



Centro Universitário de Brasília – UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais - FAJS

MARIANA SANTOS DE OLIVEIRA

**DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO
ADULTERINO NO CASAMENTO.**

BRASÍLIA

2016

MARIANA SANTOS DE OLIVEIRA

**DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO
ADULTERINO NO CASAMENTO.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), pelo Centro Universitário de Brasília, UniCeub.
Orientador: Professor Mestre Danilo Porfírio de Castro Vieira

BRASÍLIA

2016

MARIANA SANTOS DE OLIVEIRA

**DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO
ADULTERINO NO CASAMENTO.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS), pelo Centro Universitário de Brasília, UniCeub.
Orientador: Professor Mestre Danilo Porfírio de Castro Vieira

Brasília, 12 de maio de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Orientador Danilo Porfírio de Castro Vieira

Examinador

Examinador

RESUMO

A presente monografia aborda o estudo da entidade familiar paralela ao casamento, tendo por ponto de partida a história do direito brasileiro, começando a partir do Brasil República até atualmente, comenta sobre a natureza jurídica desse direito, suas características, bem como as espécies de família diante do pluralismo familiar. Por conseguinte, versa sobre a figura do casamento e o tratamento dado ao adultério, frisando o dever de fidelidade e o princípio de monogamia. Por fim, abordará sobre a possibilidade de reconhecimento do concubinato adulterino no casamento, demonstrando os requisitos principais para que possa haver esse reconhecimento na aplicação fática.

Palavras-chave: Direito de família. Princípio da afetividade. Monogamia. Concubinato adulterino.

ABSTRACT

This monograph deals with the study of parallel family entity to marriage, with the starting point the history of Brazilian law, starting from Republic of Brazil to present comments on the legal nature of this right, its characteristics as well as the family of species before the family pluralism. Therefore deals with the wedding picture and the treatment given to adultery, stressing the duty of fidelity and the principle of monogamy. Finally, will discuss the possibility of recognition of concubinage adulterous in marriage, showing the main requirements for that may be that recognition in factual application.

Keywords: Family law . Family. Principle of affectivity. Faithfulness . Monogamy. parallel families. Concubinage adulterous .

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PARADIGMA MODERNO DE FAMÍLIA	10
1.1 Tradição e Direito e Família	11
1.1.1 <i>Do Direito de Família</i>	14
1.1.2 <i>Das Espécies de Família</i>	15
1.2 Novo Paradigma	16
1.2.1 <i>Natureza Jurídica</i>	17
1.2.2 <i>Princípios do Direito de Família</i>	18
1.2.3 <i>Princípio da Afetividade</i>	27
1.2.4 <i>Espécies de Família</i>	31
2 DO CASAMENTO E TRATAMENTO DADO AO ADULTÉRIO	37
2.1 Contexto Histórico Constitucional	37
2.2 Conceito	39
2.3 Características	41
2.4 Natureza Jurídica	43
2.5 Impedimentos matrimoniais	46
2.6 Fidelidade como cláusula geral e a questão do adultério: Monogamia como princípio do casamento.	52
3 DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO ADULTERINO NO CASAMENTO	58
3.1 Do concubinato adúltero	59
3.2 Do reconhecimento do concubinato adúltero	61
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A história do direito de família brasileiro sofreu, no decorrer do tempo, grandes alterações, devido à pluralização da família, que mesmo a despeito do que diz a norma sempre existiu. A busca é que o direito de família se adeque a realidade e clamor da sociedade.

Por muito tempo, o direito de família se ateve apenas aos modelos tradicionais de família, resguardando apenas famílias que seguiam os moldes matrimoniais e patriarcais, deixando a margem aquelas que eram constituídas informalmente.

Para o direito, as famílias reconhecidas pela norma eram apenas constituídas pelo elo sanguíneo, não existindo igualdade entre filhos nascidos dentro do casamento aos que nasceram fora do casamento, que eram marginalizados pela sociedade.

Quanto ao patriarcado das famílias, era reconhecida a hierarquização dentro dessa entidade familiar, sendo a autoridade exercida pelo pai, sendo ele o chefe da família, responsável pelas decisões tomadas, emanando a autoridade do pátrio poder.

Mas, com o decorrer do tempo, como já falado, as mudanças nas normas passaram a ser necessárias, começando com o fim da indissolubilidade do casamento, com a Lei nº 6.515 de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, quebrando um dos primeiros paradigmas do direito de família.

Com a vigência da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico de família passou por mudanças significativas, tanto principiológicas quanto ao que passou a ser reconhecido como família.

A família constituída pelo casamento a partir desse momento não eram a única entidade familiar protegida e reconhecida por lei, pois a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 elencou o novo paradigma de família a ser assegurados direitos pelo ordenamento jurídico de família.

Os princípios basilares do direito passou a assegurar à igualdade, a dignidade, a solidariedade, a pluralidade da família e, ainda que não implicitamente expresso, o princípio da afetividade, que tem sido objeto de base para os argumentos deste trabalho.

Os princípios de pluralização e de afetividade da família tem sido desde então um dos grandes aspetos abordados quanto à forma de família a ser reconhecida pelo direito, isso com o reconhecimento da união estável pela Constituição de 1988, no art. 226, §3º, e posteriormente o Código Civil de 2002 elencou os requisitos gerados de direito e deveres entre os companheiros.

Esta entidade familiar, hoje conhecida como união estável, era nomeada como concubinato por muito tempo, mas por sua peculiaridade de que os indivíduos que adotavam esta forma de convivência eram desimpedidos para o casamento, assim recebendo o nome de concubinato puro, diferenciados das uniões de impedidos de se casar, nomeados de concubinato impuro, que é o objeto de trabalho.

Mas abordado todos esses fatos históricos, e que com o reconhecimento da pluralização das entidades familiares, a questão em foco é a possibilidade de reconhecer modelos de famílias, mesmo que sejam paralelas ao casamento, podendo estas gozar de direitos atinentes aos de direito de família que lhes cabem.

Diante dessa questão, este presente trabalho buscará trazer se é possível o reconhecimento do concubinato adulterino no casamento, visando o novo paradigma de família no direito, e como vem sendo abordado o princípio de afetividade nas decisões judiciais e da sua natureza jurídica de autorresponsabilidade, diante da autonomia da vontade nos relacionamentos.

Ainda falando de autonomia da vontade, analisará os conceitos de casamento e da sua natureza jurídica negocial, que este atrelado a liberdade de escolha entre os nubentes, sendo este um contrato de direito de família.

Por esta razão, é fundamental entender da questão da fidelidade como princípio jurídico do casamento, conceituando este efeito pessoal dentro do

casamento, e o mais importante, diferenciando a espécie fidelidade do gênero lealdade.

Ao final, abordar sobre o concubinato adulterino, uma relação tão complexa para o direito de família, procurando na jurisprudência a possibilidade de haver reconhecimento dessa chamada família paralela, seja constituída de boa-fé ou de má-fé, pois, por muito tempo esta forma de relacionamento teve apenas o reconhecimento de sociedade de fato.

Como metodologia, este trabalho terá por base a pesquisa dogmático-jurídica, acolhendo-se da legislação pertinente à família, da doutrina e da jurisprudência para estudo da questão problematizada. Assim, o primeiro capítulo aborda do modelo do direito familiar tradicional ao novo paradigma contemporâneo, trazendo os princípios e espécies de família. No segundo capítulo trará o conceito de casamento e sua natureza jurídica, bem como a sua relação com o dever de fidelidade. Por fim, no terceiro capítulo terá enfoque na relação do direito de família com o concubinato adulterino (impuro), conceituando e abordando quais as situações em que esta relação é reconhecida pelo Poder Judiciário.

1 O PARADIGMA MODERNO DE FAMÍLIA

O termo família em sua origem do latim “*famulus*” e “*famelia*”, que significa servidor ou empregado, sendo esse termo contextualizado por grupo de indivíduos que vivem em um meio envolto de solidariedade, de forma despendida e altruísta.

Com isso, a constituição de uma família é o que nos diferencia das outras espécies, exercendo uma função de base social para o indivíduo, sendo esse o primeiro contato social do ser humano, para posteriormente ser inserido em sociedade. Portanto, é a família que irá, primeiramente, influenciar as ações e visões dos indivíduos com relação ao mundo a sua volta.

