

PAULO RICARDO D'OLIVEIRA

**O CASAMENTO NO REGIME DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:
EXEGESE DA PARTE FINAL DO §3º DO ART. 226**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne

Porto Alegre

2007

PAULO RICARDO D'OLIVEIRA

**O CASAMENTO NO REGIME DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:
EXEGESE DA PARTE FINAL DO §3º DO ART. 226**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Aprovado pela Banca Examinadora em 21 de março de 2007.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne - PUCRS

Profa. Dr. Clarice Beatriz da Costa Söhngen - PUCRS

Prof. Dr. Juarez Freitas - PUCRS

A minha esposa, Cláudia, pela compreensão e apoio no convívio e aos meus pais, Attila e Maria Jussara, pelo exemplo de comunhão plena de vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Aronne, pela orientação precisa e estímulo para a realização deste desafio.

Aos meus familiares, pela riqueza das relações humanas.

A todos os clientes que, ao longo do trajeto, depositaram confiança no trabalho.

Aos docentes, discentes e funcionários da Faculdade de Direito, companheiros da minha travessia acadêmica.

A Pontifícia Universidade católica do Rio Grande do Sul, pela oportunidade e incentivo.

RESUMO

Com o passar dos tempo, a família se forma e se transforma, tanto no que diz respeito à sua gênese quanto a seu modo de vida. O Direito a acompanha e também poderá influenciá-la. No primeiro caso, na medida em que reconhece realidades sociais dignas de serem protegidas juridicamente, v.g, a união estável e a família monoparental e, no segundo, na medida em que, notadamente, no campo doutrinário e jurisprudencial, inaugura direitos a outras formas de relação afetiva. O Direito exerce influência na sociedade pelas múltiplas abordagens apresentadas durante o processo de acompanhamento das realidades, no sentido de estabelecer a oportunidade e o teor da regra. Observando esta realidade - de um lado, a observância da lei sob o império da Constituição; e, do outro, o movimento no sentido de avançar direitos sociais através da hermenêutica jurídica - o presente texto relata topicamente os dados históricos aqui considerados importantes e traz, para satisfazer a curiosidade do leitor, as fases do desenvolvimento da família. Em seguida, encerrando o bosquejo histórico, apresenta-se o apanhado das normas pátrias atinentes ao casamento como sendo a forma de origem da família brasileira. Tal realidade se manteve com o advento da Constituição Federal Brasileira (1988) - chamada de *A Constituição Cidadã* – que, ao mesmo tempo, provocou modificação

substancial no Código Civil de 1916 na parte referente ao direito de família. Mereceram destaque no texto: o casamento, previsto no sistema jurídico e que recebe especial atenção constitucional como origem da família brasileira e a união estável como entidade familiar para o efeito de proteção do Estado. Suas características jurídicas são tratadas de modo a provocar indagações com consequências práticas. Na parte final do texto, os temas são os seguintes: a *descoberta* da relativização da paternidade e o *remédio* da política da proteção integral à criança. Esses aspectos são importantes para família, se considerados, respectivamente, origem e finalidade dela.

Palavras-chaves: Casamento, União Estável, Paternidade Consciente, Planejamento Familiar, Proteção Integral à Criança.

ABSTRACT

Family has shaped and changed itself through the history, considering its origins as well as its life style. The Law has guided the family institution and also can influence it. First, it contemplates social realities that should be protected in a juridical way, for example, a stable union, a single parent family – it creates rights related to different ways that people interact affectively in a doctrinal and jurisprudential field. Second, the Law can influence the society because of the multiple approaches that appear during the process that guides realities, in order to establish the opportunity and the content of the rule. We presented historical data that are important and also the ones that may satisfy the reader's curiosity about the stages that (the development of the) family has passed through the observation of the reality and also of the Law under the empire of Constitution and; on the other hand, the movement that makes the social laws improve through the juridical hermeneutic. After that, we closed the historical section and we presented the rules related to father's legal authority in relation to his minor children: marriage is considered the institution that has created the Brazilian family. This reality has been kept with the creation of the Brazilian Federal Constitution (1988) – that was called the *Citizen Constitution* – that, in the same time, has changed dramatically the 1916 Civil Code, in relation to the family right. We also

highlighted the following aspects: marriage that is contemplated in the juridical system and that has received a special constitutional attention, as the origin of the Brazilian family, as well as the stable union, as a familiar entity that may be protected by the State. Its juridical features are treated in order to trigger many questions, pursuing practical results. Finally, we presented the following topics: the *discovery* of relativity of paternity and the *medicine* of the political protection to the child taken as a whole. Those aspects related to the family are highly important, if the consider, respectively, its origin and objective.

Key-words: Marriage, Stable Union, Conscious Paternity, Family Planning, The Child's Protection Taken as a Whole.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 HISTÓRICO DAS UNIÕES FAMILIARES (ORIGENS REMOTAS À MODERNIDADE)	16
2 LEGADO EUROPEU NO BRASIL (LEIS)	31
3 A UNIÃO ESTÁVEL (COMPANHEIRISMO).....	39
4 A SOCIEDADE CONJUGAL (CASAMENTO).....	55
5 A CRISE DO <i>PATER</i> (JURÍDICA, BIOLÓGICA E SÓCIO-AFETIVA)	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é instigante, dentre outras razões, por duas de importância destacada: trata-se da célula social formadora da personalidade humana e, conseqüentemente, de todas as relações sociais.

Em um primeiro momento, constata-se a importância da verificação histórica dos valores que nortearam, e ainda prevalecem, ora mais, ora menos, sobre a estrutura familiar em sua constante transformação. Desde as remotas origens da humanidade, esta estrutura vem sendo tratada pelo arcabouço jurídico construído e legado pelo Direito Romano, pelos estreitos laços de consangüinidade que reunia a família do medievo, pela concepção religiosa trazida pelo cristianismo à família ocidental, passando pela unidade entre Igreja e Estado, até o surgimento das aspirações liberais.

Hodiernamente, no plano doutrinário, apresenta-se o conceito da *repersonalização* do Direito Civil que significa realçar a importância da pessoa que passa a experimentar potencial aptidão para ser o sujeito de direitos e de obrigações, frente a institutos concebidos no século passado e dispostos no

ordenamento jurídico codificado, v.g., a proteção à família como instituição independente dos indivíduos que a compõem em contraponto aos direitos fundamentais de seus integrantes. Surge a igualdade dos cônjuges, a política da proteção integral à criança e ao adolescente, o reconhecimento de filhos e a proibição da distinção de origem - adúltera e outros.

Esta identificação da mudança hermenêutica no sentido da “constitucionalização” do Direito Privado, vale dizer, o primado dos princípios constitucionais sobre as leis inferiores, não quer significar, na presente dissertação, a inutilidade dos valores construídos e até então protegidos, que deverão estar presentes e postos face à contemporaneidade.

A partir de análise detida que, por certo, trará como resultado outra série de indagações, ao mesmo tempo em que serão elaborados novos valores, também poderá desvelar alguma permanência.

A Constituição Federal dispõe como princípio fundamental em seu artigo 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Não por acaso, em capítulo específico que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, o legislador constitucional originário entende, por bem, reiterar o princípio constitucional no § 7º do artigo 226: “Fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o

exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Na ótica da dignidade humana, entendida aqui como sendo o tratamento da pessoa como fim em si mesmo, o instituto jurídico do casamento pode sofrer desprestígio e deixar de ter importância social¹, em que pese ter sido, em patamar constitucional, especialmente privilegiado como o formador da família brasileira².

Algumas indagações se impõem frente a esta nova realidade: este reconhecimento constitucional em favor do estímulo à conversão de uniões informais em casamento soçobrará frente à realidade da pós-modernidade, em que todos buscam o sonho da felicidade individual? Ou, ao contrário, é princípio norteador para a efetiva promoção do arranjo preferencial da família no Brasil? A descendência biológica, remetida pela realidade social a ocupar local secundário na união afetiva entre homem e mulher, estará definitivamente apartada dos aspectos afetivos e registrais na sociedade contemporânea e por vir? Certamente, o leitor aqui não encontrará respostas prontas. Encontrará pistas para decifrá-las.

Busca o texto apresentar uma abordagem do instituto do casamento como formador da família brasileira, no sentido de demonstrá-lo vívido, revisitado, a fim de que seja aferida sua atualidade como pretendeu o legislador constitucional

¹ O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) trouxe a informação do crescimento em números absolutos de casamentos realizados desde 2001. Foram 806.968 casamentos no Brasil em 2004. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA Disponível em: <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2004/comentarios.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

² A parte final do § 3º do art. 226 da Carta Magna estabelece esta idéia de preferência do Estado em estimular a celebração do casamento: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento**”.

originário. Este é o comando da norma constitucional. Há que se observar a norma, para que o casamento não seja desconstruído na voragem do relativismo coisificante ou niilista.

O aparente contraste e a contrariedade do casamento na convivência com os novos institutos reconhecidos constitucionalmente, v.g., as entidades familiares para fins de proteção estatal, os direitos e as garantias de igualdade entre homens e mulheres e entre filhos havidos da relação de casamento ou não assim como os adotivos, eliminando-se toda a referência à filiação legítima, legitimada, adulterina, incestuosa e adotiva, poderia acarretar, cada vez mais, sua desvalorização indo de encontro à normativa constitucional.

Assim, propõe-se evidenciar que é necessário retomar a leitura do instituto em diálogo com o pensamento contemporâneo, oxigenando suas reais virtudes e lhe retirando o peso dos enfoques que desconsideram a força normativa da constituição na matéria. Pretende-se, com isso, garantir-lhe, enfim, a permanência como a principal opção jurídica e social para formação da família, da forma intencionada pelo legislador constituinte originário.

A codificação de 1916 não atendia mais a realidade atual da alteração dos costumes. Foi substituída por um novo Código Civil a ser interpretado à luz das diretrizes constitucionais. É certo que o novo estatuto não contemplou matérias relevantes, v.g., inseminação artificial, mãe de aluguel, banco de sêmen humano, direito de investigar a paternidade biológica pelo filho nascido pela chamada *produção independente*, as chamadas uniões homo afetivas. São temas propostos

pela nova realidade social e pelo avanço da tecnologia. Como exigência, os “novos direitos” obrigam a uma reelaboração ou construção jurisprudencial e doutrinária no sentido de dar solução tão rápida quanto possível aos conflitos de interesses oriundos das novas relações afetivas frustradas ou findas, encontrando caminhos até mesmo pela aplicação de teorias jurídicas alienígenas.

Em relação ao tema proposto, e, na esteira da *constitucionalização e repersonalização* do Direito Civil que atingem as relações de família, haverá incidência do novo olhar de forma obrigatória e peculiar também sobre o objeto do presente estudo: o casamento. Está designadamente levando-se em conta a opção estimulada, nos termos do art. 226, §3º da Carta Magna no cotejo com a união estável³.

O arcabouço hierarquizado da família clássica perde espaço, em linhas gerais, para os direitos iguais entre homem e mulher e para o filho (criança ou adolescente), considerado, hoje, como pessoa em desenvolvimento, carecendo de proteção integral por parte da sociedade e do Estado. Estas novas noções culturais, reconhecidas em sede constitucional, naturalmente influenciarão gradativamente o tratamento jurídico às questões surgidas do vínculo conjugal, sua formação e dissolução e também do projeto parental.

Se a proteção estatal à família também deve abranger as entidades familiares, com o reconhecimento jurídico da união estável e das famílias

³ A Lei 9.278/96, atendendo o comando constitucional do art. 226, § 3º, dispõe em seu art. 8º que os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

monoparentais, como forma de inseri-las nas políticas públicas, e, se a paternidade começa a ser “investigada” sob o ponto-de-vista das melhores condições para a criança, com o objetivo primordial de solucionar as intrincadas lides afetivas, então, é o momento de fixar reconceituação dos institutos de Direito de Família, sem deixar de ter a ousadia de procurar a valorização do instituto do casamento ou de outra valoração, para que continue, como pretendeu o legislador constitucional originário, tendo especial privilégio de ser a matriz formadora da família brasileira em convívio harmonioso e fecundo com as novas realidades.

1 HISTÓRICO DAS UNIÕES FAMILIARES (ORIGENS REMOTAS À MODERNIDADE)

Os dados coletados servem para favorecer a compreensão da família e de seu integrante – o homem, espécie animal com a característica de SER racional e gregário⁴. Servem também para afastarmos a lupa de observação, possibilitando ampliar o campo de visão sobre a linha fenomenológica das transformações da estrutura familiar, prescindindo, ao menos por algum momento, do foco social contemporâneo.

O casamento, tema desta abordagem, nos moldes conhecidos e traduzidos pela legislação e sua prática social, é instituto jurídico recente na história da humanidade — chamada fase civilizada (antiga e moderna). Séculos da convivência humana e de suas formas de arranjo social se passaram até os tempos atuais. A humanidade segue em sua existência e em permanente transformação para habitar e preservar-se como espécie.

Sob os preceitos da corrente evolucionista⁵, encontra-se a divisão clássica da história da evolução humana em três fases: a selvagem, da barbárie e a da civilização. As duas primeiras, subdivididas em três etapas cada — a etapa inferior, a etapa média e a etapa superior. Essas fases são caracterizadas de acordo com os

⁴ Como adverte Álvaro Villaça Azevedo: “É preciso ter em mente que o ser humano não é o que ele próprio idealiza, sonha ou pensa que é, mas um animal, no fundo; escondido sob as vestes e programado em sua atuação por normas e etiquetas e convenções criadas, artificialmente, pela sociedade que o quer, com isso, diferente, apartado de suas origens, de suas atitudes atávicas, longe da realidade” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de Coabitação - Inadimplemento**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 12).

⁵ Os dados históricos relacionados no texto são encontrados nas distintas escolas evolucionista, estruturalista e etnográfica, bem como considerados na psicanalítica, a respeito das origens da humanidade e das causas das transformações sociais; interessando precipuamente os arranjos sociais encontrados.

meios utilizados pelo homem para a sobrevivência e estão delimitadas pelo grau atingido no domínio sobre a natureza, na produção de alimentos, na utilização de animais e de ferramentas e no desenvolvimento da linguagem⁶.

As fases poderiam coexistir de acordo com os recursos naturais encontrados pelo homem nas diversas regiões em que habitava o planeta e o grau de utilização empreendida sempre no sentido de melhorar a condição do grupo social. O desenvolvimento da família, propriamente dita, acompanhará também às transformações nas três fases citadas. Isso significa dizer que, em mesma época e locais diferentes, se verificam coexistindo distintos arranjos familiares. Há divergência entre os historiadores acerca da supremacia do homem ou da mulher dentro do grupo familiar – sistema patriarcal ou matriarcal⁷.

Na fase selvagem, o homem era nômade, alimentava-se apenas da pesca e da extração de frutos e de raízes. Possuía a precária linguagem dos gestos e dos sons articulados. O uso do fogo e de instrumentos rudimentares possibilitou ao homem ser independente do clima e da região, podendo percorrer território. Na

⁶ “Em 1884, Friedrich Engels publicou *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, descrevendo, a partir de Morgan, uma ordem evolutiva em três épocas principais: estado selvagem, barbárie e civilização. No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização, o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte”. (ENGELS, Friedrich. *Apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 35).

⁷ “Em algumas tribos e em variados lugares, elas se apresentam de forma poligâmica ou monogâmica, patriarcal ou matrilinear. Seja no estado de natureza ou no estado de cultura, em qualquer tempo ou espaço, ela se apresenta sempre como um grupo *natural* de indivíduos unidos por uma dupla relação biológica: por um lado a geração, que dá os componentes do grupo; por outro, as condições de meio, que postulam o desenvolvimento dos mais novos, enquanto os adultos garantem a reprodução e asseguram a manutenção do grupo. (ENGELS, Friedrich. *Apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 35).

etapa superior, da era selvagem, encontra-se a utilização do instrumento de caça, possibilitando sua instalação em território, a construção de habitações e a fabricação de utensílios para o armazenamento e a vestimenta.

A fase bárbara tem como característica a produção da cerâmica, o cultivo e a domesticação de animais. Na etapa média da barbárie, existia o pastoreio de grandes rebanhos, o cultivo com irrigação e o conseqüente surgimento, pela primeira vez, das fronteiras entre as tribos. O homem começava, portanto, a experimentar o sentimento de lugar próprio (posse), onde habitaram igualmente seus antecessores e onde teriam as melhores condições de subsistência pelo aprendizado auferido e repassado através da herança *lato sensu*. A etapa superior bárbara inicia-se com o domínio da fundição do ferro para fabricação de ferramentas resistentes como o arado para o cultivo em maior escala.

De forma reduzida, mas fiel à idéia inicial, estão séculos da evolução da humanidade para garantir a sobrevivência até às portas da civilização antiga, e o ente familiar é encontrado em todas as fases referidas com a característica da consangüinidade, ou seja, esta é reconhecida de geração em geração⁸.

Nos primórdios, a atividade sexual se dava por meio da união entre grupos de machos de uma tribo e de fêmeas de outra (casamento em grupos). Tal arranjo social favorecia a descendência e o crescimento populacional, com formação de

⁸ Para Morgan: "A família é elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos; só depois de longos intervalos, registram-se os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente". (MORGAN. *Apud* ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p. 39).

grupos numerosos e estáveis. Havia tolerância entre os machos em época de acasalamento, já que controlado o ciúme pelo matrimônio em grupos. A chamada horda⁹, tão necessária para o crescimento populacional e a defesa do grupo se opõe ao que se chama sentimento familiar¹⁰.

O casamento em grupos foi o primeiro arranjo familiar destinado à permanência da espécie humana. É a origem da família consangüínea¹¹.

Na família, encontrada na etapa inferior da barbárie, em que existia a fixação do homem em determinada região, inicia-se a proibição das uniões entre pais e filhas, mães e filhos e irmãos e irmãs. Surgem os tabus primitivos e restritivos do acasalamento com plena liberdade sexual¹². Verificam-se numerosas classes de irmãos e irmãs, dentro das quais era proibido o casamento entre si: são as classes dos parentes colaterais (sobrinhos). Dá-se o afastamento dos irmãos pelo gênero que somente poderão acasalar com integrantes de outras tribos. Passam a se chamar, entre si, os irmãos casados com irmãs de outra tribo, de maridos e de esposas comuns.

⁹ Horda é substantivo feminino que significa bando indisciplinado, malfazejo. **Novo Dicionário Aurélio**. Versão 5.0 – Edição revista e atualizada. Curitiba: Positivo Informática, 2004. (CD-ROM).

¹⁰ A. ESPINAS. *Des Sociétés Animales*. Étude de Psychologie Comparée. Paris, 1877) descreve bem de que modo o ciúme dos machos no período do cio relaxa ou suprime momentaneamente os laços sociais da horda. "Onde a família está intimamente unida, não vemos formarem-se hordas, salvo raras exceções. Pelo contrário, as hordas constituem-se quase que naturalmente onde reina a promiscuidade ou a poligamia. Para que surja a horda, é necessário que os laços familiares se tenham relaxado e o indivíduo tenha recobrado sua liberdade. ... Assim, pois, a consciência coletiva da horda não pode ter em sua origem um inimigo maior do que a consciência coletiva da família". ESPINAS, A. *Apud* ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p. 42-43.

¹¹ A família consangüínea – primeira a se verificar na evolução da espécie humana, onde todos os integrantes, geralmente da mesma geração, eram candidatos entre si ao acasalamento (avós e avós, pais e mães, irmãos e irmãs, primos e primas).

¹² Para melhor compreensão acerca da interdição do incesto e sua relação com o direito de família, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Observa-se a comunidade de maridos e de mulheres recíprocos em um mesmo círculo familiar. Todos os nascidos nesse meio eram tratados como filhos comuns e irmãos entre si. Havia incerteza da paternidade biológica. Os nascidos em outro círculo familiar eram considerados sobrinhos e primos, respectivamente, dos adultos e dos filhos daquela comunidade.

Operando-se a presunção de uma paternidade “coletiva”, o sentimento que era de que todos se sentiam responsáveis pelo nascimento e de que teriam de arcar com os cuidados da criança nascida no círculo de casais prevalece¹³. A mãe, por sua vez, é naturalmente identificada, determinando a linhagem feminina.

Outro arranjo importante na história familiar surge com os grupos separados pela linhagem das mães-irmãs¹⁴, nascidas no círculo de casais. Este grupo se consolida cada vez mais pela certeza da descendência materna. Para diferenciação e autonomia, cada grupo adotava rituais religiosos e culturais próprios.

Pelo crescente aumento da população e restrição cada vez maior ao casamento consanguíneo, houve, de forma gradual, a dificuldade do arranjo por grupos. Por estas contingências, passam a ser estabelecidos relacionamentos para

¹³ No texto: “A importância da utopia comunitária dos anos 70 para o estudo do direito de família contemporâneo”, André-Jean Arnaud comenta acerca do movimento chamado “Paz e Amor” em que, dentro das comunidades Yippies, existia a responsabilidade do grupo de adultos em cuidar e educar as crianças e os adolescentes nascidos no seu interior, e não somente dos pais biológicos”. (ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991).

¹⁴ Compreende-se aqui a expressão *irmãs*, não somente as uterinas, mas também em relação às parentes colaterais, conhecidas, nos sistemas jurídicos contemporâneos, como sendo as primas sem limitação de geração.

maior convivência. Ainda, assim, poderá existir eventual prática da poligamia, praticada no casamento por grupos¹⁵.

Essa família continuava a viver em comunidade - não existia o espaço privado, casa ou lar; e a mulher, muitos séculos antes de se imaginar a revolução feminista, era considerada livre e valorizada em sua opinião dentro do grupo social, principalmente, quando experimentava a maternidade¹⁶.

A passagem de uma espécie de família para outra ocorreu de forma concomitante, havendo, em uma mesma época, arranjos híbridos. O casamento por grupos ainda exerceu forte influência na comunidade, ocasionando mudanças sociais que corriam no sentido da prática monogâmica.

