigo, razão assiste a Francisco José Cahali, na atualização da obra de Silvio Rodrigues, quando assevera que esse dispositivo, atualmente, não tem nenhum significado e que essa previsão “se justificava no passado, quando a lei (Código de 1916 em sua versão original) retirava da viúva que remaridasse o pátrio poder dos filhos de leito anterior, como também na época em que o concubinato era socialmente reprovado, com restrições legais à sua ocorrência”.⁶²⁹

decisão sobre visitas” (TJSP, AI 439.448-4, 5ª Câmara de Dir. Priv., Rel. Des. Francisco Casconi, j. 11-5-2006, JTJ, 300/409); “Recurso especial. Civil e processual civil. Regulamentação de visitas. Acordo homologado. Descumprimento. Execução. Cabimento. 1 – No campo das visitas, o guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado no acordo. 2 – A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente. 3 – Recurso especial conhecido e provido a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento” (REsp 701.872/DF, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12-12-2005, DJ, 1º-2-2006, p. 565). (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 407).

⁶²⁶ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 252.

⁶²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 397.

⁶²⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 367.

⁶²⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed., p. 372.

É possível constatar o seguinte fato: a redação desse artigo vai de encontro às novas determinações legais e afasta-se do que é reservado para o atual contexto familiar, no qual a criança ou o adolescente deve ser assistido por todos os participantes de seu processo de desenvolvimento.

Acresce-se a esse posicionamento que a “renovada relação de parentesco por afinidade assume, muitas vezes, as funções e cuidados próprios da família biológica, sobretudo em razão da morte e da separação conjugal”,⁶³⁰ e que na relação duradoura entre o pai ou a mãe e o novo convivente é ilusório determinar que este não participe, porém espera-se que seja de modo positivo, como colaborador do processo de socialização e do conjunto de direitos e deveres conquistados para a criança/adolescente. Essa determinação está prevista no art. 91 do Estatuto das Famílias, Projeto de Lei n. 2.285, de 2007.⁶³¹

É indiscutível que não se trata de poder familiar, pois esse é apenas e tão somente do pai ou da mãe, mas, sim, de direitos que têm a mesma natureza, os mesmos atributos e que também são inerentes à convivência familiar, a qual deve ser pautada por cuidados. Dar interpretação diferente a essa situação fática “é incentivar o desfazimento dos elos afetivos das relações familiares”⁶³² e premiar a irresponsabilidade daqueles que, pelo menos, devem contribuir para criar, cuidar e educar as novas gerações, consoante expressamente determinado pela Constituição Federal e legislação especial.

No entanto, essa interpretação do art. 1.636 e seu parágrafo único, do Código Civil, não é pertinente porquanto está previsto no Livro de Direito de Família, Título I, Subtítulo II, Capítulo V, que trata, especificamente, do poder familiar; assim, para evitar interpretação em desfavor da criança e do adolescente, ou conflito com outros dispositivos legais, o correto seria revogá-lo.

Conclui-se que, entre os direitos que a criança e o adolescente possuem decorrentes da convivência familiar, destaca-se a guarda – inclusive a de fato – e que, tal como ocorre com as várias espécies de guarda ou em decorrência delas, o mesmo deve acontecer com outras funções também reconhecidas ao poder familiar, expressamente previstas em vários dispositivos do Estatuto. Dessa forma, justifica-se o acolhimento de nossa tese por uma construção jurídica capaz de: delinear os direitos, os deveres e as restrições, tanto para a

⁶³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 33.

⁶³¹ Estatuto das Famílias – Projeto de Lei n. 2.285/2007, art. 91: “Constituindo os pais nova entidade familiar os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental são exercidos com a colaboração do novo cônjuge ou convivente ou parceiro. Parágrafo único. Cada cônjuge, convivente ou parceiro deve colaborar de modo apropriado no exercício da autoridade parental, em relação aos filhos do outro, e de o representar quando as circunstâncias exigirem”.

⁶³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 383.

criança e o adolescente como para o convivente; garantir a segurança destes e tornar mais preciso o *controle* ou *avaliação judicial* (destaques não constam no original),⁶³³ em casos práticos, uma vez que hoje tais efeitos não se mostram de forma inequívoca; bem como fornecer subsídios doutrinários para preparar “terreno para a jurisprudência e para a alteração legislativa”,⁶³⁴ tal como ocorreu, por exemplo, com a trajetória de outros efeitos decorrentes das relações concubinárias, analisados neste estudo.

6.2.2.2 *Deveres: respeito e alimentos*

Busca-se verificar o direito que resulta da convivência familiar por meio do viés dos cuidados, os quais também estão presentes na obrigação legal de alimentos. Yussef Said Cahali, comentando sobre os elementos que integram essa obrigação, esclarece que a obrigação legal de alimentos, no sentido “mais amplo de assistência e auxílio com vistas ao regular desenvolvimento do indivíduo”, está ligada à ideia de sustento e satisfação das necessidades do favorecido e à ideia de cuidado da pessoa. Segundo o autor, o cuidado da pessoa “constitui parte de um dever mais amplo e mais elevado”, porque “ainda quando a obrigação alimentar tiver sido concretizada numa prestação fixa em dinheiro, não basta que a prestação tenha sido satisfeita, para que se considere cumprida a obrigação, se o seu fim último não foi alcançado”.⁶³⁵

O dever de prestar alimentos dos parentes (arts. 1.694 e 1.696 do Código Civil) se distingue do dever de sustento vinculado ao poder familiar e do dever de solidariedade familiar, que inclui os decorrentes da convivência em família, mas todos têm, como principal finalidade, garantir o direito à vida humana e assegurar à pessoa necessitada no plano material ou imaterial uma subsistência digna, bem como se alicerçam nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar⁶³⁶ e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Em se tratando de criança e adolescente, a proteção do direito à vida, tanto física como intelectual e moral, encontra-se expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, arts. 226 e 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 4º e 7º, que atribuem esse dever à família, à sociedade em geral e ao Estado. A família, por meio dos parentes, nos termos do

⁶³³ Expressões utilizadas por Waldyr Grisard Filho (*Famílias reconstituídas*, p. 108).

⁶³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 36.

⁶³⁵ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed., 2002, p. 40; 2009, p. 38.

⁶³⁶ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 348; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 393; MADALENO, Rolf. A execução de alimentos pela via da dignidade humana. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 235.

Código Civil, art. 1.694, é responsável pela satisfação da obrigação legal e moral de prestar alimentos. A comunidade em geral e o Estado, por meio de políticas públicas e programas oficiais de auxílio, também são responsáveis por resguardar o direito constitucional da criança e do adolescente a uma vida digna.

Ao se pôr em questão a relação de parentesco por afinidade gerar direitos aos alimentos, verificou-se que, embora o legislador não limite a designação dos parentes, a maioria dos doutrinadores, com fundamento nos arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil, nega tal possibilidade. Ocorre que o legislador, no art. 1.694 do Código Civil, não determinou, não distinguiu nem especificou qual a relação de parentesco: consanguíneo ou natural, civil, ou afinidade; por isso, não se deve interpretar a expressão “parentes” de forma restritiva, como assinalado por Maria Berenice Dias.⁶³⁷

No que concerne à afinidade na linha reta descendente, Flávio Tartuce e José Fernando Simão concluem que, nesse caso, após a Lei n. 11.924/2009, há uma tendência de se reconhecer o direito a alimentos.⁶³⁸

Como visto alhures, mesmo que Yussef Said Cahali concorde que “aos afins não incumbe a prestação de alimentos a que se refere o CC”, o autor informa que os alimentos podem ser pagos por outras pessoas não enumeradas em lei, a fim de suprir “eventual omissão de quem deveria prestá-los”, em razão de um dever moral e de assistência em favor de outros familiares, “no cumprimento de uma obrigação natural nascida de laços de solidariedade pressupostos da família” ou “se evidenciada alguma dependência econômica” do parente afim.⁶³⁹

Apesar de a criança e de o adolescente terem assegurada a sua subsistência, por parte do convivente, diante das circunstâncias anteriores apresentadas pelo Professor Yussef Said Cahali e em razão da aplicação dos princípios constitucionais, essa obrigação não se insere, apenas, no plano jurídico, o que, por um lado, não garante totalmente o direito dos filhos porque não assegura a pretensão à exigibilidade e, por outro, não impõe a devida responsabilidade aos conviventes.

Embora a criança e o adolescente tenham o direito, por lei, de serem acolhidos por todos os meios, em suas “necessidades vitais”,⁶⁴⁰ é claro que, em se tratando do parentesco por afinidade, os alimentos somente deverão ser cabíveis de forma subsidiária e complementar, desde que atendidos os pressupostos básicos da obrigação alimentar.

⁶³⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 314-316 e 476.

⁶³⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*, 7. ed., v. 5, p. 429.

⁶³⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed., 2002, p. 710-711; *Dos alimentos*, 6. ed., 2009, p. 496, 503-504.

⁶⁴⁰ GOMES, Orlando. *Direito de família*, p. 404.

Ainda quanto às consequências da solidariedade familiar que une os membros de uma mesma família, a orientação há muito tempo exposta pelos irmãos Mazeaud e outros, no plano do direito, traduz-se pela existência de obrigações recíprocas, entre as quais a mais importante é a obrigação alimentar, cuja finalidade é assegurar tudo que é necessário à garantia de vida de uma pessoa necessitada.⁶⁴¹

Para amparar nosso entendimento, acrescentamos, de acordo com os comentários expostos, que, em relação à proteção do direito à vida, também se tem uma situação legal bem definida de reciprocidade, nos termos dos arts. 227 e 230 da Constituição Federal de 1988.⁶⁴² Juridicamente, a reciprocidade, como um traço distintivo e uma das características do Direito de Família,⁶⁴³ funda-se tanto no direito ao respeito, que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, quanto no dever de manter as relações com as pessoas respeitáveis, seja pela idade, por sua condição, pela ascendência ou descendência em que se inserem.⁶⁴⁴

Evidencia-se, portanto, que a família, por meio de seus responsáveis, tem o dever de respeitar a criança ou o adolescente, conforme previsto em vários dispositivos do Estatuto; consequentemente, estes também os têm para com adultos e as pessoas idosas. Soma-se aos argumentos apresentados o fato de os adultos deverem assumir e sustentar seu lugar de autoridade com responsabilidade diante da família, da comunidade e do Estado, a fim de que a criança e o adolescente tenham parâmetros éticos para se constituírem e se prepararem para assumir uma vida responsável diante da sociedade.

Apesar de o art. 11 da Lei n. 10.741, de 2003, estabelecer: “Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil”, em casos especiais – criança, adolescente e idoso –, de acordo com nosso ordenamento jurídico, além dos parentes (arts. 1.694 e 1.696 do Código

⁶⁴¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, p. 1.160, 1.168. MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil*, p. 481.

⁶⁴² Art. 230 da Constituição Federal de 1988: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O art. 3º da Lei n. 10.741 de 01 de outubro de 2003, também prevê: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

⁶⁴³ ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*, 1987, p. 25.

⁶⁴⁴ A noção do direito ao respeito como inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral é defendida pela Professora Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 679). Sobre o respeito, De Plácido Silva acrescenta: “no sentido jurídico tem a mesma significação vulgar: é o *tratamento atencioso*, a própria *consideração*, que se deve manter nas relações com as pessoas respeitáveis, seja pela idade, por sua condição social, pela ascendência ou grau de hierarquia, em que se acham colocadas” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, v. IV, p. 124).

Civil), a obrigação de prestar e o direito de receber se dá em razão das relações de família.⁶⁴⁵ Desse modo, aquele que criou, cuidou e educou o filho do convivente tem assegurado o mesmo direito de ser amparado por este na velhice, na carência ou na enfermidade, pois essa obrigação cabe em primeiro lugar à família (arts. 227 e 230 da Constituição Federal de 1988, art. 3º da Lei n. 10.741 de 2003 e art. 4º do Estatuto), e não há como negar que *in casu* o parentesco por afinidade provém da família formada pela união estável, cujos vínculos na linha reta não se extinguem com sua dissolução (art. 1.595, § 2º, do Código Civil).

Mesmo que a interpretação ora defendida não encontre ressonância na maioria das doutrinas brasileiras, geralmente, estas reafirmam somente a impossibilidade de o parentesco por afinidade originar obrigação alimentar.

Em consonância com a doutrina de proteção integral e com o atual momento evolutivo jurídico brasileiro, a presente tese, que defende a possibilidade da extensão da obrigação legal de alimento em favor da criança e do adolescente quando se mantém vínculos de parentesco por afinidade, deve ser acolhida porque: 1) falta clareza no atual Código; 2) há impossibilidade de interpretação restritiva de direitos, quando a lei expressamente não o faz; 3) com a inclusão da união estável na nova ordem jurídica e, como aponta Luiz Edson Fachin, com a ruptura do modelo de relação que se assentava, exclusivamente no casamento, a consanguinidade e afinidade devem ser repensadas;⁶⁴⁶ 4) ao contrário das dúvidas anteriores, hoje a afinidade gera parentesco e os encargos a ele inerentes; 5) os laços de sangue perdem espaço na sociedade atual para os vínculos socioafetivos tecidos na convivência cotidiana; 6) há inegáveis benefícios, principalmente para o sadio desenvolvimento da criança e do adolescente; 7) a extensão da obrigação traz consigo o conceito de dignidade, solidariedade e responsabilidade familiar; 8) verificou-se junto ao direito estrangeiro consultado que a possibilidade do pagamento da pensão alimentícia pelos afins existe, mesmo que solvida a união que a originou, com a finalidade de garantir o indispensável à subsistência daquele que necessita⁶⁴⁷ e que, há muito tempo, a reciprocidade da obrigação alimentar entre afins representa uma das bases dos privilégios e das obrigações reconhecidas pela maioria dos países civilizados;⁶⁴⁸ 9) utiliza-se aqui, mais uma vez, os argumentos apresentados por Clóvis Beviláqua, os quais demonstram que, apesar do tempo passado, ainda hoje, além de prejudicar a segurança, a negativa jurídica aos afins do direito de reclamar e do dever de prestar

⁶⁴⁵ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 358.

⁶⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*, p. 220.

⁶⁴⁷ SAVATIER, René. *Cours de droit civil*, p. 122.

⁶⁴⁸ TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 35.

alimentos é injusta;⁶⁴⁹ 10) é possível inferir, junto ao nosso ordenamento jurídico, que, em circunstâncias especiais, a obrigação alimentar vai além das relações de parentesco e abarca as relações de família.

No caso específico da união estável, do mesmo modo e pelas mesmas razões, os alimentos são devidos. Ainda que a extensão desse efeito de conteúdo patrimonial ao parentesco por afinidade e à união estável desafie toda a construção histórica doutrinária, legislativa e jurisprudencial brasileira, após a entrada em vigor do Código Civil de 1916, deve-se observar que o reconhecimento de vários outros efeitos à união estável se deu da mesma forma.

6.2.2.3 *Restrições derivadas da união estável e do concubinato*

Entre os efeitos restritivos produzidos pelo parentesco por afinidade destacam-se, no Direito de Família, os impedimentos para a realização do casamento ou constituição da união estável e os alimentos, estudados nesta pesquisa, e, no Direito das Sucessões, os direitos hereditários.

Dos efeitos restritivos o mais citado sempre foi em matéria de impedimentos matrimoniais. Com o atual Código Civil, esse efeito se estendeu ao concubinato puro (arts. 1.521, II, e 1.723, § 1º), cessando as discussões e as divergências havidas durante a vigência do Código Civil de 1916, mas isso não é suficiente para pontuar a matéria, porque, em se tratando de verificar as restrições para a constituição da união estável, na doutrina também é abordada a questão da capacidade civil dos conviventes.

Para que a união estável se constitua, a capacidade civil é essencial.⁶⁵⁰ Nesse caso, o menor de 16 anos completos estaria impedido de constituir união estável. Questiona-se a possibilidade de consentimento dos pais, como ocorre no casamento; no entanto, há que se considerar a ausência de regulamentação e que essa autorização não tem igualdade com a autorização para a realização do casamento (arts. 1.517 a 1.520 do Código Civil), por tratar-se de regra própria desse instituto, o qual também não se equipara à união estável. Além disso, é consenso entre os doutrinadores que o casamento se realiza por meio da celebração e “a união estável resulta de vários fatos, que se concretizam com o passar do tempo, sendo inviável que

⁶⁴⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 864 e 890.