Com relação ao direito de família brasileiro, que adotou como modelo de regramento o direito romano e canônico, como também sofreu muita influência do código Napoleônico, manteve-se por muito tempo com o sistema tradicional de família, sendo isso perceptível no Código Civil de 1916, que seguiu a linha do mesmo (direito canônico) preferido mencionar as condições de invalidez, no que tange aos impedimentos matrimoniais¹.

Na definição dada à família por Bevilacqua em uma de suas obras nota-se como era o formato de família acolhido pelo código de 1916:

Família é conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restrita, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designa-se, por família, somente os cônjuges e respectiva progênie. Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar, o intuito genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filo progênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidarem a associação familiar²

¹ GONÇALVES, Carlos. R. . *Direito civil brasileiro : direito de Família v.6*. São Paulo: Saraiva, 2014.

² BEVILAQUA, Cloves.. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001, p.30.

Assim, percebe-se como era o modelo de família adotado pelo direito de família brasileiro no Código Civil de 1916. E pra diferenciar o modelo tradicional de 1916 do formato atual pós-constituição de 1988, far-se-á necessário à caracterização do sistema antigo de família, nisso poder perceber a grande influencia dos direitos canônico e romano, e verificando posteriormente a que ponto ainda interfere no atual sistema de família.

1.1 Tradição e Direito e Família

Diferente da ideia liberal quanto ao “direito negocial fundado na individualidade, na autonomia da vontade, na isonomia e na mínima intervenção do Estado, o direito de família adotou um modelo originário das tradições jurídicas romanas e canônicas”³, sendo estes a seguir descritos.

a) *Matrimonial*

O casamento é a forma principal para ser constituir uma família, sendo que ser declarada a legitimidade da família o casamento precisava ser valido. Nisso Bevilacqua elenca alguns dos efeitos do casamento valido:

1º)As relações pessoais e econômicas entre os cônjuges, quais constituem um enfeixamento de importantes direitos e deveres; 2º) a legitimidade da união sexual e da família, que dela procede, abrangendo até os filhos nascidos anteriormente à celebração do consórcio de seus pais; 3º) as relações pessoais e econômicas entre pais e filhos legítimos, as quais formam grupo não menos considerável de direitos e deveres; 4º) o parentes, do qual defluem muitas consequências jurídicas, como os impedimentos matrimoniais já referidos, os direitos alimentares e os direitos de sucessão legítima suficientemente vastos e importantes para, com a sucessão testamentaria, forem uma das grandes divisões do direito civil; 5º) a emancipação dos casados.⁴

Assim, segundo o modelo tradicional de família o casamento era a única forma de família protegida pelo ordenamento jurídico, não existindo espaço para os formatos de organizações familiares.

³ VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁴ BEVILAQUA, Cloves.. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p 141

b) Patriarcal

Por muito tempo a autoridade legal, moral e econômica do pai eram definidas por lei, exercendo este o pátrio poder, sendo esse poder sobre os filhos e esposa. Modelo esse de família influenciado pelo direito romano, que quem exercia o papel de chefia da família era o marido. O código de 1916 elencava os “direito especiais do marido”, como traz Clovis Bevilacqua:

Por legislação, os direitos que competem, particularmente, ao marido são: a) a representação da família; b) a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado ou do pacto antenupcial; c) o direito de fixar e mudar o domicílio da família.⁵

Assim sendo conferida ao homem toda a autoridade da família, que era emanado do pátrio poder, que lhe dava total direito sobre as pessoas e bens da família.⁶

Isso se dava principalmente pelo fato da mulher por muito tempo ser treinada apenas para as ocupações domésticas, sendo considerada como incapaz, por sua falta, até então, de credibilidade para desenvolver serviços fora do lar.

c) Hierarquizada

Como demonstrado no tópico anterior, o pai era a autoridade principal da família, demonstrando assim que na mesma cada um que a integrava exercia uma função específica.

O direito de família brasileiro tem muita influência do direito romano, em que era dada ao pai a função de chefe de família, sendo ele o responsável pelas tomadas de decisões da mesma.

No Código Civil de 1916, definia claramente as funções de cada integrante da família, que eram distribuídas em três categorias: direitos e deveres comuns aos cônjuges, direitos especiais do marido e, por fim, os direitos especiais

⁵ BEVILAQUA, Cloves.. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p 146

⁶ BEVILAQUA, Cloves.. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p 351

da mulher.⁷ Sendo assim a família um meio social com atividades determinadas para cada integrante.

d) *Heteroparental*

A legislação civil de 1916 deixava bem claro que as uniões permitidas e reconhecidas eram as heteroafetivas, “sendo um tabu as manifestações homoafetivas, ao antinatural, uma perversão.”⁸

Para Bevilaqua as uniões necessitavam ser constituídas por heteroafetiva, visando à reprodução e a criação dos filhos, sendo improvável existir outro tipo de afeto, e garantidos pelo direito canônico e os costumes da sociedade em questão.⁹

e) *Biológica*

Anteriormente a Constituição de 1988, fazia-se diferenciação entre os filhos biológicos, adotivos e os concebidos fora do matrimônio. Com isso, os filhos adotivos careciam da proteção legal, existindo uma espécie de categoria de filhos.¹⁰ Sendo assim dada uma prioridade maior aos filhos naturais, concebidos na constância do matrimônio.

A relação de parentesco era classificada como filiação legítima e ilegítima, relação esta entre pais e filhos, tendo por filiação legítima:

Se, no momento da concepção, o pai e mãe se acham vinculados por casamento válido, ou putativo, ou anulável, embora não putativo, isto é, nos casos em que substituiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, prazo e segundo os da lei.¹¹

⁷BEVILAQUA, Cloves.. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p. 146

⁸ VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁹BEVILAQUA, Cloves.. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001 p 33

¹⁰ VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

¹¹ BEVILAQUA, Cloves.. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p 301

E se tratando de filiação ilegítima eram os indivíduos provenientes de relações sexuais não reconhecidas por lei, exemplo disso, filhos vindos de relações adúlteras ou incestuosas.

Nos casos de filhos adotivos, não possuíam os mesmo privilégios que os filhos legítimos, por mais que possuíssem direitos sucessórios, não eram os mesmos dos filhos naturais, podendo ser esse ato dissolvido pela ingratidão do adotado contra o adotante¹².

f) Indissolúvel

A indissolubilidade da família advém do direito canônico, na ideia de que “o que Deus uniu o homem não separa”, posteriormente, o Estado assumiu o dever de oficializar o matrimônio, continuando com a ideia de que o casamento dissolvido apenas pela morte de um dos cônjuges, não existindo o reconhecimento do divórcio no direito brasileiro.

g) Institucional

Como visto, as tradições católicas exercem grandes influências no direito brasileiro, sendo “a família uma instituição jurídica e social” e existindo nela uma espécie de sacralidade, uma indissolubilidade e perpetuo, sendo a base formadora da sociedade, “onde as pessoas organizavam-se como pertença”.¹³

A intenção para essa forma de legislação de direito de família era para existir uma espécie de controle social, e enxergando na família um pilar para a sociedade, sacralizando-a e evidenciando que o indivíduo depende da família para ser pertencente a algo.

1.1.1 Do Direito de Família

O direito de família tradicional tinha por base a ideia dos fatores constitutivos de família, que era pelo afeto (amor) entre os dois sexos e na

¹² BEVILAQUA, Cloves. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p 346

¹³VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio> Acesso em: 25 de Set. 2015

associação do homem e da mulher, para que juntos, manterem em segurança sua prole. Nisso se dava a natureza da construção de uma família, aliados também aos fatores sociológicos, da influencia de costumes religiosos e legais.¹⁴

Diante disto, e do fato de o direito tradicional ainda não estava nenhum pouco receptivo a ideia do pluralismo familiar, evolução das espécies de família ainda estava ligada a fatores biológicos, psíquicos e sociais da época, tendo a moral e os bons costumes como primazia das influencias as normas de direito de família.¹⁵

Quanto a ideia do direito de família no código de 1916, tem-se o apego ao estado social e as tradições advindas do direito canônico, como já visto, que versa sobre a indissolubilidade da família constituída pelo casamento.