Exemplos dessa influência da prática da poligamia, sob a égide dos “novos tempos”, em que já se verificava a prática da convivência, estão no chamado direito à

¹⁵ A origem da monogamia se deu pela dificuldade imposta pela proibição do acasalamento consanguíneo. Nesta espécie de arranjo familiar, as mulheres começavam a rarear por perto e era necessário procurá-las. Há registros acerca da prática dos chamados matrimônio por raptos e matrimônio por compra. Vale dizer, em relação ao primeiro, quando o casamento se originava pelo ato de escolha de um homem que buscava, em outras tribos, mulher e a levava consigo, com auxílio de outros homens, que adquiriam o direito de deitarem-se com ela antes de que passe a viver somente com o mentor da busca; e, quando se originava através dos dotes oferecidos à família gentílica da mulher pelo homem pretendente. Este último enlace trouxe, pela vez primeira, a intermediação dos parentes em caso de disputa entre os cônjuges, pois a preservação do matrimônio era importante às gens. Somente quando esta mediação fosse inexitosa é que os protagonistas poderiam romper o vínculo continuando com a faculdade de novo enlace, ficando os filhos com a guarda da mãe”. (ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p. 58).

¹⁶ Engels traz relato do missionário Artur Wright entre os iroqueses-senecas, índios da América do Norte, que exemplifica a idéia: “A respeito de suas famílias, na época em que ainda viviam nas antigas casas-grandes (domicílios comunistas de muitas famílias)... predominava sempre lá um clã (uma gens)... Habitualmente, as mulheres mandavam na casa; as provisões eram comuns, mas – ai do pobre marido ou amante que fosse preguiçoso ou desajeitado demais para trazer sua parte ao fundo de provisões da comunidade! Por mais filhos ou objetos pessoais que tivesse na casa, podia, a qualquer momento, ver-se obrigado a arrumar a trouxas e sair porta afora. E era inútil tentar opor resistência, porque a casa se convertia para ele num inferno; não havia remédio senão o de voltar ao seu próprio clã (gens) ou, o que costumava acontecer com freqüência, contrair novos matrimônios em outro”. (ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002).

primeira noite, ou *jus primae noctis*¹⁷, bem como os diversos rituais em que se praticavam o relacionamento sexual mais livre a pretexto da celebração de produção (colheitas) ou religiosos (adoração aos deuses) onde participavam mulheres jovens, que somente adquiriam o direito de conviver com apenas um homem após cumprir a celebração dos cultos.

A família, habitando o seu lugar e produzindo o próprio alimento, se caracteriza pela diminuição gradativa de seus integrantes e, cada vez mais, pela estabilidade do par: homem e mulher.

Dentre aqueles que afirmam a existência da família matriarcal, existe entendimento de viés econômico¹⁸ - que tal família sofre importante modificação no que respeita às regras de sucessão. O homem já domesticava animais, plantava e utilizava instrumentos de produção, a caça se tornava prescindível e era praticada apenas para a provação de guerreiros ou por puro lazer. A família contava, cada vez mais, com menos integrantes para cuidar e defender os rebanhos, as pastagens, as plantações e os escravos. O sentimento de propriedade e do senhor, pai de família, cresce e se impõe. As famílias se unem em volta dos empreendimentos e em prol da sobrevivência.

¹⁷ Na época do feudalismo, era caracterizado pelo direito que possuía o senhor feudal à primeira noite com a noiva de seu servo. Este direito foi interrompido em 1486 na então Itália por ato do Rei Fernando, o Católico que dizia: “Julgamos e determinamos que os senhores (*senyors*, ou barões) supraditos tampouco poderão passar a primeira noite com a mulher que haja tomado de um camponês, nem poderão, igualmente, durante a noite de núpcias, depois que a mulher se tenha deitado na cama, passar a perna por cima da cama ou da mulher, em sinal de soberania. Nem poderão os supraditos senhores servirem-se das filhas e dos filhos dos camponeses contra a vontade deles, com ou sem pagamento” (Citado, segundo o texto original em catação, por Sugenheim. A Servidão. São Petersburgo, 1861. p. 35). *Apud* ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p. 63-64).

¹⁸ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p. 63-64.

Esse sentimento vai de encontro à tradicional sucessão pela linha materna, em que filho não herda. Vale dizer, os bens e os encargos se transmitiam aos parentes da mãe, ficando no interior desse grupo familiar em caso de falecimento do pai.

Ao homem, que passa a assumir a filiação de forma exclusiva pela diminuição gradativa do casamento por grupos e o conseqüente aumento da presunção da paternidade e que passa a valorizar seu trabalho para a manutenção e o alargamento das condições de subsistência do grupo familiar, se tornou inadmissível tal linha de sucessão. Em caso de falecimento do pai, os bens seriam utilizados pelas irmãs e irmãos da mulher dele, pois seus filhos estariam obrigados a retirar-se do grupo familiar para acasalarem em outras bandas¹⁹.

A alteração da linha de sucessão materna para a paterna, pelo entendimento econômico-patrimonial, é alicerçada também pela presunção ou certeza, cada vez maior, da paternidade biológica²⁰. Assim, os nascidos de um integrante masculino (irmão) pertenceriam ao grupo familiar; enquanto os de um integrante feminino (irmã) passariam à outra família. Deu-se, segundo esta corrente antropológica, início ao patriarcado.

O patriarcado tem seu apogeu na era clássica da civilização ocidental. O conceito de família na Roma antiga se confundia com o do *pater familiae* que encabeçava o grupo social e atribuía ao casamento a função de organização dos

¹⁹ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002. p. 67-68.

²⁰ ENGELS, op. cit., p. 67-68.

laços familiares e privados²¹. O pai romano detinha o poder absoluto sobre todas as pessoas que integravam a família²². A ele era atribuída irrestrita disposição sobre todos os bens, assim também considerados os escravos. A família se constituía de parentes e de agregados sob o jugo e o controle do pai.

A mulher, que era considerada coisa, casava-se com aquele homem escolhido ou aceito pelo pai. O casamento exercia a função de transferência da submissão da filha mulher ao *pater familiae* a que estava sujeito o marido²³. Admitido como base funcional, o casamento começou a ser valorizado na medida em que alargavam os laços privados e o patrimônio e, por conseqüência, expandiam-se as próprias famílias.

O nome familiar era valorizado sobremaneira e protegido contra investidas bastardas. O filho nascido de adultério era rejeitado. Em Roma, era uso o enjeitamento dos filhos por desconfiança da fidelidade da mulher ou até mesmo por ato político²⁴. A descendência de sangue, ao contrário, era pouco valorizada. A distância entre pais e filhos era agudizada com a entrega deles pelas famílias privilegiadas à nutridora e ao educador²⁵.

²¹ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada: Do Império Romano ao Ano Mil.** Organização: Paul Weyne; Tradução: Hildegard Feist. 16. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. v. 1. p. 46.

²² *Ibidem*, p. 24.

²³ Ao contrário da linhagem matriarcal, nesta época, já operava a sucessão ao filho homem, devendo a mulher transferir-se para o jugo do pai de seu marido, transferir-se para a outra família e levando seu dote. As famílias dos noivos assim ficavam, sob todos os aspectos, mais unidas, inclusive nos negócios. (ARIÈS; DUBY, op. cit., v. 1. p. 47).

²⁴ Enjeitamento pode ser simulado quando a mulher pobre entrega o filho para que outros cuidem sem o marido saber, para se tornar escravo e receber possível liberdade de seus educadores. Pode ser decisão legítima e refletida, como manifestação de princípio, em que o marido suspeita da fidelidade da mulher; bem como pode ser manifestação político-religiosa, quando alguém enjeita filho na porta do Foro com dizeres de protesto ao assassinato de Agripina pelo filho Nero então desconhecido: "Não te crio com medo de que mates tua mãe". (ARIÈS; DUBY, op. cit., v. 1. p. 25).

²⁵ "São privilégios da juventude e também privilégios do grupo constituído de jovens. Na hora do casamento, acabam-se as amantes, acabam-se as relações com os favoritos: ao menos é o que

O casamento era, antes de qualquer valor, um dever cívico, que, se acompanhado da convivência harmoniosa entre marido e mulher, acrescer-lhe-ia um valor adicional. Provava-se o casamento através dos indícios. Havia o recolhimento do dote da mulher pelo homem, depoimento de testemunhas, pela relação pública entre o homem e a mulher, ou a própria confissão.

Era importante haver o maior número de pessoas ligadas entre si por laços sanguíneos e civis, pelo casamento com finalidade de procriação, e para erguer patrimônio, sob pena de subsumir. A família era considerada como sendo o casal, em que o *pater familiae* detinha absoluto poder sobre os demais integrantes e o patrimônio. Os filhos, as noras que se submetiam ao jugo do pai do marido, os netos e os escravos, todos seguiam os desígnios do pai.

A família se confundia com a unidade de produção. Para a própria sobrevivência, esta teria que ser defendida. Quanto maior o número de integrantes, incluídos os escravos (coisas), para manter e aumentar o patrimônio, menor as chances de extinção. Tal noção é retomada no Iluminismo, após o lapso dissociativo do medievo (Paolo Grossi).

afirmam os poetas que compõem os epitalâmios e, nesses cantos nupciais, não têm o menor prurido de evocar as desordens passadas do jovem esposo, garantindo que por ser a noiva tão bela tudo isso terminou”. Adiante na obra se afirma sobre a limitação do sexo imposto aos jovens: “Não se trata de puritanismo, mas de higiene”. Nova moral imposta para confiar a sexualidade ao casamento através da medicina. Apoiado pela classe pensante, esta moral assim era revelada: “Os médicos prescrevem a ginástica e o estudo filosófico para tirar dos jovens a energia venérea”. A preocupação social em Roma antiga com as conseqüências dos prazeres dos jovens chegou a tal ponto que se afirma na história: “Os juristas sempre se preocuparam mais com patrimônio que com moral; ora, se a herança paterna demora, um púbere de catorze anos pedirá empréstimos a juros para pagar seus prazeres, pois tem capacidade jurídica para tanto, e acabará devorando de antemão seu patrimônio: os usurários (ou seja, em Roma, todo mundo) procurarão créditos de jovens que acabam de vestir a toga viril, mas ainda vivem sob a rude autoridade do pai”. Foi impossibilitado por lei o empréstimo aos menores de vinte e cinco anos, os credores não teriam direito de exigir seus créditos. Assim, surge a ficção jurídica da maioridade - não pelo hábito sexual. (ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada: Do Império Romano ao Ano Mil.** Organização: Paul Weyne; Tradução: Hildegard Feist. 16. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. v. 1. p. 38).

A origem da monogamia deu-se pela transformação imposta aos arranjos familiares de linhagem materna, para estabelecimento da maior certeza da paternidade, com imposição da fidelidade da mulher na alteração da ordem de sucessão hereditária. O filho seria o único a receber os bens deixados pelo falecimento do pai. A filha estaria sob o jugo do marido e, por conseqüência, do sogro, inseridos, pois, em célula familiar que não se comunica com a mesma.

O cristianismo, movimento religioso importante que começa a influenciar a sociedade romana no seu apogeu, trouxe profundas mudanças na organização familiar vigente no ocidente, principalmente a partir do Século V. Acarretou processo de mitigação do poder exercido por uma só pessoa — *pater familiae*. Para o cristianismo, o casamento passaria de função meramente associativa dos laços de sangue e de patrimônio à instituição de amor revelado. O poder do *pater familiae*, detentor dos destinos de todos os integrantes e do patrimônio da família clássica romana, paulatinamente começava a ceder frente à imagem do amor entre o homem e a mulher, decididos a comungar a vida, procriando e criando os filhos sob os preceitos cristãos²⁶.

Após séculos de propagação pelo ocidente, ocorre a institucionalização da doutrina católica pela Igreja, que se edifica juntamente com o Estado absolutista. Na

²⁶ “Sabe-se que o amor conjugal, enquanto batizado, tem missão e graça de ser o sinal e a realidade parcial desse grande mistério (Ef 5,32). Neste sentido, poderá falar-se do matrimônio *cristão* embora fosse mais exato falar de matrimônio *dos cristãos*, pois é o matrimônio puro e simples, o matrimônio natural que, entre os batizados crentes, é *sacramento*”. (ZILLES, Urbano. **Os Sacramentos da Igreja Católica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. p. 429). (Ef 5,32): **Os esposos. Santidade do lar.**²⁸ Assim, os maridos devem amar as suas mulheres como a seus próprios corpos. Aquele que ama sua mulher, ama-se a si mesmo. ²⁹Por que ninguém jamais aborreceu a sua própria carne; pelo contrário, nutre-a e cuida dela como também Cristo o faz à Sua Igreja, ³⁰pois somos membros do Seu corpo. ³¹Por isso o homem deixará pai e mãe, ligar-se-á à mulher e passarão os dois a ser uma só carne. ³²É grande este mistério; digo-o, porém, em relação a Cristo e à Igreja. ³³Pelo que vos diz respeito, ame também cada um de vós sua mulher como a si mesmo; e a mulher respeite seu marido. BÍBLIA SAGRADA. **Carta aos Efésios**. Traduzida das Línguas Originais com Uso Crítico de Todas as Fontes Antigas pelos Missionários Capuchinhos. Lisboa, 1971-72. p. 1171-1172.

época do medievo, o Estado e a Igreja – unos e indivisíveis - detinham o poder político e econômico. Opera-se a cristianização da realeza. As famílias, compostas de súditos do rei, habitavam e eram protegidas no interior de feudos contra saques e invasões de outros povos, sob a proteção divina.

Nesse período não existia a distinção entre os espaços públicos e privados. A linha divisória entre esses espaços foi sendo estabelecida, no final do medievo, contra o poder do soberano monarca e do clero, que pretendiam tudo controlar, fiscalizar, confiscar dentro do lugar doméstico. O espaço privado é maior na mesma medida em que ascende a tradicional família burguesa.

Na Idade Média, a vida privada não existia. Todos viviam para fora, o espaço externo era vigilante à vida doméstica (familiar). O ritual da entrega das chaves da cidade ao rei e à sua comitiva em visita a suas terras, ou aos reais mensageiros e fiscais de tributos, era símbolo da subordinação da esfera individual²⁷. O lar doméstico deveria ser a extensão da corte sob a proteção espiritual do clero (Estado). O poder público exercia-se privadamente no interior das casas.

Nesse período, se apresenta um núcleo sólido familiar, o grupo de parentesco elementar, a família constituída de um homem, de sua esposa, de seus filhos não casados e de seus servidores agora não mais escravos. Ao pai feudal

²⁷ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada**: Da Europa Feudal à Renascença. Organização: Georges Duby. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v. 2. p. 24.

cabe a responsabilidade do bem comum familiar (produção e subsistência) e a observância da lei do monarca contra os excessos do individualismo²⁸.

Cresce a noção do que pertence a si e o que desinteressa aos outros (ao público), em oposição à invasão do Estado absolutista. A característica marcante que representa a revolução e a imposição do privado estava no modo de vestir-se. O vestuário se desenvolve de tal maneira a tapar o máximo possível o corpo²⁹, símbolo da intimidade pessoal. A moeda começa a ser difundida. O espaço privado e os interesses individuais tomam forma: a família comerciante (burguesa)³⁰.

Com passos largos pelo tempo, abre-se a Era Moderna que se caracteriza exatamente pelo movimento iniciado pela burguesia no final do medievo: crescimento do espaço privado sobre o público. A intimidade do lar é revigorada. A função do Estado se altera de ente eminentemente protetor, e a imbricação que esta função repercute pode ser observada na devassa do lar, na dependência total do súdito em troca de proteção, para ente servidor (paz e ordem, justiça, milícia, infraestrutura). A família nuclear é constituída de um homem, a esposa, os filhos não casados, que transitam pelo espaço público, e começa a ser reconhecida como lugar de prazer, de aconchego e de refúgio³¹.

²⁸ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada: Da Europa Feudal à Renascença**. Organização: Georges Duby. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v. 2. p. 44.

²⁹ ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada: Da Europa Feudal à Renascença**. Organização: Georges Duby. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v. 2. p. 13; ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científico, 1981. p. 73.

³⁰ ARIÈS; DUBY, op. cit., v. 2, p. 44.

³¹ Inserida na política do "laissez-faire laissez-passer", surge o conceito de poder da família como célula fundamental da sociedade (PERROT, Michelle. A Família Triunfante. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. Organização Michelle Perrot; Tradução Denise Bottman, partes 1 e 2; Bernardo Joffily, partes 3 e 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v. 4. p. 93).

Surge o conceito da família célula base da sociedade³². A industrialização trouxe modificações para a organização familiar ocidental. O Brasil Colônia também é assim atingido³³.

A mulher ingressa no mercado de trabalho e passa a contribuir para a economia do lar. Esta inclusão da mulher nos postos de trabalho, em concorrência de mercado, faz com que o árduo trabalho doméstico, que era valorizado tradicionalmente, agora passe a ser desempenhado de forma profissional. A mulher sai do ambiente privado para o público.

O casamento como dogma experimenta contestação pelo desenvolvimento da ciência no Século XVII. A revolução sexual no Século XX, trazida pelo movimento feminista, surgiu na defesa dos direitos à contracepção, à igualdade de gêneros, à quebra da hierarquia dentro da família, com o fim do patriarcado, na busca de melhores salários, enfim, na promoção dos direitos femininos.

Foram séculos de mudanças de valores, de avanços e de retrocessos, de sacrifícios e de ascensões na organização social humana³⁴. Importa revelar que a

³² Referindo-se a importância do patrimônio para o sistema jurídico de valores liberais, a autora descreve que para a família burguesa “[...] principalmente no século XIX, não poderia ser diferente, pois o aspecto patrimonial também se sobrepunha ao pessoal. O patrimônio familiar representava, a um só tempo, necessidade econômica e afirmação simbólica, garantia de moralidade natural, afinal, a família era célula da sociedade”. (CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade; KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do Mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 2. p. 28-29).

³³ “A compatibilidade valorativa entre os ideais burgueses e os da visão pandectista era total. Ao fundamentar o Direito no princípio da completude, através das idéias de que a codificação esgotava o fenômeno jurídico e de que, para ser bom, o sistema jurídico deveria prever todas as condutas de fenômeno social, sendo o juiz apenas um aplicador do código, evitava-se a tutela de qualquer conduta não interessante à nova classe dominante.” ((CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade; KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do Mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 2. p. 28-29).

família está sempre presente e adaptando-se a todas as fases³⁵. A sua história apresenta uma redução do círculo de pessoas em cujo seio ainda prevalece a comunidade conjugal entre os sexos. Michelle Perrot afirma que, em diferentes épocas, a família se condiciona às necessidades da sociedade³⁶, e pode ser acrescentado, se adapta a valores dominantes³⁷.

É a ilustração da grande travessia trazida por Luiz Edson Fachin em que a família se molda à mercê das diferentes etapas da civilização³⁸. De acordo com as contingências sociais, culturais, estruturais, esta se transforma e se acomoda.

³⁴ Inserido no texto do eminente jurista, Luis Edson Fachin, citado na nota, trecho de expressão da idéia de Antunes Varela relativamente ao fruto que se colhe no olhar sob a história do ente familiar: “as alterações registradas operaram-se, em regra, como na generalidade dos fenômenos sociais, incluindo os movimentos de idéias, através de processos lentos de transformação, cujas fases se não instalam simultaneamente em todos os povos. Além disso, os diversos períodos de evolução de uma instituição não envolvem, em geral, um rompimento completo com as estruturas anteriores, por a tal se opor o carácter imutável de muitos atributos da natureza humana” (VARELA, Antonio. *Apud* FACHIN, Luis Edson. **Direito de Família**. 3. ed. Lisboa: Petrony, 1993. v. 1. p. 41).

³⁵ Guilherme Calmon Nogueira da Gama nos ensina que “Qualquer análise envolvendo tema relacionado à família contemporânea demanda uma breve digressão acerca da evolução do organismo natural, ético, moral, econômico, religioso e, principalmente, social que é a família. Como ressalta Giselda Hironaka, ‘há uma imortalização na idéia de família’, levando em conta que a história da civilização humana sempre esteve – e assim prosseguirá indefinidamente – atrelada à história da família.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e Casamento em Evolução*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de Família Brasileiro: (Introdução – Abordagem sob a Perspectiva Civil-Constitucional)**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 15.

³⁶ PERROT, Michelle. *O Nó e o Ninho. Veja, 25 anos*. Reflexões para o Futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 75.

³⁷ “Assim, à medida que passa o tempo, os homens passam sobre a terra, os costumes mudam, os entendimentos se transformam e as coisas tomam novos coloridos, segundo o prisma enfático de quem as observa. É preciso que vejam essas tendências, com normalidade, pois elas representam o pensamento de um povo, que busca a satisfação das suas necessidades sociais presentes, reais, palpáveis”. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de Coabitação - Inadimplemento**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 296.

³⁸ Em trabalho apresentado no **Primer Coloquio Internacional de Filosofia del Derecho, Etica y Política**. México, D. F. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 4 a 8 mar. 1996, autor ilustra três momentos da travessia: “José contempla o álbum de fotografias da família. Numa foto muito antiga, na qual ele não se reconhece e tem dificuldade em identificar seus antepassados. [...]. No centro, como que num altar, o patriarca e chefe do grupo, homem de traços fortes; numa cadeira bem menor, ao seu lado, a fiel bisavó, que sabia ler o suficiente para ensinar o alfabeto e cuidar (o quanto possível) da saúde da família”... “Numa outra foto, um pouco mais recente, tirada por certo após a metade do século XX, José vê nela agora os pais de sua mãe no cartório do registro civil. A avó, ainda como a ‘rainha do lar’, senta-se ao lado do marido: Seriam iguais?” [...] “Numa terceira foto, aparece somente sua mãe grávida. Não há cartórios nem altares e pelo estado do papel a fotografia é bem mais recente. Já houvera perguntado pelo suposto pai, e ela um dia lhe respondeu: ‘Tive um filho como quis e quando quis’.”

2 LEGADO EUROPEU NO BRASIL (LEIS)

A partir do descobrimento do Brasil e até a cisão política da Igreja Católica e do Estado pelo advento da República, a família não era objeto de regramento, seja pelo Imperador, em 1824, ou constituintes nacionais de 1880. Isto porque a preocupação acentuava-se ainda nas questões relativas à afirmação de separação da pátria mãe, Portugal, e, posteriormente, pelas discussões geradas pelo pensamento liberal clássico (República). A regência clara e impositiva do conceito religioso de família e, conseqüentemente do matrimônio, no Código Canônico e demais documentos específicos da Santa Sé, dispensava a preocupação dos legisladores brasileiros. A família colonial brasileira era patrimônio e poder político³⁹ e deveria não sofrer intromissões.