⁶⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 50.

os pais ou o juiz deem autorização para a existência de uma relação que se configura dia após dia, e não por meio de um único ato”.⁶⁵¹

Maria Berenice Dias, embora concorde que a “união estável é um fato que acaba por gerar efeitos jurídicos depois da fluência de determinado lapso de tempo”, entende que nos termos do art. 1.550, I, do Código Civil, não existe idade mínima para a constituição de união estável, “até porque não há como exigir o consentimento dos pais ou responsáveis”.⁶⁵²

Quanto à questão sobre a idade mínima dos companheiros, para que a união estável possa ser caracterizada, Hélio Borghi, após verificar que a esse respeito nada dispõem as Leis ns. 8.971/1994 e 9.278/1996 nem o Código Civil, considera ser 16 anos a idade mínima para o homem e para a mulher, “tendo em vista os limites mínimos para o casamento, ao qual, em tese, a união estável deve se equiparar, por analogia”. No entanto, de acordo com o autor, assim como no casamento, a natureza jurídica da união estável é contratual; por isso, para que produza efeitos jurídicos, requer a existência da capacidade civil; então, “só se tornará efetivamente estável a união, quando os membros tiverem idade acima da mínima exigida no atual ordenamento civil para a maioridade plena”.⁶⁵³ O Projeto de Lei n. 6.960/2002, posterior Projeto de Lei n. 276/2007, pretendia acrescentar ao art. 1.723, *caput*, a exigência de que os companheiros fossem civilmente capazes.

Importante observar que na união estável é facultada às partes a elaboração do contrato de convivência. Caio Mário da Silva Pereira, dirimindo todas as dúvidas que nesse sentido possam surgir, leciona: “Como negócio jurídico decorrente de uma relação de fato, diverso do casamento, pressupõe a capacidade civil e o livre consentimento das partes, portanto ineficaz, se presentes as limitações relativas à idade e aquelas decorrentes da falta de aptidão para manifestar o consentimento”.⁶⁵⁴

De acordo com os posicionamentos expostos e com a determinação legal, a capacidade civil para constituir união estável é atingida aos 18 anos, tanto para o homem como para a mulher, quando deixam automaticamente de serem incapazes; todavia, mesmo que vencida a questão da capacidade civil plena, por se considerar 16 anos a idade mínima para a constituição de união estável para o homem e para a mulher, ou mesmo a inexistência de

⁶⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 50.

⁶⁵² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 164.

⁶⁵³ BORCHI, Hélio. União estável no Brasil: instituto indene de dúvidas? In: LEITE, Eduardo de Oliveira; WELTER, Belmiro Pedro et al. (Coord.). *Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8. p. 175-176.

⁶⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 18. ed., p. 586.

idade, é impossível validar juridicamente o estado de fato antes de atingirem a capacidade que os habilita aos atos da vida civil (art. 5º, *caput*, do Código Civil), por ausência de previsão legal.

A regra prevista ao casamento (art. 5º, § 1º, II, do Código Civil) “não se aplica às hipóteses em que o menor convive em união estável, pois as causas de emancipação são taxativas devido à mudança de estado que geram e da proteção garantida ao menor”.⁶⁵⁵

Contudo, de acordo com o tema abordado na presente tese, é pertinente propor indagação se do concubinato ou das uniões paralelas se estabelecem ou não vínculos que se equiparam aos de afinidade que se têm em relação aos filhos não comuns. A essa situação entrelaça-se outro questionamento relativo às relações decorrentes dos casos de concubinato entre a pessoa condenada por homicídio ou tentativa de homicídio e a esposa ou o marido e os filhos da vítima.

6.2.2.3.1 Concubinato: restrições decorrentes das relações pessoais com a criança e o adolescente

Apresenta-se resolvido na legislação e na doutrina o fato de o concubinato ser gerado em razão de haver parentesco por afinidade entre os concubinos. Considerando que o concubinato se caracteriza como uma relação não eventual, o que se questiona é se há convivência entre os amantes no caso do concubinato proveniente dos impedimentos previstos no art. 1.521, VI e VII, do Código Civil – por mais intrigante que possa ser e embora essa modalidade de união seja vedada –, pois, em razão dessa convivência, há o estabelecimento de vínculos também entre a amante do pai ou o amante da mãe e os filhos, crianças ou adolescentes, preexistentes à relação concubinária.

Comentando sobre os impedimentos, Maria Berenice Dias, a partir de uma realidade muito presente, apresenta que:

Com referência à união estável, contudo, não há como fazê-la desaparecer. Dispõe a lei (CC 1.723, § 1º): *a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521*. Ou seja, nas mesmas hipóteses em que é vedado o casamento, é proibida a união estável. No entanto, em que pese a proibição legal, se ainda assim a relação se constitui, não é possível dizer que ela não existe. O Estado não tem meios de, por exemplo, impedir o estabelecimento de **uniões incestuosas** entre pai e filha ou entre dois irmãos, por mais repulsivas que sejam essas hipóteses. Da mesma maneira, apesar das proibições legais, não há como impedir a união estável entre sogro e nora; entre o companheiro e a filha da ex-companheira; entre o adotante e o cônjuge do adotado; ou, ainda, entre a viúva e o assassino de seu

⁶⁵⁵ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema, p. 39.

cônjuge. Tais relações estão sujeitas a reprovação social e legal, mas nem por isso há algum meio capaz de coibir sua formação. Como existem, não há como simplesmente ignorá-las.⁶⁵⁶

Observa-se que, em relação ao impedimento previsto no art. 1.521, II, do Código Civil, a posição dos filhos não comuns na relação concubinária é idêntica à dos filhos não comuns na relação de casamento ou de união estável e que somente naquelas duas hipóteses (art. 1.521, VI e VII, do Código Civil) a criança ou o adolescente estão, juridicamente, desprotegidos, podendo haver a constituição da união estável com pessoas que mantiveram estritos laços em razão da convivência familiar, devido ao silêncio da lei em torno dessas situações.⁶⁵⁷

⁶⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 163 (destaque no original).

⁶⁵⁷ “Código Civil. Livro IV. Do Direito de Família. Título I. Do Direito Pessoal. Capítulo III. Dos Impedimentos

Art. 1.521. Não podem casar:

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

[Exemplo – pais e filhos; avós e netos etc.: Nesses casos, há parentesco por consanguinidade na linha reta, e o impedimento está previsto no art. 1.521, I.]

II – os afins em linha reta;

[Exemplo – padrasto/madrasta, enteado(a): ‘A’ casado e separado judicial ou extrajudicialmente e de fato, solteiro ou viúvo, viveu em união estável ou foi casado em segundas núpcias, se não fosse solteiro, com ‘B’ durante 10 anos. ‘B’ sempre deteve a guarda da filha, C, atualmente com 18 anos, fruto de outro relacionamento amoroso. Após a dissolução da união estável ou do casamento de ‘B’, ‘A’ não poderá constituir união estável com ‘C’ (art. 1.595, § 2º). Se houver relação entre ‘A’ e ‘C’, ela será concubinária, assim como será concubinária qualquer relação de ‘A’ com outros ascendentes ou descendentes de ‘B’, e essas uniões sempre serão proibidas por lei. Nesse caso, há parentesco por afinidade na linha reta, e o impedimento está previsto no art. 1.521, II.]

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

[Exemplo – ‘A’ é ex-marido de ‘B’. ‘B’ adotou ‘C’. Nesse caso, ocorrem duas situações: 1) se ‘A’ e ‘B’ eram casados e ‘C’ já havia sido adotado somente por ‘B’, teria se estabelecido entre ‘A’ e ‘C’ relação de parentesco por afinidade na linha reta, e o impedimento está previsto no art. 1.521, II); 2) se a união entre ‘A’ e ‘B’, já havia sido dissolvida, não há relação de parentesco, e o impedimento está previsto no art. 1.521, III.]

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

[Exemplo – parentesco por consanguinidade linha colateral de segundo grau (irmãos); parentesco por consanguinidade linha colateral de terceiro grau (tio com sobrinha e vice-versa). Impedimento previsto em lei em relação ao colateral de segundo grau (art. 1.521, IV); quanto ao impedimento em relação ao colateral de terceiro grau, aplica-se o Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, o qual permite o casamento de colaterais de terceiro grau.]

V – o adotado com o filho do adotante;

[Exemplo – ‘C’ é filha adotiva e ‘B’ é filho biológico de ‘A’. ‘C’ não pode constituir união estável com ‘B’. Impedimento previsto no art. 1.521, V.]

VI – as pessoas casadas;

[Quanto às pessoas casadas, têm-se duas hipóteses: 1ª) se a pessoa for casada e estiver separada de fato ou juridicamente, não há impedimento. Prevê o art. 1.723, § 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 juridicamente’. 2ª) Se a pessoa for casada e não estiver separada de fato ou juridicamente, há impedimento, mas, como visto, nem por isso, essa relação deixa de existir e de produzir efeitos, ainda que sobre alguns deles haja silêncio da lei.

Exemplo – ‘A’, casado e não separado judicial ou extrajudicialmente e de fato, viveu em concubinato com ‘B’ durante vários anos. ‘B’ sempre deteve a guarda da filha, ‘C’, atualmente com 18 anos, fruto de outro relacionamento amoroso. Após a dissolução do concubinato com ‘B’, ‘A’ poderá constituir união estável com ‘C’?

De acordo com a atual legislação, a relação entre ‘A’ e ‘B’ é concubinária e, por isso, não há impedimento legal para que ‘A’ constitua união estável com ‘C’ ou vice-versa.]

Não cabe tal questionamento em relação ao concubinato decorrente dos impedimentos previstos nos demais incisos do art. 1.521 (I, II, III, IV e V), porque estão expressamente prescritos em lei, bem como porque na hipótese do inciso II a afinidade se estabelece na linha reta, pois a lei é clara ao prever que tal afinidade não se extingue (art. 1.595, § 2º, do Código Civil).

Anota-se que, ocorrendo “a nulidade ou a anulação do casamento putativo, os vínculos de afinidade serão reconhecidos”⁶⁵⁸ e, que nos casos de concubinato putativo, deverá ser aplicada, por analogia, a mesma regra concernente ao primeiro, enquanto nos casos de uniões paralelas ou de concubinatos não putativos, por não ter sido estabelecida a afinidade, não há o que remanescer.

Dessa forma, defende-se que nos casos de concubinato (art. 1.521, VI e VII) também deve haver previsão legal de restrições quando houver vínculos tecidos na convivência entre o ex-concubino da mãe ou a ex-concubina do pai e os filhos (crianças ou adolescentes) de qualquer um deles preexistente ao concubinato; esses vínculos devem obstar, no futuro, a constituição da união estável entre essas pessoas.

A salvaguarda do direito à convivência familiar, alicerçada no princípio com a mesma denominação deve ser compreendida, segundo anotou Gustavo Tepedino, como: “um direito fundamental dos filhos”.⁶⁵⁹ Essa situação de fato apresentada, apesar de contrariar a moral estabelecida pela sociedade, pode ocorrer, e muitas vezes, em razão do descaso dos pais por seus filhos. Por isso, é plausível criar novos mecanismos jurídicos para coibir mais abusos no âmbito doméstico contra a criança e o adolescente para preservar sua integridade física, psíquica e social e evitar relações incestuosas atentatórias à moral e aos bons costumes.

Isso porque as relações tecidas no dia a dia, no conviver juntos, geram vínculos de natureza moral, entre o concubino e o filho, criança ou adolescente, do outro concubino, independentemente de seus efeitos concessivos ou proibitivos estarem ou não juridicamente previstos. Entre os efeitos jurídicos proibitivos gerados por esses vínculos, devem estar

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

[Exemplo – ‘A’, condenado por homicídio ou tentativa de homicídio do marido de ‘B’, viveu em concubinato com ela durante vários anos. ‘B’ sempre deteve a guarda da filha, ‘C’, atualmente com 18 anos, fruto do relacionamento amoroso com a vítima. Após a dissolução do concubinato com ‘B’, ‘A’ poderá constituir união estável com ‘C’?

De acordo com a atual legislação, a relação entre ‘A’ e ‘B’ é concubinária e, por isso, não há impedimento legal para que ‘A’ constitua união estável com ‘C’ ou vice-versa].”

⁶⁵⁸ MADALENO, Rolf. Das relações de parentesco, p. 462. Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 10. ed., p. 165; 2009, p. 256.

⁶⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias, p. 433.

aqueles que restringem a constituição de novas famílias entre essas pessoas, ou seja, esses vínculos também devem nortear o estabelecimento de impedimentos para a constituição de união estável.

Essa assertiva tem como fundamento o fato, amplamente aceito pela doutrina, de que os impedimentos sempre nasceram, entre outros, por motivos de ordem ética, social⁶⁶⁰ e moral⁶⁶¹; em razão da proximidade entre as famílias e, também, para impedir entre as pessoas, designadas no art. 1.521, I a V, do Código Civil, uniões incestuosas, sejam elas “entre parentes consanguíneos ou afins, **ou entre pessoas que se apresentam, dentro da família, em posição idêntica à dos parentes**”.⁶⁶²

Washington de Barros Monteiro afirma que esses impedimentos se justificam em razões de moralidade social e que por corresponderem à consciência comum “supérflua se torna qualquer explicação sobre a *ratio legis*”.⁶⁶³ Apesar de incesto ser conceituado como “o casamento entre parentes em grau proibido”,⁶⁶⁴ não há dúvidas de que a união estável entre afins em grau proibido é “incestuosas e nefárias”⁶⁶⁵ e que, em matéria de impedimentos, guarda as mesmas razões de ser.

No caso do concubinato, não se reconhece a constituição de família nem a relação de parentesco por afinidade entre os filhos não comuns como ocorre na união estável. Todavia, nesse tipo de união, embora a relação que se institui com os filhos não comuns não seja igual à da união estável, às vezes, se for o caso, elas podem se equiparar porque têm a mesma natureza social, em razão da ligação de uma pessoa a outra, da proximidade entre uma pessoa e a família da outra, bem como do estabelecimento de laços criados pela convivência no âmbito familiar do filho.

Com o propósito de evitar a concupiscência no ambiente familiar ou “os impulsos libidinosos, que rompem os liames mais fortes da moral e affrontam a reprovação da sociedade”⁶⁶⁶ e também resguardar a integridade física, psíquica e social da criança e do adolescente, é justo considerar que o concubinato gera o vínculo de natureza impeditiva. A respeito desse vínculo, não é necessário resgatar as complicadas e injustificáveis doutrinas sobre as várias espécies de afinidade, inclusive a “afinidade natural”; a extensão a diversas

⁶⁶⁰ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*, § 59, p. 185-186.

⁶⁶¹ TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad*, p. 35 e 185 e seguintes.

⁶⁶² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed., p. 40 (destaque nosso).

⁶⁶³ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 120.

⁶⁶⁴ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*, p. 177.

⁶⁶⁵ CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*, t. II, § 104, n. 25, p. 22.

⁶⁶⁶ Assim se refere Clóvis Beviláqua, sobre as uniões incestuosas, adulterinas e criminosas (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 558).

pessoas⁶⁶⁷ e a sua derivação das regras penais sobre o incesto, criadas pela Igreja Católica no século VIII,⁶⁶⁸ já que nosso Código Civil anterior, com as modificações já levantadas, previa duas espécies de afinidade.

Com a entrada em vigor do atual Código Civil brasileiro, cessaram as discussões sobre os vínculos de afinidade legítima e ilegítima, no que caminhou muito bem o legislador, porque “teríamos vigentes dois regimes jurídicos: um proibindo as designações discriminatórias entre os filhos e o outro admitindo-as, quando se tratasse do parentesco por afinidade”.⁶⁶⁹

O art. 1.521, II, desse Código não especifica qual a origem da afinidade⁶⁷⁰ e, mesmo havendo a interpretação de que as relações de afinidade legalmente previstas não incluem o concubinato – o que também não é nossa proposta – com o propósito de preservar a dignidade da família e o respeito à criança e ao adolescente, não há como descartar que no concubinato pode se estabelecer uma espécie de relação que se assemelha à de afinidade. Aliás, foi o próprio legislador que estabeleceu a possibilidade de a relação entre pessoas impedidas de casar não ser eventual (art. 1.727 do Código Civil), o que, segundo Paulo Lôbo, “o aproxima da união estável”.⁶⁷¹

Apesar do imenso e merecido respeito nutrido pelos nobres juristas contrários à possibilidade, até a entrada em vigor do atual Código Civil, de o vínculo de afinidade ilegítima decorrente das uniões *more uxorio* obstar a realização do matrimônio, consideramos estarem com a razão aqueles que se posicionavam a favor, porque a união *more uxorio* não é e nunca foi imoral; além do mais, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sempre devem considerar a proteção a ser outorgada à família.