Nesse contexto, nota-se que no direito de família tradicional a natureza jurídica vinha da personalidade patrimonial da família, tendo a mesma uma constituição de pessoa jurídica, por isso da ideia do pátrio poder.¹⁶

1.1.2 Das Espécies de Família

Como elenca Bevilaqua, as espécies de família eram variadas nas afinidades entre os cônjuges e os filhos. Sendo que na primeira, depende da união conjugal, que na lei versava as uniões monogâmicas, não vislumbrando nenhum tipo de pluralismo.

Essa ideia de pluralidade na família não uma situação aceita no ornamento jurídico, mesmo a família evoluindo para esse caminho.

No que tange aos filhos, as relações eram de parentesco, subordinação e autoridade entre os membros da instituição familiar, que aqui se fala apenas no patriarcado, para Bevilaqua, era um modelo igualitário, que mesmo diante de uma sociedade domestica, “tenha necessidade de um chefe, ao menos em algumas situações, e que esse seja o homem.” Segundo o autor, essa forma

¹⁴ BEVILAQUA, Cloves. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p 30

¹⁵ BEVILAQUA, Cloves. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p 31

¹⁶ VENOSA, Silvio. d. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas.2014. p. 9

igualitária poderia sofrer modificações com o tempo, para melhor acentuação de suas características e para a conservação da espécie.¹⁷

1.2 Novo Paradigma

O direito de família pós Constituição de 1988 sofreu grandes mudanças, desde sua conceituação aos seus princípios, especialmente no que tange a sua formação. Uma das grandes mudanças a serem elencadas é o princípio da dignidade da pessoa humana se tornar uma base principiologica na esfera dos direitos e deveres familiares, vindo com o mesmo à ideia de igualdade e a inclusão do princípio da afetividade como fundamento para sua constituição.

Com o novo contexto, mergulhado aos princípios modernos liberais, posteriormente mais detalhados, as famílias sob a ótica do paradigma moderno de família do surgimento ao novo direito de família. Agora as famílias tendo o reconhecimento de uniões plurais ao lado da família tradicional legitimam igualdade entre homem e mulher, como também entre os filhos, independente de sua origem, o reconhecimento constitucional das uniões estáveis e por fim, a aceitação do divórcio como meio de dissolução conjugal.¹⁸

Nisso, a família atual é:

a) pluralizada, pois o matrimônio deixa de ser a única fonte de família; b) igualitária, pois o pátrio-poder é substituído pelo poder de família, onde homens e mulheres coabitam em condição de igualdade; c) democrática, dando fim a hierarquização das relações, inclusive entre pais e filhos; hetero ou homoparental, podendo ser constituídas por uniões ou matrimônios entre pessoas de sexos distintos ou do mesmo gênero; d) biológica ou socioafetiva, onde a filiação deixa de ter hierarquia e não se restringe aos laços de sangue ou à adoção, mas a relação pública de afetividade; e) dissolubilidade dos vínculos, fazendo com que os integrantes da família deixam de ser sua pertença¹⁹

¹⁷ BEVILAQUA, Cloves. *Direito de Família*. Campinas. Red livros. 2001. p 33

¹⁸ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil*. Direito de Família. V.5. Rio de Janeiro: Forence. 2014. p. 03

¹⁹ VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio> Acesso em: 25 de Set. 2015

A pluralização das famílias, que antes não era bem vista, agora passa a ser constitucionalizada e existindo até lei própria, a exemplo da união estável. A igualdade entre homem e mulher, sem relação de hierarquia, dá lugar a democracia, primazia de um estado liberal moderno, e o afeto no comando das relações, nisso sem que haja uma ligação de sangue.

1.2.1 Natureza Jurídica

Quanto à natureza do direito de família atual, a discussão começa em se tal direito pertence a ordem pública ou privada. Para a doutrina majoritária, a sua natureza é de direito público, as inúmeras normas que o regem são de ordem pública, sendo essas que regem como serão as relações entre os cônjuges, dos pais para com os filhos, da constituição e dissolução do casamento e dentre outras formas de relações familiares.²⁰

Ainda nesse contexto, sua participação no direito público vem também na função do Estado na proteção da família, sendo esse um dever constitucional, como elenca no artigo 226 da Constituição Federal, no sentido de que o Ministério Público deva se envolver nas lides das relações familiares e também é dever do Estado dar provisão em recursos educacionais e científicos para propiciar aos pais um melhor exercício do princípio da paternidade.²¹

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; **§ 8º** O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.²²

Contudo, a aqueles que entendem que não se pode falar que esse direito tem uma natureza de direito público, pois isso fere ao princípio da autonomia

²⁰ VENOSA, Silvio. d. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo. Atlas. 2014.p. 12

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense. 2011.p.05

²² BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 2010 disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>

da vontade da constituição de família, tendo um Estado intervencionista, e como trás Maria Berenice em seu livro de direito de família:

Imperioso reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o caráter privado. A tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais se inclina cada vez mais a repudiar a interferência do público.²³

A questão da não interferência do Estado, é que agora as famílias são pluralizadas, sendo inviável existir um controle normativo, sem que haja diminuição da liberdade de escolhas dos indivíduos que querer constituir família.

Mas, o direito de família pode ser entendido com uma natureza de direito privado, tendo sobre ele uma proteção especial do Estado, pois a cada dia as normas apenas têm intervindo quando necessário no que se trata de famílias plurais, dando mais liberdade de escolha de como será formada a família de cada indivíduo.²⁴

1.2.2 Princípios do Direito de Família

A partir do prisma da constitucionalização do direito privado, tendo o direito de família por base para sua eficácia a Constituição de 1988, e que muitos de seus princípios são de cunho de direitos fundamentais, o novo direito de família enlaçado a Constituição no que tange a temas sociais. Nisso se dá que muitos dos princípios que são de esfera social tenham adentrado na esfera privada do direito.

a) Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88)

Esse princípio esta atrelado a um sistema de direitos e garantias fundamentais, tendo o vislumbre de que a Constituição Federal ofertou um complexo aberto de família, mesmo que não expreso, pois a ideia de dignidade humana está na superavaliação do indivíduo, com um fim em si mesmo, sendo a família como um

²³ DIAS, Maria B.. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015 p. 35

²⁴ MONTEIRO, Washiginton B.. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 19

instrumento para desenvolvimento do indivíduo, provendo sua dignidade como pessoa. Com isso, a forma da família é algo de livre escolha do indivíduo, nisso tem-se acolhido a jurisprudência quando aos direitos familiares. O exemplo disso está a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de direito privado, Apelação Cível 408.555-5, quando se discutiu sobre abandono afetivo que deve ser indenizado, pelos danos sofridos de cunho psicológico, tendo por fulcro a dignidade da pessoa humana.²⁵

Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7.ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.).

No entanto a mesma decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, retirando a condenação por danos morais alegando a sua impossibilidade, pois não ensejava ato ilícito, mas posteriormente, diante de muitas manifestações contrárias da doutrina, novamente ocorreu uma revisão no mesmo Tribunal, sendo admitida a reparação civil por abandono afetivo.²⁶

Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à

²⁵BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Belo Horizonte. Apelação Cível Nº 408.550-5. Tribunal de Justiça de Belo Horizonte. Decisão de 01/04/2004.

²⁶TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito de Família . Rio de Janeiro: Forence. 2014 v.5. p. 10

afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, Resp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. 24.04.2012, Dje 10.05.2012).

No contexto a também as decisões que tornam impenhorável o imóvel de pessoa solteira, sendo considerado, segundo esse princípio, bem de família, sendo visto na Lei nº 8.009/1990.²⁷

Assim esse princípio é a base para muitos princípios, como os da isonomia e liberdade, sendo ligado ao ideal de família constitucional.

b) Princípio da solidariedade familiar (art. 3º, I da CF/88)

Esse princípio vem da ideia de solidariedade social, em que a constituição defende a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.²⁸ Nisso, esse ideal chegou às relações familiares em que os integrantes da família têm o dever humanitário, mantendo o cuidado um para com o outro (solidariedade).²⁹

Tal princípio foi argumento para prestação de alimentos, em caso de necessidade, para o cônjuge e parentes, sendo posteriormente aceito nas uniões estáveis.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ALIMENTOS - UNIÃO ESTÁVEL - DEVER DE ASSISTÊNCIA MÚTUA ENTRE OS CONVIVENTES - EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96 - NECESSIDADE COMPROVADA - CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO ALTERADO - DIMINUIÇÃO DA VERBA ALIMENTAR - ADEQUAÇÃO AO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 400 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, CORRELATIVO AO ART. 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O valor da pensão alimentícia deve ser fixado na proporção das necessidades do alimentando e dos recursos do

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 182.223/SP. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>

²⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014. v.5 p. 11

²⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5 p. 12

alimentante, em sintonia com o princípio da proporcionalidade estabelecido pelo Código Civil e com a adequada observância dos elementos da prova produzida. (TJ-SC - AC: 183593 SC 2004.018359-3³⁰, Relator: Mazoni Ferreira data de julgamento: 28/04/2005, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Itajaí.)