Pode-se visualizar a família tradicional na época do Brasil Colônia em uma sociedade basicamente rural: família extensa⁴⁰ e detentora da unidade de produção. O seu chefe era o pai, que também era o chefe da produção (autoridade também pelo viés econômico). Ele determinava o destino da prole, a profissão dos filhos, os casamentos, os negócios e tudo o mais que se relacionava aos interesses da família como instituição.

³⁹ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958.

⁴⁰ É diferente de família nuclear numerosa (pais e filhos), a família extensa agregava também outros familiares ao convívio na mesma habitação (avós, tios e primos).

Esta foi caracterizada por Silvana Maria Carbonera⁴¹ como família transpessoal, preocupada com sua continuidade, preterindo os interesses de seus membros. A esfera dos poderes do pai restringia-se, juridicamente, à família legítima, constituída por meio do matrimônio válido. Pautava-se na proibição do reconhecimento de filho concebido fora do casamento e na atuação, até hoje recebida pela legislação civil, da presunção *pater is est*. Existia o divórcio que não lograva ruir o vínculo matrimonial, dando a idéia da perpetuidade conjugal por força legal. Já se disse sobre a família do século XIX na Europa, modelo das codificações posteriores na América Latina: "A família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é um fluxo de propriedades que depende primeiramente da lei"⁴³.

Cronologicamente, a legislação brasileira, acerca do tema, inicia pela Constituição Imperial de 1824 - primeira Carta brasileira onde é previsto o capítulo próprio e exclusivamente referente à família imperial (artigos 105 até 115). Dispôs preambularmente as seguintes diretrizes:

Art. 3. O seu Governo é Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo.

Art. 4. A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil.

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto

⁴¹ CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁴² O Código Civil estabelece a presunção de que o filho nascido cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a relação conjugal, ou dentro dos trezentos dias após a dissolução desta mesma relação; e nem mesmo a confissão do adultério da mulher elide tal presunção (arts. 1.597 e 1.600).

⁴³ PERROT, Michelle. Funções da Família. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. Organização Michelle Perrot; Tradução Denise Bottman, partes 1 e 2; Bernardo Joffily, partes 3 e 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v. 4. p. 105.

domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.

A Constituição Federal Republicana de 24 de fevereiro de 1891, no Título III, que tratava dos direitos dos cidadãos brasileiros, em sua Seção III, declarava que o Estado somente reconhecia o casamento civil:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

A segunda Constituição Republicana do Brasil, a de 16 de julho de 1934, no Capítulo Primeiro do Título V, tratou especificamente da Família:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo Único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

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 recaiam sobre a dos filhos legítimos.

A Constituição Federal *Getulista*, de 10 de novembro de 1937, igualmente, apresentava dispositivo atinente à família brasileira e inovava no tocante à proteção da infância e da juventude:

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

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.

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e de garantias especiais por parte do Estado que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e a proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

A Constituição Federal de 18 de setembro de 1946 também dispõe sobre a família brasileira, provinda do casamento civil e indissolúvel:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

A partir da Constituição Federal de 1934, o Estado brasileiro aboliu o ensino religioso obrigatório nas instituições, passando a ser disciplina facultativa. Após a união entre o Estado e a Igreja, estas disposições constitucionais representaram o estabelecimento da separação e das autonomias distintas entre tais instituições e a aceitação, cada vez maior da pluralidade, da prática de credos e de cultos na sociedade brasileira.

Entretanto, as Cartas, a exemplo da lei canônica, sempre se referiam ao casamento como vínculo indissolúvel entre homem e mulher. A Constituição Federal

de 1946 admitia a celebração do matrimônio religioso para alcançar os efeitos da lei civil, desde que procedida sua inscrição no cartório competente.

Dentro de sua autonomia⁴⁴, a Igreja Católica reconhece o fundamento da família como forma de existência cristã com base no matrimônio. O Código de Direito Canônico⁴⁵ define-o no parágrafo primeiro do artigo 1.055:

A aliança matrimonial, pela qual o homem e a mulher constituem entre si uma comunhão da vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges, a geração e a educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento, por Cristo Senhor.

Faz-se referência à Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, para observar a ordem cronológica, pois em nada difere relativamente às disposições atinentes ao casamento:

Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, chamada de Constituição Cidadã, repete as disposições relativas à celebração do casamento e aos efeitos

⁴⁴ Necessária a referência, já que a influência da Igreja Católica na sociedade ocidental européia e também na colonial brasileira é marcante.

⁴⁵ Em 1983, o Papa João Paulo II promulgou o segundo Código de Direito Canônico da Igreja latina, revogando o de 1917. Código Canônico atualmente em vigor, que incorporou as diretrizes do Concílio Vaticano II e as decisões posteriores do supremo magistério eclesiástico, associadas às deliberações deste Concílio. CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Disponível em: <http://br.geocities.com/worth_2001/Direitocanonico.html>. Acesso em: 26 jan. 2007.

civis do religioso, mas traz mudanças profundas no tocante aos direitos das pessoas no âmbito da família:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

§ 5º - Os direitos e os deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Com o advento da Carta de 1988, houve o alargamento do direito no sentido da conceituação e da proteção à pluralidade de arranjos familiares.

Constata-se, pois, que o papel da Constituição Federal em matéria de família até o advento da Carta de 1988 foi de fundamental importância, mas reconhecia apenas o casamento como elemento formador e legitimador da família. Seguindo uma ideologia eminentemente conservadora, divorciada da realidade fática, os sucessivos textos constitucionais simplesmente ignoraram o instituto do 'companheirismo', considerando-o, assim, excluído da proteção do Estado como instituto criador da família⁴⁶.

Em nível infraconstitucional, a legislação brasileira seguia os rumos europeus. As Ordenações Filipinas, vigentes de 1603 até 1916⁴⁷, regulavam, no âmbito privado, as relações matrimoniais. O entendimento era de que a mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha fraqueza de entendimento. O marido podia castigar sua companheira, ou matá-la, se praticasse adultério. Ao fundir-se na pessoa do marido, a mulher despersonaliza-se; mas o marido não podia litigar em

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo: Uma Espécie de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 42.

⁴⁷ Para consulta Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 07 dez. 2006.

juízo sobre bens de raiz sem outorga de sua mulher, dessa forma, protegia-se a família como ente econômico.

O Código Civil de 1916 (Lei 3.071 de 01/01/1916) era liberal no sentido burguês. Considerava a mulher relativamente incapaz – como os filhos menores, os pródigos e os índios – sujeita ao poder do marido. Não podia a mulher exercer atos da vida civil sem a autorização do marido. O Código Civil trazia o arcabouço da família liberal burguesa, em que todos se sujeitavam ao sucesso do grupo, “a família, como rede de pessoas e conjunto de bens, era um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico herdado e transmitido, um fluxo de propriedades que dependia, em primeiro lugar, da lei”⁴⁸.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 27/08/1962) foi um avanço indiscutível para o início da independência civil da mulher. O marido passou a exercer a chefia da sociedade conjugal e o pátrio poder com a colaboração da mulher. Inicia-se o movimento legislativo de equiparação entre o homem e a mulher no casamento, sem, no entanto, romper, por completo, a desigualdade. A mulher casada, a partir de então, se “emancipa”, não necessitando mais da autorização do marido para trabalhar fora, viajar, receber herança e comprar imóveis.

⁴⁸ PERROT, Michelle. Funções da Família. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Organização Michelle Perrot; Tradução Denise Bottman, partes 1 e 2; Bernardo Joffily, partes 3 e 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v. 4. p. 104.

A Emenda Constitucional 09/77⁴⁹, que introduziu o divórcio no Brasil, foi regulamentada pela chamada Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 26/12/1977), que rompeu a resistência católica sobre a perenidade também do casamento civil. Oportunizou, de modo igualitário, a iniciativa para romper o vínculo civil do matrimônio e proporcionou à mulher a faculdade de acrescentar ao seu o sobrenome do marido.

O novo Código Civil de 2002 (Lei 10.406 de 10/01/2002) foi fruto de projeto de lei que tramitou por mais de trinta anos no Congresso Nacional e que foi costurado em seus artigos originais por influência da Constituição Federal promulgada em 05/10/1988. Trouxe a igualdade civil entre homem e mulher, a política de proteção integral ao filho (criança e adolescente) e o reconhecimento da pluralidade de famílias, com observação dos princípios constitucionais já largamente debatidos na doutrina e aplicados pelo Estado Judiciante⁵⁰.

A legislação ordinária está referenciada pelos diplomas mais relevantes e em breve apanhado cronológico, demonstrando sempre a produção de idéias de uma nova hermenêutica, que preconiza a leitura da lei civil a partir dos princípios constitucionais. Nesse contexto, se inserem todas as famílias constitucionalmente protegidas. Rechaça-se o dispositivo legal que resulte, em sua interpretação, o tolhimento da aplicação daqueles princípios.

⁴⁹ Antes da Emenda Constitucional 09/77, porém, houve a tentativa frustrada da introdução do divórcio no Brasil através de Lei Ordinária (projetos de leis números 786/51; 3.099/53 e 1.810/60 todos de autoria do Deputado Federal Nelson Carneiro), contrariando preceito constitucional da indissolubilidade do casamento (CONFEDERAÇÃO DAS FAMÍLIAS CRISTÃS. **Em Defesa da Família**. Coletânea de Pareceres Jurídicos. São Paulo: Herder, 1962.

⁵⁰ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. Coordenação de Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito Civil, Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 1).

3 A UNIÃO ESTÁVEL (COMPANHEIRISMO)

O termo *concubinato puro*⁵¹ se refere ao relacionamento afetivo entre homem e mulher, sem impedimentos para a celebração do casamento, com a intenção de constituir família. Eduardo de Oliveira Leite escreveu: "Em poucas palavras, concubinato é a união estável de homem com mulher, fora do matrimônio"⁵².

O legislador constituinte originário utiliza a expressão união estável para se referir ao *concubinato puro*. Chamar hodiernamente a relação afetiva entre homem e mulher desimpedidos de casarem de *concubinato* é lhes agredir a honra. Este termo está carregado de preconceito e evidencia-se popularmente a qualidade de relacionamento inferior⁵³.

Os relacionamentos adúlteros e os incestuosos, para os quais se dá o nome de *concubinatos impuros*, são aqueles entre pessoas impedidas de se casarem. Agridem três princípios norteadores de organização familiar no Brasil que são, respectivamente, o da monogamia⁵⁴ e o da proibição da relação afetiva entre

⁵¹ "O concubinato puro é, portanto, uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem detrimento da família criada pelo casamento. Como acontece, por exemplo, na união entre solteiros, entre viúvos, entre separados judicialmente ou de fato (neste caso, cessam os efeitos decorrentes do casamento). O concubinato, nesse caso, puro, foi denominado união estável pela Constituição Federal de 1988 (art. 226)". LEITE, Eduardo de Oliveira. Concubinato na Atualidade. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná - IAP**, Curitiba, n. 25, p. 99, 1995.

⁵² LEITE, op. cit., p. 99.

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 65.

⁵⁴ O Art. 1.727 do Código Civil estabelece que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. O diploma civil, portanto, adota as designações "união estável", para o até então chamado "concubinato puro", e apenas "concubinato", para o "concubinato impuro".

parentes⁵⁵ e o do prestígio ao matrimônio⁵⁶. O adultério e o incesto são práticas que, quando muito em base moral, vêm sendo repudiadas desde a construção cultural da civilização das uniões afetivas humanas⁵⁷, e, atualmente, tais proibições também estão dispostas na legislação.

Este é o entendimento trazido no Parecer Final ao Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 118, de 1984, que tratou do novo Código Civil, e que faz distinção entre as duas situações – a união estável e o concubinato:

Retratada a união estável, pareceu prudente dar-se uma noção básica do concubinato, cuja existência diferenciada seria inútil e impróprio desconhecer. Sem regras minudentes, que tal situação desaconselha, a emenda indica a distinção: 'As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato'⁵⁸.

Aliado ao reconhecimento dos direitos iguais entre homem e mulher e à proteção especial que, há bem pouco tempo na história da civilização se concede à

⁵⁵ O Código Civil dispõe em seu art. 1.521 e incisos que estão impedidos de casar os ascendentes com os descendentes, seja parentesco natural ou civil; os afins em linha reta (avô/avó, pai/mãe, filho/filha, neto/neta, bisneto/bisneta, etc.); o adotante com o cônjuge do adotado e vice versa; os irmãos, unilaterais ou bilaterais; parentes colaterais até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho do adotante (irmão); as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

⁵⁶ É o que disposto na parte final do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal: "{...}, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

⁵⁷ Como referência ao repúdio social desta prática, pode-se transcrever: "Para o incesto praticado com a própria filha, previa o Código de Hamurábi a pena de banimento, que incluía o desligamento do pai de sua família, a perda dos bens e das propriedades, além de ver cassados os seus direitos de cidadão". AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 22.

⁵⁸ É o que dispõe o artigo 1.727 do Código Civil 2002. De lavra do Senador Josaphat Marinho, Relator Geral do Senado Federal ao Projeto de Código Civil, o parecer traz a preciosa informação de que a nova figura em direito de família - a união estável – foi regradada apenas em seus elementos fundamentais, deixando-se para a "experiência e os julgados" o seu delineamento e efeitos definitivos". REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. Coordenação de Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 152. (Biblioteca de direito civil, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 1).

criança dentro do âmbito familiar⁵⁹, o relacionamento informal entre o homem e a mulher desimpedidos à celebração do casamento configura união estável. É considerada entidade familiar e deve ser protegida pelo Estado⁶⁰, como forma também de observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Cogita-se dos motivos relevantes para tal reconhecimento. Um deles seria a existência de uniões entre homem e mulher separados de fato de cônjuge, ou pelo menos um deles e o outro solteiro, frente à impossibilidade jurídica de haver quebra do vínculo matrimonial, antes da vigência da Lei do Divórcio, obrigando que permanecessem convivendo independentemente da chancela da lei⁶¹.

Outros motivos podem ser mencionados para a prática da convivência informal entre homem e mulher e sua permanência como entidade familiar sem a celebração do matrimônio. Como exemplos, podem-se citar os seguintes: influência da cultura *moderna* de desapego ao compromisso formal, desafeição à estabilidade conjugal, não pretensão da assunção prévia do vínculo com conseqüências externas pré-constituídas juridicamente, justificação da experiência prolongada antes da formalização do vínculo, ignorância ao supor existência de complicador legal e econômico para a celebração do casamento, ou, por se entender que o casamento é

⁵⁹ Inclusive possibilitando a lei que o judiciário decida contrariamente à vontade dos pais relativamente aos filhos quando comprovado prejuízo a estes. É o que depreende da leitura do parágrafo único do artigo 1.584 do Código Civil: "Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e de afetividade, de acordo com o disposto na lei específica".

⁶⁰ Esta a redação dada ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal: "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

⁶¹ CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Como entendeu Silvana Maria Carbonera, "fez-se notar as conseqüências de um prolongado período de indissolubilidade: inúmeros concubinatos formaram-se".

infenso à mudança, pela condenação feita a sua origem⁶². Outras tantas razões poderão surgir e serem mencionadas em cada caso concreto⁶³.

Para atribuir ao convívio informal esta qualidade (união estável) e merecer o reconhecimento do Estado de Direito, a fim de que sejam atribuídos os efeitos jurídicos almejados, é necessária a produção de prova da afetividade e de estabilidade, pois estas não se presumem. Sendo informal, esta relação também nasce, a exemplo do casamento, pela vontade do homem e da mulher de permanecerem juntos. Entretanto, o nascimento é ocasião em que, no caso da união estável, são desconhecidos os efeitos que possam produzir juridicamente. Somente quando da dissolução ou do término do vínculo afetivo é que tais efeitos serão revelados. Muito se discutiu nos tribunais acerca dos direitos e dos deveres daí oriundos, quando o afeto já havia terminado ou pela passagem de um dos companheiros.

Inúmeros relacionamentos surgiram à margem da lei, inclusive aqueles que, embora desprovidos das características de convivência duradoura e de intenção de formação de família⁶⁴, eram defendidos como detentores de tais condições, em nome também da dignidade⁶⁵.

⁶² ASSEMBLÉIA DO PONTIFÍCIO CONSELHO PARA A FAMÍLIA. **Família, Matrimônio e “União de Fato”**. <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_20001109_de-facto-unions_po.html>. Acesso em: 26 jan. 2007.

⁶³ “Às vezes, a incapacidade de formalizar, no casamento, um relacionamento de casal, quando as duas pessoas estão morando juntas, indica que elas ainda estão muito emaranhadas com suas próprias famílias para definirem um novo sistema e aceitarem as implicações desse realinhamento” Na visão de: CARTER, Betty; MCGOLDRICK, Mônica. **As Mudanças no Ciclo de Vida Familiar: Uma Estrutura para a Terapia Familiar**. Tradução Maria Adriana Veríssimo Veronese. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995. p. 19.

⁶⁴ Maria Aracy Menezes da Costa, ao tratar da aplicação da proporcionalidade entre o princípio da autonomia privada - ou da autonomia da vontade -, o da boa-fé, e o da função social - ou do interesse social -, defende que, para configuração de união estável, haverá necessidade da prova da intenção do par em constituir família, ou seja, “relacionamento amoroso que se constitui em

A liberdade conquistada, em afastamento ao formal (lícito), foi novidade trazida pelas relações afetivas informais entre homem e mulher que, ao baterem as portas dos tribunais para que pudessem fazer valer direitos, mereceram a atenção e a advertência feita por João Baptista Villela⁶⁶:

mais do que um simples namoro”. A autora traz também nova nomenclatura: “o ‘namoro qualificado’, em que os partícipes não mais se abstêm, como antigamente, das relações de sexo entre si. Trata-se da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes, que, apesar de apreciarem a companhia um do outro, e seguidamente pernoitam juntos ou na casa de um ou na casa de outro, não têm o objetivo de constituir família. O ‘namoro qualificado’: mais do que namoro, e muito menos do que casamento ou união estável, sem se revestir das características do noivado; relação amorosa adulta, madura, consciente, em que o par voluntariamente opta por não assumir nenhum compromisso com o outro, apesar da publicidade da relação, e mesmo da continuidade; é, por exemplo, caso do par que sai em viagem de férias juntos, fazem viagens de fim-de-semana, e inclusive freqüentam festas familiares”. COSTA, Maria Aracy Menezes. A Autonomia da Vontade nas Relações Amorosas. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/noticia.aspx?codigo=1095>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

⁶⁵ Mesmo que seja comprovado o convívio duradouro, poderá faltar ao relacionamento requisito para a caracterização de união estável, como se verifica pelas seguintes ementas pesquisadas no repertório de jurisprudência do site do Tribunal de Justiça gaúcho: 1) “UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO MORE UXÓRIO. INOCORRÊNCIA. Não havendo prova de que o casal coabitasse, nem ficando cabalmente demonstrada a intenção de constituir um núcleo familiar com a autora, improcede o pedido de declaração de união estável. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70010326239, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 02/03/2005); 2) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO JUDICIAL DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM TUTELA ANTECIPADA DE PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR FEDERAL CIVIL. AUSÊNCIA DE REQUISITOS CARACTERIZADORES. Não se constitui união estável o relacionamento no qual não se configuraram a afeição conjugal com intenção de constituição de um núcleo familiar e a assistência mútua ínsita aos cônjuges, mormente, nos momentos cruciais da existência do companheiro, sinais marcantes da estabilidade do relacionamento. Apelação desprovida, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70007839954**. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 01-04-2004).

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. Em tendo a prova testemunhal apresentado contradição, e tendo a prova documental carreada evidenciado apenas a existência de um “namoro qualificado”, impõe-se manutenção da decisão de primeiro grau, que não reconheceu a existência da alegada união estável. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70009906942, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 02/12/2004)

”APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA. AUSÊNCIA DAS CARACTERÍSTICAS NECESSÁRIAS PARA A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, EXISTINDO, EM VERDADE, O QUE SE PODE CHAMAR DE “NAMORO QUALIFICADO”. INOCORRÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PRELIMINAR REJEITADA - UNÂNIME. APELO PROVIDO, EM PARTE - VOTO VENCIDO”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70003981008**. Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em: 31-10-2002).

⁶⁶ VILLELA, João Baptista. Liberdade e Família. Comunicado à VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus, 18 de maio de 1980). **Revista de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, p. 35, 1980a.

Equivocar-se-ia profundamente quem tomasse a nova idade da família por uma celebração do prazer e da inseqüência. O novo modelo, ainda em estado de formação, contém um forte apelo ao exercício da responsabilidade na sua mais radical expressão, vale dizer, aquela em que instância ética não se situa fora, mas dentro da pessoa mesma e, portanto, não a dispensa de decidir, isto é, de percorrer o penoso caminho da autodeterminação.

A liberdade não exclui a responsabilidade. Ao contrário: é esta que não tem como exercitar-se onde falta aquela. O consenso tende a sair de uma economia episódica para uma economia de duração.

Seguindo o movimento social contemporâneo, diante da tão sonhada realização individual, deixava-se a lei de lado, face à impossibilidade de dissolução do vínculo matrimonial antes celebrado. Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, válida seria a busca de novo arranjo familiar e de nova experiência de vida afetiva.

Como seqüência, a importância dos interesses individuais dos sujeitos da família, isto é, da busca da felicidade como mola propulsora, provocou a valorização de vários elementos anteriormente secundários, dentre os quais se encontra a afetividade⁶⁷.

O fenômeno do concubinato é realidade. O Direito abre a porta para abarcar a relação afetiva informal entre o homem e a mulher, configurada como união estável, com a finalidade de protegê-la como entidade familiar.

A união estável surge no Brasil como conceito jurídico a partir de 1988. A Constituição Federal promulgada trouxe no § 3º do artigo 226 a denominação legal do novo instituto: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

⁶⁷ VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família – Comunicação à VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus, 18 a 22 de maio 1980)**. Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG. Volume III Série Monografias – n. 2. Beto Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980b. p. 13.

Antes disto, porém, a legislação brasileira já admitia a proteção de companheiro. Um exemplo disso está no Decreto 2.681 de 07 de dezembro de 1912 (Lei de Estradas de Ferro) que previa a indenização de dependente privado de alimentos por morte em acidente ferroviário⁶⁸. Outro exemplo está no Decreto 3.724 de 15 de janeiro de 1919 que tratou da indenização por acidente de trabalho⁶⁹. A legislação previdenciária já admitia tal proteção desde o Decreto-lei 66 de 21 de novembro de 1966⁷⁰. Com a Lei 5.890 de 08 de junho de 1973, foi efetivamente considerado o companheiro como dependente de primeira classe, concorrendo com a esposa⁷¹.