Esse raciocínio considera que, ao contrário da união *more uxorio*, o concubinato, além de ser imoral, é ilegal e que essas uniões não devem perpetuar-se ou, como afirmou o Professor Álvaro Villaça Azevedo, não devem merecer proteção e regulamentação por parte do Estado nem “surtir efeito, a não ser ao concubino de boa-fé”.⁶⁷² Todavia, não se pode deixar de regulamentar outros efeitos dela advindos em relação à criança e ao adolescente, porque a omissão legislativa pode colocar em dúvida a segurança das relações familiares tanto sociais como jurídicas e a proteção da dignidade dos filhos.

⁶⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*, p. 88. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2, p. 39.

⁶⁶⁸ KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*, p. 93.

⁶⁶⁹ SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*, p. 9.

⁶⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, 28. ed., p. 41.

⁶⁷¹ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 165.

⁶⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 460.

Diante da negativa jurídica, ainda que em última hipótese, dever-se-ia aceitar costumes muito diferentes dos nossos, que não apenas permitiam, mas também incentivavam o casamento entre afins, o que ocorria com os chamados levirato ou sororato ou o retrocesso da sociedade a uma época primitiva, na qual os seres humanos viviam em promiscuidade sexual como as investigadas por Claude Lévi-Strauss, Friedrich Engels e Fustel de Coulanges.⁶⁷³ Isso é menos concebível que vedar o direito de se constituir uniões sucessivas entre os indivíduos cujas relações familiares foram muito próximas na infância ou adolescência, ou seja, impedir o casamento ou a união estável entre um homem e a filha de sua amante ou vice-versa.

É evidente que a aplicação dos impedimentos previstos ao casamento e à união estável por analogia é vedada, já que se trata de matéria restritiva de direito e que todas as nulidades devem ser expressas ou textuais;⁶⁷⁴ contudo, devem ser destacadas as consequências de fato advindas da união concubinária (art. 1.727 do Código Civil), as quais não podem ser ignoradas pelo direito, como as capazes de gerar vínculos que se assemelham aos de afinidade e de impedir, na linha reta, a constituição de união estável ou a realização do matrimônio, sendo que estes não se extinguem com a dissolução do próprio concubinato que o originou. Constituindo-se, portanto, um dos efeitos restritivos do concubinato.

Essa não é a única possibilidade de atribuir relevância aos efeitos restritivos ao concubinato na legislação, já que este é previsto em outras matérias. Por prudência, recomenda-se analisar as questões fáticas em suas singularidades, “levando em conta as circunstâncias e os elementos oferecidos em cada caso concreto”.⁶⁷⁵ Isso pode não ser de simples solução, mas o número de casos presentes nos tribunais pode servir de parâmetro para se considerar que a prova da união de fato também não é.

Com o propósito de evitar situações discriminatórias entre os filhos; acautelar direitos; proteger a dignidade da família e assegurar a criança e o adolescente, a interpretação adequada deve ser no sentido de considerar que o concubinato estabelece uma espécie de afinidade e que esta gera restrições. Portanto, para o reconhecimento da união estável, é preciso indagar tanto a ausência de impedimentos, já prevista pela legislação, doutrina e

⁶⁷³ LÉVI-STRAUSS, Claude. *A família*, p. 317-318; ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da sociedade privada e do Estado*, p. 15 e 40; COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, p. 13 e seguintes.

⁶⁷⁴ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*, p. 138 e 142.

⁶⁷⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*, p. 150.

jurisprudência,⁶⁷⁶ quanto a ausência de relação concubinária anterior dos pretendentes à constituição de família – a qual deverá ser positivada pela mesma legislação ordinária.

Análise do capítulo

Foi possível verificar a partir do material consultado que a afinidade sob a ótica do Direito Civil produz diferentes efeitos geradores de direitos, deveres e restrições em relação à criança e ao adolescente; ao contrário do previsto antes da Constituição Federal de 1988 e da legislação ordinária e especial posterior. Isso ocorre, inclusive, junto às famílias formadas por casais em união estável, porque o convivente na nova relação de parentesco por afinidade, às vezes, assume funções e cuidados próprios da família biológica.

Ficou evidente que o parentesco por afinidade foi juridicamente previsto durante toda a história; que sempre foi um dos efeitos do casamento e que através dos tempos a ele foram sendo impostas espécies e regras jurídicas diferentes; claro também ficou que, até o advento das novas legislações, seu fundamento moral tinha por finalidade proteger integralmente as uniões consideradas legítimas e parcialmente os filhos. Portanto, a releitura do parentesco por afinidade, ora defendida nesta tese de doutoramento, sob a perspectiva da criança e do adolescente, fornece elementos para interpretar o atual sistema jurídico, subsidiar novos entendimentos doutrinários e sugerir alteração do instituto da união estável previsto no Código Civil.

As alterações adiante assinaladas no Código Civil, sob a perspectiva dos direitos reservados à criança e ao adolescente, são cabíveis para tornar mais claro os efeitos do parentesco por afinidade; proteger juridicamente todos os filhos, em igualdade de condições, inclusive, diante das novas relações de fato constitucionalmente previstas; salvaguardar seus direitos de terem suas necessidades vitais atendidas e a segurança jurídica, quando compatibilizados os direitos previstos no ordenamento jurídico.

Quanto ao dever de sustento, diante dos argumentos apresentados, seja pela extensão da obrigação alimentar ao parentesco por afinidade na linha reta descendente; pela aplicação dos princípios constitucionais; pela relação de reciprocidade que caracteriza a família; por

⁶⁷⁶ Código Civil, art. 1.723, § 1º. – Maria Helena Diniz e Regina Beatriz Tavares da Silva elencam a ausência de impedimentos como elementos necessários para o reconhecimento da união estável (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 24. ed., p. 437); (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*, p. 54). – “Pensão. Lei n. 3.373/58. Norma vigente à data do óbito. União estável. Caracterização. Inexistência. [...] Para a caracterização da união estável mister se faz a aparência de casamento, a convivência notória, a estabilidade, a intenção de constituir família e o estado civil sem impedimentos, nos termos do art. 1.723 do Código Civil [...]” (TJDF; APC 2009.01.1.043605-5; Ac. 505.797; 6ª T.Cív.; Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito; *DJDFTE* 27/05/2011; p. 179).

imposição do dever de assistência; de uma obrigação natural ou moral; em razão da convivência familiar, da guarda de fato ou em decorrência dos vínculos de solidariedade familiar, os cuidados em termos de sustento, por parte do companheiro que vive com o filho preexistente de sua ex-convivente, devem, se necessários, existir – inclusive em casos de dissolução da união estável, por meio do pagamento da pensão alimentícia, sem prejuízo da obrigação de prestá-los os detentores do poder familiar –, a fim de garantir à criança e ao adolescente os direitos fundamentais de subsistência com vistas à proteção de seu completo desenvolvimento.

Na hipótese do concubinato impuro (art. 1.727, do Código Civil), a princípio, não geraria vínculos que se assemelham aos de afinidade e não configuraria a restrição defendida; contudo, de acordo com a fundamentação apresentada sobre a matéria neste capítulo, as quais integram essa análise, acresce-se o fato de que, durante a vigência do Código Civil de 1916, parte das doutrinas estrangeira e nacional chegou a afirmar que um homem não poderia se casar com sua enteada, mas era permitido se casar com a filha de sua companheira e que essa situação sempre causou estranheza, inclusive por ficar muito nítida a ausência de preocupação com a dignidade da família e com a proteção dos filhos. Atualmente, as dúvidas e os motivos de indignação permanecem e não se encontram elementos que justifiquem o porquê de um homem não poder se casar com sua enteada, ou seja, com a filha de sua esposa ou convivente, mas poder se casar com a filha de sua concubina. De acordo com a paridade de direitos e deveres previstos na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto, tal situação é inaceitável por ser contraditória e deverá ser revista.

Após analisar essa questão, observa-se que a interpretação adequada é a de que, quando se tem como foco a criança ou o adolescente, mesmo o concubinato tem o condão de gerar vínculos capazes de criar uma espécie de afinidade e, por consequência, de impedimento. Essa espécie de afinidade não se extingue com a dissolução do próprio concubinato o qual a originou; ou seja, ele restringe posterior constituição de união estável ou realização de matrimônio.

Tais análises não poderiam ser diferentes, porque não proteger interesses dos filhos nem atribuir deveres ao companheiro que aceitou conviver com os filhos trazidos pela companheira ou vice-versa ou não restringir determinadas relações em benefício da dignidade da família, significa, ainda, que todas as normas de proteção à infância e à juventude promulgadas nacional e internacionalmente, das quais o Brasil é signatário e, portanto, obrigou-se a cumprir, deixam de ser respeitadas e de ter aplicabilidade.

7

PESQUISA DE CAMPO

7.1 Método

Estudar a realidade social é uma tarefa complexa até mesmo para pesquisadores da área das Ciências Sociais, pois os fatos sociais, que ocorrem no dia a dia, nas situações cotidianas, não são explicáveis a partir de determinantes únicos e isolados, e nisso repousa toda a dificuldade de se investigar determinadas questões relativas à vida em sociedade.

As pesquisas na área das Ciências Sociais se baseiam em métodos científicos bastante claros e precisos de acordo com o tema e os objetivos da investigação.⁶⁷⁷⁻⁶⁷⁸ Geraldo Romanelli informa que nas últimas décadas “houve uma grande difusão do método etnográfico associada a ampla discussão sobre a utilização de técnicas qualitativas e quantitativas de coleta de dados” e que o interesse por esse método pode ser aferido por sua disseminação em diferentes campos do conhecimento, como psicologia, educação, saúde, comunicação.⁶⁷⁹

Na área jurídica, não há tanta clareza quanto aos métodos empregados e, menos ainda, quanto à sua denominação e às técnicas de abordagem do objeto: qualitativa ou quantitativa. Eduardo C. Silveira Marchi, ladeado por outros autores, informa que pesquisadores da seara jurídica utilizam-se da denominada “‘tese em estilo clássico’, vale dizer, ‘a tese de erudição’: é aquela preparada em biblioteca, com a leitura atenta da bibliografia, e fundada na discussão teórica das normas ou categorias jurídicas abstratas”.⁶⁸⁰

Para os estudos que utilizam pesquisa de campo, na seara jurídica, as dificuldades enfrentadas são inúmeras, as quais se iniciam com a definição do método capaz de abordar cientificamente o objeto de pesquisa, porque, de acordo com Eduardo C. Silveira Marchi, os

⁶⁷⁷ BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes. A pesquisa em psicologia – análise de métodos e estratégias na construção de um conhecimento que se pretende científico. In: ROMANELLI, Geraldo; BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes (Org.). *Diálogos metodológicos sobre prática de pesquisa*. Ribeirão Preto: Legis Summa, 1998. p. 137.

⁶⁷⁸ LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas*. Tradução de Heloisa Monteiro e Francisco Settineri. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 131.

⁶⁷⁹ ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica: troca e alteridade. In: ROMANELLI, Geraldo; BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes (Org.). *Diálogos metodológicos sobre prática de pesquisa*. Ribeirão Preto: Legis Summa, 1998. p. 119.

⁶⁸⁰ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66.

trabalhos jurídicos “que envolvam pesquisa de campo, coleta de dados, entrevistas, questionários etc., pressupõem o domínio de técnicas de análise do tipo sociológico e estatístico, quase nunca simples ou de fácil execução”.⁶⁸¹

A presente pesquisa de campo, valendo-se do método etnográfico, muito utilizado pela Antropologia, e fundamentando-se nos ensinamentos do pesquisador Geraldo Romanelli, tem como objetivos apreender as vivências⁶⁸² dos sujeitos de famílias nas quais um dos conviventes já foi legalmente casado e teve filhos, crianças ou adolescentes, dessa união e que vive em união estável; bem como verificar o relacionamento entre o outro convivente e os filhos daquele com quem vive em união estável, do ponto de vista do convivente e dos filhos não comuns.

Mesmo que não seja possível a norma jurídica incidir sobre um único perfil de arranjo doméstico, por meio de um recorte metodológico pode-se investigá-lo. Como é preciso considerar, inclusive na área jurídica, que “as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade”,⁶⁸³⁻⁶⁸⁴ optou-se por analisar famílias de baixa renda;⁶⁸⁵ entretanto, esse fator não impede a aplicação das situações jurídicas investigadas em famílias de outras camadas sociais.

⁶⁸¹ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*, p. 67.

⁶⁸² Vivência, do latim *viventia*, significa existência; experiência de vida; o que se viveu; situações, modos ou hábitos de vida (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 1.468).

⁶⁸³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 44.

⁶⁸⁴ Essa questão já foi abordada neste trabalho segundo parecer de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (*Direito de família*, p. 66); Orlando Gomes (*Direito de família*, p. 10 e 13) e Clóvis Beviláqua (*Direito da família*, p. 20).

⁶⁸⁵ A noção de família, para a população de baixa renda, define-se “em torno de um *eixo moral*. Suas fronteiras sociológicas são traçadas a partir de um princípio de obrigação moral, que fundamenta a família, estruturando suas relações”, ou seja, as obrigações morais são a base fundamental das famílias pobres (SARTI, Cynthia Andersen. *A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres*. Campinas: Autores Associados, 1996. p. 63, grifo no original).

Essas famílias vivem em moradia precária, com rendimentos reduzidos e contam com serviços públicos, como educação, saúde, transporte, saneamento básico (água, energia elétrica e esgoto), insuficientes ou inadequados. Essa situação de pobreza torna a vida doméstica bastante difícil e distinta do modo como as camadas médias organizam as relações familiares. Esse cenário de precariedade interfere na forma como os filhos são criados e na atenção dispensada a eles que engloba alimentação, cuidados com higiene, acompanhamento das atividades escolares e, sobretudo, doação de afeto, amparo e proteção (ROMANELLI, Geraldo. Questões teóricas e metodológicas nas pesquisas sobre família e escola. In: ZARGO, Nadir; CARVALHO, Marília Pinto de; VILELA, Rita Amélia Teixeira (Org.). *Itinerários de pesquisa: perspectiva qualitativa em sociologia da educação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 258).

Além das dificuldades mencionadas, essas famílias enfrentam, na prática, os problemas do difícil acesso à justiça quando necessitam “reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”, tanto em razão da falta de recursos econômicos para custear o processo como pela de informação sobre seus direitos (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8 e 31).

7.1.2 *Método etnográfico: algumas considerações*

O método etnográfico, “criado pela antropologia no trabalho de campo efetuado em sociedades primitivas – sobretudo pela observação participante e por outras técnicas de coleta de dados qualitativos”, constitui uma opção para pesquisas em diferentes áreas do conhecimento.⁶⁸⁶⁻⁶⁸⁷

Os trabalhos antropológicos, fundados em pesquisas qualitativas, têm se voltado para analisar a diversidade cultural. Para isso, buscam identificar padrões culturais socialmente criados, os quais dão significado às ações humanas e pautam-se na descrição densa e pormenorizada das situações vividas pelos sujeitos da pesquisa.⁶⁸⁸

A investigação qualitativa realizada com grupos pequenos de pessoas não tem a intenção de alcançar conclusões estatísticas, porque “responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado”.⁶⁸⁹ Nessa pesquisa, a questão dos significados atribuídos pelas pessoas às suas vivências e às relações da vida cotidiana são fundamentais.

Maria Cecília de Souza Minayo, sobre a contribuição da abordagem qualitativa para a compreensão do social, informa que ela pode ser colocada como teoria e método. “Enquanto teoria, ela permite desvelar processos sociais ainda pouco conhecidos, grupos particulares e expectativas em alto grau de complexidade” e, enquanto método, assinalado “pela empírea e pela sistematização, a abordagem qualitativa propicia a construção de instrumentos fundamentados na percepção dos atores sociais, tornando-se, assim, válida como fonte para estabelecimento de indicadores, índices, variáveis, tipologias e hipóteses”.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica, p. 119.

⁶⁸⁷ Esse método pouco utilizado na seara jurídica foi empregado na pesquisa denominada “A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda: organização doméstica e negligência”, realizada na Faculdade de Filosofia Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, na cidade de Ribeirão Preto, defendida em fevereiro de 2006, sob orientação do Prof. Dr. Geraldo Romanelli. A análise investigou famílias de baixa renda, nas quais os pais foram advertidos no Juízo da Vara da Infância e da Juventude da comarca de Votuporanga/SP, por serem negligentes nos cuidados com os filhos, analisando a organização doméstica, a relação entre genitores e como a negligência se manifesta (RIVA, Léia Comar. *A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda: organização doméstica e negligência*. 2005. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências). Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2005).