Mas o princípio da solidariedade não fala apenas em questões patrimoniais, tendo a obrigação também da afetividade e apoio psicológico. Nisso, os integrantes da família tem o dever de dar afeto para o outro.³¹

“Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.”³²

Na decisão acima, mostra a possibilidade de indenização por abandono afetivo, mesmo do o pai, do caso em tela, cumprido com os deveres patrimoniais para com a autora.

³⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível: 183593 SC 2004.018359-3. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>

³¹TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5 p. 12

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1159242/SP Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>

Portanto, o princípio da solidariedade consiste em respeito e consideração entre os membros da entidade familiar, mesmo diante de um rompimento da mesma entidade.³³

c) Princípio da igualdade (art. 226, §5º e 227, §7º da CF/88)

O princípio de igualdade trata tanto veio para o direito de família igualando homens e mulheres, como os cônjuges e companheiros e entre os filhos. No primeiro caso, agora a uma igualdade de chefia, pois homens e mulheres são possuidores dos mesmos direitos e deveres, existindo uma relação democrática, dando direito a todos de opinarem nas decisões para o futuro da família. Não havendo uma hierarquia, mas uma diarquia.³⁴

Assim, com esse novo contexto o patriarcado teve seu fim, uma vez que tanto o homem quanto a mulher podem exercer a “chefia” da família, não existindo o pátrio poder, mas agora o direito trata como poder familiar, descrito no art.1634 do Código Civil de 2002:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos.³⁵

Sendo o poder família exercido por ambos os pais, não somente pelo homem como era a visão patriarcal.

No que tange a igualdade entre cônjuges e companheiros a constituição de 1988 reconhece a união estável como entidade familiar, existindo direitos e deveres equiparados aos dos casais unidos pelo matrimônio, isto descrito no art, 226, §3º, da CF/88.³⁶

Quanto à igualdade entre os filhos, o art. 227, §6º da CF/88 traz que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os

³³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5. p. 14

³⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5. p. 16

³⁵ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de out. 2015>.

³⁶ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5. p. 14

mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, vindo posteriormente no Código Civil no art. 1596 com o mesmo texto, reconhecendo esse princípio de igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem.

d) Princípio da não intervenção ou da liberdade (art. 1513 CC/2002)

Esse princípio estabelece que o planejamento familiar seja de livre escolha do casal, não podendo existir intervenção externa, sendo esse princípio atrelado ao da autonomia privada.³⁷

A autonomia privada não abrange apenas nas relações contratuais, mas também nas relações familiares, sendo influenciada pelo afeto entre os indivíduos, que por meio deste afeto decidem viver uma vida em conjunto.³⁸

Isso se reflete na decisão a seguir:

PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO ESTATUTÁRIA. MORTE DE COMPANHEIRA HOMOSSEXUAL SERVIDORA PÚBLICO FEDERAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. VEDAÇÃO LEGAL. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE INDIVIDUAL. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DISTINÇÃO EM RAZÃO DO SEXO. COMPROVAÇÃO DE VIDA EM COMUM. DEFERIMENTO. I - A inexistência de norma que regule situação fática socialmente reconhecida, mas que não encontra previsão legal no ordenamento, não se faz bastante para extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, que, apenas, se caracterizaria na hipótese de expressa vedação da legislação ao deferimento da pretensão do litigante. II-É reconhecido pela doutrina o fato de que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade, de modo que cabe ao juiz, diante de controvérsias às quais falte a norma específica que se lhes aplique buscar a integração entre direito e realidade, amparando-se nos princípios gerais do direito, e, mormente, como é o caso, fazendo uso do método da analogia, evitando, assim, o non liquet. III-A legislação previdenciária aplicável aos servidores públicos, regida pela Lei Nº 8.112/90, prevê a concessão de pensão por morte ao cônjuge,

³⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5 p. 17

³⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5. p. 18

companheiro do de cujus, sem qualquer vedação expressa a que estes sejam do mesmo sexo. IV- O artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal, esgrimido pela autarquia apelante como norma proibitiva ao reconhecimento do direito à pensão em comento, cuida especificamente da família e das relações de casamento, não visando à regular matéria previdenciária que é tratada em capítulo próprio da Lex mater. V-A Constituição Federal erigiu o princípio da igualdade com postulado fundamental, com aplicação específica em relação à proteção referente a discriminações quanto ao gênero, consoante o disposto nos artigos 3ª, inciso IV, 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, todos da Carta Magna, sendo, por isso, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão da opção sexual do indivíduo. VI- Exaustivamente comprovada pela promovente, através de prova documental, assim como através dos depoimentos testemunhais, a união estável da autora com a falecida servidora, é de ser concedido o direito à pensão requerida. VII- Ressalte-se, também, que foi juntada aos autos sentença proferida na ação nº, em que foi declarada para todos os fins de direito, a união homoafetiva entre o meio do ano de 1976 a 04.08.2008 da autora com a servidora falecida. VIII- A implantação do benefício deve ser retroativa à data do óbito, nos termos do artigo 215, da Lei Nº 8.112/90, sendo mantidos os juros de mora nos termos da Lei 11.960/09, a partir da citação, e os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação. IX- Precedentes (AC 238.842-RN. REL.: DES. FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI DJ: 13.03.2002; ADI 4277. REL.: MIN. AYRES BRITTO. D. JULG. 05.05.2011; RE-AGR nº 477554. REL.: MIN. CELSO DE MELO DJULG: 16.08.2011;). X- Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-5 - REEX: 200983000201094³⁹, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 29/11/2011, Quarta Turma, Data de Publicação: 01/12/2011)

A ideia aqui é que o indivíduo é livre para escolher com quem quer se relacionar, por quem sente afeto ao ponto de compartilhar sua vida.⁴⁰

e) Princípio da função social (art.226 da CF/88)

O princípio da função social da família advém do contexto que no art.226 da CF/88 que descreve a família como base da sociedade, levando em conta o seu papel sociocultural, e tendo por característica um meio de realização dos

³⁹RECIFE. Tribunal Regional Federal 5ª REGIÃO – Apelação Reexame Necessário: 200983000201094. Disponível em: < <http://www.trf5.jus.br/>>

⁴⁰TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5. p. 18

anseios e pretensões do indivíduo, sendo a família não mais um fim em si mesmo, mas um meio social para a busca da felicidade.⁴¹

A família sofre no decorrer do tempo com as influências tanto daqueles que pertencentes da mesma família, quanto com os fatores sociais. Nisso se dá, não obstante ao estudo, por conseguinte da função social da própria sociedade.⁴²

f) Princípio do pluralismo

Aqui, tendo por base a liberdade no contexto de direito de família, da intervenção mínima do Estado, sendo reconhecido não apenas um único formato de família. Com a ideia do pluralismo familiar sendo inserida no direito de família, deixando de ser inflexível, sendo aceito varias formas de família.⁴³

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, em seu livro, declaram que o pluralismo das entidades familiares possibilita ao “reconhecimento e a real proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares”, pois a previsão constitucional que elenca o rol dos formatos de famílias não é taxativa, possibilitando a “proteção de toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja, ou não, contemplada expressamente na dicção legal.”⁴⁴

Deixando de apenas reconhecer como entidade familiar as constituídas pelo casamento, o formato tradicional, como também outros formatos, sendo compreendida como um “sistema democrático”, existindo assim um terreno frutífero para conversa entre os integrantes da família, buscando a felicidade e conquista pessoal plena.⁴⁵

Ademais, ao reservar “especial proteção do Estado” ao núcleo familiar, o Texto Constitucional deixa antever que o pano de fundo da tutela que lhe foi emprestada é a própria afirmação da dignidade da pessoa humana. Significa dizer: a proteção à família somente se

⁴¹ GAGLIANO, Paplo. S. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. v.VI. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 98