A jurisprudência também enfrentou o tema pelas inúmeras questões advindas da ruptura ou do término de uniões informais que clamavam por solução

⁶⁸ Art. 22. No caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indemnizará, a arbítrio do juiz, todos aquellos aos quaes a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação.

⁶⁹ Art. 7º. Em caso de morte a indemnização consistirá em uma somma igual ao salario de tres annos da victima, a qual será paga de uma só vez á sua familia, conjuge sobrevivente e herdeiros necessarios, observadas as disposições do Codigo Civil sobre a ordem da vocação hereditaria e mais 100\$ para as despesas de enterramento. § 3º Na falta de conjuge, ou estando este divorciado por culpa sua ou voluntariamente separado, e não havendo herdeiros necessarios, si a victima deixar pessoas cuja subsistencia provesse, a essas pessoas deverá ser paga a indemnização, reduzida nesse caso á somma igual ao salario de um anno.

⁷⁰ Art. 3º O artigo 11 da Lei nº 3.807 passa a ter a seguinte redação: "Art. 11. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei: I - a espôsa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas; II - a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida; § 3º Inexistindo espôsa ou marido inválido com direito às prestações, a pessoa designada poderá, mediante declaração escrita do segurado, concorrer com os filhos dêste. § 4º Não sendo o segurado civilmente casado, considerar-se-á tácitamente designada a pessoa com que se tenha casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no parágrafo anterior.

⁷¹ Art. 1º A Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 2º Definem-se como beneficiários da previdência social: II - dependentes: as pessoas assim definidas no art. 11." I - a esposa, o marido inválido, **a companheira**, mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas."

no direito. Foi assim que houve a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, das súmulas 35⁷², 380⁷³, 382⁷⁴ e 447⁷⁵.

A Carta Magna de 1988 reconheceu a união estável como sendo aquela convivência entre homem e mulher na qual se verifica a intenção de permanência, como se marido e esposa fossem os companheiros com a nítida intenção de constituírem família, com a aparência de um relacionamento conjugal, bem como onde haja possibilidade de sua conversão em casamento, o que deve ser facilitado pelo Estado.

Adverte-se, entretanto, que a referência acima não quer significar hierarquia de classe ou da qualidade afetiva entre a união estável (informal) e o casamento (formal). Apenas que, para o Estado, por comando constitucional, há que se propiciar que aqueles relacionamentos afetivos entre homem e mulher sejam formalizados. Como ensina Gustavo Tepedino⁷⁶:

Não há dúvida quanto à admissão, pelo constituinte, ao lado da entidade familiar constituída pelo casamento, das entidades familiares formadas pela união estável (art. 226, § 3§) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e de seus descendentes (art. 226, §, 4§). ... Completamente diversa é a tutela do casamento como ato jurídico solene, protegido prioritariamente pelo ordenamento porque (só ele) capaz de trazer absoluta segurança para as relações patrimoniais e não patrimoniais que

⁷² Sessão Plenária de 13/12/1963. 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.

⁷³ Sessão Plenária de 3/4/1964. 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.

⁷⁴ Sessão Plenária de 3/4 /1964. A VIDA EM COMUM SOB O MESMO TETO, "MORE UXÓRIO", NÃO É INDISPENSÁVEL À CARACTERIZAÇÃO DO CONCUBINATO.

⁷⁵ Sessão Plenária de 1º/10/1964. É VÁLIDA A DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA EM FAVOR DE FILHO ADULTERINO DO TESTADOR COM SUA CONCUBINA.

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html>. Acesso em: 07 dez. 2006.

inaugura, com a constituição da família, seja quanto aos filhos, como no que concerne aos cônjuges e às relações com terceiros que com estes venham a contratar. Daí porque ter assegurado o constituinte a gratuidade da celebração do casamento civil (art. 226, § 1º), além dos efeitos civis do casamento religioso (art. 226, § 2º), de larga tradição nos costumes pátrios. Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares.

É exatamente a interpretação da parte final do dispositivo constitucional que revela a espécie de relacionamento de fato que está a se tratar e, agora, é reconhecido pelo Direito do Estado⁷⁷.

Haverá união estável se existir a possibilidade de alçar a convivência afetiva entre homem e mulher à condição de casamento, e a lei, por mandamento constitucional, deverá privilegiar e facilitar tal conversão. Significa dizer, contrário senso, que, havendo a incidência à relação de fato de qualquer dos impedimentos legais inscritos no art. 1.521 do Código Civil⁷⁸, união estável não será, como exceção expressa feita pelo Código Civil ao admitir união estável na convivência informal entre homem e mulher anteriormente casados e separados de fato ou judicialmente de seus cônjuges⁷⁹.

Vale referir que estão impedidos de casar ascendentes com descendentes, como, por exemplo, pais com filhos, avôs com netos, e assim sucessivamente,

⁷⁷ Art. 226, §3º. “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.**”

⁷⁸ Art. 1.521 do Código Civil de 2002: “Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

⁷⁹ O §1º do artigo 1.723. “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso da pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

inclusive de parentesco civil (por adoção); o cônjuge do adotante não pode casar-se com o adotado, bem como o do adotado, não pode casar-se com o adotante; os irmãos e os primos até o terceiro grau, inclusive, incluídos irmãos adotivos; as pessoas casadas; e o cônjuge de vítima de homicídio consumado ou tentado com o condenado por este crime contra seu consorte.

A legislação brasileira surgida para prever e regular os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão antes do advento do novo Código Civil foi criticada pela doutrina. A Lei 8.971 de 29/12/94, além de conter impropriedades de linguagem jurídica⁸⁰, também comete impropriedades de mérito, ao assemelhar, quanto aos seus efeitos, a união estável entre homem e mulher ao casamento, e, em alguns casos extremos, beneficia mais a companheira do que a própria esposa⁸¹, contrariando preceito constitucional que, determinando ao legislador a facilitação da conversão da união estável em casamento, preferiu atribuir a este a forma da constituição da família brasileira, injustificável distinção dos direitos.

O que resta à posterior Lei 9.278 de 10/05/96 que regulou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal? Acata, em seu texto, o que já vinha sendo decidido pelos

⁸⁰ VILLELA, João Baptista. Alimentos e Sucessão entre Companheiros: Apontamentos Críticos sobre a Lei nº 8.971/94. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n 7/95, p. 119, 1ª quinzena abr. 1995; "... a Lei nº 8.971 parece tomada pelo cacoete de exprimir-se em linguagem politicamente correta. Assim, enquanto o Código fala em "os menores" para significar tanto os menores propriamente ditos, *stricto sensu*, quanto as menores, e no mesmo sentido "os loucos", "os pródigos", "os filhos", ... "a Lei 8.971 rendeu-se ao desnecessário e fútil cuidado de flexionar, segundo o gênero, companheiro e autor da herança. Quem duvidaria que o autor da herança, onde quer que a expressão apareça, pudesse ser mulher? Se a moda pega, vamos ter logo o Código Civil alterado para que ali também se adote uma linha politicamente correta e, ao invés de "os loucos", "os pródigos", "os surdos-mudos", etc., como convém à sobriedade e discricção da lei, vamos ter "os loucos e as loucas", "os pródigos e as pródigas", "os surdos mudos e as surdas-mudas", e assim por diante." Mais adiante: "Ou bem se diz de cujus, em bom latim, ou há de se empregar um equivalente vernáculo, como hereditando ou o mesmo autor da herança. De cujos que a lei usa no art. 2º, II, não é português nem latim."

⁸¹ Neste sentido ver textos de: VILLELA, João Baptista. Alimentos e Sucessão entre Companheiros: Apontamentos Críticos sobre a Lei nº 8.971/94. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 7, p. 119, 1ª quinzena abr. 1995; ESTROUGO, Mônica Guazzeli. Sobre a União Estável e a Lei nº 8971/94. **Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da PUC-RS**, Porto Alegre: Acadêmica, v. 17, anos XVII e XVIII p. 71-83, (1995-1996).

tribunais, alcançando largos direitos à companheira, equiparando-a à esposa. Restou, portanto, à responsabilidade do Poder Judiciário⁸², novamente - como já ocorrerá na época em que se reconhecia a sociedade civil nas relações informais entre homem e mulher, para possibilitar, em caso de conflito, indenização por serviços prestados à mulher que não lograva comprovar, em processo judicial, sua contribuição efetiva para construção do patrimônio. Enfim, definir, no caso de desunião entre os companheiros ou do término da relação informal, o que⁸³ fica com quem e, em caso de passagem de companheiro, definir a ordem de vocação hereditária.

Atualmente, após anos e inúmeros debates doutrinários e judiciais, a matéria está regulada pelo novo Código Civil⁸⁴.

O regime de bens que vigora na união estável, na ausência de contrato escrito entre os companheiros, é o da separação parcial: os bens amealhados na constância da união estável serão de ambos⁸⁵, sem a necessidade da produção de prova do esforço comum.

As primeiras decisões dos tribunais brasileiros acerca do tema, quando da desunião ou da morte de um dos companheiros antes da Constituição Federal de

⁸² A propósito, o texto do Parecer final ao Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984, referido anteriormente, de autoria do Senador-relator Josaphat Marinho, há expressado o entendimento: "Outras normas não foram elaboradas, a respeito da união estável, por entender-se que, se tratando de figura nova, que o Constituinte alçou a condição de entidade familiar, melhor será que a experiência e os julgados lhe delineiem os efeitos definitivos. Traçadas as linhas fundamentais, como estão, a vida indicará a configuração final."

⁸³ "Que" como pronome designando coisa (bens patrimoniais). A filiação é tratada sob outro ponto de vista, qual seja o das melhores condições para a criança se desenvolver.

⁸⁴ A leitura do artigo 1.723 do Código Civil de 2002 traz a definição do que seja união estável: aquele relacionamento afetivo estabelecido entre homem e mulher, que convivem publicamente, de forma contínua e duradoura, estabelecido com o intuito de constituição de família.

⁸⁵ O Artigo 1.725 do Código Civil de 2002 dispõe que, ausente contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais deles, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

1988, devem ser consideradas avançadas⁸⁶: reconhecimento de uma sociedade de fato, na hipótese da mulher, na imensa maioria, que lograsse comprovar a efetiva colaboração para a construção do patrimônio. Caso contrário, haveria o direito à indenização por "serviços prestados"⁸⁷.

Vê-se, portanto, que o vínculo jurídico, encontrado para solucionar desavenças ou término da união afetiva de fato entre homem e mulher, foi o obrigacional. Havia lacuna legal no direito de família.

Este entendimento jurisprudencial recebeu duras críticas por parte da doutrina⁸⁸, precipuamente quanto à partilha dos bens *aquestos* em processo judicial de dissolução entre companheiros que litigavam por parcela do patrimônio e

⁸⁶ Recurso Extraordinário 79079/SP RTJ VOL-84-02 PP-0487 "1. Deve distinguir-se no concubinato a situação da mulher que contribui, com o seu esforço ou trabalho pessoal, para formar o patrimônio comum, de que o companheiro se diz único senhor, e a situação da mulher que, a despeito de não haver contribuído para formar o patrimônio do companheiro, prestou a ele serviço doméstico, **ou de outra natureza**, para o fim de ajudá-lo a manter-se no lar comum. Na primeira hipótese, a mulher tem o direito de partilhar com o companheiro o patrimônio que ambos formaram; e o que promana dos arts. 1.303 e 1.366 do código civil, do art. 673 do Código. Processo. Civil de 1939, este ainda vigente no pormenor por força do art. 1.219, VII, do Código. Processo. Civil de 1939, e do verbete 380 da Súmula desta corte, assim redigido: "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". Na segunda hipótese, a mulher tem o direito de receber do companheiro a retribuição devida pelo serviço doméstico a ele prestado, como se fosse parte num contrato civil de prestação de serviços, contrato esse que, ressamadamente, outro não é senão o bilateral, oneroso e consensual definido nos arts. 1.216 e seguintes do Código Civil, isto é, como se não estivesse ligada, pelo concubinato, ao companheiro." (Grifos nossos).

⁸⁷ Art. 1.216 do Código Civil Brasileiro: "Toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição".

⁸⁸ "A impressão que se tem, para usar uma expressão mais que coloquial, é a de que os Tribunais, nas belíssimas (e no entanto equivocadas!) decisões que vêm proferindo, querem tirar o atraso. Mostram-se quase arrependidos dos muitos anos em que o judiciário nenhum direito atribuía à companheira, tratando-a como uma prostituta, e também, dos muitos e muitos acórdãos em que se deu à concubina uma indenização por serviços prestados, com base no salário mínimo. Estas decisões, proferidas em época em que já se mostrava evidente uma defasagem significativa entre a realidade social e o direito, chocavam. Geravam indignação e revolta." (PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade Familiar e Casamento Formal: Aspectos Patrimoniais. In: CAHALI, Yussef Said. **Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Direito de Família: Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais**. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim Pinto. São Paulo: RT, 1993. p. 80-93).

proferidas já sob a égide da nova Carta Magna que concedeu especial proteção à união estável.

Em respeito à crítica, imperioso admitir o avanço pretoriano que, mormente a existência de lacuna da lei, encontrou e alcançou direitos àquelas pessoas que, após findo o relacionamento informal, se encontravam novamente sozinhas em momento difícil de reconstrução pessoal.

Decidir de outra forma seria exigir o rompimento abrupto de valores construídos durante séculos que, embora possam e devam ser discutidos, são tendentes à proteção daquela instituição familiar de características tradicionais. Assim, deve-se admitir o avanço pretoriano daquela época ou pelo menos admitir no direito tal espécie de enlace afetivo e aplicá-lo sob o viés obrigacional em vista de lacuna legislativa.

Em situações concretas de ruptura da união estável levadas aos tribunais, a única certeza é dividir. A divisão pressupõe diminuição sob todos os aspectos⁸⁹, principalmente no afetivo. A jurisprudência cuidará, entretanto, de tentar afastar, tanto quanto possível, enorme prejuízo que poderá recair a alguma das partes⁹⁰, ante ao natural prejuízo provocado pela própria dissolução, no intuito da

⁸⁹ 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.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 21. "O primeiro país a enfrentar corajosamente a questão foi a Inglaterra (1960) que, impressionada com a pobreza decorrente da ruptura do vínculo matrimonial e com as conseqüências daí advindas, passou a se referir às *one - parents families* ou *lone - parents families*, nos seus levantamentos estatísticos."

⁹⁰ Neste ponto, preferi utilizar o termo "parte", para frisar a eventual fase judiciária de determinada relação afetiva.

recuperação da estabilidade pessoal de ambos, ou do prejuízo ante as pretensões absurdas⁹¹.

O reconhecimento da união estável pelo legislador constituinte originário de 1988 pode ter trazido também a opção social do convívio afetivo informal entre homem e mulher. Na mesma linha de importância, estão os reconhecimentos dos direitos à igualdade jurídica entre o homem e a mulher, da criança e do adolescente⁹², à assistência, ao planejamento familiar protegido da interferência do poder público, senão quanto a propiciar condições de acesso à educação e à ciência para melhor exercício desse direito⁹³.

Tal reconhecimento constitucional da união estável foi resultado da observação da realidade social com inúmeros relacionamentos à margem da lei, chamados de relações concubinárias, ou concubinatos puros. Casais afastados, pelo término do convívio por razões de toda ordem, e o surgimento de outra relação afetiva de fato, entre homem e mulher, que talvez, não pela falta do desejo de celebração do casamento, mas exatamente pelo impedimento legal, ainda não tenham procurado a conversão.

⁹¹ Exemplo de pretensão de declaração de união estável de pessoa que esteja em 'namoro qualificado', como menciona Maria Aracy Menezes da Costa.

⁹² Entre os avanços dos Direitos da pessoa humana, digna menção se faz do direito dos filhos advindos de relacionamento fora do matrimônio, em união estável ou até mesmo em relação adúlterina, que passaram a deter igualdade de direitos de tratamento e de sucessórios, não sendo permitida a discriminação.

⁹³ Planejamento Familiar é tema oposto ao controle da natalidade, este grave problema do Brasil, como refere a coordenadora nacional de pesquisa e ação em saúde e direitos sexuais e reprodutivos da Rede Dawn – Development Alternatives With Women for a New Era Sônia Correa e Ana Paula Portella refere que “o Governo nunca conseguiu fazer uma cobertura eficaz de ações para o planejamento familiar no país todo. Infelizmente não é uma prioridade dentro da política de saúde pública no país”. LOIOLA, Mariana. **Planejamento Familiar ou Controle de Natalidade?** Disponível em: <http://www.lainsignia.org/2004/febrero/soc_005.htm>. Acesso em: 26 jan. 2007.

Surge modernamente o conceito de família eudemonista⁹⁴. Verifica-se hoje a tríade Pai-Mãe-filhos, também a família monoparental, constituída por qualquer um dos ascendentes diretos (pai ou mãe) e a prole (filhos). Igualmente, verifica-se a percepção e a recepção jurídica da expressão *afetividade*, em parâmetro com a denominada *affectio maritalis*, juridicamente presumida no casamento civil.

Com a transformação social, Luiz Edson Fachin houve por bem tratar de afastar e de diferenciar duas situações distintas e originárias da família:

Da família matrimonializada por contrato chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever; e a coabitação, uma opção, um ato de liberdade. Da margem para o centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restam prioritariamente considerados⁹⁵.

Significa dizer, de maneira diversa e com o mesmo sentido, que esta família informal detém no afeto o elemento jurídico e público de sua identidade e manutenção. Validaria a seguinte assertiva: se casados, presumido o afeto, desmerecido pelo virtual peso da *histórica* forma e, se unidos informalmente, justificado pelo afeto a fundamentar (prova futura) a vontade de assim permanecerem. Tal lógica talvez não seja a mais adequada. O elemento jurídico afeto, em eventual dissolução ou término da relação, poderá necessitar de prova para existir juridicamente.

Visível é a dificuldade em verificar as relações informais entre homem e mulher em caso de dissolução ou de término. Ou seja, há incertezas e tudo se

⁹⁴ Doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, i, e., que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade. **Novo Dicionário Aurélio**. Versão 5.0 – Edição revista e atualizada. Curitiba: Positivo Informática, 2004. (CD-ROM).

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 98.

verificará na medida em que forem ocorrendo as lides a serem dirimidas pelo Poder Judiciário, para que seja encontrada a melhor solução. Cada caso deverá ser bem avaliado pelo juiz de família que, através do ideal de experiência pessoal e funcional, deverá julgá-lo.

4 A SOCIEDADE CONJUGAL (CASAMENTO)

Existem inúmeras definições de casamento. Na maioria delas, se verifica a presença da união afetiva entre homem e mulher de forma perene. Nas explicações perpassadas, percebe-se que neste está abrangida a união estável. Não poderia ser diferente, segundo princípio constitucional atual, que este tipo de união rumo para àquela, mediante conversão.

Para Lafayette, o “Casamento é um acto solemne pelo qual duas pessoas de sexos diferentes se unem para sempre, sob a promessa recíproca da fidelidade no amor e da mais estreita comunhão da vida”⁹⁶.

Clóvis Beviláqua define casamento como sendo “contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer”⁹⁷.

Ambos os conceitos trazem a idéia de contrato como elemento fundamental para a existência do casamento. O instrumento formal balizador da relação afetiva. Em acordo com seu tempo.

⁹⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, 1834-1917. **Direitos de Família**. Prefácio de Sávio de Figueiredo. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 29.

⁹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 16.

Em interessante obra, escrita no final da década de sessenta em defesa da família e do casamento contra o movimento para introduzir o divórcio no Brasil, dentre vários pareceres de juristas ilustres, encontra-se o seguinte conceito de casamento de João Franzen de Lima⁹⁸: “Casamento é a união de um homem e uma mulher livre e solenemente estabelecida para sempre, visando à instituição e à manutenção da família legítima”.

Pontes de Miranda⁹⁹, antes de conceituá-lo, diz que o casamento é:

regulamentação social do instinto de reprodução, varia, como todas as instituições sociais, como os povos e com os tempos. Mas é preciso distinguirem-se a *união legal* (casamento, no sentido jurídico) e a *forma atual*, sociológica, da regulamentação do instinto de perpetuação da espécie, da *férrea necessitas*. Socialmente, a união *tolerada* não é apenas a união *legalizada*.

Vaticina adiante que:

(...) o casamento não partiu de forma única; nem tende, tão-pouco, a isso. A família pode originar-se de quaisquer uniões sexuais, mas nem sempre as pessoas oriundas de relações não-legais constituirão *família*, na acepção jurídica, isto é grupo de parentes entre os quais existam relações de direito¹⁰⁰.

⁹⁸ LIMA, João Franzen de. Parecer. In: CONFEDERAÇÃO DAS FAMÍLIAS CRISTÃS. **Em Defesa da Família**. Coletânea de Pareceres Jurídicos. São Paulo: Herder, 1962. p. 69.

⁹⁹ O jurista adverte, entretanto, que “não é possível considerar-se o casamento, no terreno jurídico, como fato jurídico tão-só, porque, se isso satisfaz a dogmática do direito e bastaria à exposição formal, de modo nenhum contentaria a quem procurasse a estrutura sociológica da instituição jurídica, a história do fato jurídico, nem, tão-pouco, ao intérprete – juiz, professor, advogado – porque se lhe deparariam regras jurídicas e conceitos que são como nó, pontos duros e resistentes, no desenvolvimento lógico do instituto. O raciocínio para diante de tais reminiscências religiosas com as quais *também* tem de pensar o expositor. Assim, em nenhum ramo do direito civil se encontra maior coeficiente de sugestões que vêm de outras dimensões sociais. Principalmente, sugestões religiosas e éticas. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII (Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento)). 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 212.

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 199.

Antes de definir o que entendia ser o casamento, este importante jurista manifesta: “As definições de casamento têm, como se vê, a natureza incerta e temporária de todas as coisas sociais. O seu fim deve ser o de caracterizar o seu tempo, e nada mais. Tempo e lugar. Não há conceito *a priori* de casamento que valha para todos os tempos e para todos os povos”¹⁰¹.

Assim, após as considerações acima, Pontes de Miranda apresenta o significado do casamento, e o faz da forma mais completa para a mais concisa, da mais complexa para a mais simples e prática. Primeiro, o define como sendo:

o contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer¹⁰².