⁶⁸⁸ RIVA, Léia Comar. *A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda*, p. 44.

⁶⁸⁹ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Ciência, técnica e arte: o desafio da pesquisa social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 21. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 21-22.

⁶⁹⁰ MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento científico: pesquisa qualitativa em saúde*. 2. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 1994. p. 30-31.

A abordagem qualitativa explora as experiências das pessoas para buscar os diferentes aspectos do problema estudado a partir de perguntas que se buscam responder, considerando o contexto social onde vivem os sujeitos.⁶⁹¹

Entre as técnicas de coleta de dados, com o propósito de complementar a captação da realidade empírica, portanto essencial para observar o comportamento dos indivíduos dentro de suas realidades sociais concretas, que fundam o método etnográfico, estão a observação participante e a entrevista.⁶⁹²

A observação participante consiste em um período de convivência do pesquisador no ambiente social em que será realizada a pesquisa. Por meio de sua participação na vida cotidiana, ele tem a possibilidade de conhecer o cenário social, a dinâmica social da vida das pessoas, compreender o “outro” em seus próprios termos e o ponto de vista do “nativo”, isto é, como o sujeito descreve e avalia as condições em que vive.⁶⁹³ Durante essa observação, as impressões, os acontecimentos, os pequenos incidentes e o corriqueiro, ou como Bronislaw Malinowski denomina “imponderáveis da vida real”, são registrados no diário de campo,⁶⁹⁴⁻⁶⁹⁵ que, segundo Geraldo Romanelli e outros antropólogos, é um “misto de registros objetivos e de impressões pessoais, de sentimentos e emoções”.⁶⁹⁶

Entretanto, a prática da observação participante com populações urbanas torna-se bastante difícil, pois o pesquisador não tem condições de participar da vida cotidiana de famílias durante um período de tempo prolongado. Mas, mesmo com uma participação limitada, ainda assim o pesquisador pode observar o que é acessível a seu olhar durante as entrevistas, registrar o cenário social, descrevendo a moradia e as características do local em que vivem os sujeitos. Desse modo, apesar das limitações, a observação com populações

⁶⁹¹ BOGDAN, Robert C.; BIKLEN, Sari Knopp. *Investigação qualitativa em educação: uma introdução à teoria e aos métodos*. Tradução de Maria João Alvarez, Sara Bahia dos Santos e Telmo Mourinho Baptista. Portugal: Porto Editora, 1994. p. 47-51.

⁶⁹² ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica, p. 120 e 125. Nesse mesmo sentido: MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento científico: pesquisa qualitativa em saúde*. 7. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 2000. p. 107 e 134; LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber*, p. 176 e 186.

⁶⁹³ RIVA, Léia Comar. *A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda*, p. 44.

⁶⁹⁴ ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica, p. 120.

⁶⁹⁵ MALINOWSKI, Bronislaw. Introdução: o assunto, o método e o objetivo desta investigação. In: DURHAM, Eunice Ribeiro (Org.); FERNANDES, Florestan (Coord.). *Antropologia*. São Paulo: Ática, 1986. p. 41-42. Maria Cecília de Souza Minayo, sobre a observação participante, informa que é “o momento que enfatiza as relações informais do pesquisador no campo. Essa ‘informalidade aparente’ reveste-se porém de uma série de pressupostos, de cuidados teóricos e práticos que podem fazer avançar ou também prejudicar o conhecimento da realidade proposta” (MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento científico*, 7. ed., p. 107).

⁶⁹⁶ ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica, p. 120.

urbanas “pode converter-se em recurso eficiente e complementar da pesquisa, embora não constitua o requisito mais relevante na produção de material empírico”.⁶⁹⁷

É por meio do contato direto e da entrevista com os sujeitos que são coletados os dados mais significativos para se conhecer a realidade em que eles vivem. “Da perspectiva antropológica, a entrevista é processo de construção de dados sobre experiências diversas dos sujeitos e é expressa pela linguagem, constituindo um produto cultural”.⁶⁹⁸ A entrevista busca compreender a realidade por meio do discurso,⁶⁹⁹ ou seja, “o pesquisador recolhe informações através da ‘fala’ dos atores sociais”.⁷⁰⁰

É imperativo, na pesquisa qualitativa, a princípio, considerar as questões éticas durante toda sua elaboração, explicando-se aos sujeitos os motivos da investigação, o que se busca conhecer, informando que a privacidade deles será mantida. Para isso, deve ser obtida a autorização dos entrevistados, por meio da assinatura de um termo de consentimento informado.⁷⁰¹

Na abordagem qualitativa, não existe uma única forma de analisar os dados, porque, de acordo com Mary Jane P. Spink e Helena Lima, o processo de interpretação é concebido

⁶⁹⁷ ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica, p. 122 a 125. Segundo o autor, trabalhos de cunho antropológico dedicam-se “ao estudo de diferentes aspectos da população urbana – cultos religiosos, formas de sociabilidade na família, manifestações de lazer, relações de gênero, minorias étnicas e sexuais, movimentos sociais, entre outros” (ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica, p. 123). Nesse mesmo sentido, Christian Laville e Jean Dionne informam: “Foram os antropólogos que elaboraram essa estratégia de pesquisa. Frequentemente batizada como *observação participante*, ela foi usada inicialmente para o estudo de sociedades primitivas, depois, para o de diversas subculturas, por exemplo, em meio urbano, os delinquentes, os marginais. Servimo-nos dela até para explorar ambientes de trabalho” (LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber*, p. 153).

⁶⁹⁸ ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica, p. 129.

⁶⁹⁹ PINHEIRO, Odette de Godoy. Entrevista: uma prática discursiva. In: SPINK, Mary Jane P. (Org.). *Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004. p. 193.

⁷⁰⁰ Ainda sobre a entrevista, Maria Cecília de Souza Minayo informa que esse termo é o nome genérico no qual inclui diferentes abordagens que podem ser decompostas, entre outras, em aberta, estruturada e semiestruturada. Conclui a autora que a entrevista faz “parte da relação mais formal do trabalho de campo” (MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento científico*, 7. ed., p. 107). Christian Laville e Jean Dionne a definem como: “Técnica de coleta da informação pela qual o pesquisador recolhe oralmente o testemunho dos participantes”. Os autores também definem as categorias: entrevista não estruturada (aberta), estruturada e semiestruturada da seguinte forma: a primeira é uma “Entrevista na qual o entrevistador apoia-se em um ou vários temas e, talvez, em algumas questões iniciais previstas com antecedência, para improvisar suas perguntas em função de suas intenções e das respostas obtidas de seu interlocutor”; a segunda estrutura-se a partir de uma “Série de perguntas feitas oralmente em uma ordem fixa, cada uma sendo acompanhada por um determinado conjunto de respostas dentre as quais o entrevistado deve escolher a que melhor corresponde à sua opinião”; e a terceira baseia-se em uma “Série de perguntas abertas feitas oralmente em uma ordem prevista, mas na qual o entrevistador tem a possibilidade de acrescentar questões de esclarecimentos” (LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber*, p. 333).

⁷⁰¹ RIVA, Léia Comar. *A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda*, p. 44.

“como um processo de produção de sentidos”,⁷⁰² ou seja, a análise pauta-se na percepção que o investigador abstrairá dos dados; o que não quer dizer que sejam análises aleatórias e, por isso, incapazes de conferir validade à pesquisa. Os pesquisadores qualitativos tendem a analisar os dados de forma indutiva.⁷⁰³ Segundo Robert C. Bogdan e Sari Knopp Biklen, os dados não são coletados “com o objectivo de confirmar ou infirmar hipóteses construídas previamente; ao invés disso, as abstrações são construídas à medida que os dados particulares que foram recolhidos se vão agrupando”.⁷⁰⁴

O rigor da análise na pesquisa qualitativa “passa a ser concebido como a possibilidade de explicitar os passos da análise e da interpretação de modo a propiciar o diálogo”.⁷⁰⁵

Na área do direito, como assinalado, embora a pesquisa de campo⁷⁰⁶ não seja muito utilizada, quanto à análise dos dados qualitativos não há, pelo menos na teoria, pontuais diferenças de acordo com o legado de Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro, já que na pesquisa qualitativa a “compreensão das informações é feita de uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos”.⁷⁰⁷

7.2 O trabalho de campo

7.2.1 O caminho percorrido

Paranaíba, onde foi realizada a pesquisa, foi fundada em 1830, sendo, no início, denominada Vila de Sant’Ana de Paranaíba. Pela Lei n. 05, de junho de 1857, a povoação de Sant’Ana de Paranaíba foi elevada à categoria de município e desmembrada de Corumbá. Nessa época, a cidade fazia parte do estado de Mato Grosso; mas, em 11 de outubro de 1977, mediante Lei Complementar n. 31, tal estado foi desmembrado, propiciando a criação do estado de Mato Grosso do Sul, que está situado na Região Centro-Oeste, faz divisa ao norte com Mato Grosso e Goiás; ao sul com o Paraguai e com o estado do Paraná; a leste com os estados de São Paulo e Minas Gerais e a oeste com o Paraguai e a Bolívia; e hoje abriga Paranaíba, que tem o índice populacional de 39.676 habitantes (IBGE/2010) e que encontra-se

⁷⁰² SPINK, Mary Jane P.; LIMA, Helena. Rigor e visibilidade: a explicitação dos passos da interpretação. In: SPINK, Mary Jane P. (Org.). *Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004. p. 105.

⁷⁰³ BOGDAN, Robert C.; BIKLEN, Sari Knopp. *Investigação qualitativa em educação*, p. 50; e LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber*, p. 154.

⁷⁰⁴ BOGDAN, Robert C.; BIKLEN, Sari Knopp. *Investigação qualitativa em educação*, p. 50.

⁷⁰⁵ SPINK, Mary Jane P.; LIMA, Helena. Rigor e visibilidade, p. 102.

⁷⁰⁶ Sobre a pesquisa de campo, também pode ser consultada a obra de Luiz Antonio Rizzatto Nunes (*Manual da monografia jurídica*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 30).

⁷⁰⁷ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 110.

distante da capital, Campo Grande, cerca de 400 km e da capital do estado de São Paulo aproximadamente 800 km.

A realização da pesquisa de campo foi autorizada pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Anexo A) e teve a seguinte trajetória: inicialmente procedeu-se ao levantamento por meio do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba, para localizar cinco famílias nucleares de baixa renda, nas quais o pai ou a mãe, após a separação ou o divórcio, mantenha a guarda do filho (criança ou adolescente) e tenha passado a conviver em união estável, bem como os filhos advindos da primeira união (crianças ou adolescentes) teriam que residir com o pai ou a mãe biológica e o atual companheiro ou companheira.

Porém, em razão da dificuldade encontrada para selecionar as famílias com base no levantamento realizado no Núcleo,⁷⁰⁸ buscou-se na comunidade informações sobre algumas que preenchessem o perfil a ser investigado.⁷⁰⁹ A maioria das famílias era formada por casais que tiveram uma ou mais uniões estáveis, mas que nunca tivessem sido legalmente casados; contudo, cinco famílias foram localizadas e, de acordo com o perfil, foram escolhidas aleatoriamente.

A quantidade de famílias, de acordo com a abordagem proposta, foi considerada suficiente. Além disso, o levantamento, as visitas e as observações preliminares indicavam que essas famílias residiam em bairros com as mesmas características de infraestrutura e

⁷⁰⁸ Por meio do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba/MS, foram selecionados dez processos de separação ou divórcio distribuídos, registrados e autuados no Fórum da comarca de Paranaíba/MS. Escolheu-se, inicialmente, o Núcleo por ser o local mais acessível, tanto por parte da pesquisadora, que é docente efetiva da disciplina Família e Sucessões na mesma Universidade, como pelo grande número de assistidos que o procuram diariamente para obter informações e propor ou contestar ações judiciais. Após anotar o nome e o endereço das partes, começou-se a procurá-las nos endereços que constavam nos autos. Das pessoas selecionadas, apenas duas residiam no endereço que constava nos autos, mas pôde-se observar que não haviam constituído nova família. É comum não localizar as pessoas depois da separação ou do divórcio, porque, após a dissolução do núcleo familiar, há uma tendência de as partes, ou uma delas, mudarem da residência. Além disso, a maior parte das famílias de baixa renda não tem casa própria e quando a possuem, por motivos financeiros ou mesmo pela dissolução da união, vendem o imóvel e/ou os direitos sobre ele para partilharem o valor auferido. Acresce-se a isso que, dada a alta rotatividade das mudanças e de os endereços consultados terem novos moradores, também não foi possível localizar onde a maior parte das pessoas selecionadas residiam no momento em que foram procuradas pela investigadora, o que demandou bastante tempo. Nesta pesquisa, as principais dificuldades encontradas além da alta rotatividade das mudanças e de outras famílias estarem residindo nos endereços consultados, deram-se em razão da irregularidade e da falta de nome nas ruas e de número nas casas. Além disso, percebeu-se que os vizinhos não forneciam informações, mas não se procurou apurar se a falta de informações deu-se em razão de não conhecerem as pessoas procuradas, por receio de se comprometerem ou as comprometerem.

⁷⁰⁹ Mesmo quando preenchiam o perfil que se procurava, quatro mães se recusaram a participar da entrevista mencionando falta de tempo e que “não gostavam de participar de pesquisas”. Apesar de não averiguar essas alegações, o real motivo da recusa parece ser o fato de buscarem preservar a própria intimidade.

viviam em situação semelhantes quanto ao contexto familiar, à renda e ao nível de escolaridade.

Em seguida, procedeu-se o contato com tais grupos familiares, explicando aos sujeitos o propósito da pesquisa e solicitando sua permissão para gravar as entrevistas, esclarecendo, ainda, a natureza confidencial dos dados e que seus nomes não seriam identificados.

Os dados foram coletados com 10 pessoas, sendo uma mãe e um convivente pertencentes à Família “A”; uma mãe e um convivente pertencentes à Família “B”; uma mãe e um convivente pertencentes à Família “C”; um pai e uma convivente pertencentes à Família “D”; e uma mãe e um convivente pertencentes à Família “E”, por meio de entrevistas, orientadas por um roteiro temático, gravadas em fita K7 e transcritas na íntegra, bem como de observação nas residências e nos bairros onde os sujeitos moravam. Quando concordaram em participar, antes da realização das entrevistas, os participantes assinaram o Termo de Compromisso (Anexo B).

As entrevistas foram realizadas separadamente com cada um dos conviventes, contendo dois roteiros: um aplicado ao pai ou à mãe casada(o) civilmente, separada(o) ou divorciada(o) que mantém a guarda do filho, e que no momento vive em união estável, que consta de três partes: uma referente a algumas informações pessoais, outra acerca de suas vivências diante do casamento e da união estável e a terceira sobre algumas diferenças entre o casamento e a união estável (Anexo C); o outro roteiro, que foi aplicado ao convivente, constava de duas partes: uma referente a algumas informações pessoais e outra acerca do relacionamento entre o convivente e os filhos daquele com quem vive em união estável (Anexo C).

Durante o levantamento dos dados, surgiu a oportunidade de aproximação com os filhos das famílias visitadas. Sempre que possível e após ser solicitada verbalmente a permissão dos pais, foi pedido às crianças e aos adolescentes que fizessem desenhos, representando suas famílias – o que foi realizado prontamente pelos solicitados. Embora tenha sido oferecido giz de cera e papel, houve apenas sugestão do tema. No momento da entrega, eram-lhes feitas algumas perguntas sobre os desenhos.⁷¹⁰ A coleta ocorreu de modo descontraído, e nenhum espaço foi destinado para esse fim (Anexo D). A escolha dos desenhos apresentados no Anexo D considerou aqueles que poderiam trazer elementos subsidiários para a discussão.

⁷¹⁰ Durante o mestrado tivemos oportunidade de buscar apreender a voz dos filhos vítimas de negligência a partir dos desenhos (RIVA, Léia Comar. *A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda*, cit.). Novamente, busca-se apreender a vivência da criança e do adolescente de famílias nas quais o pai ou a mãe foi casado civilmente e que atualmente vive em união estável, mediante a perspectiva dos filhos.