⁴² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forence. 2014.v.5. p. 26

⁴³ VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em: < revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁴⁴ FARIAS, C. C.; N. R. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

justifica para que se implemente a tutela avançada da pessoa humana, efetivando no plano concreto, real, a dignidade afirmada abstratamente. É a família servindo como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros.⁴⁶

A decisão do TJ-PE versa sobre o reconhecimento de união estável simultânea após o falecimento do companheiro:

DIREITO CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÕES DECLARATÓRIAS DE UNIÃO ESTÁVEL, AJUIZADAS PELAS APELANTES - FALECIMENTO DO COMPANHEIRO COMUM - DEMONSTRADOS OS PRESSUPOSTOS DA UNIÃO ESTÁVEL, HAVENDO FILHOS DA CONVIVÊNCIA SIMULTÂNEA ENTRE O DE CUJUS E AS DUAS COMPANHEIRAS - COMPROVADO O ANIMUS DE CONSTITUIR FAMÍLIA EM AMBAS AS SITUAÇÕES ANALISADAS - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - ATUALIDADE DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMILIAS. PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES. PROVIMENTO 1 - O conjunto fático probatório colacionado aos autos é suficiente para demonstrar a existência da união estável dúplice, mantida por ambas as apelantes com o falecido companheiro. 2 - Satisfatoriamente comprovados os pressupostos da publicidade, da afetividade, da continuidade, da durabilidade da convivência e do animus de constituir família - nas duas ações de reconhecimento e dissolução de união estável. 3 - A união estável dúplice não obsta ao reconhecimento e à dissolução das convivências assemelhadas ao casamento. (TJ-PE - APL: 3111700 PE⁴⁷, Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, Data de Julgamento: 23/04/2014, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 28/04/2014)

Deixando de lado o ideal de casamento como única entidade protegida e para o crescimento saudável do indivíduo, “sobrepunhando valores meramente patrimoniais.”⁴⁸

⁴⁶FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

⁴⁷ FORTALEZA. Tribunal de Justiça do Pernambuco . APELAÇÃO nº 3111700 PE. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>

⁴⁸FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

1.2.3 Princípio da Afetividade

Quanto ao princípio da afetividade no direito de família brasileiro, ainda que não expresso implicitamente na letra constitucional, é um princípio que norteia as relações familiares e que tem sido objeto de discussões jurídicas e doutrinárias. Com isso, se reflete que muitos dos doutrinadores e julgados tendem a confundir as relações de afetividade ao sentimento de amor (afeto) entre os familiares.⁴⁹

A confusão entre afetividade e afeto é comum, levando em conta ao ideal de felicidade como um direito fundamental, como traz Maria Berenice em seu texto:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família, também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família... O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade.⁵⁰

Sendo assim, no mundo jurídico esse princípio, mesmo existindo uma diferenciação entre afetividade e afeto, tem sido utilizado como justificativa para sanarem a falta de amor (afeto) nas relações familiares. Mas essas relações tratadas são vistas ainda na maioria das discussões no contexto de filiação, principalmente na ideia de filiação afetiva.⁵¹

Quanto à afetividade na filiação, o conceito de afetividade torna-se mais coerente, contudo ainda tem atrelado à ideia de afeto. Pois a filiação não é estabelecida com o nascimento, mas na vontade das partes envolvidas (um ato de vontade), que caminha no ideal de afetividade. Mas, ainda a crença no fundamento do afeto, levando em conta ao estado de posse de filho, que vai além do parentesco biológico, como também o parentesco psicológico.⁵²

Como fala Maria Berenice em seu livro:

⁴⁹VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁵⁰ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 52

⁵¹VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁵² DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 386.

O afeto não fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.⁵³

Seguindo nesse sentido, a decisão do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), que fala da responsabilização em danos morais por abandono afetivo, a relatora do julgado Nancy Andrighi fala sobre a afetividade:⁵⁴

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal. Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie. Quanto a esse monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.⁵⁵

Contudo, cabe salientar que o princípio da afetividade não se mistura com a ideia de socioafetividade, sendo completamente diferentes, mas complementares. Pois, a socioafetividade tem por base a publicidade da afetividade, no comportamento cotidiano, um exemplo clássico de socioafetividade é a

⁵³ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 53

⁵⁴ VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em: < revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>

paternidade socioafetiva, sendo atrelado ao estado de posse de filho. A relação a socioafetividade temos a decisão proferida pelo tribunal de Santa Catarina: ⁵⁶

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO. SENTENÇA TERMINATIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DECRETADA EM FACE DA AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO ESCRITA DEMONSTRANDO O INTERESSE DOS PAIS DE CRIAÇÃO EM ADOTAR. RECURSO DA AUTORA COM O FITO DE VER RECONHECIDA A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO MANEJO DA AÇÃO. SUBSISTÊNCIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO QUE TEM AMPARO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO PROVIDO: 1- A tendência atual do Direito, e mais especificamente do Direito de Família, é a de gradativamente abandonar as formas jurídicas rígidas e em confronto com a realidade social em nome da satisfação da plena liberdade de desenvolvimento dos cidadãos no seio social. 2- Longe das antigas fórmulas de caráter patrimonialista onde os casamentos eram ajustados pelo patriarca, e as mulheres estavam submetidas ao alvedrio do pai ou marido, após as conquistas feministas e a regulamentação do divórcio, há algumas décadas a família baseia-se na livre vontade dos parceiros em manter laços de cunho afetivo. Essa nova realidade, por mais que não esteja completamente consolidada em nossa legislação positiva, não pode ser desprezada pelo intérprete do Direito. A função do Poder Judiciário, nesses casos, é a de resguardar a liberdade dos cidadãos de agruparem-se conforme seus interesses afetivos, conferindo-lhes a proteção jurídica (e porque não patrimonial) digna, tal qual lhes seria igualmente conferida se o agrupamento (a família) pudesse ser enquadrado na forma tradicional. 3- Em 1988 a novel Constituição deu um primeiro passo na seara do reconhecimento jurídico das entidades familiares estabelecidas tão-somente com base no afeto ao emprestar a devida proteção do Direito à União Estável. A partir de então houve um deslocamento do conceito jurídico de família para a união de pessoas decorrente do vínculo de afeto, e não simplesmente na união jurídica advinda do ato formal representado pelo casamento. Com base nesta inovação legal engendrada pela Constituição, combinada com a aplicação prática do Princípio da Dignidade Humana, plenamente possível emprestar caráter oficial ao Estado de Filiação nascido e desenvolvido simplesmente com base no afeto. 4- É inexorável o reconhecimento judicial de que a família na sociedade contemporânea é fruto muito mais do afeto e do sentimento de humanidade do que do DNA. (TJ-SC - Apelação Cível : AC 182795 SC 2006.018279-5)” ⁵⁷

⁵⁶VIEIRA, Danilo. P. *Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade.*, disponível em: < revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio > Acesso em: 25 de Set. 2015

⁵⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de-Santa Catarina. Apelação Cível : AC 182795 SC 2006.018279-5. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia> >

Todavia, a definição de afetividade não pode ser meramente atrelada ao de posse de filho. Nisso se evidencia ao ideal de pluralidade familiar, podendo o indivíduo determinar seu tipo de família a de viver, pois a afetividade abrange muito mais “elos interpessoais familiares”, é a autorresponsabilidade e a interação com o outro indivíduo (alteridade).⁵⁸

1.2.3.1 Natureza jurídica da afetividade

Como visto, a afetividade é autonomia quanto aos sentimentos, sendo inserida na autonomia da vontade existente no direito civil, identificada na filiação, sendo esta filiação biológica, adotiva ou afetiva, e nos relacionamento sejam nas uniões solenes ou tácitas, assumindo as responsabilidades pelas consequências oriundas das relações (autorresponsabilidade).⁵⁹

Sendo esta a natureza jurídica, a da autorresponsabilidade, voltada ao “outro”, e que é entendida como afetividade, “expressão privada do valor sagrado maior da modernidade, a dignidade da pessoa”.⁶⁰⁶¹

Luc Ferry defende que a afetividade esta ligada aos valores sagrados da modernidade, ocorrendo a divinização do homem pela proteção de seus direito fundamentais como os de dignidade e liberdade de manifestação da vontade.⁶²

Sendo que a família é fruto das escolhas do homem em busca da plenitude e felicidade, e não uma instituição acima do homem, mas um espaço formador de caráter e acolhimento.⁶³

⁵⁸ VIEIRA, Danilo. P. *Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade.*, disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁵⁹ VIEIRA, Danilo. P. *Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade.*, disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁶⁰VIEIRA, Danilo. P. *Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade.*, disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁶¹FERRY, Luc. *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização.* Rio de Janeiro: Objetiva. 2008.