Retornando ao tema, entende o autor poder ser excluída da definição considerações quanto à capacidade dos nubentes para a celebração do ato e quanto aos efeitos emanados por ele relativamente à prole e ao regime de bens; revelando ser contrato típico “de direito de família que regula a vida em comum (não só a união sexual) entre o varão e a mulher”¹⁰³.

Nesse mesmo sentido, para Silvio Rodrigues, o casamento “é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII (Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento)). 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 209.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 210.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 210.

conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, de cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”¹⁰⁴.

O autor acima retoma o contrato como elemento basilar do casamento, em nítida referência a sua formalização de acordo com os parâmetros legais. Nessa definição, o casamento é contrato de direito de família, enquanto, de acordo com a concepção do fenômeno da repersonalização, deve ser instrumento de celebração à decisão dos afetos.

Caio Mário da Silva Pereira trouxe a idéia de movimento, de dinamismo, sem preponderância da formalidade, ao conceituar o casamento. Para ele, “é a união de duas pessoas de sexos diferentes, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”¹⁰⁵.

Percebe-se, pelas definições apresentadas e a par da história da família e do próprio casamento, a secularização do casamento, no sentido de sua transformação como independente de ideologias religiosas e culturais - no instante que refere ser apenas instrumento jurídico, a fim de, ao celebrar a vida comum, formalizar a união afetiva entre homem e mulher.

Rodrigo da Cunha Pereira informava que:

(...) o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, órgão responsável no Brasil pela estatística da população brasileira, divulgou dados sobre o registro civil atualizado até 1994. Pode-se constatar, por

¹⁰⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6. p. 17.

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. V. p. 33.

estes dados, que há uma diminuição do número de casamentos oficiais de 38% entre 1980 e 1994. Em 1980, a taxa de nupcialidade era de 8 por 1.000, e em 1994 reduziu para 4.96 por 1.000. Esta redução vem-se acentuando desde 1974, refletindo uma tendência internacional, que é o aumento das uniões não-oficiais em todo o mundo¹⁰⁶.

Adiante, o autor revela dado importante: “Em 1974, houve 818.990 casamentos civis no Brasil e em 1994 foram 736.129”¹⁰⁷.

A análise dos resultados da estatística do Registro Civil do ano de 2004, elaborado pelo mesmo instituto, traz a informação de que foram realizados 806.968 casamentos no Brasil, com variação relativa da ordem de 7,7% quando comparado ao número de celebrações matrimoniais ocorridas no ano de 2003. O documento registra o crescimento, em números absolutos, desde o ano de 2001, no número de casamentos realizados.

A análise informa também que a “taxa geral de nupcialidade legal” - obtida pela divisão do número de casamentos pelo de habitantes acima de 15 anos de idade e multiplicando-se o resultado por 1000 - decresceu de 7,2% no ano de 1994 para 6,2% em 2004¹⁰⁸. em contraposição ao mandamento constitucional favor *matrimonii*, acenando para necessidade de adoção de medidas no sentido de seu revigoramento.

¹⁰⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família – Uma Abordagem Psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 49.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 49.

¹⁰⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatística do Registro Civil do ano de 2004**. Disponível em: <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2004/comentarios.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

A estatística do Registro Civil do ano de 2005 informa que foram realizados 835.846 casamentos no Brasil, 3,6% superior ao ano de 2004. A “taxa geral de nupcialidade legal” cresceu 6,2% no ano de 2005 em comparação ao ano de 1995, que era de 6,8%¹⁰⁹, em oposição ainda aquele mandamento constitucional favor *matrimonii*.

Acenando-se para a necessidade de adoção de medidas no sentido do revigoramento do casamento civil, deve ser feita a referência ao chamado “casamento coletivo”¹¹⁰ como integrante no rol das ações públicas no sentido de incentivo à população ao comando de princípio constitucional e a forma gratuita de sua realização, como determina a Constituição Federal¹¹¹.

Como prática social que deve continuar a ser cada vez mais estimulada, segundo informa princípio constitucional *pro matrimonii*, o casamento é juridicamente contraído por meio de consentimento qualificado, entendido como sendo emanado pelo par homem e mulher, aptos¹¹² a exercerem projeto de

¹⁰⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatística do Registro Civil de 2005.** Disponível em: <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2005/comentarios.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

¹¹⁰ Realizado com o esforço de parcerias entre prefeituras, cartórios e igrejas em diversas comunidades brasileiras, como ação pública fundada no princípio da conversão da união estável em casamento, o chamado “casamento coletivo” é prática social, como veiculam as notícias. <http://www.agenciadenoticias.pr.gov.br/modules/news/article.php?storyid=11746>; <http://www.ufmg.br/congrext/Direitos/Direitos42.pdf> <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u115938.shtml> <http://www.cdh.am.gov.br/noticia.php?xcod=1676> <http://www.guaira.pr.gov.br/php/noticia.php?id=630> http://www.itajai.sc.gov.br/noticias_det.php?id_noticia=3863 <http://www.fieam.org.br/sesi/noticia0016.php> http://www.pocosdecaldas.mg.gov.br/portal/noticias/assistencia_social/casamento_coletivo_reune_78_casais_no_palace_200609261580/

¹¹¹ É o que determina o §1º do Art. 226 CF/88: “O casamento é civil e gratuita a celebração”.

¹¹² A aptidão exprime a condição do nubente de ser capaz civilmente ou, em caso de ser menor, deter autorização do responsável, também estar desimpedido e inenfermo às causas de suspensão do ato (Artigos 1.517 até 1.524 do Código Civil).

comunhão plena de vida em celebração formal e pública¹¹³. Também, pode ser configurado pela conversão da convivência informal estável¹¹⁴. O casamento detém especial proteção do Estado.

Pelo viés fenomenológico, dois elementos devem constar na relação conjugal, sob pena de, na ausência de um deles, haver possibilidade de dissolução: 1) a convivência pública, contínua e duradoura, ou a comunhão plena de vida (afetividade ou *affectio maritalis*) e 2) a *finalidade* de constituição de família.

A convivência determina a exteriorização da afetividade, sentimento alçado à categoria jurídica. São sinais ao espaço público da relação conjugal entre o homem e a mulher, somado ao registro civil também como garantia de direitos próprios, dos filhos e de terceiros.

Cabe fazer menção de que a prole representa cada vez menos o sinal exterior da existência do convívio conjugal, vale dizer, a presença de filho já não é mais determinante à permanência da comunhão plena de vida dos pais¹¹⁵. Por um viés axiomático, deve se ter em conta que a convivência dos pais, a valorização atribuída à criança, em decorrência do reconhecimento de direitos especiais recentemente reconhecidos pelo ordenamento jurídico — no sentido de propiciar condições para melhor proteção, educação, cultura, lazer de pessoa humana em

¹¹³ Artigos 1.525 a 1.542 do Código Civil.

¹¹⁴ Artigos 226, parte final do §3º da Constituição Federal e 1.726 do Código Civil.

¹¹⁵ Entretanto, deve ser ressaltado o fato de que a existência de filho(s) apenas transformará a qualidade do convívio, que tende a permanecer, dos pais separados, em que pese presumida desafeição (alimentos, guarda e visitação).

desenvolvimento¹¹⁶ —, indica observância ao valor da perseverança para evitar o fim do “ninho”. Anote-se que a separação física do casal é mera conseqüência da outra (emocional e afetiva), portanto a reflexão, se possível, deve se dar bem antes da decisão do afastamento¹¹⁷.

O segundo elemento, a *finalidade* de constituição de família, pelo que foi visto acima, para ser válido, deverá receber outros pilares de sustentação, não somente o que exprime a existência da prole. Em que pese fundamental a verdade de que a relação afetiva entre homem e mulher tem a qualidade de poder gerar a digna vida humana, a realidade social brasileira demonstra, ainda hoje, além da prática do desafeto de casais com filhos e a posterior dissolução do vínculo jurídico do casamento, também casos de enjeitamento de filho, fato menos tolerado pelo sistema social atual¹¹⁸. A busca do elemento *finalidade* deverá, afora a existência da prole, ser permeada pela necessária reflexão sobre o tipo de *convivência* do casal.

¹¹⁶ Artigos 227 da Constituição Federal, e 3º, 4º e 5º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

¹¹⁷ Em relação ao divórcio e à questão da situação dos filhos, admite-se que eles “{...} são as primeiras vítimas das decisões dos seus pais. É verdade que se difunde amplamente a idéia de que a separação ou o divórcio é a solução natural para as crises conjugais, e alguns dizem que, no fim de contas, a separação não é tão negativa para os filhos. ‘É melhor um bom divórcio’ afirmam estas pessoas do que um ‘mau matrimônio’. Diz-se que os filhos sofrem menos por causa da separação clara, do que em virtude de um clima de dissabores existente entre os pais. Contudo, nos numerosos estudos que foram dedicados a este tema, muitos observadores realçam que o divórcio desequilibra todos os membros da família, altera profundamente os relacionamentos entre os pais e os filhos, durante os anos decisivos, em que se forma a sua personalidade, e leva os mesmos a perder os pontos de referência simbólicos, oferecidos pelo ambiente familiar. A criança deve voltar a inserir-se em novas relações familiares, o que é causa de alterações ou mesmo de sofrimentos. Para o filho, o divórcio dos pais será o acontecimento mais importante e doloroso dos anos do seu crescimento, o acontecimento que o atingirá de maneira mais profunda. As conseqüências do divórcio sobre o filho são profundas, numerosas e duradouras. Algumas delas só se manifestarão a longo prazo.” Estas as conclusões da XV Assembléia Plenária da pastoral familiar e casais em dificuldade dado a conhecimento público pelo Vaticano. ASSEMBLÉIA DO PONTIFÍCIO CONSELHO PARA A FAMÍLIA. **Conclusões da XV Assembléia Plenária.** (Pastoral familiar e casais em dificuldade). Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family_doc_20021019_xv-plenary-conclusions_po.html>. Acesso em: 26 jan. 2007.

¹¹⁸ Notícia que ganhou repercussão nacional e internacional sobre a criança de três meses de idade que foi encontrada dentro de um saco de lixo, boiando na lagoa da Pampulha em Belo Horizonte/MG, traz o exemplo de enjeitamento de filho ou da pessoa humana em

Procura-se qualificar a *finalidade* de constituição de família a partir da espécie de convivência do casal. Ninho?

Com a possibilidade de quebra do vínculo conjugal, com o reconhecimento das entidades familiares da união estável e da família monoparental, para os fins da proteção do Estado, e mais os fenômenos da industrialização, da urbanização, do ingresso da mulher no mercado de trabalho e sua cada vez maior participação e atuação social, política e jurídica, sem olvidar a transformação operada na condição social do jovem, este, em número cada vez mais reduzido no seio familiar, pela proliferação da chamada família nuclear que, como consequência, permite maior convívio entre seus integrantes, admite-se a seguinte descrição: “A família converteu-se apenas, ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da intimidade das pessoas. Ela constitui hoje um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua”¹¹⁹.

Esta visualização do *local familiar* (ninho) já havia sido intuída por Pontes de Miranda quando afirmou que “seria o *ninho* o ponto de partida” da família. Disse apenas: “Resta pensar-se no ninho em si, como trecho de espaço para onde convergem os animais. A casa, ponto de partida, se se prefere, para que se não restrinja o conceito ao ninho feito e se apanhem os cantos, as anfractuosidades e os

desenvolvimento. Houve a condenação em oito anos e quatro meses de prisão, em regime fechado, da mãe da criança. Após ter cumprido pouco mais de um ano, poderá requerer a progressão de regime para semi-aberto. Segundo notícia publicada no site do “O Globo”, o motivo da mãe ter enjeitado o próprio filho foi pela intenção dela de escondê-lo do namorado, já que não era o pai. Neste caso, provável que a afetividade entre ela e o namorado chegou ao nível preocupante. MÃE DO bebê da Pampulha pode sair da prisão em quatro meses. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/01/21/287500186.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

¹¹⁹ VARELA, Antunes. *Apud* CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Coordenador Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 284.

lugares cômodos e seguros que atraem os animais. O que é essencial é que deles saiam e a eles voltem”. Adiante, retrata o elemento afetivo: “A sociabilidade faz a casa, o centro, — em vez de ser a casa que reúne e associa”¹²⁰. Significa dizer, em outras palavras, que somente a convivência e todas as suas repercussões é que definirão a qualidade do local da família. Faltou-lhe, filho de seu tempo, desenvolver o tema.

O ordenamento jurídico indica, no tocante ao tema da dissolução da sociedade conjugal ou ao encerramento da convivência plena, a possibilidade de perquirição da culpa pela desafeição (separação-sanção¹²¹), com necessidade da produção de prova em processo judicial a tramitar em vara especializada de família sob o segredo de justiça. Existe o entendimento, na doutrina e na jurisprudência, da dispensa desta prova de atribuição de culpa¹²² com aplicação da presunção da culpa recíproca pelo desenlace ou da total abstenção dela. A matéria não é pacífica¹²³.

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII (Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento). 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 167.

¹²¹ Artigos 1.572 e 1.573 do Código Civil.

¹²² Dentre outros autores Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Cristiano Chaves de Farias, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino. A favor da perquirição da culpa estão Yussef Sahi Cahali, Atahualpa Fenandez. Este refere que “muito embora o divórcio ou a separação sem culpa seja um conceito legal que tem sido amplamente aceito, ainda estamos ‘para encontrar um homem, uma mulher ou uma criança que o aceite emocionalmente. Em seu íntimo, as pessoas acreditam em culpa e na perda associada à decisão unilateral de terminar um matrimônio... Por outro lado, as crianças sentem que os pais têm culpa por terem fracassado em uma das principais tarefas da vida, que é manter a integridade do casamento e da família em qualquer situação’. 46

¹²³ Resp. 783137 / SP 3T 25/09/2006 Nancy Andrighi Direito civil. Família. Ação de separação judicial. Pedidos inicial e reconvenção fundados na culpa. Não comprovação. Insuportabilidade da vida em comum. Decretação da separação sem atribuição de causa. Possibilidade. - Verificada a insuportabilidade da vida conjugal, em pedidos de separação com recíproca atribuição de culpa, por meio de ação e de reconvenção, assim como diante da ausência de comprovação dos motivos apresentados, conforme posto no acórdão impugnado, convém seja decretada a separação do casal, sem imputação de causa a nenhuma das partes.

- Ressalte-se que, após a sentença de improcedência dos pedidos de separação com culpa, as partes formularam petição conjunta pleiteando a dissolução do vínculo conjugal, com fundamento no art. 1.573 do CC/02, e mesmo assim não alcançaram o desiderato em 2º grau de jurisdição.

- Dessa forma, havendo o firme propósito de dissolução do vínculo matrimonial, nada obsta que o decreto de separação-sanção seja modificado para o de separação-remédio.

Recurso especial conhecido e provido.

REsp 466329 / RS 3T 22/06/2004 Nancy Andrighi SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO

A pragmática, não obstante, pode revelar novos caminhos. Ao jurista atento, tais elementos da vida não podem ser ignorados¹²⁴: Em demanda de família, a atribuição de culpa pela desafeição não gera conseqüências jurídicas concretas. As decisões referentes à guarda de filhos recebem a orientação do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. Aos alimentos, buscam o princípio da solidariedade, regulado pelo binômio da necessidade de quem pleiteia e da possibilidade financeira daquele de quem é pedido. As decisões sobre partilha de bens observam o regime legal de bens aplicável à espécie. A culpa não terá efeito prático.

EM FACE DA INSUPOORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE.

- A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal.
- Hipótese em que, da decretação da separação judicial, não surtem conseqüências jurídicas relevantes.

Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

REsp 467184 / SP 4T 05/12/2002 Ruy Rosado de Aguiar SEPARAÇÃO. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes.

Recurso conhecido e provido em parte.

REsp 47152 / MS 4 T 29/11/94 Ruy Rosado de Aguiar SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIOLAÇÃO DE DEVER CONJUGAL. RUPTURA DA VIDA COMUM. FALTA DE PROVA. 1. IMPROCEDENCIA DA AÇÃO PORQUE O AUTOR NÃO DEMONSTROU O FATO ALEGADO NA INICIAL, DE NEGAR-SE A MULHER AS RELAÇÕES SEXUAIS, CARACTERIZADOR DE GRAVE VIOLAÇÃO AO DEVER DO CASAMENTO (ART. 5., CAPUT, DA LEI 6.515/77).

2. INADMISSÍVEL A PRETENDIDA ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTO, PARA INVOCAR A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL HÁ MAIS DE UM ANO (ART. 5., PAR. 1.), FATO TAMBÉM NÃO ADMITIDO COMO PROVADO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RECURSO NÃO CONHECIDO. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

¹²⁴ Com o respeito que merece a interpretação do autor, Cristiano Chaves de Farias, não parece revelar a melhor hermenêutica. O autor sustenta existir fundamento, em defesa do entendimento da dispensa da perquirição judicial da culpa para a decretação da separação ou divórcio, nos princípios contidos na Carta Magna. Escreve: “é de se perceber que os problemas atuais (muitos polêmicos e controversos) que permeiam a civilística reclamam solução a partir dos princípios constitucionais e da valorização existencial da pessoa humana. A possibilidade de mudança do registro civil do transexual, a permissão para experimentos científicos em corpos humanos..., exigem interpretação afinada com o toque da dignidade humana e da igualdade substancial, subvertendo o sistema.”. Nesta linha de sentido, proclama o “princípio da facilitação do divórcio”, em apoio a sua tese. FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 31.

Outra razão prática está na necessidade de que a sentença judicial de família seja consentânea com a realidade do casal. Após tramitação de processo judicial de família em que foi improdutiva prova da culpa, não haveria como se manter judicialmente o casal, tendo acontecido o improvável: cessado o afeto¹²⁵.

Como obrigar o requerido a conviver com o proponente da ação de família julgada improcedente? Isto importaria em arredar o direito de não permanecer casado, que a doutrina entende ser um direito de expressão da dignidade da pessoa humana¹²⁶. Ou, talvez, importasse em grave violação de um dos deveres conjugais, motivo suficiente a justificar a insuportabilidade da vida em comum¹²⁷. Assim, mesmo em demanda improcedente, o juiz de família deverá considerar o fato de a necessidade da separação do casal pelo fim do afeto.

¹²⁵ O fracasso de determinada relação afetiva, entretanto, deve ser aferido para além da forma como descreve Cristiano Chaves de Farias (fl. 80), citando Rodrigo de Cunha Pereira, que vai de encontro ao princípio favor *matrimonii* existente na Constituição Federal. Transcreve em sua obra que “no casamento, quando se depara com o cotidiano, e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela idealizada”. E prossegue em suas palavras: “Por isso, fracassada a cumplicidade almejada (ao menos *in these*), com a vida em comum, resta reconhecer o direito de ambos os cônjuges – mesmo do eventual responsável (em todos os sentidos) pela ruptura – de promover a dissolução matrimonial”. Para esta hipótese, se lança a defesa em relação à possibilidade do pedido de anulação do casamento, forte no artigo 1556 do Código Civil.

¹²⁶ O autor entende que a separação do casal “há de ser compreendida, hodiernamente, como um verdadeiro direito da pessoa humana à vida digna, por conta da liberdade de autodeterminação, que há de ser compreendida inclusive pelo prisma afetivo”. (Chaves 79) Pode-se aferir também, em complemento à assertiva, que tal liberdade existe, em mesma medida e proporção, no momento da seleção e escolha do marido ou esposa.

¹²⁷ É o que se depreende do artigo 1.572 do Código Civil: “Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.” Dentre os atos imputáveis estão o adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal, condenação por crime infamante, conduta desonrosa, e outras que o juiz de família poderá considerar, dentro do universo e das características do convívio do casal, como grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. O Superior Tribunal de Justiça assim entendeu: “Ação de Separação Judicial. Pedido de separação fundado na culpa. Não demonstração. Insustentabilidade da vida em comum. Caracterização. Decretação da separação. Julgamento diverso do pedido. Inocorrência. Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la caso verifique, nas provas coligidas aos autos, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão 3ª Turma. REsp. 466329/RS. Relator: Min. Fátima Nancy Andriahi. Julgado em: 22-6-04, DJU, 11.10.04, p. 314).

Defende-se, portanto, como ocorre na dissolução da união estável, a dispensa da perquirição judicial da culpa; embora continue existindo sob outras roupagens e diversas instâncias, vista a dificuldade da prova e a utilidade prática da atribuição da culpa no processo.

A continuidade da prova da culpa não importaria em razoável¹²⁸ intromissão do Estado na intimidade do casal¹²⁹; já que, sem influência sobre as conseqüências advindas da separação, como a necessidade da definição da guarda e das visitas dos filhos, da constituição da assistência alimentícia e da partilha dos bens comuns¹³⁰, que se fundamentam sobre outras pilastras.

Este entendimento - ser prescindível a perquirição judicial da culpa para o decreto de separação judicial, bastando apenas o aspecto da desafeição - pode ser

¹²⁸ Ricardo Aronne ensina que o “eixo do Direito encontra-se na Constituição Federal, base e vértice do ordenamento. Suas regras e princípios e valores imprimem uma feição distinta ao Direito Privado (tomado na percepção tradicional), ‘publicizando-o’, ‘constitucionalizando-o’ e ‘repersonalizando-o’. Como leciona Juarez Freitas, a interpretação literal, assim como a gramatical, histórica, sociológica, teleológica, até a conforme a Constituição, são momentos pelos quais passa o intérprete, em uma interpretação sempre tópica e sistemática”. Assim que, ao arrolar os princípios, normas e valores em esquema didático, o autor discrimina como emanando do Estado Democrático de Direito o princípio da proporcionalidade, donde se extrai que as normas devem ser somente aquelas necessárias, de conformidade com os fins preconizados e sendo vedado o excesso. cap. II, 2. (ARONNE, Ricardo. Do Direito das Coisas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil Anotado**. Colaboração de César Augusto de Castro Fiúza... [et al.]. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 775-776).