Partiu-se do pressuposto de que os desenhos constituem uma forma de representação da realidade familiar em que vivem as crianças e os adolescentes. Nesse sentido, a interpretação desse material tomou como referência a análise que Philippe Ariès realizou com base em vasto material iconográfico.⁷¹¹ Não se teve a pretensão de proceder a uma análise ampla como a desse autor, mas, sim, utilizar os desenhos para agregar alguns indicadores acerca do modo como os filhos avaliam a realidade familiar. Não se buscou uma leitura do conteúdo dos desenhos tomando como referência a vasta literatura produzida pela psicologia e pela psicanálise. Eles foram utilizados para contextualizar o universo social dos filhos não comuns e para apreender suas percepções acerca dos vínculos com o novo companheiro da mãe ou do pai, os quais estão registrados nos desenhos.⁷¹²

A fase da coleta de dados teve início em junho de 2009 e término em dezembro de 2010.

7.2.2 *Assinalando os bairros*

Embora as famílias não residam no mesmo bairro, é possível observar características comuns entre eles, pois estão localizados em regiões periféricas da cidade de Paranaíba. A distância entre eles e a região central não é longa, cerca de 5 km. As casas dos bairros, salvo poucas exceções, são muito pequenas, a maioria construída com placas ou blocos; há, também, uma parte de madeira e barracos de tábuas e outros materiais. Alguns telhados são de telhas de cerâmica; e outros, de telhas de amianto. Algumas casas de blocos ou tijolos estão, parcialmente, pintadas. As janelas e portas, em geral, ora são de esquadrias (ferro), ora de madeira. Por fora, o piso, quando não é de terra, é quase sempre de cimento. A maior parte dos bairros não possui serviço de água e esgoto nem asfalto. A falta desse sistema de canalização leva os moradores a abrirem fossas ou a utilizarem os terrenos baldios e a beira do riacho, quando há, sem perceberem que, se forem malfeitas, contaminam o lençol freático. O asfalto em toda a cidade, nos locais em que existe, mesmo nas regiões centrais, encontra-se em péssimas condições de tráfego.⁷¹³

⁷¹¹ ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*, cit.

⁷¹² RIVA, Léia Comar. *A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda*, p. 111.

⁷¹³ Durante, e após, o período de visitas, a inquietação e a agonia sentida são grandes ao ver a precariedade das casas e sentir a carência financeira, de alimentação, de transporte, de saúde etc. e as dificuldades de morar ali. Em outras pesquisas realizadas, também com famílias das camadas populares, não se percebeu tanta discrepância nos bairros visitados como nesses. Atribui-se essa sensação ao fato de se tratar de bairros “pobres” no sentido de precariedade, carências, falta das mínimas condições para uma vida digna. Além disso, ao lado de algumas casas, havia depósitos de coisas velhas, que mal dava para identificar se eram geladeiras, fogões, latinhas de refrigerante etc. Outra observação que pôde ser levantada foi em relação aos terrenos vagos ocupados pelo mato e pelo lixo e as ruas sem asfalto, que ficam intransitáveis, sobretudo, no período das chuvas, pois, quando são mais intensas, o mato no local, mal cuidado, fica alto e sugere, por um

7.2.3 *Caracterização das famílias*

Na presente pesquisa, as famílias são indicadas pela letra F, seguida por outra letra que identifica cada uma delas, por exemplo, F. “A”. A letra inicial dos nomes fictícios do pai ou da mãe, dos filhos e do convivente é a mesma que identifica a família. A apresentação das famílias seguiu a ordem na qual elas foram localizadas.

7.2.3.1 *Caracterização dos membros das famílias*

F. “A” – mãe: Amélia. Filhos: Ângelo (24 anos), Agnelo (20 anos), Ana (13 anos) e Arnaldo (7 anos). Convivente: Antônio.

Ângelo, Agnelo e Ana são filhos biológicos de Amélia. Arnaldo é filho de Amélia e Antônio; portanto, Antônio, Ângelo, Agnelo e Ana são parentes por afinidade.

F. “B” – mãe: Benedita. Filhos: Bianca (15 anos) e Bernardo (11 anos). Convivente: Breno.

Bernardo e Bianca são filhos biológicos de Benedita. Benedita e Breno não possuem filhos comuns; portanto, Breno, Bernardo e Bianca são parentes por afinidade.

F. “C” – mãe: Cláudia. Filho: Célio (14 anos). Convivente: Cleomar.
Célio é filho biológico de Cláudia. Cláudia e Cleomar não possuem filhos comuns; portanto, Cleomar e Célio são parentes por afinidade.

F. “D” – pai: Donizete. Filho: Dionísio (15 anos). Convivente: Dani.
Dionísio é filho biológico de Donizete. Donizete e Dani não possuem filhos comuns; portanto, Dani e Dionísio são parentes por afinidade.

F. “E” – mãe: Elimara. Filhos: Everton (16 anos), Erivelton (14 anos) e Evelin (11 anos). Convivente: Élson.

Everton é filho biológico de Elimara. Evelin e Erivelton são filhos de Elimara e Élson; portanto, Élson e Everton são parentes por afinidade.

7.3 **Apresentação, resultados e discussão dos dados**

7.3.1 *Apresentação dos dados*

Para apresentar os dados sobre o casamento, a união estável e o relacionamento entre os conviventes e os filhos não comuns (crianças ou adolescentes) do companheiro, obtidos

lado, impedir e/ou dificultar a passagem e a ação dos serviços públicos, principalmente de assistência e segurança, e, por outro, facilitar a fuga e/ou esconderijo de “bandidos”, comprometendo a segurança dos que andam diariamente por esses locais, como as crianças e os adolescentes, que vão à escola tanto no período diurno quanto no noturno.

por meio das entrevistas, optou-se por traçar algumas características comuns entre as cinco famílias, segundo o relato dos sujeitos.

Antes, porém, apresentam-se dados fornecidos pelo IBGE (Senso Demográfico 2000 e resultados preliminares da amostra de 2010) sobre a nupcialidade (referente à Proporção de pessoas de 10 anos de idade ou mais que viviam em união conjugal, segundo a natureza da união conjugal – Brasil – 2000/2010). O IBGE indicou o número de casamento civil e religioso, de somente casamento civil ou religioso e de união consensual ocorridos nesse período.

O Senso Demográfico de 2000 registrou que do total das uniões 66,9% eram matrimoniais (casamento civil e religioso: 49,4%; somente casamento civil: 17,5%) e 33% são extramatrimoniais (somente casamento religioso: 4,4%; e união consensual: 28,6%). Em 2010, segundo os resultados preliminares do Senso Demográfico, do total das uniões 60,1% são matrimoniais (casamento civil e religioso: 42,9%; somente casamento civil: 17,2%) e 39,8% são extramatrimoniais (somente casamento religioso: 3,4%; união consensual: 36,4%).

Observa-se que no último período indicado diminuiu em 6,8% o número de união matrimonial (casamento civil e religioso e somente casamento civil) e, apesar de ter diminuído em 1% o número de casamento somente no religioso, houve um aumento de 7,8% no de união consensual. Por conseguinte, a proporção em que o número de união matrimonial diminuiu foi a mesma em relação à união extramatrimonial, que aumentou 6,8%. Segundo esses dados, hoje no Brasil, a união consensual, extramatrimonial ou estável representa 39,8% do total das uniões conjugais. Entre os fatores que explicam o aumento das uniões estáveis (uniões consensuais), encontra-se o fato de que atualmente essa forma de constituir família está juridicamente regulamentada.

7.3.1.1 Casamento e união estável: vivências

Em relação aos pais e aos conviventes das famílias investigadas, verificou-se que todos trabalham fora de casa e desenvolvem atividades como: diarista, serralheiro, mecânico, vendedor, instrutor de academia, trabalhador braçal e secretária. A renda média mensal dessas famílias gira em torno de dois salários mínimos. Os casais estão na faixa etária de 33 a 46 anos.

Nenhum dos conviventes das famílias investigadas cursou o ensino superior; a maioria não terminou o ensino fundamental. Apenas a F. “B” mora em casa alugada, as demais famílias residem em casa própria ou financiada.

Das cinco famílias investigadas, em quatro as mães foram casadas, após a separação, mantiveram a guarda dos filhos e passaram a viver em união estável (F. “A”, “B”, “C” e “E”). Apenas na F. “D”, foi o pai, que, após a separação judicial, manteve a guarda do filho e vive em união estável.

Todos os casamentos foram realizados apenas no civil, e o regime adotado foi o de comunhão parcial de bens. Em um deles (F. “A”), os noivos “fugiram” e foram morar juntos e, tempos depois, casaram-se. Os casamentos realizaram-se após curto período de namoro; o menor tempo de namoro averiguado foi de quatro meses; e o maior, de um ano. Apenas no casamento de Benedita (F. “B”) houve festa. Os cônjuges permaneceram casados em média cinco anos.

Os motivos da separação foram o adultério cometido pelo marido de Amélia (F. “A”) e de Cláudia (F. “C”) e pela esposa de Donizete (F. “D”), incompatibilidades entre o casal (F. “B”) e abandono do lar pelo marido (F. “E”). Os motivos da separação foram relatados pelos cônjuges e não há outras provas. Somente as mães das F. “A”, “B” e “E” encontram-se divorciadas. Cláudia (F. “C”) está separada de fato, e Donizete (F. “D”) está separado judicialmente.

Durante o casamento, salvo a mãe da F. “E”, os demais pais adquiriram bens imóveis. Quando se separaram, a divisão dos bens ocorreu da seguinte forma: na F. “A”, os bens foram divididos amigavelmente entre as partes; após essa divisão, Amélia, com sua metade, adquiriu outro terreno; na F. “B”, Benedita ficou com 30% da casa que pertencia ao casal; na F. “C”, Cláudia permaneceu na casa, que passou para o nome do filho, com a reserva do usufruto em seu nome; na F. “D”, a casa que pertencia a Donizete e sua ex-esposa também foi vendida e o valor auferido foi dividido entre os ex-cônjuges em partes iguais.

Nenhum dos pais antes das primeiras núpcias tinha filhos. Após a separação, as mães e o pai investigados permaneceram pouco tempo sem constituírem novas famílias; sendo que, o tempo de namoro antes dessa união estável, a qual, nem sempre foi a primeira depois da separação matrimonial, foi em média maior que o tempo de namoro antes do casamento.

A duração da atual união estável varia: F. “A” – oito anos e quatro meses; F. “B” – dois anos; F. “C” – um ano e seis meses; F. “D” – cinco anos; F. “E” – quinze anos. Consigna-se que o tempo de convivência entre o filho do convivente e o atual companheiro é o mesmo.

Apenas os conviventes da F. “D” celebraram contrato de convivência. Embora o contrato escrito de convivência seja, juridicamente, bastante ressaltado, a fim de esclarecer a respeito do patrimônio, “principalmente demonstrando os bens que existem, ou venham a

existir”,⁷¹⁴ ele não faz parte da realidade vivida pelas famílias de baixa renda. Isso parece ocorrer, principalmente, em razão da falta de informação, uma vez que alguns conviventes não tinham nenhum conhecimento sobre a existência ou a elaboração de tal contrato.

Em nenhuma família investigada a nova união foi celebrada com festa; as relações se tornaram públicas por intermédio das pessoas conhecidas ou, como disse Benedita (F. “B”): por “boca a boca”.

Até o momento que foi finalizado o levantamento, somente a F. “E” adquiriu bem imóvel durante o período de convivência em união estável. Em todas as famílias, verificou-se a aquisição de bens móveis, entre eles, os que guarnecem as residências, carros e motos.

Quando perguntado aos pais se, por hipótese, houvesse separação como ficaria a divisão dos bens, várias suposições que consideravam a divisão em partes iguais foram aventadas, por exemplo: “se algum dia a genti naum dá certu; o qui a gente vamo fazê, eu pego minha moto de volta e ele pega o carro” (Claudia, F. “C”). Segundo o relato de Amélia (F. “A”), ela contribuiu para a reforma na casa, que havia sido adquirida pelo atual companheiro antes do início da atual união estável: “a casa sim, era deli a gente arrumo neh, o que a genti pôde fazê a gente feiz neh, eu fiz a calçada, ladriei tudo neh, é da casa mesmo, colocamo caixa d’água, arrumano sabe, aqui dentro, beneficiou assim”.

Todos os pais e os conviventes trabalham, e as despesas domésticas são divididas de acordo com o salário que auferem. Nenhum dos conviventes paga pensão alimentícia para os filhos menores, fruto das relações anteriores. Somente Célio (F. “C”) recebe pensão alimentícia do pai.

Acerca da diferença entre o casamento e a união estável, as respostas foram diversificadas: Amélia (F. “A”), Cláudia (F. “C”) e Donizete (F. “D”) informaram que não há diferença entre ser casado e viver em união estável, Benedita (F. “B”) e Elimara (F. “E”) narraram o contrário.

“Diferença nenhuma neh [...] ah a gente senti neh, qui a obrigação da genti di casa e di morá junto é a mesma neh” (Amélia – F. ‘A’). ‘Eu achu que casamento tem assim uma força, tem mais compromisso’ (Benedita – F. ‘B’). ‘Eu acho qui naum, pra mim, meu ponto de vista, papel num muda nada, naum tem diferença pra mim, se tiver de dar certo, vai dar de qualquer jeito (Cláudia – F. ‘C’).’ ‘Naum [...] pra mim eu acho qui é a mesma coisa, desde que, eu acho que a convivência, si entre os dois si tive harmonia, é a mesma coisa, naum tem nada a ver (Donizete – F. ‘D’).’ ‘Porque parece que fica faltando alguma coisa (Elimara – F. ‘E’).’”

⁷¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 474.

Apenas Elimara (F. “E”) manifestou interesse em casar com o atual companheiro: “se fosse pra mim escolher hoje, eu... eu queria casá, e naum ir só morá junto naum”. Interessante observar que Elimara atribui grande importância a essa união para poder participar de algumas atividades na Igreja Evangélica, que exige o casamento para isso.

Verificou-se nos relatos dos pais investigados que, não obstante alguns relatarem que existe diferença entre o casamento e a união estável, morar junto, sem casamento formal, pelo menos no início da união, foi uma escolha pessoal, seja “porque era mais fácil” (Elimara – F. “E”), seja por razões burocráticas: “purque é muita burocracia o casamento, depois qualquer coisa separa, é outra burocracia, maior ainda” (Benedita – F. “B”), seja por motivos de relações anteriores frustradas (Donizete – F. “D”). No aspecto jurídico, conforme investigado, não há nenhum impedimento (arts. 1.521 e 1.523 do Código Civil) que obste o casamento entre os sujeitos da pesquisa. Portanto, em nenhuma das famílias as pessoas foram forçadas levadas, por motivos culturais, econômicos ou jurídicos, a recorrerem a essa forma de união e de constituição de família.⁷¹⁵

Com relação ao tratamento dispensado por outras pessoas, os pais narraram que algumas pessoas tratam diferente quem é casado e quem vive em união estável: “tem genti que tem preconceito” (Amélia – F. “A”); “às vezes, sim; é que tem sempre uns ignorantes neh” (Cláudia – F. “C”); “naum, hoje naum. Antes tinha esse negócio né, mas hoji naum. O que é amigo mesmo qui sabe, naum tem nada... num tem nada a ver naum, mas tem alguns qui falam qui tem qui casá” (Donizete – F. “D”); “ah têm pessoas que trata com diferença” (Elimara – F. “E”). Por isso não se pode afirmar que a união de fato não sofra nenhuma reprovação social, apesar de, juridicamente, ser considerada uma união legítima e moral.

No que se refere à denominação do tratamento do homem em relação à mulher a quem se uniu e vice-versa, tem-se como referência a designação do casamento, já que os conviventes informaram tratar-se por marido e esposa.

7.3.1.2 *Relacionamento entre um dos companheiros e o filho do outro*

No início da entrevista, quando perguntado aos conviventes sobre quantos filhos eles tinham, todos apenas citaram os filhos biológicos. Além disso, sabem o primeiro nome das crianças e dos adolescentes, filhos do companheiro, mas nem sempre se lembram da idade ou da série que eles estão cursando.

⁷¹⁵ Sobre as causas do concubinato, pode ser consultada a obra de Gustavo A. Bossert e Eduardo Zannoni (*Manual de derecho de familia*, p. 425).

Os conviventes, mesmo Dani (F. “D”), não acompanham as tarefas ou participam de reuniões escolares do filho de seu companheiro. Essa responsabilidade sempre fica a cargo dos pais. Quanto aos filhos biológicos e comuns da atual união, os pais se mostram mais responsáveis com eles. Importante esclarecer que na F. “E”, quando Elimara foi morar com Élson, Everton, hoje com 16 anos, tinha menos de um ano; portanto o adolescente somente conviveu com Élson, já que o pai de Everton veio procurá-lo apenas há cerca de um ano e nunca lhe pagou pensão alimentícia.