⁶² FERRY, Luc *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização.* Rio de Janeiro: Objetiva. 2008.

1.2.4 Espécies de Família

Por muito tempo viu-se apenas como modelo de família a constituída pelo casamento entre homem e mulher, mas com as mudanças sociais que influenciaram as relações familiares, acarretando na dissolução da rigidez do direito de família pela necessidade que muitos outros formatos familiares tinham da proteção legal.

A constituição de 1988 introduziu em seu texto os princípios protetores de tais famílias, ocorrendo o reconhecimento das uniões estáveis e monoparental, e não apenas as uniões constituídas pelo casamento como antes.⁶⁴

Das espécies de família, pode-se falar:

a) *Matrimonial*

Surgida do casamento, essa espécie de família advem do contexto religioso e tradicional, que a princípio era a única forma de se constituir família, sendo regrado pela a igreja católica, posteriormente sob a tutela do Estado, mas ainda com muita influencia do direito romano-canônico.

Mas, mesmo com as mudanças sociais pouca coisa mudou nas exigências à celebração do matrimônio, contudo a ideia de indissolubilidade do casamento não existe mais, sendo reconhecido o divórcio, primeiramente com a Lei do Divórcio em 1977, e que também ocorreu a mudança no regime legal de comunhão universal de bens para comunhão parcial existindo a opção da mulher em adotar o nome do marido, sendo reconhecido posteriormente na Constituição de 1988.⁶⁵

⁶³ FERRY, Luc *Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2008.

⁶⁴ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 131

⁶⁵ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 135

Logo depois, o Código Civil de 2002 deixou de forma expressa no artigo 1.513 a vedação de qualquer pessoa física ou jurídica não poderá intervir nas escolhas da instituição familiar.⁶⁶

b) União estável

É uma união informal entre homem e mulher sem impedimentos, que não necessita de registro, tendo seu reconhecimento constitucional como entidade familiar, que o Código Civil de 2002 elencou requisitos que geram direito e deveres para com os companheiros, sendo um dos requisitos principais o reconhecimento público da união e o intuito de constituir família.⁶⁷

O Código Civil, em seu artigo 1.723, também tratando do assunto, e consolidando a união estável, constando todos os requisitos para o seu reconhecimento, sendo o desejo de ter família, uma convivência duradoura, contínua, pública, entre homem e mulher, modificado pela ADIn nº 4.277 e a ADPF nº 132, e que não haja impedimentos para que possa ser convertida em casamento.⁶⁸

Essa espécie de família, anteriormente a Constituição de 1988, caminhava junto ao da família paralela, que eram denominadas de concubinato puro e impuro, a distinção entre os dois formatos era que, o primeiro há a possibilidade de constituir casamento e que não há impedidos legais para isso, sendo que o segundo havia impedimentos decretados em lei, assim criando um parâmetro.⁶⁹

Mas, apesar da normatização quanto à união estável, esse relacionamento continua sendo uma união não manifesta, sem formalidade, sem qualquer solenidade para sua formação, entretanto para que haja seu reconhecimento, necessita que seja comprovado que realmente existe entre os indivíduos o vínculo e que os requisitos dispostos na lei sejam cumpridos, no caso

⁶⁶ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 135

⁶⁷ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 137

⁶⁸ COELHO, Fabio. U. *Curso de Direito Civil, Família, Sucessões*, v.5. São Paulo: Sairaiva. 2012.

⁶⁹ COELHO, Fabio U. *Curso de Direito Civil, Família, Sucessões*, v. 5. São Paulo: Sairaiva. 2012.

em que os integrantes queiram converter essa união em casamento ou o seu reconhecimento em caso de dissolução da união estável.⁷⁰

c) Paralela

Esta estrutura familiar ainda questionado, que vai contra a monogamia, pois fere um dos deveres do casamento que é o de fidelidade, também denominado como concubinato impuro, pois é configurado em duas relações simultâneas, sendo uma delas ligada pelo casamento válido, quanto o outro não, sendo este modelo de concubinato impuro é o objeto deste trabalho.⁷¹

d) Monoparental

É o formato familiar baseado no vínculo de “parentesco de ascendência e descendência”, reconhecida pela Constituição de 1988, no art. 226,§4º, onde a existência de apenas um dos pais e sua prole.⁷²

“O enlaçamento dos vínculos familiares constituídos por um dos genitores com seus filhos, no âmbito da especial proteção do Estado, subtrai a conotação de natureza sexual do conceito de família. Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar.”⁷³

A formação de espécie de família pode ser determinada por fatos como divórcio ou da dissolução da união estável, bem como da vinda de filhos sem casamento ou união estável, viuvez, muitos outros fatores.⁷⁴

⁷⁰ JALES, C. F. *Concubinato Adulterino sob o Prisma do Código Civil*. Disponível em e-gov: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-concubinato-adulterino-sob-o-prisma-do-c%C3%B3digo-civil-de-2002>. Acesso em 24 jun. 2015

⁷¹ VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁷² VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁷³ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 140.

⁷⁴ FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

Mas, com o reconhecimento como entidade familiar, a família monoparental adquiriu direitos como os dos benefícios da impenhorabilidade de seus imóveis e de pedir alimentos uns aos outros.⁷⁵

e) Anaparental

“É a relação familiar cujos vínculos de parentesco não são em linha reta, a exemplo de uma família composta de irmãos, ou sobrinho e tio.”⁷⁶ Baseada relação de colateralidade.

Como fala Maria Berenice:

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária.⁷⁷

f) Pluriparental

É entidade familiar que emerge de vínculos familiares anteriores desfeitos e reorganização de novos vínculos familiares, existindo por vezes o divórcio e pelo novo casamento.⁷⁸

O casal da nova relação passa a conviver com os filhos das relações anteriores, ocorrendo uma multiplicidade de elos familiares, que em muitos casos, nas uniões que envolvem famílias monoparentais, pode existir a figura da adoção unilateral. E nesse contexto familiar o princípio da afetividade interage nessa espécie

⁷⁵FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

⁷⁶VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

⁷⁷ DIAS, Maria B.; *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 140.

⁷⁸ VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfírio> Acesso em: 25 de Set. 2015

familiar, possibilitando que os enteados tenham os nomes de seus padrastos agregados, não retirando do pai biológico.⁷⁹

Segunda Dias “seguindo a trilha da jurisprudência, a L 11.924/09 admitiu a possibilidade de o enteado agregar o nome do padrasto, o que, no entanto, não gera a exclusão do poder familiar do genitor”.⁸⁰

g) Eudemonista ou sócio afetivo

São advindas do afeto entre indivíduos sem nenhum vínculo de parentesco, unidas pelo afeto, na busca da felicidade, existindo a emancipação entre os seus membros.

Maria Berenice define que o “eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade.”. Essa busca da felicidade é o principal fator que rege essa espécie de família, demonstrando que essa relação configura-se na igualdade e respeito entre seus integrantes.⁸¹

h) Homoafetiva

É decorrente da relação entre duas pessoas do mesmo sexo, reconhecida pela ADIn nº 4.277 e a ADPF nº 132, aprovando a união estável homoafetiva, depois de reiteradas ações judiciais, possibilitando a habitação de união estável para casamento no Registro Público.⁸²

Como descrevem Faria e Rosenvald:

Reconhecida como entidades familiares, das uniões homoafetivas decorrerão efeitos diversos típicos de uma relação familiar, sem a possibilidade de cerceamento dos efeitos, sob pena de violação de

⁷⁹ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 141

⁸⁰ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 141

⁸¹ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 144

⁸² VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em: < revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio > Acesso em: 25 de Set. 2015

valores constitucionais. E mais: a orientação sexual de alguém não lhe retira direitos conferidos pelo garantismo constitucional.⁸³

Portanto, são estas algumas das espécies que no ordenamento jurídico e elencado pela doutrina, sendo que não se esgotam nessas, pois a pluralidade de família abrange qualquer formato de família em uma sociedade tão complexa quanto a brasileira.