¹²⁹ Chaves de Farias “É dizer: o direito à intimidade consiste em resguardar, dos sentidos alheios, as informações que dizem respeito, apenas, ao titular, ao passo que o direito ao segredo é fundado na não divulgação de fatos da vida de alguém. A proteção da vida privada, como um bem jurídico integrante da personalidade, funda-se no legítimo interesse de salvaguardar do conhecimento alheio (e da curiosidade indevida seja do Poder Público, seja de particulares) tudo o que diz respeito à esfera íntima de uma pessoa”. (P. 133). Mesmo considerada a obrigatoriedade do sigilo dos dados, prevista na regra do segredo de justiça para as lides de família, como dispõe o artigo 155 do Código de Processo Civil, o que garantiria o resguardo à intimidade do casal separando, comungamos com o entendimento da desnecessária intromissão estatal neste aspecto, desde que considerada, esta invasão, como não geradora de efeito (inócua) da atribuição da culpa ao deslinde do processo judicial.

¹³⁰ APC 70002690824, de 19.01.01; APC 70003417680, de 19.01.01; APC 70003369956, de 21.11.01; AGI 70004010039, de 05.08.02; APC 599349305, de 25.08.99. 70010457786

aplicado também às separações remédio e falência¹³¹. Significa dizer que a sentença haverá de, considerando a presunção do término do afeto indicado pelo ajuizamento da demanda, decretar a separação judicial do casal, em que pese não ter sido provado o fato alegado na inicial – nestas duas hipóteses e respectivamente, a doença mental grave de cura improvável e adquirida após o casamento ou a data inicial da separação de fato e, a partir dela, o transcurso de período superior a um ano.

No entendimento acolhido, poderá ocorrer a dispensa da investigação *judicial* da culpa¹³². Não obstante, a investigação da culpa¹³³ poderá prosseguir em

¹³¹ Luiz Felipe Brasil dos Santos ensina, quando comentou a respeito das novas regras civis sobre as hipóteses de violação aos deveres conjugais: “À diferença do Código anterior, entretanto, onde constituíam hipóteses taxativas, agora são meramente exemplificativas. Ora, se assim o são – não afastando, portanto, a possibilidade de reconhecimento de outras circunstâncias caracterizadoras de culpa – é pertinente indagar a razão que teria levado o legislador a enumerá-las, quando, no artigo antecedente, já havia formulado as causas de pedir culposas de modo genérico. A inconveniência e falta de técnica salta aos olhos. Não bastasse isso, o parágrafo único do art. 1.573, surpreendentemente, dispõe que ‘o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum’. Ou seja, introduz no sistema, de forma absolutamente incoerente com os dispositivos anteriores, uma hipótese de extremada abertura, ensejando, na linha do que já vinha sendo até agora decidido, especialmente pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a viabilidade de ser decretada a separação judicial com fundamento exclusivo na impossibilidade de continuação da vida em comum, pela ausência da *affectio* que constitui a própria razão de ser do relacionamento conjugal. Certamente por tal senda é que deverá enveredar a jurisprudência.” (150-151 R D família número 12).

¹³² O Poder Judiciário no Rio Grande do Sul, em iniciativas como a do “Projeto Conciliação”, informa aos jurisdicionados as vantagens da desculpa. Publica em seu site oficial, sob o título Projeto Conciliação de Família, que “em 1994, com o objetivo de desafogar o trabalho das varas de família e sucessões, foi criado o Projeto Conciliação Família. {...} Almeja acelerar uma solução amigável para o conflito familiar ..., reduzindo o grau de beligerância que todo processo tende a acentuar, trazendo grandes vantagens para os envolvidos, inclusive na órbita financeira. Tal projeto é composto de um Juiz Substituto (de entrância final) e da respectiva estrutura cartorária. Também atuam Promotor de Justiça e um Defensor Público com atribuições específicas. Esta iniciativa vincula somente ações litigiosas novas,.... O índice mensal de conciliações oscila entre cinquenta e cinco a setenta por cento das ações remetidas ao projeto. A pauta de audiências normalmente não supera trinta dias”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Projeto Conciliação de Família de 1994**. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/institu/projetos/conci.php>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

¹³³ Culpa aqui entendida como a expressão do motivo, das causas fisiopsíquicas e intersubjetivas, que levaram à separação, ao movimento no sentido contrário um do outro; enfim, buscar descobrir as características pessoais e o agir a partir delas e em relação ao outro. Não se pode exigir dos operadores do direito este compromisso. Culpa é sentimento a ser aferido em processo amplo e multidisciplinar. Sendo maiores e capazes, necessária será a concordância de ambos para se

outras áreas do conhecimento e outros procedimentos, recomendáveis pelo Juízo de família¹³⁴.

Sem a culpa, não existiria o perdão e a tolerância na convivência do casal, também sentimentos importantes para a manutenção da relação afetiva. Pode-se afirmar que, em razão desses sentimentos, muitos processos de separação e de divórcio não são inaugurados¹³⁵. Impossível ao legislador prever as pretensões que se constroem fora de seus muros.

A hipótese de dissolução não deixa de ser, a confirmação do princípio da conservação da sociedade conjugal assentado de forma inquestionável pela *ratio legis*, em função mesmo de sua importância social, mormente quando existam filhos

submeterem a tal pesquisa, se possível a comunhão plena de vida. Em sede de dissolução da sociedade conjugal, não há dispositivo legal que determine esta pesquisa.

¹³⁴ Transcreve-se interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça, na qual se estabelece direito de visitação condicionado ao tratamento psicológico feito pelo pai: "Visitas paternas condicionadas a tratamento psiquiátrico do genitor. É certo que, pela perspectiva de proteção integral conferida pelo ECA, a criança tem o direito à convivência familiar, aí incluído o genitor, desde que tal convívio não provoque em seu íntimo perturbações de ordem emocional, que obstem o seu pleno e normal desenvolvimento. - É certo que, pela perspectiva de proteção integral conferida pelo ECA, a criança tem o direito à convivência familiar, aí incluído o genitor, desde que tal convívio não provoque em seu íntimo perturbações de ordem emocional, que obstem o seu pleno e normal desenvolvimento. - O litígio não alcança o pretense desenlace pela via especial, ante a inviabilidade de se reexaminar o traçado fático-probatório posto no acórdão recorrido, que concluiu pela manutenção da decisão de suspensão do poder familiar do genitor e das visitas ao filho enquanto não cumprida a medida prevista no art. 129, inc. III, do ECA (encaminhamento do pai a tratamento psiquiátrico), por indicação de profissionais habilitados. - Há de se ponderar a respeito do necessário abrandamento dos ânimos acirrados pela disputa entre um casal em separação, para que não fiquem gravados no filho, ao assistir o esfacelamento da relação conjugal, os sentimentos de incerteza, de angústia e de dor emocional, no lugar da necessária segurança, conforto e harmonia, fundamentais ao crescimento sadio do pequeno ente familiar. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp. 776977. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário da Justiça**, 02.10.2006. p. 273).

¹³⁵ "Não se trata, claro está, de impedir, cercear, jugular ou negar a pesquisa da culpa pelo desajuste do matrimônio, quando necessária, mas de ajustá-la ao modelo moderno de casamento fundado no amor, no sentido de que seja feita à luz de critérios que valorizem a vida do casal globalmente entendida e que levem principalmente em conta a eventual irremediabilidade do desajuste conjugal, isto é, guiada pela idéia de que se deve perseguir um limite que seja *bastante bom*, quer dizer, que seja satisfatório para a devida relevância do sentido jurídico da culpa em direito de família, e que consiste numa adaptação entre o sistema da intolerabilidade da vida em comum e o da imputabilidade" (FERNANDEZ, Atahualpa. **A Suportabilidade da Vida em Comum: A Dissolução da Sociedade Conjugal e o Novo Código Civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 45).

do casal¹³⁶. Esta é uma razão mais do que suficiente para que se tenha em conta, em todos os setores sociais, a necessidade de soluções ou de medidas razoáveis tendentes a priorizar este princípio (*pro matrimonii*), alicerçado na monogamia e na possibilidade de planejamento familiar¹³⁷, em face da possibilidade da dissolubilidade formal, facilitada de vínculo que encontrou o fim do afeto¹³⁸.

O movimento, no sentido da dissolução facilitada do enlace matrimonial, podendo ocorrer sem culpa judicial alguma, está calcado também na possibilidade, legalmente prevista, de pedido de separação judicial e de divórcio alheio a qualquer causa dentre aquelas enumeradas na lei civil. Este é o caminho que se apresenta no sentido da importante tendência de simplificar os procedimentos¹³⁹, sem eliminá-los.

¹³⁶ “Embora admitindo o caráter permissivo da legislação referente à separação e ao divórcio (Antunes Varela, 1987; e Chorão, 1991), o legislador, certamente levando em conta que essas formas de dissolução do casamento acarretam um quebra das responsabilidades assumidas entre os cônjuges e um enfraquecimento dos compromissos morais não declarados para com os filhos, não deixou de reputá-las como uma ‘institution d’exception’, estando assente no ‘espírito da lei’ a preferência, em princípio, pela conservação da sociedade conjugal (Planiol e Ripert, 1926).” (FERNANDEZ, op. cit., p. 14).

¹³⁷ Em artigo publicado sobre o Planejamento Familiar no Brasil, Dráuzio Varela, manifesta opinião acerca da conveniência do casal intacto. “Há pouco tempo, afirmei numa entrevista ao jornal “O Globo” que a falta de planejamento familiar era uma das causas mais importantes da explosão de violência urbana ocorrida nos últimos vinte anos em nosso país. A afirmação era baseada em minha experiência na Casa de Detenção de São Paulo: é difícil achar na cadeia um preso criado por pai e mãe. A maioria é fruto de lares desfeitos ou que nunca chegaram a existir. O número daqueles que têm muitos irmãos, dos que não conheceram o pai e dos que foram concebidos por mães solteiras, ainda adolescentes, é impressionante.” (VARELLA, Dráuzio. **Planejamento Familiar no Brasil**. Disponível em: <<http://drauziovarela.ig.com.br/artigos/pfamiliar.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2007).

¹³⁸ “Quer-se com isso dizer que a legislação deve cercar a separação e o divórcio de exigências e de cautelas destinadas a, no plano educativo que corresponde a uma das funções da lei, transmitir à sociedade a idéias de que essas formas de dissolução (tanto a separação como o divórcio) são sempre a última das soluções, que não exclui que, para as dificuldades menores que a vida reserva a todos os casais, seja necessário fazer um apelo às virtudes éticas do espírito de sacrifício e de capacidade de superação do próprio egoísmo, pois não estão em jogo apenas os interesses individuais do(s) cônjuge(s) que deseja a dissolução, mas os de todos os membros da família, particularmente os dos filhos (Oliveira e Muniz, 1990). Não por acaso o art. 447 do Código de Processo Civil determina a realização de audiência prévia de conciliação. Por sua vez, e no mesmo sentido, o parágrafo 2 do art. 3 da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio) determina que o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam e, não sendo a reconciliação obtida, para que as partes sejam convencidas a transformar a separação litigiosa em amigável (se o casamento foi realizado há mais de um ano).” (FERNANDEZ, op. cit., p. 14).

¹³⁹ A Lei 11.441 de 04/01/07 trouxe novidades relacionadas à possibilidade de procedimentos extrajudiciais para proceder a inventários, partilhas, separações e divórcios, todos consensuais e

Porém, como pode ser considerado o elemento *finalidade* de constituição de família como configurador da sociedade conjugal?

Comunhão plena de vida é expressão que intui algo incessante, ininterrupto, contínuo. Homem e mulher que optam por este desafio de comungar plenamente a vida (futuro), assim se compreendem e se projetam. É preciso que não falte a vontade de compartilhá-lo, como norte, a metáfora do ninho. Isto é possível.

Quando é retirado do caráter precípua de comunhão de vida entre o homem e a mulher em prol do crescimento integral das individualidades, da assistência mútua para sobrevivência e dos cuidados com a eventual prole, a lei deve permitir e permite a dissolução do casamento via judicial, ou seja, o término formalizado tanto quanto o foi a sua celebração.

A tendência da legislação visa facilitar a dissolução do casamento, cada vez mais afastando a discussão da culpa judicial pelo rompimento do vínculo afetivo. Segue-se a orientação de que ambos têm parcela de culpa ao desenlace, haja vista ser esta de difícil atribuição às partes, considerando a espécie de relacionamento humano, que envolve liberdade, intimidade, privacidade; e, também, por se revelar inócua a busca judicial da culpa.

O legislador constituinte, originário de 1988, trouxe uma opção social de se viver, homem e mulher, relação afetiva de fato informal. Reconhece a união

que não envolvam menores ou incapazes, com a presença de advogado, perante os cartórios de registros civis. Recentemente publicada, ainda deverá ser acolhida pela comunidade científica para análise e posições. Adiante-se a necessidade de que as partes sejam assessoradas por advogado de família como requisito ao comparecimento no cartório.

estável¹⁴⁰, a igualdade entre o homem e a mulher e entre os filhos, ficando proibida a discriminação quanto à origem, e tem como centro a necessidade de atenção especial à criança e ao adolescente¹⁴¹, a assistência familiar, o direito ao planejamento familiar sem a interferência do poder público, senão quanto a propiciar condições de acesso à educação e à ciência para seu melhor exercício¹⁴². Este reconhecimento ainda está distante de ser uma realidade social.

O fato do alargamento dos direitos a novos arranjos familiares, sobre os quais o Estado Democrático e Social de Direito deve atuar no sentido de alcançar proteção jurídica, para, ao fim e ao cabo, promover a dignidade da pessoa humana, é realidade atual e perpassa o questionamento sobre *validade* da forma. São direitos que existem e vão ao encontro do casamento. Estes coexistem. Este o mandamento constitucional do §3º do artigo 226 da Constituição Federal. O casamento está pleno ao abarcar as novas realidades. Valores jurídicos surgem e se mantêm íntegros os seus elementos – convivência duradoura (celebração justificada), pública e com finalidade de constituição da família.

O número crescente de relações afetivas informais entre o homem e a mulher, incluída a união estável, aliado ao desconhecimento das vantagens do

¹⁴⁰ Considerada aquela relação afetiva apta a ser convertida em casamento, como preceitua a parte final do §3º do Art. 226 da Constituição Federal de 1988.

¹⁴¹ Entre os avanços dos Direitos da pessoa humana, digna menção do direito dos filhos advindos de relacionamento fora do matrimônio, em união estável ou até mesmo em relação adulterina, que passaram a deter igualdade de direitos de tratamento e sucessórios, não sendo permitida a discriminação.

¹⁴² Dráuzio Varella manifesta preocupação frente algumas informações que considerou importantes sobre a família brasileira, como a redução das taxas médias de natalidade: "(...) negar o acesso dos casais mais pobres aos métodos modernos de contracepção, comprometemos o futuro do país, porque aprofundamos perversamente a desigualdade social e criamos um caldo de cultura que contém os três fatores de risco indispensáveis à explosão da violência urbana: crianças maltratadas na primeira infância e descuidadas na adolescência, que vão conviver com pares violentos quando crescerem." (VARELLA, Dráuzio. **Planejamento Familiar no Brasil**. Disponível em: <<http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/pfamiliar.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

casamento, à desafeição social à forma do compromisso (celebração), faz com que se indague: casamento ou união estável? Segundo informa a Constituição Federal, esta deve ser convertida naquele.

Interessa ao Estado Democrático e Social de Direito reconhecer os motivos para que homem e mulher se unam a fim de uma convivência duradoura: o intuito de constituição de família (ninho), e preferencialmente por meio da celebração do casamento. Também interessa reconhecer a existência das entidades familiares no intuito de protegê-las em cada uma das suas peculiaridades, v.g., família monoparental¹⁴³ e a união estável.

Em uma sociedade massificada, onde todos participam do espaço público de forma anônima, onde a família é nuclear¹⁴⁴, há que o Estado estabelecer princípios, normas e regras para indicar a relação afetiva válida juridicamente, desde quando e

¹⁴³ Eduardo de Oliveira Leite, em sua magnífica obra relata que “A monoparentalidade se impôs como fenômeno social nas três últimas décadas, mas, com maior intensidade, nos vinte últimos anos, ou seja, no período em que se constata o maior número de divórcios (uma das causas geradoras do fenômeno). ... O primeiro país a enfrentar corajosamente a questão foi a Inglaterra (1960) que, impressionada com a pobreza decorrente da ruptura do vínculo matrimonial e com as conseqüências daí advindas, passou a se referir às *one – parent families* ou *lone – parent families*, nos seus levantamentos estatísticos.” (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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 21). Mais adiante: “O termo ‘monoparentalidade’ revela a superfície de um fenômeno de dimensões ainda não bem avaliadas, aumentando, assim, paradoxalmente – através dos dados estatísticos colocados em evidência -, a angústia frente à desintegração da família conjugal”. (LEITE, op. cit., p. 34).

¹⁴⁴ Eduardo de Oliveira Leite refere haver um ‘novo modelo’ de vida nas grandes cidades, que preferiu chamar de ‘o celibato’. “A união duradoura e ininterrupta do casamento escolhem-se as uniões passageiras, sem compromissos e obrigações”, que por certo representam menor custo econômico. “Estes segmentos sociais, por sua vez, atuam na comunidade como agentes multiplicadores, propagando novos modos de vida que geram um verdadeiro processo de contágio em progressão geométrica. Na medida em que são bem sucedidos, que gozam de prestígio social e que não têm dificuldade econômica (ao menos é esta a imagem que veiculam na mídia) são considerados modelos a serem imitados. Assim como, no início do século, o sacrifício de toda uma vida de trabalho e a resignação estóica de nossos antepassados serviam como padrão exemplar de conduta sociofamiliar, hoje a mídia veicula e manipula padrões de conduta que privilegiam, indiscutivelmente, o adulto só e bem sucedido, em detrimento de qualquer comunidade, ou núcleo, onde o sucesso econômico não seja visível.” (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**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997).

sob qual regime se estabelece. Não interessa somente ao casal (internamente), mas também à relação em coletividade (externamente). Traz estabilidade jurídica das relações em sociedade, fundamental para o uso do espaço público e para o trânsito jurídico.

Potencialmente, a relação afetiva entre homem e mulher é geradora de nova vida humana e assim deve ser observada e protegida pelo Estado, que deve atuar no sentido de garantir a promoção do conhecimento da ciência e a liberdade de ação, para estimular a convivência e o planejamento familiar¹⁴⁵.

A *seleção afetiva*, o *namoro qualificado*¹⁴⁶, a *paixão*¹⁴⁷, entre outras situações relacionadas ao estudo da psique humana, são distintas da figura jurídica

¹⁴⁵ No Capítulo IX do Código Civil, que dispõe sobre a eficácia do casamento, o § 2º do Art. 1.565 estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

¹⁴⁶ Maria Aracy Menezes da Costa, já referido na nota acima, trouxe a noção da autonomia da vontade a incidir também nas relações amorosas, para definir espécie de relação entre homem e mulher distinta da união estável, e que chamou de *namoro qualificado*: "mais do que namoro, e muito menos do que casamento ou união estável, sem se revestir das características do noivado; relação amorosa adulta, madura, consciente, em que o par voluntariamente opta por não assumir nenhum compromisso com o outro, apesar da publicidade da relação, e mesmo da continuidade; é, por exemplo, caso do par que sai em viagem de férias juntos, fazem viagens de fim-de-semana, e inclusive freqüentam festas familiares acompanhados do outro."

¹⁴⁷ Paixão do grego páthos e designa tanto emoção como sofrimento e doença. As paixões, entendidas como emoções, mobilizam a pessoa impondo-se à sua vontade e à sua razão. O grego clássico sempre foi a fonte inesgotável onde a ciência médica buscou os elementos formadores de sua terminologia. Para expressar doença com radicais gregos, utilizam-se os temas **nósos** e **páthos**, com os quais se formaram numerosos compostos, tais como nosologia, nosografia, patologia, cardiopatia, patogenia, etc. **Páthos**, em grego, tem um sentido muito mais amplo do que **nósos**, e tanto se refere ao infortúnio físico como moral, às paixões exacerbadas. REZENDE, J. M. Linguagem Médica. **Afecção, Doença, Enfermidade, Moléstia**. Disponível em: <<http://usuarios.cultura.com.br/jmrezende/afec%C3%A7%C3%A3o.htm>>. Acesso em: 26 jan. 2007. "Afecção - Num sentido amplo e filosófico, *afectar* significa atuar sobre um ser vivo, especialmente consciente, maximé em seu sensibilidade e sentimentalidade ou em seus interesses vitais. No sentido médico, indica ação maléfica atuando sobre um órgão ou tecido vivo, acarretando-lhe desvios de suas funções ou lesando-o fisicamente. Afecção seria a expressão de um estado morbífico do organismo vivo ou do ânimo. Entretanto, a afecção não é o mesmo que moléstia, veio como esta do latim, mas de *affectio*, **onis**, deriva *afficio*, significa relação, disposição, estado e modo de ser, corresponde no grego a *pathos*, **pathéma**, que significa modificação qualquer, sofrimento, moléstia, afecção mórbida".

da *união estável*. Embora nelas possa existir o convívio afetivo, está ausente a *finalidade* de constituição de família como elemento qualificador. A presença de filhos da relação não presume a união estável quando lhe faltar este elemento qualificador. Acarretará, contudo, as obrigações decorrentes do poder familiar, de guarda e de assistência à prole, sob pena de prejuízo ainda maior à criação.

No tocante ao trânsito jurídico, a celebração pública do casamento, garantida pela conservação da documentação no registro civil¹⁴⁸, preserva o direito de terceiros de boa-fé, para conhecimento em todos os atos da vida civil, desde relações comerciais, trabalhistas, previdenciárias, estatutárias, sucessórias e tantas outras a que o direito deve reger e tutelar de forma coerente e ordenada.

¹⁴⁸ Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei. (Lei 6015/73).

5 A CRISE DO *PATER* (JURÍDICA, BIOLÓGICA E SÓCIO-AFETIVA)

Em continuidade da linha condutora do texto, o tema da paternidade se justifica na medida em que representa, dentre tantas conseqüências do relacionamento afetivo entre homem e mulher, aquela que sofre profunda modificação pelo avanço tecnológico e alteração dos costumes, uma vez que trata dos encargos no auxílio, na assistência, assim como é revelador da herança genética e cultural de ser humano em desenvolvimento, vale dizer, a filiação.

A presunção da paternidade é regra que se tornou emblemática no Direito de Família Brasileiro¹⁴⁹, pois tratou de proteger a integridade da família originada pelo casamento, tradicional, hierarquizada e transpessoal, no sentido de garantir a boa imagem do homem e da mulher casados¹⁵⁰. A presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*, como também é chamada, visa atribuir ao marido a paternidade de criança nascida da esposa dentro de cento e oitenta dias após a convivência conjugal, ou até trezentos dias após a ruptura da relação conjugal.