No tocante ao relacionamento e ao essencial na relação com os filhos do companheiro, evidencia-se que, apesar de alguns conviventes ressaltarem ser o entendimento (F. “A”), a amizade e a confiança (F.”C”) o mais importante, o fato de não serem pais biológicos é considerado de forma negativa e acarreta dificuldades nos relacionamentos, como relatam os conviventes das F. “C” e “D”: “ah tem diferença neh... eu sou mais duro com meu filho do que com ele” [Cleomar – F. “C”]; “às vezes tem essa dificuldade também de eu naum ser a mãe né, às vezes eu percebo nele né, quando vou colocar uma situação pra ele, eu percebo essa dificuldade ‘naum é minha mãe né’” (Dani – F. “D”). Nesse mesmo sentido, Elimara (F. “E”) percebe que há diferença, “mas por causa do respeito né, um às vezes naum qué obedecê porque naum é o pai, outro às vezes já num fala porque naum é o pai”.

Do mesmo modo, apesar de em algumas falas os conviventes terem expressado que não há diferenças entre seus filhos biológicos e os de seu companheiro, no que diz respeito ao relacionamento, aos cuidados (orientar, zelar, corrigir, acompanhar), à responsabilidade e às expectativas de vida, também há contradição em várias situações cotidianas registradas, por exemplo, durante a realização das atividades escolares feitas em casa, ou quando a diretoria da escola convoca o responsável para esclarecer o motivo de o adolescente ter tido mau comportamento, ou quando os adolescentes cometem algum ato contrário ao que é estabelecido como correto pela sociedade, ficando a responsabilidade sempre a cargo da mãe ou do pai biológico, e não do convivente: “dele naum, do meu filho eu já fui, quem acompanha é a mãe dele” (Cleomar – F. “C”); “é aí já é mais a mãe né [...] naum... naum... ai eu num mexia naum [...] tem que sê sempre mais a mãe né” (Élson – F. “E”).

As denominações: padrasto, madrastra, enteado e enteada não foram utilizadas pelos membros das novas famílias.

7.3.2 *Resultado e discussão dos dados*

Da mesma forma empregada para apresentar os dados, para discuti-los e analisar os resultados, também se buscou apreender o que há em comum entre as famílias, que atendessem aos objetivos da presente pesquisa.

A análise dos dados coletados por meio das entrevistas informa que a constituição familiar, os vínculos afetivos e o relacionamento entre adultos e crianças ou adolescentes junto às famílias de baixa renda seguem uma dinâmica própria, particularmente ligada ao contexto sociocultural no qual estão inseridos.

Embora a união estável esteja juridicamente protegida, a falta da elaboração de contrato de convivência pode acarretar dificuldades para o seu reconhecimento.

Como a elaboração desse instrumento não é comum junto às famílias de baixa renda, isso contribui para que, em casos de reconhecimento e/ou dissolução da união estável, uma ou ambas as partes tenham de ajuizar ação, a fim de resguardarem seus direitos. A ausência do contrato de convivência, certamente, contribui para o elevado número dos processos nos tribunais. No casamento civil, como é notório, a prova da existência do vínculo se produz mais facilmente.

As falas dos conviventes acerca do relacionamento e do que é essencial na relação com os filhos do companheiro, acobertadas pela ausência de uma legislação que, expressamente, prevê os efeitos gerados por esta união, em relação a um dos conviventes e os filhos do outro, parecem desincumbir os conviventes das preocupações e dos encargos inerentes à guarda de fato e amparar a falta de responsabilidade que compete a cada um.

Em todas as famílias, os conviventes apenas vivem com os filhos do outro convivente, mas não exercem a guarda de fato sobre eles, já que não tomam a seu cargo a criação e a educação da criança e/ou do adolescente, isso porque não se verificou o cumprimento dos deveres inerentes à guarda de fato por parte dos conviventes, tais como assinalados por Edgard de Moura Bittencourt, Yussef Said Cahali e Waldyr Grisard Filho.⁷¹⁶

De acordo com os dados coletados por meio da entrevista e da observação, não ficou demonstrado que existem vários cuidados por parte dos conviventes (F. “A”, “B”, “C”, “D” e “E”), em relação aos filhos do companheiro, tais como os previstos pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, capazes de preservar a integridade físico-psíquica e evitar relações atentatórias à moral e aos bons costumes.

⁷¹⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*, p. 262; CAHALI, Yussef Said. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 146-147; GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*, p. 108.

Mesmo que, em relação ao convivente Breno (F. “B”), o qual não possui filho em comum com a atual esposa, Benedita, os cuidados apareçam de forma mais clara que nas outras famílias, estes são apenas para com um dos filhos (Bernardo) de sua companheira, porque o mesmo não ocorre em relação ao outro (Bianca).

Ressalta-se que em todas as famílias, apesar de não se terem observado vários cuidados, como o acompanhamento escolar, o diálogo entre todos que compõem a família, as orientações por parte dos responsáveis, os cuidados com saúde etc., não se pode negar que os conviventes, na medida de suas condições econômicas, contribuem para o sustento do lar, e é inegável que o fato de ajudarem nas despesas com moradia, alimentação, água, luz, impostos flexibiliza a vida cotidiana e a torna menos carente; porém, isso não significa que o convivente tenha a incumbência de sustentar os filhos não comuns, porque, como exposto, a mãe e o pai biológico contribuem com as despesas domésticas e sustentam seus próprios filhos.

Interessante observar: do mesmo modo que não foi provada a participação de um dos conviventes nos cuidados necessários ao desenvolvimento saudável dos filhos do outro convivente, também, salvo em relação aos seus filhos comuns da atual união, não se demonstrou haver participação dos conviventes em tais cuidados com seus outros filhos consanguíneos que estão sob a guarda da mãe biológica ou de terceiros. Isso mostra, por um lado, que a dificuldade para preservar a integridade físico-psíquica não é somente em relação aos filhos não comuns e, por outro, que, se não for imputada responsabilidade aos conviventes, essas crianças e adolescentes estarão muito mais desprotegidos.

Diante do que foi relatado e observado, impossível afirmar que os laços afetivos, como um valor jurídico⁷¹⁷ e apontados, talvez, “como o principal fundamento das relações familiares”,⁷¹⁸ estejam sendo resguardados indenes de dúvidas na vida cotidiana dessas crianças e adolescentes. Da mesma forma, as afirmações dos sujeitos entrevistados trazem incertezas quanto às relações socioafetivas, tais como vêm sendo disseminadas pela doutrina.

Portanto, quando se trata do estabelecimento da relação socioafetiva oriunda do parentesco por afinidade, a situação é questionável. A assertiva de vários autores, entre eles, Paulo Lôbo, no sentido de que: “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”,⁷¹⁹ segundo os dados levantados deve ser vista com reserva.

⁷¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*, p. 185.

⁷¹⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*, 3. ed., v. 5, p. 41.

⁷¹⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 48.

Sem desmerecer nem desrespeitar os posicionamentos doutrinários favoráveis a esse posicionamento, por falta de elementos juridicamente válidos não reconhecemos a possibilidade de imposição da afetividade nem dos pais em relação aos filhos nem de um dos conviventes em relação aos filhos do outro. De outra parte, os dados demonstram ter razão o doutrinador quando informa que a “força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador”, porque a “afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares”.⁷²⁰ O reverso também é verdadeiro, ou seja, quando se observar que “os belos laços” da afetividade não se formaram, necessária se faz a intervenção judicial a fim de garantir proteção à criança ou ao adolescente.

Atualmente, ainda não existe previsão legal, e as raras discussões doutrinárias são incapazes de afirmar os vínculos de parentesco por afinidade socioafetiva por parte de um dos conviventes, que exerce a guarda de fato, em relação ao filho preexistente do outro convivente. Nesse sentido, os dados levantados tanto determinam ponderação, porque ainda há a necessidade de uma construção social e jurídica capaz de apreender o modo como se estabelecem os laços afetivos entre um dos conviventes a respeito do filho biológico do outro, quanto apenas permitem informar que esses laços devem ser tecidos na convivência e se sustentam por meio da solidariedade familiar, a qual deve, obrigatória e reciprocamente, existir no interior do lar e que *in casu* se traduz no dever de cuidar, sustentar, criar e educar, tal como prescrito na nossa legislação.

7.3.3 *Os desenhos: percepções dos filhos*

A interpretação dos registros detectados nos desenhos feitos pelos filhos não comuns das famílias investigadas constitui material complementar para se tentar apreender, a partir do contexto estudado, inserido nos desenhos, o universo social deles e suas percepções acerca dos vínculos com o novo companheiro da mãe ou companheira do pai. Partiu-se do pressuposto de que essa forma de manifestação poderia trazer elementos subsidiários para a discussão, já que ela constitui uma forma de representação da realidade familiar onde vivem as crianças e os adolescentes.

Como informado anteriormente, pediu-se para que os filhos desenhasssem suas famílias. Nas F. “B”, “D” e “E”, aparecem, na folha, apenas os membros do grupo familiar a que pertencem. Anota-se que, na F. “B”, o autor do desenho (Bernardo) não aparece nele, mas

⁷²⁰ LÔBO, Paulo. *Famílias*, p. 51.

vê-se a figura do pai biológico. Nas F. “D” e “E”, os membros das famílias são representados pelas mães, pelos autores dos desenhos, pelos irmãos unilaterais (somente na F. “E”) e pelos conviventes. Apenas na F. “A”, a autora do desenho, Ana, apresenta sua família em duas folhas separadas, em uma ela aparece entre os irmãos, Ângelo e Agnelo, e, na outra, constam o irmão unilateral, uma menina (a quem a autora do desenho diz ser namorada do irmão, Arnaldo), sua mãe e o convivente, Antônio. Na F. “C”, é nítida a constituição de dois núcleos familiares, separados pela figura de uma casa, e a presença de Célio (o autor do desenho) nas duas famílias formadas após a separação dos pais.

A falta do autor no desenho ou a inclusão de outro componente no grupo familiar pode indicar várias situações, mas não nos cabe investigá-las, pois essa análise deve ser realizada por profissionais da área de Psicologia. No entanto, a presença de todos os conviventes é capaz de informar que eles se fazem presentes na vida dessas crianças e adolescentes, pois, como analisado, apesar de a atribuição das novas figuras parentais ainda não estar clara, não há como negar que, diante dos desenhos, por parte dos filhos há uma tentativa de recolocar os novos membros nos lugares das figuras parentais.⁷²¹

Os “desenhos não expressam apenas desejos idealizados, pois traduzem também aquilo que, para os filhos, é a realidade”.⁷²² Apesar de o material coletado por meio da entrevista com os conviventes (F. “A”, “C”, “D” e “E”) não ser capaz de demonstrar vários cuidados destes em relação aos filhos do companheiro ou o estabelecimento de uma relação afetiva, diante dos desenhos apresentados pelos adolescentes é possível afirmar que os conviventes têm importância em suas vidas e que estes, além de os reconhecerem, aceitam-nos como membros da nova família.

Se os laços socioafetivos não estão nítidos por parte dos conviventes, o mesmo não se pode apreender por meio dos desenhos dos filhos. É visível que a figura do convivente se faz bastante presente. A inclusão dos conviventes, nos desenhos, no lugar dos pais biológicos, parece buscar recolocá-los nos lugares das figuras parentais,⁷²³ denunciar a existência de vínculos afetivos e demonstrar a procura dos filhos em se sentirem, de alguma forma, protegidos por aqueles que devem exercer funções que se assemelham à paterna ou à materna e simbolizar a autoridade.

⁷²¹ DIAS, Maria Luiza. *Divórcio e reconstituição familiar no Brasil*, 12-13.

⁷²² RIVA, Léia Comar. *A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda*, p. 113.

⁷²³ DIAS, Maria Luiza. *Divórcio e reconstituição familiar no Brasil*, p. 12-13.

Análise do capítulo

A partir da realidade social investigada, percebe-se que é no dia a dia, no conviver com os parentes, com os filhos não comuns, que as afinidades ou as relações no sentido literal da palavra são reciprocamente construídas; e, no sentido empregado no Direito Civil, a imposição aos vínculos característicos desse parentesco, de direitos, deveres e restrições, tal como se procura defender na presente tese, é fundamental para edificar relações solidárias e proteger a criança e o adolescente no interior das novas famílias formadas por casais em segunda união.

Embora os dados levantados junto às famílias residentes na cidade de Paranaíba, estado de Mato Grosso do Sul, não possibilitem generalizações, por privilegiarem contextos, é inegável que a realidade social investigada representa aquela vivenciada por grande parte da população brasileira. Além disso, os dados podem informar a falta de reconhecimento dos mesmos efeitos produzidos pelo parentesco por afinidade no casamento à união estável e que isso parece ocorrer, em razão da distinção entre as diferentes espécies de união conjugal e da superioridade do estado de casado, ainda presente, *in casu*, no imaginário coletivo das famílias das camadas populares.

Os filhos chamam os conviventes por seus nomes próprios. As denominações padrasto, madrasta ou enteado, enteada, reconhecidas às segundas núpcias, não foram utilizadas por nenhum filho e/ou convivente. Isso indica que, em relação ao tratamento pessoal, na união estável, também há uma situação diferente daquela estabelecida pelo casamento; que o papel exercido dentro e fora da família, por parte do convivente e dos filhos não comuns, ainda se encontra indefinido, o que, além de interferir na dinâmica da vida familiar, contribui para tornar conflitiva a participação dos conviventes nos cuidados, na criação e na educação dos filhos que não são os seus, bem como ampara a falta de responsabilidade dos conviventes.

Contudo, apesar de não estar clara e regulamentada a relação entre o convivente e os filhos de sua(seu) companheira(o), isso não impede o surgimento de consequências de fato, as quais o direito não pode deixar de conhecer, quais sejam, que os filhos busquem a autoridade na figura dos conviventes e que estes tenham o dever de guarda, sustento e educação.

Por isso, faz-se necessário repensar o parentesco por afinidade descendente de primeiro grau, a fim de se impor, juridicamente, responsabilidade àqueles que convivem, por escolha pessoal, com criança e adolescente, filhos de seu companheiro, tendo em vista o fato de não reconhecerem suas obrigações e cuidados especiais em relação a eles. O

reconhecimento desses deveres facultaria o completo desenvolvimento físico, psíquico e social dos menores sob guarda do convivente.

A situação conforme colocada leva à compreensão de que, em casos de dissolução da união estável, as crianças e adolescentes, além de terem gravemente comprometida sua subsistência, sofrerão sérios danos em seu desenvolvimento psíquico e social. A presente pesquisa de campo limitou-se a investigar famílias em que um dos conviventes já foi legalmente casado, sendo que o número de família de baixa renda formada por pessoas que tiveram várias uniões estáveis sucessivas, mas que nunca foram legalmente casadas e têm filhos de uma ou várias uniões, parece ser maior.

A análise do material levantado sugere, ainda, que é preciso que a afinidade e os efeitos gerados pelo parentesco por afinidade sejam reconhecidos, tanto no aspecto social como no jurídico, para que sejam criadas normas de convivência e uma cultura de responsabilidade por parte do convivente em relação à criança e ao adolescente, com o propósito de diminuir a distância, ora averiguada, entre “as belas normas” e as situações decorrentes da vida real, mesmo se se considerar, conforme ensina José Luiz Gavião de Almeida, que as situações decorrentes da desigualdade fática estabelecida pela natureza sejam impossíveis de serem extintas,⁷²⁴ pois elas devem ser amenizadas, inclusive na seara jurídica, por seus legisladores, aplicadores e estudiosos.

A orientação transmitida pelo Professor Álvaro Villaça é perfeitamente aplicada diante das situações investigadas. Esclarece o doutrinador que a lei iniciou regulamentação da união estável, “para tornar mais justa a convivência dos companheiros, evitando as lesões de direitos, que vinham sendo perpetradas na família de fato, sobretudo contra a mulher”.⁷²⁵ Do mesmo modo, defendemos ser preciso regulamentar os efeitos produzidos por essas novas relações de parentesco por afinidade, para tornar mais justa a convivência entre um dos companheiros e os filhos do outro e evitar as lesões de direitos que vêm sendo perpetradas na família de fato, sobretudo contra a criança e o adolescente.