Existindo na jurisprudência muitas decisões que demonstram essa diversidade no contexto social de família, e cabendo ao direito de família abraçar tais formatos diversos (pluralizados) para permitir que os efeitos decorrentes das entidades familiares reconhecidas sejam também dados as essas famílias diversa das famílias tradicionais.

⁸³FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

2 DO CASAMENTO E TRATAMENTO DADO AO ADULTÉRIO

No presente capítulo será abordada a história do casamento no direito de família brasileiro, as mudanças que sofreu do decorrer do tempo, as influências constitucionais pós 1988, bem como uma tentativa de conceituação do instituto casamento e dos seus impedimentos para celebração do matrimônio.

Ao concluir, será discutido o dever de fidelidade como cláusula geral, trazendo uma diferenciação entre fidelidade e lealdade, e posteriormente se a monogamia deve ser tratada como princípio do casamento, abordando a questão do adultério dos cônjuges.

2.1 Contexto Histórico Constitucional

Historicamente a ideia de casamento, ainda no século XIX, tem por base o casamento religioso, reconhecido apenas casar-se quem era da religião católica, assim não poderia se casar aqueles que negavam professar essa fé.

Com a chegada da República, surgindo o ideal de Estado Laico, ocorreu à separação da influência religiosa, sendo o casamento encarado como uma instituição jurídica, com natureza civil.⁸⁴

Mas como traz a autora Maria Berenice Dias o casamento nesse período ainda tem forte influência religiosa, por manter uma “sacralização” e o pátrio poder nessa instituição familiar:

Quando da edição do Código Civil de 1916, havia um único modo de constituição da família: pelo casamento. A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. A influência religiosa persistiu. Somente era reconhecida a família unida pelos sagrados laços do matrimônio, por ser considerado um sacramento, ou seja, sagrado em sua origem. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência do Estado em admitir outros relacionamentos era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que

⁸⁴FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento.⁸⁵

E como falado em capítulo anterior, por muito tempo a instituição familiar unicamente reconhecida pelo direito era o casamento, recebendo o título de família legítima, não existindo espaço para outros modelos familiares, que eram tidas como famílias ilegítimas, não tendo acolhimento jurisdicional.⁸⁶

Ainda que a indissolubilidade do casamento tenha se estremecido com o advento da Lei do Divórcio, lei nº 6.515 de 1977, os divorciados não poderiam casar-se novamente. Sendo que com essa Lei, a princípio era apenas para ser permitido separação, e posteriormente passou a existir dois modos de findar o casamento em divórcio e separação, em devia existir um culpado pelo rompimento, assim fala a autora Maria Berenice:

Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, a visão matrimonializada da família permaneceu. O desquite transformou-se em separação, passando a existir duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de manutenção da família, era exigido o decurso de longos prazos, ou a identificação de um culpado, o qual não podia intentar a ação para dar fim ao casamento. A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingiam a mulher culpada pela separação. Também se sujeitava a tais penalidades quem simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação da responsabilidade do autor pelo fim da união.⁸⁷

No entanto, com advento da Constituição Federal de 1988 ocorreu grandes modificações no âmbito jurídico de família, sendo este direito pluralizado, admitindo diferentes formas de famílias, reconhecendo-as como entidades familiares.⁸⁸

A partir daí o casamento deixou de ser o único formato familiar protegido e forma de se constituir uma entidade familiar, contudo o casamento manteve a sua solenidade e formalismo. As entidades familiares reconhecidas como

⁸⁵ Dias, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 145

⁸⁶ FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

⁸⁷ DIAS, Maria. B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015 p. 145

⁸⁸ FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011

as monoparentais, união estável, anaparentais e entre outras, aqui já citadas no capítulo anterior, passaram a obter a tutela constitucional.⁸⁹

Anos mais tarde, em 2002, entra em vigor o novo Código Civil, acolhendo essas entidades familiares, mas adaptando o texto clássico do Código de 1916 quanto ao casamento, que manteve a formalidade e solenidade para constituição dessa entidade familiar, isso é uma de suas características mais evidentes em comparação aos outros formatos de família.⁹⁰

Cristiano Chaves versa que:

Essa operação se materializa de um modo claro: vocacionando os institutos do casamento à filosofia garantista constitucional, almejando a inclusão e a especial proteção da pessoa humana no seio familiar, como fator de garantia de sua cidadania e dignidade.⁹¹

Assim, hoje o formato familiar tornou-se de livre escolha do indivíduo, não mais tendo uma imposição do Estado no modo de vida relacional de cada pessoa. A afetividade tem sido um fator preponderante para determinar as formas de famílias protegidos pelo Estado.⁹²

2.2 Conceito

O casamento é uma das instituições mais antigas, gerando com isso muitas tentativas de conceituação por muitos doutrinadores, mas neste trabalho será atentado apenas para a ideia de conceituação no âmbito nacional.

Por muito tempo o casamento era apenas para cunho reprodutivo, assim Pontes de Miranda apresentava que o casamento é “a regulamentação social do instinto de reprodução.”⁹³

⁸⁹FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.p.136

⁹⁰DIAS, Maria. B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 146

⁹¹FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.138

⁹²FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.136

⁹³PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito de Família*. Campinas-SP: Bookseller. 2011

No mesmo caminho Washington de Barros Monteiro conceitua que o casamento é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos.”.⁹⁴

Ainda nessa mesma obra, a coautora Regina Beatriz Tavares da Silva também faz uma definição de que “o casamento como comunhão de vidas entre dois seres humanos, que tem em vista a realização de cada qual, baseada no afeto, com direitos e deveres recíprocos, pessoais e materiais.”.⁹⁵

Com o passar do tempo, a ideia de casamento deixou de ser vista apenas com cunho reprodutivo, mas como relações de laços afetivos, assim como diz Maria Berenice:

Casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento. São de tal ordem as sequelas de natureza patrimonial que não corre prescrição entre os cônjuges.⁹⁶

Partindo dessa ideia de afetividade, Cristiano Chaves de Farias ao conceituar traz um panorama do ideal contemporâneo de casamento:

O casamento não é a única forma de constituição de família, mas uma delas, formada pela união formal, solene, entre pessoas que se entrelaçam afetivamente, estabelecendo uma comunhão de vida. Aliás, nessa referência à comunhão de vida, realçamos que a presença de sexualidade, do auxílio mútuo do projeto de vida em comum, que são marcas características do casamento.⁹⁷

⁹⁴ MONTEIRO, Washiginton B. *Curso de Direito Civil*, 2: Direito de Família . São Paulo. Saraiva. 2012

⁹⁵ MONTEIRO, Washiginton B. *Curso de Direito Civil*, 2: Direito de Família . São Paulo. Saraiva. 2012. p.49

⁹⁶ DIAS, Maria B.. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 148

⁹⁷ FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.140

Portanto, hoje o casamento, apesar de suas formalidades, trata de uma união de pessoas pelo afeto e pela escolha desses indivíduos em compartilharem a suas vidas uns com os outros.⁹⁸

2.3 Características

O casamento pode ser caracterizado nas seguintes formas:

a) *Plena comunhão de vida entre os cônjuges*

Essa característica traz em si uma das finalidades do casamento, que é justamente a união de duas pessoas, para juntas compartilharem suas vidas. Como diz Dimas Messias de Carvalho em sua obra que:

A razão do matrimônio, unindo duas pessoas pelo afeto conjugal para constituírem uma vida em comum, permanente, em igualdade de direitos e deveres, socorrendo-se mutuamente e compartilhando todas as alegrias e dificuldades que o futuro lhes reserva.⁹⁹

A plena comunhão pode ser encontrada no art. 1.511 do Código Civil, que prevê que “o casamento estabelece comunhão plena, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”¹⁰⁰

b) *Liberdade de escolha*

A liberdade escolha, que também pode ser denominado ato personalíssimo, provem do consentimento dos nubentes. Aqui diz respeito a autonomia da vontade de escolha, um direito fundamental da pessoa humana, nisso não se admite nenhum condicionamento ou limitação a essa vontade, que deve ser exercida exclusivamente dos contraentes.¹⁰¹

c) *Da solenidade do ato nupcial*

⁹⁸FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.140

⁹⁹CAVALHO, Dimas. M. *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2015. p.162

¹⁰⁰BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de out. 2015>.