A aplicação da presunção em relação à maternidade é bem mais rara, já que esta, pela natureza, é de fácil constatação. A aparência externa da gestação e do trabalho de parto é uma das evidências da maternidade, já que reclamam presença de terceiros para auxílio, e servem, conseqüentemente, como testemunhas. Assim,

¹⁴⁹ Art. 338. Código Civil Brasileiro de 1916: "Presumem-se concebidos na constância do casamento: I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação".

¹⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 22.

mater semper certa est. Em livre tradução, esta expressão significa que a maternidade, pelas circunstâncias descritas, sempre será certa.

Vale a advertência, entretanto, de que a maternidade poderá resultar duvidosa. Por exemplo, o parto “clandestino” e o imediato abandono do filho recém nascido, com a conivência daqueles que eventualmente tenham auxiliado tanto no parto quanto nos primeiros cuidados à criança e à parturiente. O rapto de criança entregue à adoção ilegal e os casos de maternidade gestacional¹⁵¹ ou “barriga de aluguel” (mulher receptora de embrião ou de óvulo em reprodução assistida heteróloga). Estes são exemplos em que poderá haver necessidade de pesquisa da descendência biológica pela linha materna.

Retornando ao tema da paternidade, pode-se afirmar que existe atualmente um movimento doutrinário, jurisprudencial e legislativo no sentido da relativização do estabelecimento da paternidade biológica¹⁵² via presunção legal¹⁵³, e por razões apoiadas nas circunstâncias da prática social¹⁵⁴. Ainda, em virtude dos métodos

¹⁵¹ O Projeto de Lei do Senado número 90 de 09/03/1999, que dispõe sobre a reprodução assistida, em tramitação atualmente na Câmara dos Deputados, considera viável a gestação de substituição, em sua forma não-remunerada, desde que haja parentesco até o segundo grau entre as duas mulheres envolvidas.

¹⁵² Com o advento da Lei 8.560 de 29 de dezembro de 1992, que trata da chamada “ação de investigação de paternidade oficiosa”, de iniciativa do Juiz quando chegar a seu conhecimento o registro de nascimento apenas em nome da mãe, na qual o legislador admite, na esteira do comando constitucional da igualdade material entre os filhos e a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, a propositura de ação de investigação de paternidade contra homem casado.

¹⁵³ Supremo Tribunal Federal há muito já afastava tal presunção legal da paternidade em caso de comprovada separação de fato do casal, conforme demonstrado pelos seguintes arestos selecionados: RE 56684/64, RE 54891/64, RE 56892/65 e 71474/72. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

¹⁵⁴ Cabe o esclarecimento ao leitor de que se trata de uniões onde não há o registro civil da celebração de casamento; bem como não há certeza da estabilidade.

atuais para determiná-la, carregados de enorme probabilidade de certeza, como o é o método do exame de DNA, seria dispensável tal presunção atualmente¹⁵⁵.

O processo de relativização desta presunção também é sentido pela admissão da partição do conceito de paternidade em três: a paternidade biológica, a paternidade afetiva e a paternidade civil (registro de nascimento). Vale dizer: pai será aquele, abstraindo por momento o aspecto da certeza biológica, que desempenha funções específicas em relação à criança, que a reconhece como necessitada de seus cuidados, em que restará efetivamente caracterizada a posse de estado de filho. Nesse entendimento, a regra da presunção da paternidade biológica é válida e eficaz como forma de proteção aos direitos do nascituro¹⁵⁶.

O Código Civil manteve a disposição anterior do Código Beviláqua a respeito da presunção *pater is est*, e, também, previu as hipóteses surgidas pelo avanço científico da Medicina atinente à técnica de reprodução assistida (inseminação, fecundação e concepção). Atualmente, o estatuto civil prevê três hipóteses em que se opera a regra da presunção *pater is est* em reprodução assistida: filhos nascidos pela fecundação artificial, mesmo que o pai seja falecido, os nascidos pela concepção artificial de embriões excedentes e conservados e também os nascidos de inseminação artificial com sêmen de outro homem, desde que autorizada pelo marido¹⁵⁷.

¹⁵⁵ O resultado do exame de DNA, em cotejo à mera contagem dos dias para operar a presunção *pater is est*, é solução imbatível para determinação da paternidade biológica.

¹⁵⁶ A utilidade da norma é referida para as hipóteses dos artigos 2º, 542, 1630, 1633, 1779 e Parágrafo Único, 1784, 1798, 1799, inciso I, todos do Código Civil (NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 761).

¹⁵⁷ “Art. 1.597. Código Civil Brasileiro de 2002: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da

Também dispôs acerca da presunção da paternidade biológica, em face da prática social à susceptibilidade a várias relações conjugais, para a hipótese de celebração de novo casamento civil. Se houver o nascimento de filho durante a nova relação conjugal, celebrada antes de dez meses do término do casamento civil anterior, contrariando preceito legal¹⁵⁸, por falecimento do marido ou por dissolução da sociedade conjugal, e, se o nascimento ocorreu dentro dos trezentos dias após o término do relacionamento anterior, presume-se pai o ex-marido. Se ocorrer o nascimento após este prazo e dentro de cento e oitenta dias da data do estabelecimento do convívio conjugal pela celebração do casamento civil, presume-se pai o marido¹⁵⁹.

A presunção de paternidade biológica é *juris tantum*. Segundo preceituava o Código Civil de 1916, a contestação deveria ser exercida com exclusividade pelo marido (ação personalíssima) e em prazo muito reduzido (três meses).

A contestação à presunção da paternidade biológica se dá através da propositura da Ação Negatória¹⁶⁰, sendo, atualmente, ação imprescritível¹⁶¹,

sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excendatários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

¹⁵⁸ “Art. 1.523. Código Civil Brasileiro de 2002: Não devem casar: II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;”

¹⁵⁹ E o que se depreende da leitura do artigo 1.598 do Código Civil de 2002.

¹⁶⁰ Acórdão do ementário eletrônico de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afasta o prazo decadencial para o ajuizamento da Ação Negatória: “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DECADÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ERRO. 1) Não incide o prazo decadencial previsto no art. 178, § 3.º, do Código Civil de 1916, para a ação negatória, ainda que a ação tenha sido intentada sob a sua vigência. 2) Em havendo alegação de erro no registro de nascimento do réu, sem relato de adoção à brasileira, deve ser oportunizada a instrução do feito, até para que seja oportunizada, também, a comprovação da paternidade sócio-afetiva. Preliminar rejeitada, por maioria. Apelação provida, à unanimidade. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. , Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70008239956**. Relator: José

permanecendo legitimado para a causa apenas o marido. Os herdeiros poderão continuar na demanda proposta em caso de falecimento do autor. Vale dizer, enquanto não houver o ajuizamento da negatória, a paternidade do nascido é presumida ao marido de forma tácita, que poderá ser provada através do registro civil de nascimento ou através de sentença judicial proferida em decorrência da propositura pelo filho de ação investigatória da paternidade.

Os argumentos da negatória, pelo antigo Código Civil, teriam de afastar outras duas presunções relativas ao estado de casado: a coabitação e a geração. O marido, assim, teria o ônus da prova de que estava separado fisicamente de sua esposa no período da concepção (separação de corpos), ou de que sofria de impotência ou de esterilidade absoluta (impossibilidade de gerar). Eram hipóteses legais taxativas; qualquer outra apresentada na contestação não lograria afastar a presunção da paternidade, operando, neste caso, a impossibilidade jurídica de se investigar a paternidade biológica do nascido.

A presunção da coabitação deveria ser afastada pela prova de separação de fato no período da concepção. Esta prova é de difícil produção em processo judicial, por ser de fato de não ocorrência, negativa. É preciso saber que bastaria terem os

Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 22-04-2004)". Em outro aresto, há referência ao princípio norteador ao entendimento: "EMENTA: ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O princípio norteador, preconizado pela atual lei maior, consagra a dignidade da pessoa humana como um todo. No caso, em se tratando de questão atinente à filiação, faz-se necessária a averiguação da ocorrência do sugerido vício de consentimento alegado pelo apelante, não se há de falar em impossibilidade jurídica do pedido. Ademais, a pretensão de anular o registro de nascimento do apelado não se coaduna aos exíguos prazos preconizados pelo art. 178, §§ 3º e 4º, do Código Civil. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70005101753**. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 31-10-2002)". Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 26 jan. 2007.

¹⁶¹ Art. 1.601 do Código Civil de 2002: Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

esposos convivido por algumas horas dentro deste lapso temporal para que validasse a presunção¹⁶².

Nesse aspecto, o projeto do Novo Código Civil brasileiro trazia modesta alteração. Propunha redação, autorizando ao marido contestar a paternidade, podendo provar a separação de fato do casal, não apenas judicial¹⁶³. Isto já vinha sendo decidido pelos tribunais brasileiros. Na redação final, entretanto, foi excluída tal disposição e mantidas as demais. A prova da impotência do marido para gerar, a confissão materna ou a prova do adultério praticado pela esposa são causas que não afastariam a presunção. Mantida também é a competência exclusiva do marido para contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher e com a novidade referida da imprescritibilidade de ação.

Por seu turno, os artigos 343 e 346, ao retirarem da confissão materna e do adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto, o efeito de possibilitar o afastamento da presunção de paternidade, reforçam a conclusão de que o afastamento da regra *pater is est* calca-se na idéia da paternidade impossível, quer pela ausência de coabitação, quer pela impotência absoluta.

Uma vez que a prova a ser produzida é da impossibilidade da paternidade, não bastam o adultério da mulher (art. 343) nem a confissão materna (art. 346) para permitir que seja afastada a presunção *pater is est*.

A prova de adultério não afasta a presunção legal da paternidade, *porque, não obstante as relações criminosas da mulher com outra pessoa, o filho bem pode ser do marido, e, na dúvida, prevalece a presunção em favor da legitimidade.*

E, do mesmo modo, a confissão materna é inoperante para exclusão da paternidade, *porque somente por impulso de ódio, que lhe tenha nublado a*

¹⁶² Art. 341. Código Civil Brasileiro de 1916: Não valerá o motivo do artigo antecedente, n° II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal.

¹⁶³ Projeto Lei 118/84 da Câmara dos Deputados - Art. 1.606. A legitimidade do filho concebido na constância da sociedade conjugal, ou presumido tal (arts. 1.602 e 1.603), só se pode contestar, provando-se: ... II - Que a esse tempo estavam os cônjuges separados de direito ou de fato. Art. 1.607. Não valerá o motivo do artigo precedente, n° II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal.

*razão e obliterado o pudor, a mãe virá, de público, declarar que o seu filho não é legítimo*¹⁶⁴.

Portanto, esta forma de estabelecimento da paternidade, via presunção legal, revela que o pai poderá ser aquele que o sistema jurídico assim determina.

Manifesta Fachin que o monopólio marital para contestação da paternidade, a enumeração taxativa das causas nas quais se admite a contestação em prazos exíguos, além das circunstâncias sócio-culturais que orientaram o antigo sistema e a decisão do legitimado ativo a propor a ação, são circunstâncias que redundam ao desinteresse da contestação.

Em diversos países europeus, orientados pelo modelo de legislação civil codificada inspirada no modelo clássico de família, esta presunção legal foi amainada e até mesmo suprimida por leis extravagantes que ampliaram, para a busca da paternidade em seu conceito amplo, o rol das pessoas legitimadas a proporem a impugnação da presunção da paternidade, no abandono do sistema de enumeração taxativa das hipóteses em que a lei permite a contestação e em prazos maiores para a propositura desta ação¹⁶⁵.

O legislador civil, entretanto, preferiu considerar e dispor acerca da eficácia da presunção da paternidade, em que pese o movimento das mudanças na legislação comparada e jurisprudência pátria no sentido da sua mitigação, da verdade parental (conceito amplo) em prevalência à presunção legal. Além disso,

¹⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 51.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 73-99.

leva-se em conta a prática social de sucessivas uniões e a evolução da ciência médica sobre a reprodução humana assistida, que está na ordem do dia e sendo debatida relativamente ao balizamento ético e regramento.

Caberá ao Poder Judiciário estabelecer, no estudo de cada caso concreto, quais os limites da aplicação da presunção *pater is est*, à luz da Constituição Federal, afastando-a quando manifestamente injusta.

Questiona-se a atualidade da presunção *pater is est*, vigente no ordenamento jurídico brasileiro, frente ao princípio de igualdade material¹⁶⁶ da filiação (descendente do princípio da dignidade da pessoa humana), encartado na Constituição Federal¹⁶⁷, que proíbe tratamento discriminatório e distintas designações entre a situação dos filhos nascidos dentro do casamento dos nascidos fora dele. As reformas se movimentam no sentido progressivo do esvaziamento da eficácia da presunção da paternidade, com a recuperação da antiga noção de estado de filho. Aqui é válida, portanto, a afirmação que filho é aquele desejado¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Direito Fundamental da criança que pode ser caracterizado de terceira dimensão, uma vez que trata da proteção à vida (primeira dimensão), igualdade frente à lei (segunda dimensão), mas também da qualidade da vida em torno da família. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 46-58).

¹⁶⁷ Constituição Federal, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º 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.

¹⁶⁸ Rodrigo da Cunha Pereira indaga: “Podemos definir o pai como o genitor, o marido ou o companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome?” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 144).

Para caracterização da posse de estado de filho e da determinação do afastamento da presunção *pater is est*, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos¹⁶⁹, são levados em consideração três elementos que devem estar presentes de forma muito clara na relação parental: a existência do nome dado à criança pelo pai, a vivência do tratamento que ele dispensa a ela e a notoriedade deste relacionamento perante terceiros.

Como referido, ao se aplicar a regra da presunção da paternidade biológica, poderá se estabelecer situação inusitada quando a verdade jurídica prevalecer sobre a verdade biológica e a realidade sócio-afetiva (posse de estado de filho). Um exemplo do filho adulterino, *a matre*, que o marido não contesta a paternidade pelos fundamentos pré-estabelecidos, ficando o verdadeiro pai impossibilitado de reconhecer legalmente a paternidade e exercer o direito ao Poder Familiar. O pai biológico, querendo reconhecer a paternidade do filho, mesmo com a concordância do marido da mãe, não poderá fazê-lo, pois operada a presunção *pater is est*.

A determinação da paternidade, no plano jurídico, via presunção, poderá atender a interesses alheios à filiação em defesa da família, ou melhor, da imagem daquela família transpessoal, fundada na supremacia da autoridade paternal, decorrentes da concepção patriarcal e hierarquizada. O Código Civil brasileiro de 1916 centrava a família como comunidade de sangue fundada no casamento, e

¹⁶⁹ Luiz Edson Fachin menciona três hipóteses em que se poderia aplicar a posse de estado de filho com o conseqüente afastamento da presunção *pater is est*: 1) Mulher separada de fato de seu marido há muitos anos que tenha filho com seu companheiro; 2) Mulher casada que concebe filho de terceiro, e, passa a conviver com o pai da criança; e, por último, mas demonstrando que a verdade biológica nem sempre deve ser aplicada como dogma supremo, 3) Mulher casada que, separada de fato do marido, concebe filho de companheiro e, rompendo esta união estável, volta a conviver com o marido, que registra a criança como seu filho e passa assim a tratá-lo com tal. (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 55).

estas orientações, pela constitucionalização operada do direito privado, não estão presentes na novel e vigente codificação, que trouxe inclusões necessárias¹⁷⁰.

Ao discorrer sobre a nova adoção no sistema legal brasileiro, Sérgio Gischkow Pereira¹⁷¹ traz o conceito partilhado de paternidade. Este é considerado pelo autor não somente sob o aspecto biológico, mas também psicológico, moral e sócio-cultural. Ensina que muitos vínculos biológicos não correspondem aos outros elementos que também abrangem a paternidade. O importante é o elemento da vontade do sujeito em assumir a função.

O Supremo Tribunal Federal estava por acompanhar as mudanças, atuando em cada caso concreto levado a seu pronunciamento. Decidiu¹⁷² de forma a admitir o reconhecimento da paternidade, via registro público ou judicial, de filho adulterino *a matre*, nos casos em que há separação de fato do casal e posse de estado do filho. Vale dizer, quando a mãe está separada de fato de seu marido, e seu filho mantém estreitas relações com o verdadeiro pai biológico, e, por conseguinte, ausência de posse de estado com relação ao marido da mãe, existe a possibilidade de afastar a presunção *pater is est*, mesmo no caso de não ter sido contestada pelo marido na forma da lei. A orientação que permeia tais decisões tem nítida semelhança com aquela da vigente legislação europeia¹⁷³.

¹⁷⁰ O Código Civil de 2002 contempla as hipóteses de reprodução humana assistida.

¹⁷¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas Considerações sobre a Nova Adoção. **Direito e Justiça**, ano XII, v. 14, p. 259-275, 1990.

¹⁷² RE 56892 de 18/05/65; RE 71474, de 14/04/72 e RE 102.867-0 de 21/03/86.

¹⁷³ A reforma do Código Civil da Bélgica, após 174 anos, em 1978 pelo Projeto n° 305. "A reforma belga conjugou a verdade biológica com a verdade do coração, extraída da realidade psicológica e afetiva que deve cercar o estabelecimento da filiação". (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 94).

O princípio de igualdade de direitos e de obrigações entre homem e mulher e a nova concepção da família contemporânea mostra que, além da paternidade biológica e jurídica, deve haver completa integração pai-mãe-filho, com outra característica que se agrega: a afirmação de que a paternidade se constrói; não é apenas um dado, ela se faz¹⁷⁴.

A segurança e a estabilidade jurídicas também são razões indicadas para a aplicação e a eficácia da presunção *pater is est*, que atribui ao marido a paternidade do filho nascido da mulher com quem está casado. Sua aplicação revela a garantia dos direitos do nascituro.

Eis aqui os aspectos que distinguem e separam os elementos naturalmente constitutivos da paternidade¹⁷⁵: descendência biológica, relação sócio-afetiva e registro civil - admissível é o fracionamento da paternidade. A razão para esta realidade, não sendo objeto deste esforço de apresentação da matéria, pode ser encontrada nas mazelas sociais, econômicas, culturais e hereditárias, que provocam alterações das práticas sociais, cujas origens teriam de ser analisadas em outro esforço de trabalho e com a colaboração de distintas áreas do saber (Antropologia, Sociologia, Psicologia e Medicina).

¹⁷⁴ “O filho tem que ser mais alguma coisa, ao invés de ser simplesmente mais filho.” VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 21, p. 412, 1979.

¹⁷⁵ Maria Regina Fay Azambuja transcreve que, entre “os mamíferos, a vida familiar se prorroga além do nascimento. Quanto mais elevada for a espécie, maior será o tempo em que os filhos necessitarão dos cuidados dos pais ou substitutos. Além do atendimento das necessidades biológicas, o homem ensina aos filhos as habilidades manuais, o conhecimento das artes e dos ofícios, a forma de comunicação, as tradições da cultura moral, os usos e os costumes que constituem a organização social. Necessariamente, a colaboração e o contato entre as gerações são indispensáveis para a continuidade da espécie”. (AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 21).

A família se adapta de acordo com as circunstâncias que lhe se apresentam e é conceituada de diversas formas ao longo da história¹⁷⁶; entretanto deve permanecer como local de união de vínculos afetivos. Atualmente, verifica-se a crise parental, outrora era a luta pela sobrevivência ou, mais adiante na história, a luta frente ao Estado absoluto (poder). A acenada instabilidade da condição paterna, em vista da possível multiplicidade de pais, função essencial no desenvolvimento da pessoa humana, aliada ao princípio da paternidade responsável a ser efetivado por meio de ação pública em benefício do casal, no sentido de propiciar o planejamento familiar¹⁷⁷, traz a responsabilidade do Estado Democrático e Social de Direito frente às necessidades da proteção integral à criança e ao adolescente.

¹⁷⁶ Para a pesquisa dos indicadores sociais de 1997, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) elegeu como conceito de família: “o conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, que residem na mesma unidade domiciliar e, também, a pessoa que morasse só em uma unidade domiciliar”. Assim, o IBGE considerou como membros de uma família, os empregados domésticos que residiam no local de trabalho e os agregados, também os homo afetos. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Indicadores Sociais de 1997**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/criancas_adolescentes/notastecnicas.pdf>. Acesso em: 03 out. 2006.

¹⁷⁷ Constituição Federal 88: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Por seu turno, a Lei 9.263/96 regulamenta o dispositivo constitucional com forte e necessária ênfase em saúde pública: “Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único. As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal; III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis; V - o controle e a prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis. Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, aos meios, aos métodos e às técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Parágrafo único. O Sistema Único de Saúde promoverá os treinamentos de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva. Art. 5º É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar”.

Nesta linha, deve ser feita referência à pessoa humana em desenvolvimento que nasce do encontro entre homem e mulher, independente de qual seja a qualidade adjacente que se imprime ao relacionamento. O novo paradigma da *repersonalização* do Direito Civil, atingindo também o Direito de Família, faz o homem e a mulher pessoas iguais jurídica e materialmente. Além disso, garante à criança e ao adolescente o *status* de *pessoa em desenvolvimento*¹⁷⁸; jovem noção à história da família¹⁷⁹.

Até pouco tempo na história da civilização, a criança era iniciada por terceiros contratados pela família, em situação rudimentar comparada às instituições de ensino contemporâneas, com pedagogia aplicada e amplamente discutida por doutos e cercada de garantias constitucionais.

Esta nova realidade do reconhecimento dos direitos especiais aos menores de dezoito anos incide diretamente no casamento como origem de família, realçando a importância à metáfora do “ninho”, por ser uma relação aberta à geração de digna vida humana, em franca ascensão física e desenvolvimento psicológico e que

¹⁷⁸ A Constituição Federal estabelece em seu artigo 227 que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) dispõe, no seu artigo 3º, que “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. Segue o próximo dispositivo da lei que “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público (ou seja, a todos) assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

¹⁷⁹ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científico, 1981.

recebe proteção especial e integral, o sentido de sua preservação¹⁸⁰. O exemplo a gerações futuras serve também como modelo.