Quanto aos filhos, o avanço considerável da legislação na defesa de seus direitos tem procurado amenizar as injustiças e as atrocidades cometidas. Verificou-se que a ausência de vários direitos aos filhos considerados ilegítimos deu-se por influência tanto da Igreja Católica como do Estado, os quais visavam manter a identidade da família legítima em detrimento das constituídas pelas uniões concubinárias, pois mesmo aos filhos legítimos não era reservada melhor sorte em razão da prevalência da antiga legislação portuguesa, que é a

⁷²⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. O direito de família e a Constituição de 1988, p. 386.

⁷²⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 323.

reprodução do Direito Romano, com as modificações advindas do tempo e dos costumes.⁷²⁶ Nas entrelinhas dos discursos dos conviventes, observa-se remanescer, ainda hoje, o pensamento da antiga legislação que, no máximo, considerava a qualidade de filho, mas não sua condição e incapacidade.

Percebe-se que as crianças e os adolescentes, diante do parentesco por afinidade, no atual contexto social investigado, continuam desprotegidos, e, mais uma vez, o único caminho a ser seguido é por meio de uma legislação condizente com as atuais necessidades impostas pela realidade social em que vivem. Aqui vale reafirmar o legado do Professor Álvaro Villaça Azevedo de que é preciso “adaptar as normas à realidade vivente, para que a lei não seja um material ilusório, irreal e injusto, a aplicar-se contra o que acontece na sociedade”.⁷²⁷

⁷²⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*, 1918, p. 234.

⁷²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, p. 515.

8

SUGESTÃO DE PROJETO DE LEI**Proposta para regulamentação dos efeitos da união estável e do concubinato em relação aos filhos não comuns**

Sugestão de Projeto de Lei

Projeto de Lei n. _____

Em virtude da necessidade de se alterar o Código Civil, no que respeita aos seus arts. 1.724 e 1.727, com a inclusão dos efeitos gerados pela união estável e pelo concubinato em relação aos filhos não comuns, propõem-se a seguinte redação:

“Art. 1º O art. 1.724 recebe o seguinte parágrafo único:

‘Art. 1.724. [...] Parágrafo único. Quando conviver com o filho do outro, o companheiro deverá ainda exercer a função de colaborador e terá os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos não comuns. Esses não se extinguirão com a dissolução da união estável.’

Art. 2º O art. 1.727 recebe o seguinte parágrafo único:

‘Art. 1.727. [...] Parágrafo único. Quando se estabeleceram laços em razão da convivência, o concubinato anterior restringe a constituição de união estável posterior entre um dos concubinos e os filhos do outro.’

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.”

Justificativa para as alterações

Estudando a história do Direito, desde o Romano até o Atual, observa-se que, apesar das injustiças contra a criança e o adolescente, de uma forma ou de outra, parte dos legisladores e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais buscou proteger os filhos diante

das segundas núpcias de um ou de ambos os pais. Verificou-se, do mesmo modo, que essa proteção tinha por fundamento a imposição jurídica de restrições, principalmente às mães binubas e, em alguns casos, ao padrasto, madrasta ou companheiros. No Brasil, as orientações também foram nesse sentido.

Diante dos argumentos expostos e defendidos nesta tese de doutoramento, o que se busca com a presente proposta é, mais uma vez, proteger os interesses dos filhos, crianças ou adolescente, impondo não apenas restrições, mas também direitos e deveres aos conviventes, em razão dos vínculos advindos do dia a dia pelo parentesco por afinidade para tornar mais justa a convivência entre um dos companheiros e os filhos do outro; evitar as lesões de direito que vêm sendo perpetradas na família de fato, sobretudo, contra a criança e o adolescente; preservar sua integridade físico-psíquica; e impedir relações incestuosas atentatórias à moral e aos bons costumes.

Os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos não comuns (art. 1º do Projeto de Lei), embora não sejam iguais, têm a mesma natureza e razão de ser daqueles em relação aos filhos comuns. Posto que, por guarda se entende os encargos que dizem respeito aos cuidados sob o ponto de vista biopsicossocial e jurídico; por sustento, a garantia do direito à vida no plano material e imaterial; e por educação, a obrigação de os conviventes guardiões, matriculem seus enteados, criança ou adolescente na rede regular de ensino, de acompanhar sua frequência escolar e de contribuir para sua formação moral.

Quanto à restrição prevista no art. 2º do Projeto, referente ao art. 1.727, parágrafo único do CC, justifica-se, também, para impedir o máximo possível controvérsias a respeito dessa matéria e não reproduzir os mesmos enganos que, em relação à criança e ao adolescente, sempre marcaram, ao menos em parte, a interpretação legislativa, doutrinária e jurisprudencial brasileira.

Essa proposta para regulamentar os efeitos da união estável ou do concubinato em relação aos filhos não comuns constitui um prolongamento das leis vigentes que, *in casu*, não são antagônicas à proposta de regulamentação e dos princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, os quais prevêm toda e qualquer forma de proteção para a criança e o adolescente. Portanto, encontra respaldo na própria legislação brasileira; contribui para a estruturação de um sistema jurídico harmônico, sólido e solidário, e, materialmente, garante a segurança jurídica da criança e do adolescente pelo ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo pormenorizado exposto nos capítulos, principalmente no que se refere à parte final de cada um deles, a qual representa a análise parcial e sustenta a defesa desta tese de doutoramento, cabe, a partir da proposta contida na introdução, apresentar as últimas considerações, sem reproduzir ou resumir os dados levantados e examinados.

Para interpretar o atual sistema jurídico diante da inclusão da união estável como geradora do parentesco por afinidade, e este como efeitos daquela, em relação à criança e ao adolescente, optou-se, com fundamento na legislação civil, a partir do Direito Romano, levantar dados sobre esses institutos e consultar, em cada época delineada nesta tese, junto à doutrina e/ou à legislação, elementos como: conceitos, fontes, graus, denominações, espécies, duração e efeitos. Embora nenhum deles tanto em relação à união estável como ao parentesco por afinidade tenham se mostrado imutáveis no tempo, esses institutos, de uma forma ou de outra, sempre se fizeram presentes nas doutrinas e nas legislações examinadas, adaptando-se aos novos arranjos familiares.

Com as mudanças trazidas pelo Código Civil, no Direito de Família, em sintonia com a norma anterior especial (Lei n. 8.069/1990), no sentido de que sempre se deve considerar o interesse da criança e do adolescente, e que, expressamente, incluiu a união estável como geradora do parentesco por afinidade, algumas consequências jurídicas foram examinadas.

Após a análise das legislações pátrias, percebe-se que, atualmente, a condição de filho – criança ou adolescente; advindo do casamento, da união estável ou do convivente –, dentro da família, deve ser a mesma, por isso merecem igual tratamento e respeito da lei. Contudo, quando se verifica a proteção jurídica outorgada aos filhos de casais que vivem em união estável, não se observa a mesma atenção entre os filhos comuns e os não comuns, em razão da ausência de regulamentação, no Código Civil, de alguns dos efeitos gerados pela união estável em relação aos últimos.

Ao proceder à interpretação dos efeitos gerados pelo parentesco por afinidade, em relação à criança e ao adolescente, no Direito de Família, deparou-se com duas situações que careciam de melhor descrição. A primeira foi delinear quais são seus efeitos positivos; e a segunda, reconhecer, nas relações entre o convivente e o filho do outro, tanto no plano jurídico como social, esses efeitos arraigados ao casamento. Os dados possibilitaram

visualizar que a maior preocupação, no Direito de Família, sempre foi dada aos efeitos restritivos, principalmente em matéria de impedimentos matrimoniais e, apesar de esse estar mais visível, seguindo a orientação da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir do levantamento realizado na presente pesquisa, torna-se impossível deixar de regulamentar essa restrição nas relações decorrentes do concubinato.

Ao examinar as relações vivenciadas na sociedade contemporânea pelas famílias formadas por casais em segunda união, nas quais um dos pais, que deteve a guarda do filho após a separação, passou a viver em união estável com outra pessoa, verifica-se que as novas relações de parentesco por afinidade mostram-se frágeis para preservar a integridade física, psíquica e social dos filhos e a dignidade da família de fato brasileira.

Alguns dos principais fatores apontam a falta de solidariedade no novo núcleo familiar e de reconhecimento da responsabilidade daqueles que assumiram o encargo de educar e preparar para a vida uma criança ou um adolescente, acobertada pela ausência de uma legislação que, de maneira explícita, regule outros efeitos gerados por essa união em relação ao filho não comum.

A análise dos dados levantados nas pesquisas teóricas e de campo permite informar que a falta de clareza quanto a alguns efeitos produzidos pelo parentesco por afinidade gerado pela união estável indicou a necessidade de novo delineamento doutrinário e de regulamentação legislativa.

Apesar de o atual Código Civil, expressamente, prever efeitos restritivos aos parentes afins na linha reta, após a interpretação do atual sistema jurídico brasileiro resta evidente que existem várias outras normas que pressupõem, com o propósito de proteger a criança e o adolescente, outros efeitos, tais como: o direito de guarda, de visita, de alimentos, de uso do sobrenome da família e de restrição, que tem a mesma razão de ser daquela prevista para impedir a constituição da união estável, também ao concubinato.

Após a pesquisa, verificou-se que a criança e o adolescente, nessa segunda década do século XXI, não se encontram, totalmente, assegurados; por isso, defendem-se a necessidade desse novo entendimento doutrinário sistematizado, tanto para a criança e o adolescente como para o convivente, e a alteração do instituto da união estável previsto no Código Civil, a fim de impor, em razão da convivência familiar, que o convivente deverá exercer a função de colaborador e terá os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos não comuns; além disso, nos casos de concubinato, deverá ser prevista citada restrição para a constituição de união estável.

Verifica-se, ainda, que, para impor tanto ao convivente como aos filhos do outro a reciprocidade de direitos, deveres e restrições, a alteração do instituto, nos termos da nossa proposta para regulamentar os efeitos da união estável e do concubinato em relação aos filhos não comuns, é indispensável. Mesmo que essa proposta seja revista, de acordo com a interpretação doutrinária e legislativa do atual sistema jurídico, a necessidade de alteração da legislação defendida é inquestionável.

O acolhimento da presente tese justifica-se, também, para não incorrer no mesmo anacronismo assinalado pela hermenêutica de todos os textos legislativos brasileiros, inclusive os atuais, apesar dos avisos de iluminados juristas, que sempre estiveram adiante de seu tempo.

Somente por meio de uma proposta doutrinária subsidiada, principalmente, pelos princípios constitucionais norteadores do Direito de Família e do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como de uma alteração legislativa com regras justas e igualitárias que preservem todos os direitos das crianças e dos adolescentes – independente de suas origens e relações de parentescos –, será possível protegê-los integralmente e assegurar-lhes a efetividade dos direitos fundamentais.

Por isso, não faz diferença se a criança e o adolescente sejam parentes do convivente por consanguinidade, por afinidade ou por qualquer outra origem, pois, sem descortinar o passado, enxergar o presente e contemplar seu futuro, será impossível resguardá-los.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Código Civil Alemão (BGB). Tradução direta do alemão por Carlos Melon Infante. Barcelona: Bosh, 1994.

ALMADA, Ney de Mello. *Direito de família*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ALMEIDA, Estevam de. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1925.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Da desconstituição do vínculo filial* (no direito brasileiro). 1992. 190 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. O direito de família e a Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. II.

ALVES, Roberto Barbosa. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARGENTINA. Código Civil de la Republica Argentina y Legislacion Complementaria. 28. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada: da Renascença ao século das luzes*. CHARTIER, Roger (Org.). Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. v. 3.

ASCHERI, Mario. *Introduzione storica al diritto medievale*. Torino: G. Giappichelli, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Com a promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o estatuto dos concubinos. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, ano II, n. 11, maio/jun. 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação: inadimplementos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito de família (arts. 1.711 a 1.783). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direito romano. *Qualimetria*, São Paulo, v. 11, n. 93, maio 1999.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2. ed. Belém: Cejup, 1987.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10-01-2002*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Família e nova Constituição (arts. 226 e 227, § 6º). In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANS, Semy (Coord.). *O direito na década de 1990: novos aspectos*. Estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald. São Paulo: RT, 1992.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O direito civil na Constituição. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável – jurisprudência, evolução legislativa e o novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de direito civil e o novo código*. São Paulo: Ministério Público. Procuradoria Geral da Justiça: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família (arts. 1.711 a 1.783)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. União estável. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 58, mar. 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; TUCCI, Rogério Lauria. *Tratado da locação predial urbana*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. I.

BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. 10. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Direito de Família: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 4. tir. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la famiglia – le successioni*. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2005. v. II.

BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes. A pesquisa em psicologia – análise de métodos e estratégias na construção de um conhecimento que se pretende científico. In: ROMANELLI, Geraldo; BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes (Org.). *Diálogos metodológicos sobre prática de pesquisa*. Ribeirão Preto: Legis Summa, 1998.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução do Padre Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo: Paumape, 1979.

BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bolonha: Licinio Cappelli, 1957.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 2.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1980.

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias: uma introdução ao estudo de psicologia*. 13. ed. reform. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOGDAN, Robert C.; BIKLEN, Sari Knopp. *Investigação qualitativa em educação: uma introdução à teoria e aos métodos*. Tradução de Maria João Alvarez, Sara Bahia dos Santos e Telmo Mourinho Baptista. Portugal: Porto Editora, 1994.

BONFANTE, Pietro. *Famiglia e successione*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1926. v. I.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 10. ed. Torino: G. Giappichelli, 1946.

BORGHI, Hélio. União estável no Brasil: instituto indene de dúvidas? In: LEITE, Eduardo de Oliveira; WELTER, Belmiro Pedro et al. (Coord.). *Grandes temas da atualidade: união estável: aspectos polêmicos e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8.

BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Publicada no *Diário Oficial da União* n. 191-A, de 05.10.1988.

BRASIL. Decreto n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicado no *Diário Oficial da União*, de 31.12.1940.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 10 de janeiro de 1916. Código Civil. Publicada no *Diário Oficial da União*, de 05.01.1916.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Publicada no *Diário Oficial da União*, de 17.01.1973.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Publicada no *Diário Oficial da União*, de 31.12.1973.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Publicada no *Diário Oficial da União*, de 16.07.1990.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Publicada no *Diário Oficial da União*, de 11.01.2002.

CAHALI, Yussef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1993. v. 1.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

CAHALI, Yussef Said. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALDAS, Gilberto. *O latim no direito*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. Lisboa: Imprensa de J. G. de Sousa Neves, 1867. t. II.

CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito civil de Portugal*. Lisboa: Typographia de Antonio da Rocha, 1851. t. I.

CARON, Pier Giovanni. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Vnione Tipografico-Editrice Torino, 1957. v. III.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: direito de família*. 2. ed. refundida de lições de direito civil. Direito de família. São Paulo: RT, 1993. t. II, v. 5.

COMBRE, Nilton da Silva. *Teoria e prática da locação de imóveis*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1961. v. I.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CUPIS, Adriano de. *Il diritto di famiglia*. Pádua: Cedam, 1988.

CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. 2. ed. Paris: Librairie Plon, 1928.

CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

CURY, Munir. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 11. ed. atual. por Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DELGADO, Mário Luiz. União estável de pessoas casadas (breves comentários ao Acórdão do STJ Prolatado nos autos do Recurso Especial n. 1.107.192 – PR). *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano XII, n. 18, p. 84-103, out./nov. 2010.

DIAS, Adahyl Lourenço. *A concubina e o direito brasileiro*. 4. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Luiza. *Divórcio e reconstituição familiar no Brasil*. Trabalho apresentado na XIX Reunião Anual da ANPOCS, mimeo, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 10. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. 3. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da sociedade privada e do Estado*. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed., 15. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1972. Livro II, t. I, v. 2.

FRANÇA. *Code Civil*. 109 édition. Paris: Dalloz, 2010.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. v. I.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. v. II.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

GAUDEMET, Jean. *Institutions de l'antiquité*. Paris: Sirey, 1967.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GLANZ, Semy. União estável. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 11, 2º sem. 1991.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Efeitos pessoais da união estável. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI,

Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. VI.

GONÇALVES, Luís da Cunha. *Direitos de família e direitos das sucessões*. Lisboa: Ática, 1955.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

ITÁLIA. *Codice Civile e Leggi Complementari*. Milano: Editore Ulrico Hoepli, 2011.

ITÁLIA. *Codice Civile e Leggi Complementari*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 3. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938. t. I.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução da edição alemã por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KEHL, Maria Rita. A família atual, a construção subjetiva da criança e a psicanálise. In: COMPARATO, Maria Cecília Mazzilli; MONTEIRO, Denise de Sousa Feliciano (Org.). *A criança na contemporaneidade e a psicanálise: família e sociedade: diálogos interdisciplinares*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001. v. 1.

KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil: derecho de familia*. Tradução da 20ª edição alemã por Blas Pérez González e José Castán Tobeñas. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1979. t. 4. v. 1.

LAURENT, F. *Cours élémentaire de droit civil*. Bruxelles: Bruylant-Cristophe Cie. Éditeurs, 1887. t. 1.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas*. Tradução de Heloisa Monteiro e Francisco Settineri. Porto Alegre: Artmed, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: RT, 1994.

LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. In: SHAPIRO, Harry L. (Org.). *Homem cultura e sociedade*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1956.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. A execução de alimentos pela via da dignidade humana. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MADALENO, Rolf. Das relações de parentesco. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MADEIRA, Hécio Maciel França (Trad.). *Digesto de Justiniano*. Liber primus: introdução ao direito romano. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MALAURIE, Philippe. *Cours de droit civil: la famille*. 4. ed. Paris: Éditions Cujas, 1994. t. III.

MALINOWSKI, Bronislaw. Introdução: o assunto, o método e o objetivo desta investigação. In: DURHAM, Eunice Ribeiro (Org.); FERNANDES, Florestan (Coord.). *Antropologia*. São Paulo: Ática, 1986.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCÍLIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed., 12. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAYNS, Charles. *Cours de droit romain*. 5. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe; Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891. t. 3.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 3. ed., 2. tir. Paris: Montchrestien, 1965. t. I.

MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de direito romano*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1971. v. 1.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Ciência, técnica e arte: o desafio da pesquisa social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 21. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento científico: pesquisa qualitativa em saúde*. 2. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 1994.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O desafio do conhecimento científico: pesquisa qualitativa em saúde*. 7. ed. São Paulo: Hucitec-Abrasco, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 41. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

NEVES, Anamaria Silva. *A violência física de pais e mães contra filhos: cenário, história e subjetividade*. 2004. 270 f. Tese (Doutorado em Psicologia), Universidade de São Paulo, FFCLRP-USP, Ribeirão Preto, 2004.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 18. ed. rev. e atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. V.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil, por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro-Editor, 1869.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Direito de Família: a família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de família*. 3. ed. histórica, atual. legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHEIRO, Odette de Godoy. Entrevista: uma prática discursiva. In: SPINK, Mary Jane P. (Org.). *Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. In: RIPERT, Georges (Colaborador). 12. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1937. t. 1.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1952. t. 2.

POCAR, Valerio; RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. 3. ed. Roma: Laterza, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*. Direito matrimonial. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1939. t. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. VII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. IX.

PORRECA, Wladimir. *Famílias recompostas: casais católicos em segunda união*. 2004. 132 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2004.

PORTUGAL. Código Civil. 2. ed. Lisboa: DisLivro, 2002.

QUADRI, Enrico. *Questioni attuali di diritto privato*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1998.

RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*. 11. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. v. I.

RAMOS, J. Arias. *Derecho romano*. 11. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. v. II.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981.

REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REVISTA Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, ano XII, n. 18, out./nov. 2010.

REVISTA *Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano XII, n. 19, dez./jan. 2011.

REVISTA *Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre, ano XIII, n. 22, jun./jul. 2011.

RIGON FILHO, Ângelo. *Evolução histórica da filiação no direito brasileiro*. 2005. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

RIVA, Léia Comar. *A dinâmica do relacionamento entre pais e filhos de famílias de baixa renda: organização doméstica e negligência*. 2005. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências). Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2005.

RIVA, Léia Comar; ROMANELLI, Geraldo. Negligência e cuidados parentais em famílias de baixa renda. In: CUNHA, Marcus Vinicius da; PASIAN, Sonia Regina; ROMANELLI, Geraldo (Org.). *Pesquisas em psicologia: múltiplas abordagens*. São Paulo: Vetor, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROMANELLI, Geraldo. A entrevista antropológica: troca e alteridade. In: ROMANELLI, Geraldo; BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes (Org.). *Diálogos metodológicos sobre prática de pesquisa*. Ribeirão Preto: Legis Summa, 1998.

ROMANELLI, Geraldo. Autoridade e poder na família. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

ROMANELLI, Geraldo. Questões teóricas e metodológicas nas pesquisas sobre família e escola. In: ZARGO, Nadir; CARVALHO, Marília Pinto de; VILELA, Rita Amélia Teixeira (Org.). *Itinerários de pesquisa: perspectiva qualitativa em sociologia da educação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SAMPAIO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. XXVII.

SARTI, Cynthia Andersen. *A família como espelho: um estudo sobre a moral dos pobres*. Campinas: Autores Associados, 1996.

SAVATIER, René. *Cours de droit civil*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947. t. I.

SCHEEMAEEKER, Chirstine de. *Garde partagée: égalité parentale et intérêts de l'enfant enfin rencontrés?* Belgique: Edipro, 2009.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral; CURY, Munir. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. I, III e IV.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. In: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil, por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Afetividade e responsabilidade nas relações de família. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXVII, n. 91, maio 2007.

SIMÃO, José Fernando. Efeitos patrimoniais da união estável. Álvaro Villaça Azevedo – um homem à frente de seu tempo. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz* – busca pela interpretação do sistema. 2007. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

SPINK, Mary Jane P.; LIMA, Helena. Rigor e visibilidade: a explicitação dos passos da interpretação. In: SPINK, Mary Jane P. (Org.). *Práticas discursivas e produção de sentidos no cotidiano: aproximações teóricas e metodológicas*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

STANZIONE, Gabriella Autorino. *Diritto di famiglia*. Torino: G. Giappichelli, 2003.

TARRAGATO, Eugenio. *La afinidad: estudio historico y de derecho comparado*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925. v. IV.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009. v. 2.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2011. v. 6.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012. v. 5.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: família*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. v. 5.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; ZUCCHI, Maria Cristina (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

TRÍPOLI, César. *História do direito brasileiro: época colonial*. São Paulo: RT, 1936. v. I.

TRÍPOLI, César. *História do direito brasileiro: época imperial*. São Paulo: RT, 1947. v. II.

VALESCO, Ignácio Maria Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 89, p. 11-67, jan. 1994.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito de família: direito matrimonial*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação*. 1996. 200 f. Tese (Professor Titular) – Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Tradução da edição espanhola por Jesús Daza Martínez. 1. ed. reimp. Madrid: Civitas, 1991.

WALD, Arnoldo. *O novo direito das sucessões*. Guilherme Calmon Nogueira Gama (Col.). 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família*. 17. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

ZACHARIAE, K. S. *Le droit civil français*. Tradução da 5ª edição alemã por G. Massé e Ch. Vergé. Paris: Auguste Durand, 1854. t. 1.

**ANEXO A – SOLICITAÇÃO E AUTORIZAÇÃO
PARA REALIZAÇÃO DE PESQUISA DE CAMPO**

*Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo*

DECLARAÇÃO

DECLARO, para os devidos fins, que Sr(a). **LÉIA COMAR RIVA**, número USP **3660191**, é aluna regularmente matriculada no curso de Doutorado, no Programa de Direito, área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor **ALVARO VILLACA AZEVEDO**.

DECLARO, ainda, que a aluna já cursou todos os créditos obrigatórios, foi aprovada no Exame de Qualificação e atualmente encontra-se na fase final de preparação da Tese. A Comissão de Pós-Graduação, em sessão de 24 de novembro de 2010, aprovou a realização de pesquisa de campo com base em entrevistas, considerando a relevância da mesma para o desenvolvimento da tese. Insiro a esta cópia do parecer do ilustre Professor Doutor Gustavo Ferraz de Campos Monaco e cópia da decisão da Comissão de Pós-Graduação desta Faculdade de Direito.

São Paulo, 06 de março de 2012.

Assinatura manuscrita em azul da Maria de Fátima Silva Cortinhal.

MARIA DE FÁTIMA SILVA CORTINHAL
Chefe Administrativo de Serviço

Gustavo Ferraz de Campos Monaco
Professor Doutor do Departamento de Direito Internacional e Comparado

Assunto: Autorização para realização de pesquisa de campo

Interessada: Léia Comar Riva

Senhora Presidente,

Senhores Membros da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP,

Léia Comar Riva, aluna de Doutorado da Área de concentração em Direito Civil, orientada pelo Professor Titular Álvaro Villaça Azevedo requer autorização desta CPG para realização de pesquisa de campo baseada em entrevistas com pais que se encontram em união estável com outra pessoa que não o genitor da criança. Do pedido consta manifestação do orientador, que concorda com a realização da pesquisa e atesta sua importância para o desenvolvimento do projeto de tese da interessada.

O pedido está instruído com modelo do termo de consentimento a ser apresentado aos entrevistados.

Não havendo óbices jurídicos à realização das entrevistas nos moldes pleiteados, sugiro aos membros desta CPG que autorizem a pesquisa solicitada.

É o parecer que se submete à Comissão.

São Paulo, 20 de setembro de 2010

Gustavo Ferraz de Campos Monaco
Professor Doutor

21 SET. 2010

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
Secretaria de Pós-Graduação

Interessada: Léia Comar Riva – 2131/3660191

Assunto: AUTORIZAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE TERMO DE
CONSENTIMENTO PARA PESQUISA

A Comissão de Pós Graduação, em sessão de 24 de novembro de 2010, por votação
unânime, acompanhou o parecer do relator, Professor Doutor Gustavo Ferraz de
Campos Monaco, deferindo o pedido.

Dê ciência por escrito.

SECRETARIA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 25 de novembro de 2010.

Assinatura manuscrita de Maria de Fátima Silva Cortinhal.

MARIA DE FÁTIMA SILVA CORTINHAL
CHEFE ADMINISTRATIVO DE SERVIÇO

ANEXO B – SOLICITAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ENTREVISTA E TERMO DE CONSENTIMENTO

Eu, Léia Comar Riva, RG. n. 12.743.697 – SSP.-SP., n. USP. 3.660.191, estou realizando uma pesquisa sobre famílias que vivem em segunda união, sob a orientação do Prof. Dr. Álvaro Villaça Azevedo, docente da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP, localizada no Largo de São Francisco n. 95 – CEP. 01.005-010. – na cidade São Paulo – SP.

Para isso, estou realizando entrevistas com o homem ou a mulher que foi casada civilmente e, no momento, vive em união estável e que tenha filhos e preciso de sua colaboração, mas o senhor (a senhora) precisa declarar, por escrito, se aceita as condições abaixo especificadas.

1. O senhor (a senhora) será entrevistado(a) e responderá algumas perguntas relativas à sua história de vida e sobre seus filhos ou enteados.
2. Todas as informações prestadas serão gravadas e mantidas em sigilo, pois serão utilizadas apenas neste estudo.
3. Não será possível identificar quem deu a entrevista e seu anonimato será completo.
4. Sua participação deverá ser inteiramente voluntária, podendo começar e parar quando quiser.

Caso aceite estas condições, solicito assinar o Termo de Consentimento abaixo, em duas vias, de igual forma e teor.

TERMO DE CONSENTIMENTO

Eu, _____, aceito participar voluntariamente deste estudo e estou livre para, em qualquer momento, desistir de continuar a entrevista, sem nenhum prejuízo para mim.

Assinatura do entrevistado(a):

Assinatura da pesquisadora:

ANEXO C – ROTEIROS DE ENTREVISTA

1) Entrevista com o pai ou a mãe

1) Dados pessoais

Qual o seu nome e idade?

Qual o nome de seu companheiro(a) e idade?

Qual seu endereço? A casa é própria?

Até que série você estudou?

Até que série seu companheiro(a) estudou?

Você trabalha fora de casa? Qual a sua profissão? Qual o salário?

Seu companheiro(a) trabalha fora? Qual a profissão? Qual o salário?

2) Casamento

Quanto tempo você namorou?

Quando resolveram casar como foram os preparativos – casa, móveis, enxoval etc.?

Como foi que “comunicou/pediu” para os pais?

Como foi o casamento: só no civil ou no civil e no religioso? Qual religião?

Qual o regime de bens?

Houve festa?

Tiveram filhos? Quantos? Qual o nome e a idade de cada um deles?

Com quem os filhos moram?

Você ou seu ex-cônjuge já tinham filhos antes do casamento?

Como foi a separação? Houve divórcio?

Como os bens (mesmo que sejam só móveis) foram divididos? Por que dessa forma?

Conte-me alguns dos problemas de relacionamento que você tinha com seu ex-cônjuge.

3) União Estável

Quanto tempo namoraram?

Há algum parentesco entre vocês?

Quanto tempo depois da separação sua ou dele(a), foram morar juntos?

Quando resolveram “ir morar juntos” como foram os preparativos – casa, móveis, enxoval etc.?

Como foi que “comunicou/pediu” para os pais?

Vocês elaboraram um Contrato de Convivência?

Houve festa?

Quando suas amigas (seus amigos) vão morar juntos eles celebram contrato de convivência e fazem festa?

Como as pessoas ficaram sabendo que vocês estão morando juntos?

Quantas pessoas moram atualmente na casa?

Têm filhos da atual união? Quantos? Qual o nome e a idade de cada um deles?

Com quem os filhos moram?

Em nome de quem ficam os bens que vocês adquirem?

Apenas por hipótese, em caso de separação como os bens (mesmo que sejam só móveis) seriam divididos? Por que dessa forma?

Conte-me alguns dos problemas de relacionamento que você tem com seu companheiro(a)?

4) Casamento e União Estável

Você entende que há diferença entre casar e “ir morar junto”? Por quê?

É diferente um relacionamento do outro? Em que é diferente?

Por que resolveram ir mora juntos, e não casar? Foi uma escolha?

Você pretende se casar “no papel”?

Sim: Por quê?

Não: Por quê?

Por que não se casou “no papel” até agora?

Tem alguma coisa que incomoda no fato de não serem casados “no papel”?

Há maior liberdade quando se mora junto do que quando se é casado? (se positiva a resposta)

– Principalmente, em quê?

A lei trata diferente as pessoas que são casadas e as que moram juntas? Qual a diferença?

As outras pessoas tratam diferente quem é casado e quem mora junto?

Como vocês se tratam: de marido e esposa ou mulher?

Tem mais alguma coisa que você gostaria de dizer?

2) **Entrevista com o convivente**

1) Dados pessoais

Qual o seu nome, idade?

Até que série você estudou?

Qual sua profissão? Quanto você recebe de salário?

2) Relacionamento entre o convivente e os filhos

Quantos filhos você tem?

Qual o nome e a idade dele(s)?

Quantos filhos seu companheiro(a) tem?

Qual o nome e a idade dele(s)?

Quantos filhos moram com vocês? Quantos são seus e quantos são dele(a)?

Qual a idade deles?

Os filhos estudam?

Qual a série que eles estudam e onde? (*se for o caso*)

Quem acompanha as atividades escolares (reuniões, tarefas, provas etc.)?

Como é o relacionamento entre vocês e os filhos?

Qual a diferença no relacionamento entre você e seus filhos e você e os filhos de seu companheiro(a)?

Você considera todos como seus filhos?

O que você faz com relação a seus filhos que você não faz (ou não pode fazer) com os filhos dele(a)?

Se tiver que corrigir, orientar (chamar a atenção) dos filhos dele(a) faz da mesma forma que com os seus?

Todos os filhos (tanto os seus como os dele(a)) têm o nome do pai?

Os filhos recebem pensão alimentícia?

Você paga pensão alimentícia para os filhos que não moram com você? (*se for o caso*)

O que você acha mais importante no relacionamento com os seus filhos? E com o dele(a)?

Quais as expectativas de vida (o que você espera) em relação aos seus filhos?

E em relação aos seus filhos e aos dele(a)?

Os filhos brigam entre eles? Há diferença entre os irmãos por parte de pai e mãe e os só por parte de pai ou de mãe?

As despesas ficam a cargo de um ou são divididas?

Quando o filho comete algum erro quem responde?

Para você qual o significado de ser pai/mãe?

E de ser madrasta/padrasto?

O que mais você gostaria de dizer em relação aos filhos?

ANEXO D – DESENHOS

Desenho Família "A"

Autora: Ana, 13 Anos

Irmão: Ângelo

Ana

Irmão: Agnelo

Desenho Família "A"

Autora: Ana, 13 Anos

Desenho Família "B"

Autor: Bernardo, 11 Anos

Desenho Família "C"

Autor: Célio, 14 Anos

Desenho Família "D"

Autor: Dionisio 15 Anos

Desenho Família "E"

Autor: Everton 16 Anos