Cabe referência rápida da perspectiva histórica do reconhecimento desses direitos da infância e da adolescência, de lenta evolução em direção a abarcar os integrantes dessas fases como sendo sujeitos de direitos, levando em consideração sua condição peculiar de desenvolvimento e de vulnerabilidade. Como ensina Maria Regina Fay de Azambuja¹⁸¹, o

processo histórico de reconhecimento dos direitos da criança, da Antigüidade até os tempos atuais, demonstrando o difícil caminho percorrido, ao longo do tempo, e acompanhando a passagem de uma condição de *res* à de sujeito de direitos.

Na Grécia antiga, embora existisse a preocupação com a educação e a cultura dos pequenos e dos futuros cidadãos, a criança era preterida. Não havia restrições ao infanticídio. Em Esparta, a criança era educada para a obediência à autoridade, pois era criada para servir ao exército. “O menino, destinado a ser um

¹⁸⁰ Os estudos referentes aos prejuízos que acarretam o afastamento do casal sobre os filhos pequenos ainda não são pacíficos. Encontra-se na doutrina entendimentos diversos, com relevo à metáfora do “ninho”, admitindo-se, por um lado, ser melhor a separação do casal “falido” a obrigá-los a uma péssima convivência afetiva, aí sim, em prejuízo dos filhos; e do outro, preferível o entendimento na convivência. Pode ser referida a pesquisa feita pela terapeuta americana Judith S. Wallerstein que ouviu o relato das experiências de 131 filhos de pais separados da infância à idade adulta (aproximadamente 25 anos) e os comparou-as com as de integrantes de famílias intactas e chegou à conclusão de que, “ao contrário do que dizem os arautos da “nova família”, o divórcio faz mal, sim, a crianças e aos jovens”. Em entrevista de lançamento de seu livro “Os Filhos do Divórcio”, a terapeuta ressalta as dificuldades enfrentadas pelos filhos no caso de separação dos pais: “A adolescência começa mais cedo para filhos de famílias que sofreram um processo de separação. No caso das meninas, a iniciação sexual costuma ocorrer antes do recomendável. Boa parte das crianças passa a ocupar-se dos problemas da mãe e, algumas vezes, dos conflitos do pai. Não raro, elas têm de desenvolver por conta própria seus conceitos de moralidade. Os mais velhos tendem a cuidar dos irmãos mais novos, como se fossem adultos. Está provado também que filhos de casais separados sofrem mais de depressão e apresentam mais dificuldade de aprendizado que os provenientes de famílias intactas.” Disponível em: <http://www.aleitamento.com/a_artigos.asp?id=7&id_artigo=1136&id_subcategoria=13>. Acesso em: 26 jan. 2007.

¹⁸¹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 17.

soldado, pertencia mais ao Estado do que à família. Ao nascer, era examinado pelos anciãos da tribo. No caso de apresentar alguma imperfeição, era lançado nos rochedos de Taigeto.” ... “A menina, por sua vez, levava uma vida bem diferente. Sempre tinha um dono que a governava. Como criança, ela dependia do pai; ao casar, passava ao domínio do marido e, ao enviuvar, aos cuidados dos parentes e dos filhos”¹⁸².

Em Roma antiga, a criança era deixada pelos pais logo após o nascimento para receber cuidados e atenção de terceiros, bem como sua formação inicial.

A criança era entregue, logo após o nascimento, a uma nutriz. Além de dar o seio, era também encarregada, juntamente com um pedagogo, de educar o menino até a puberdade. Em vista disto, a nutriz, o pedagogo e o irmão de leite constituíam uma vice-família¹⁸³.

Com o cristianismo, “houve uma certa humanização do Direito Romano e, em determinada época, os senhores foram proibidos de abandonar os recém-nascidos, sob pena de perderem a *dominica potestas*”¹⁸⁴.

Na Idade Média, o apego à criança continuava inexistente, devido à alta taxa de mortalidade infantil¹⁸⁵. Eram consideradas e tratadas como “adultos em miniatura”¹⁸⁶. A concepção de infância surge somente na era moderna (século XVI), quando um “novo sentimento da infância havia surgido, em que a criança, por sua ingenuidade, gentileza e graça, se tornava uma fonte de distração e de relaxamento

¹⁸² AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 23-24.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 25.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 26.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 27.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 27.

para o adulto, um sentimento que podemos chamar de ‘paparicação’¹⁸⁷. Até então, a criança servia ao adulto. Esta fase dura quase duzentos anos para se solidificar na civilização ocidental.

No processo de conhecimento da infância, há o interesse dos educadores, já que as crianças participavam da roda dos adultos, em iniciar a observação de seu comportamento (aspecto psicológico), para poder educá-las, corrigi-las ou moldá-las ao bom convívio. O significado da infância foi assim traduzido pelo filósofo francês Rousseau que realça as virtudes infantis da espontaneidade, da pureza, do vigor e da alegria:

[...] nossos primeiros deveres são para com nós mesmos; nossos sentimentos primitivos concentram-se em nós mesmos; todos os nossos movimentos naturais relacionam-se primeiramente com nossa conservação a nosso bem-estar. Assim, o primeiro sentimento da justiça não vos vem daquela que nós devemos, mas, sim, da que nos é devida, e esse é mais um dos contra-sensos das educações comuns, que, falando primeiramente às crianças de seus deveres e nunca de seus direitos, começam por lhes dizer o contrário de que é preciso, o que elas não são capazes de entender e não lhes pode interessar¹⁸⁸.

Em aprofundamento desta observação, a curiosidade do adulto sobre o filho, e sua própria infância também toma fôlego:

[...] o conjunto constituído, no século XIX, pelo pai, a mãe, o educador e o médico em torno da criança e de seu sexo passou por modificações e deslocamentos contínuos, dos quais, um dos resultados mais espetaculares foi uma estranha inversão: enquanto a sexualidade da criança fora, no início, problematizada numa relação que se estabelecia diretamente entre o médico e os pais (sob forma de conselhos, de avisos para vigiá-la, de

¹⁸⁷ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científico, 1981. p. 158.

¹⁸⁸ ROUSSEAU, J. J. *Apud* AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 31-32.

ameaças para o futuro), finalmente, na relação entre o psiquiatra e a criança, a sexualidade dos adultos acabou posta em questão¹⁸⁹.

A Era Industrial trouxe importantes contingências à família, período de elevação da taxa de natalidade, em que mulher passou a contribuir para a economia doméstica, e em que se deu início à proteção referente ao trabalho na infância. Somente no século XIX é que o filho passou a ser visto como pessoa merecedora de afeto especial dentro da família, “lugar de refúgio onde se escapa dos olhares de fora, lugar de afetividade, onde se estabelecem relações de sentimento entre o casal e os filhos, lugar de atenção (bom ou mal)”¹⁹⁰.

As descobertas da psiquiatria alinhavam o sentimento para com a infância - o sentido de haver necessidade de se dar atenção especial às crianças, inclusive quanto à imposição de limitadores:

Freud e Dewey cristalizaram o paradigma básico da infância que vinha sendo formado desde a invenção da prensa tipográfica: a criança como aluno ou aluna cujo ego e individualidade devem ser preservados por cuidados especiais, cuja aptidão para o auto-controle, a satisfação adiada e o pensamento lógico devem ser ampliados, cujo conhecimento da vida deve estar sob o controle dos adultos¹⁹¹.

A evolução da legislação atinente ao menor no Brasil se verifica a partir do Código Civil revogado, de 1916. Em 1921, no Rio de Janeiro, criou-se o Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinqüente. O Decreto n° 17.943A de 12/12/1927 estatuiu o primeiro Código de Menores para reger a situação delas,

¹⁸⁹ FOUCAULT, Michel. *Apud* AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32-33.

¹⁹⁰ ARIÉS, Phillipe; DUBY, Georges; CHARTIER, Roger (Orgs.). **História da Vida Privada**. Traduzido por Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v. 3. p. 15.

¹⁹¹ POSTMAN, Neil. *Apud* AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38.

ditas expostas às mazelas sociais ou da infância desassistida. A partir dessa legislação vanguardista na América Latina, é que o estado construiu o sistema das casas para abrigar menores ou dos reformatórios, que se verificou serem depósitos para crianças abandonadas ou que necessitavam ser “corrigidas”.

O segundo Código de Menores foi estatuído pela Lei n° 6.697/79, absorvendo novos parâmetros trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948) e a Declaração de Genebra, “através de revisão e de ampliação, veio a se constituir na base para a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 1959”¹⁹². Nessa fase, imperava a idéia dos cuidados e da assistência especiais à infância “vítima de abandono ou de maus-tratos/infrator”¹⁹³.

Entretanto, adverte Paulo Afonso Garrido de Paula em relação a esta fase do direito do menor no Brasil:

A experiência do Direito do Menor, onde a discricionariedade da autoridade judiciária era uma das suas características principais, foi desastrosa na medida em que o bem-estar do menor justificava toda sorte de aniquilamento de garantias fundamentais, entre as quais as relacionadas à paternidade e à maternidade¹⁹⁴.

Com o advento da Constituição Federal (1988), a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos pela vez primeira na legislação, não apenas vislumbrada quando abandonada pelos pais (física, material ou culturalmente). O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8069/90) se estrutura sob o

¹⁹² AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 45.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 42.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 50.

desenvolvimento científico e conclui que “todo o problema da criminalidade infantil e juvenil se resume em uma palavra: educação”¹⁹⁵. É evidente que não se trata aqui de abstrair as dificuldades econômicas, como realidade em um país de miseráveis, que repercutem na própria família. Mas isto quer significar educação também como afeto dos pais, ou dos seus substitutos, sendo direito reconhecido à criança no seio da própria família.

À criança, historicamente, em face de sua fragilidade física e psíquica frente ao adulto, especialmente nos primeiros anos de vida, vem sendo reservada a cruel posição de vítima. Ao longo do tempo, a percepção e o entendimento do sentido da infância sofrem mudanças importantes, refletindo-se diretamente no relacionamento que se estabelece entre a criança e o adulto, tanto no âmbito familiar como no social e jurídico¹⁹⁶.

É possível relacionar a afirmação acima de Maria Regina Fay Azambuja também à metáfora do “ninho”. Um dos objetivos potenciais do casamento, embora tenha sido atualmente deslocado da posição “suprema” em face do afastamento entre a Igreja e o Estado¹⁹⁷ e reconhecimento das realidades sociais de novos arranjos familiares, é exatamente o de propiciar condições adequadas para o desenvolvimento do ser humano dali nascido. Isto parece inquestionável e impõe a importância do planejamento familiar.

¹⁹⁵ MORAES COSTA, Luis Eugenio de; MACEDO, Agenor Francisco de. *Apud* AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 38-39.

¹⁹⁶ AZAMBUJA, op. cit., p. 19.

¹⁹⁷ O dogma da finalidade de procriação atribuído ao casamento lançado pela Igreja Católica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O casamento é instituto mantido pela Constituição Federal e pelo novo Código Civil como originadora da família e recebe a influência dos novos direitos consagrados. Suas qualidades estão previamente discriminadas na lei que prevê a comunhão plena de vida entre homem e mulher, relacionamento de afeto, de bem estar individual, de compromisso publicamente assumido, potencialmente aberto para originar nova vida humana, de responsabilidade na criação e nos cuidados pelos eventuais filhos advindos¹⁹⁸.

O planejamento da vida plena em comunhão é de livre decisão do casal. A expectativa que se apresenta é da valoração do casamento ao *status* constitucional de ente especialmente privilegiado para a manutenção da família brasileira, como pretendido pelo legislador constituinte originário.

O casamento está sendo encarregado de suportar o peso das mazelas afetivas, quando deve ser focado como opção preferencial para a união entre o homem e mulher que, tirante circunstâncias que passam ao lado do Direito e que

¹⁹⁸ A expressão “filhos” aqui é empregada sem discriminação de origem (concebido ou adotivo).

interessam a outras áreas do saber — como a procura e a eleição afetiva e a história individual trazida por cada consorte —, identifica nos parâmetros estandarizados na Lei Maior a melhor forma de gerir suas relações, inclusive perante terceiros, e administrar o patrimônio comum e em eventual término da relação.

A ausência de ações públicas afirmativas neste sentido, além de impedir o fortalecimento do conceito de estabilidade afetiva do casal perante a coletividade, vai de encontro ao princípio constitucional a favor *matrimonii*. É evidente que não se pode atribuir a culpa das mazelas afetivas à forma.

Cabem algumas indagações. Se juridicamente a sociedade evolui no sentido de valorizar a afetividade entre o homem e a mulher e entre as pessoas integrantes do círculo das relações familiares, com necessidade de prova do sentimento no momento em que se afasta da forma — o casamento, este em descendência na prática social como mostram as pesquisas no Brasil — como se explicariam as controvérsias surgidas das relações informais? O afeto se iguala ao amor? É o mesmo que desejo ou paixão? As pessoas se unem unicamente pelo afeto? Existe afeto ou amor jurídico? Amor tem fim?

Cada uma dessas indagações, por certo, demandaria trabalho de extensa pesquisa e em diversos campos do saber. Admitir respostas pela *práxis* é ofender a epistemologia. Ou talvez ainda se pudesse argumentar acerca da necessidade jurídica (do jurista, do operador do direito, dos juizes, dos promotores de justiça) de se perquirir o sentimento que se estabelece em determinada relação, bastando predeterminá-la para sua plena adequação. Por outro lado, a doutrina defende

atualmente, em nome da dignidade da pessoa humana, a impossibilidade de perquirir o elemento culpa para o fim do relacionamento conjugal entre o homem e a mulher.

Inquestionável, entretanto, é que o amor pressupõe autonomia do ser de onde emana tal sentimento, o reconhecimento da alteridade, o respeito ao próximo com suas limitações e qualidades. Este é contrário à paixão que guarda relação com a busca de ideal do apaixonado no objeto de desejo, sugere excesso de sentimento e perda completa da razão. Assim, pedindo licença para o reducionismo: a paixão deve terminar, o amor deve crescer.

O legislador de cada época pretende, como não se poderia acreditar diferente, que as leis positivas sejam de fato representativas das realidades sociais, e, na área familista, representativas das relações afetivas como realizações pessoais e dignas do desenvolvimento humano. O Direito se amolda, se adapta, flexibiliza a lei, para abarcar novas realidades em função dos princípios da igualdade material e da dignidade da pessoa humana.

Certo também que a mudança de paradigma obrigatoriamente também influenciará o instituto do casamento. Retoma-se: forma prevista constitucionalmente e especialmente privilegiada e forma de origem da família brasileira em consonância com seu tempo.

O pensamento contemporâneo, por enquanto, embala sonhos. As respostas são consumidas e ilustradas pela expectativa que a sociedade alimenta de que a

nova família dê bons frutos, ou frutos melhores do que os anteriores. Como em todas as mudanças ocorridas no desenvolvimento da civilização humana, os extremos somente serão conhecidos quando estiver cumprida boa parte da caminhada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científico, 1981.

_____. Da Família Medieval à Família Moderna. In: **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.

ARIÈS; Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada: Do Império Romano ao Ano Mil**. Organização: Paul Weyne; Tradução: Hildegard Feist. 16. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. v. 1.

_____. **História da Vida Privada: Da Europa Feudal à Renascença**. Organização: Georges Duby. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v. 2.

ARNAUD, André-Jean. A Importância da Utopia Comunitária dos Anos 70 para o Estudo do Direito de Família contemporâneo. In: ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Porto Alegre: Sergio AntOnio Fabris, 1991.

ARONNE, Ricardo. Do Direito das Coisas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil Anotado**. Colaboração de César Augusto de Castro Fiúza... [et al.]. Porto Alegre: Síntese, 2004.

_____. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos: Estudos Preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ASSEMBLÉIA DO PONTIFÍCIO CONSELHO PARA A FAMÍLIA. **Família, Matrimônio e “Unões de Fato”**. <http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_fa mily_doc_20001109_de-facto-unions_po.html>. Acesso em: 26 jan. 2007.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência Sexual Intrafamiliar: É Possível Proteger a Criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de Coabitação - Inadimplemento**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

BÍBLIA SAGRADA. **Carta aos Efésios**. Traduzida das Línguas Originais com Uso Crítico de Todas as Fontes Antigas pelos Missionários Capuchinhos. Lisboa, 1971-72.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Novos Contornos do Direito da Filiação: A Dimensão Afetiva das Relações Parentais. **Revista da AJURIS**, n. 78, p. 193-215, Porto Alegre, jun. 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. Tomo I e II. 6. ed. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. (Org). **Código Civil. Código de Processo Civil. Constituição Federal**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Obra Coletiva de Autoria da Editora Revista dos Tribunais).

CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARDOSO, Simone Tassinari. Do Contrato Parental à Socioafetividade; KLEIN, Felipe Pasto. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do Mesmo Sexo. In: ARONNE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil – Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 2.

CARTER, Betty; MCGOLDRICK, Mônica. **As Mudanças no Ciclo de Vida Familiar: Uma Estrutura para a Terapia Familiar**. Tradução Maria Adriana Veríssimo Veronese. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

CARVALHO, Orlando de. A Teoria Geral da Relação Jurídica; Seu Sentido e Limites. Nota Prévia. In: **Para uma Teoria Geral da Relação Jurídica Civil**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. Disponível em: <http://br.geocities.com/worth_2001/Direitocanonico.html>. Acesso em: 26 jan. 2007.

CONFEDERAÇÃO DAS FAMÍLIAS CRISTÃS. **Em Defesa da Família**. Coletânea de Pareceres Jurídicos. São Paulo: Herder, 1962.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem** 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado.** Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

ESTROUGO, Mônica Guazzeli. Sobre a União Estável e a Lei nº 8971/94. **Revista Direito e Justiça da Faculdade de Direito da PUC-RS**, Porto Alegre: Acadêmica, v. 17, anos XVII e XVIII p. 71-83, (1995-1996).

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. **Da Função Pública ao Espaço Privado:** Aspectos da “Privatização” da Família no Projeto do Estado Mínimo. Trabalho apresentado no Primer Colóquio Internacional de Filosofía del Derecho, Ética y Política. México, D. F. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 4 a 8 mar. 1996.

_____. **Da Paternidade; Relação Biológica e Afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Elementos Críticos do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em Busca da Família do Novo Milênio – Uma Reflexão Crítica sobre as Origens Históricas e as Perspectivas do Direito de Família Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional:** A Afirmação da Dignidade Humana como um Réquiem para a Culpa na Dissolução do Casamento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FERNANDEZ, Atahualpa. **A Suportabilidade da Vida em Comum:** A Dissolução da Sociedade Conjugal e o Novo Código Civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 3. ed. rev. ampl. São Paulo: 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Companheirismo:** Uma Espécie de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Direito de Família Brasileiro:** (Introdução – Abordagem sob a Perspectiva Civil-Constitucional). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação Familiar – O Mediador e a Separação de Casais com Filhos.** São Paulo: LTr, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em Evolução. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de Família Brasileiro: (Introdução – Abordagem sob a Perspectiva Civil-Constitucional)**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Indicadores Sociais de 1997**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/criancas_adolescentes/notastecnicas.pdf>. Acesso em: 03 out. 2006.

_____. **Estatística do Registro Civil do ano de 2004**. Disponível em: <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2004/comentarios.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

_____. **Estatística do Registro Civil de 2005**. Disponível em: <<http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2005/comentarios.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. **Famílias Monoparentais: A Situação Jurídica de Pais e Mães Solteiros, de Pais e Mães Separados e dos Filhos na Ruptura da Vida Conjugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOIOLA, Mariana. **Planejamento Familiar ou Controle de Natalidade?** Disponível em: <http://www.lainsignia.org/2004/febrero/soc_005.htm>. Acesso em: 26 jan. 2007.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família – Aspectos Polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MÃE DO bebê da Pampulha pode sair da prisão em quatro meses. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/01/21/287500186.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. Versão 5.0 – Edição revista e atualizada. Curitiba: Positivo Informática, 2004. (CD-ROM).

OLIVEIRA, Guilherme. Sobre a Verdade e a Ficção no Direito de Família. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LI, p. 272-83, 1975.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e Seus Efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, 1834-1917. **Direitos de Família**. Prefácio de Sávio de Figueiredo. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família – Uma Abordagem Psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. V.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Capítulo Primeiro.

PERROT, Michelle. A Família Triunfante. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Organização Michelle Perrot; Tradução Denise Bottman, partes 1 e 2; Bernardo Joffily, partes 3 e 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v. 4.

_____. Funções da Família. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. **História da Vida Privada**: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. Organização Michelle Perrot; Tradução Denise Bottman, partes 1 e 2; Bernardo Joffily, partes 3 e 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v. 4.

_____. O Nó e o Ninho. **Veja**, 25 anos; Reflexões para o Futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. Entidade Familiar e Casamento Formal: Aspectos Patrimoniais. In: CAHALI, Yussef Said. **Repertório de Jurisprudência e Doutrina Sobre Direito de Família**: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim Pinto. São Paulo: RT, 1993.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo VII (Direito de Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento)). 3. ed. reimp. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. Coordenação de Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de direito civil, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 1).

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html>. Acesso em: 07 dez. 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Projeto Conciliação de Família de 1994**. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/projetos/conci.php>>. Acesso em: 26 jan. 2007.

VILLELA, João Baptista. Liberdade e Família. Comunicado à VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus, 18 de maio de 1980). **Revista de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, p. 35, 1980a.

_____. **Liberdade e Família – Comunicação à VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus, 18 a 22 de maio 1980)**. Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG. Volume III Série Monografias, n. 2. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980b.

_____. Alimentos e Sucessão entre Companheiros: Apontamentos Críticos sobre a Lei n° 8.971/94. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 7, p. 119, 1ª quinzena abr. 1995.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os Novos Paradigmas da Família Contemporânea: Uma Perspectiva Interdisciplinar**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

ZILLES, Urbano. **Os Sacramentos da Igreja Católica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PAULO RICARDO D'OLIVEIRA

**O CASAMENTO NO REGIME DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:
EXEGESE DA PARTE FINAL DO §3º DO ART. 226**

Porto Alegre

2007

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D278c D'Oliveira, Paulo Ricardo
O casamento no regime da constituição federal : exegese da parte final do §3º do art. 226 / Paulo Ricardo D'Oliveira. – Porto Alegre, 2006.
105 f.
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006.
Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne.
1. Casamento. 2. União Estável. 3. Paternidade Consciente. 4. Planejamento Familiar. 5. Crianças - Proteção. I. Aronne, Ricardo. II. Título.

CDD 342.165

Bibliotecária Responsável
Iara Breda de Azeredo
CRB 10/1379