¹⁰¹CAVALHO, Dimas M. *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2015. p.162

Para que haja validade do casamento há a necessidade de um ato solene, uma formalidade que é a mais visível característica do casamento, que segue requisitos formais quanto à habilitação e celebração do ato.¹⁰²

Cristiano Chaves de Farias, citando em sua obra Carlos Roberto Gonçalves que fala que há uma “aura de solenidade, que principia com o processo de habilitação e publicação dos editais, desenvolve-se na cerimônia em que é celebrado e prossegue no registro.”¹⁰³. Que com essa formalidade há a exigência de uma autoridade celebrante, dos nubentes e de testemunhas para a validação do casamento.

d) Regido por normas de ordem pública

O casamento, por ser uma instituição que a sua proteção e preservação é de interesse público, tem sua regulamentação com normas de ordem pública, assim estando esta legislação familiar acima das convenções particulares, que se estende aos direitos e deveres dos cônjuges.¹⁰⁴

e) União permanente e durável

Essa característica determina que o casamento não é feito por tempo determinado, mas com o intuito de ser para toda a vida, podendo ser dissolvido apenas de acordo com a norma que rege esse instituto.¹⁰⁵

Com a vigência da Lei do divórcio de 1977, que posteriormente foi reconhecido pela Constituição de 1988 e também pelo Código Civil de 2002, o casamento deixou de ser indissolúvel, mas as características de durabilidade e permanência no casamento ainda continuam a manter-se, sendo que como propõe a lei o casamento só poderá ser dissolvido mediante interferência do Estado por vias

¹⁰²FARIAS, Cristiano.C.; Rosendal. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011 p.145

¹⁰³FARIAS, Cristiano.C.; Rosendal. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.145

¹⁰⁴CAVALHO, Dimas M. *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2015. p.163

¹⁰⁵CAVALHO, Dimas M. *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2015. p.163

judiciais ou em cartórios de notas junto ao tabelião, sendo observado o que prevê a norma.¹⁰⁶

f) *Monogamia*

A monogamia tem caráter de exclusividade e fidelidade entre os cônjuges, não existindo nessa entidade familiar a ideia de pluralidade, sendo fato de estar casado um impedimento para outro matrimônio, e que se ocorrendo o indivíduo incorre no crime tipificado de bigamia, previsto no art. 235 do Código Penal, com sanções até pesadas de até seis anos de reclusão, assim também tornando nulo o casamento com pessoa ainda casada.¹⁰⁷

A infidelidade de um dos cônjuges também pode ser motivo para a separação judicial, por se tornar por vezes a convivência entre o casal insuportável, previsto no art.1.573, I do Código Civil, entendendo que o adultério pode caracterizar uma impossibilidade para a permanência do casamento.¹⁰⁸

A monogamia é uma característica de grande importância que para alguns doutrinadores que é tida como um dos princípios que conduzem o casamento, assim fala em sua obra Dimas Messias de Carvalho, citando Orlando Gomes que defende que “são os princípios que regem o casamento: a) a livre união dos futuros cônjuges, b) a monogamia e c) a comunhão indivisa (plena).”¹⁰⁹

2.4 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do casamento é um tema muito discutido doutrinariamente, pois as dúvidas quanto a sua essência surgem e parecem ser insuperáveis. No direito canônico, além de ser considerado sagrado, o casamento é entendido como uma espécie de contrato natural, que surge da natureza do ser humano.¹¹⁰

¹⁰⁶ CAVALHO, Dimas M. *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2015. p.163

¹⁰⁷ CAVALHO, Dimas M. *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2015. p.164

¹⁰⁸ CAVALHO, Dimas M. *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2015. p.164

¹⁰⁹ CAVALHO, Dimas M. *Direito das Famílias*. São Paulo: Saraiva. 2015. p.164

¹¹⁰ VENOSA, Silvio d. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas. 2014.

Maria Berenice Dias destaca que, a primeira discussão sobre essa entidade familiar, com a sua constituição mais solene do ordenamento jurídico brasileiro, se é um instituto de direito público ou de direito privado.¹¹¹

Em seguida, a autora aborda as divergências doutrinárias que podem ser sintetizadas em três correntes:

(a) a doutrina individualista, influenciada pelo direito canônico, vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos; (b) a corrente institucional destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; e (c) a eclética vê o casamento como ato complexo, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo.¹¹²

O casamento apesar de possuir a característica de liberdade de escolha, que tange a autonomia da vontade dos nubentes de contraírem matrimônio, este também é regido por normas de ordem pública, assim gerando direitos e deveres aos contraentes do casamento, que incorporam a infraestrutura normativa do Estado.¹¹³

Cabe destacar que a concepção clássica da natureza jurídica do casamento é de uma relação contratual, celebrada mediante acordo entre os contraentes, aceita pela escola do direito natural, e posteriormente pelo Código Napoleônico de que o casamento é um contrato regido pelas regras comuns aos contratos.¹¹⁴

Por outro lado o excesso de solenidade, formalismo e imposições legais para sua validação, o casamento também é considerado por vários doutrinadores uma instituição social, que precede pelo acordo de vontades, existindo

¹¹¹ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 149

¹¹² DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 149

¹¹³ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 149

¹¹⁴ MONTEIRO, W. d. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 50

a intervenção de uma autoridade civil para validar o acordo manifestado livremente pelos nubentes, existindo a proteção do Estado.¹¹⁵

Washington de Barros Monteiro e Maria Helena de Diniz defendem a natureza institucional do casamento. Dizia o autor sobre o casamento que citado por Regina Beatriz Tavares:

Reduzi-lo a simples contrato seria equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. Ademais, segundo ele, repousa o contrato, precipuamente, no acordo de vontades, ao passo que no casamento não basta o elemento volitivo, tornando-se igualmente necessária a intervenção da autoridade civil para sancionar e homologar o acordo livremente manifestado pelos nubentes.¹¹⁶

A característica de institucional do casamento, no entanto, é rebatida por justamente restringir a autonomia dos nubentes, como argumenta Maria Berenice Dias:

No entanto, o aspecto institucional do casamento é muito mais sociológico do que jurídico Assim, quase se poderia dizer que o casamento é um contrato de adesão, pois efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para a vontade dos noivos, que se limitam a dizer "sim" diante da autoridade civil, o que tem o alcance de concordância com os deveres do casamento.¹¹⁷

A autora reconhece a natureza de negócio jurídico bilateral do casamento, mas defende que por ser dirigido pelo direito de família pode-se conjecturar uma espécie de negócio de direito de família, diferenciando assim dos demais negócios jurídicos de direito privado.¹¹⁸

Ainda, Cristiano Chaves destaca que o acordo livre de vontades entre as partes é um fator preponderante para julgar a natureza negocial do casamento,

¹¹⁵ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 149

¹¹⁶ MONTEIRO, Washuington B. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 50

¹¹⁷ DIAS, Maria B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 149

¹¹⁸ DIAS, Maria. B. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 149

relembrando que com a vigência da Lei nº 11.441/07 que permite a dissolução consensual do casamento em cartório, e ainda confirma:¹¹⁹

Nesse quadrante, a nova sistemática da dissolução, por consenso mútuo, do casamento vem confirmar o vaticínio da corrente contratualista: de acordo com as concepções filosóficas, legais e sociológicas hoje predominantes, não pode haver mais qualquer dúvida acerca da natureza do casamento, que, de uma vez por todas, se confirma como negocial.¹²⁰

Assim, o autor argumenta que o sistema jurídico ao admitir que a formação e extinção do casamento depende apenas da vontade das partes demonstra claramente a natureza negocial no seio do direito de família.¹²¹

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha, em sua obra também defende que o casamento é um contrato de direito de família, sendo uma espécie de contrato *sui generis*, com efeitos tanto pessoais como patrimoniais, contrato esse de natureza familiar.¹²²

2.5 Impedimentos matrimoniais

Os impedimentos matrimoniais são circunstâncias que tornam impossível a celebração do casamento, determinadas por lei, assim gerando nulidade, resguardando o interesse público, assim demonstra que os impedimentos são de ordem pública.¹²³

No antigo sistema jurídico do Código Civil de 1916, os impedimentos eram divididos doutrinariamente em três formas: impedimentos dirimentes absolutos

¹¹⁹FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.144

¹²⁰FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.144

¹²¹FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.144

¹²² PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012.

¹²³FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.159

(geravam nulidades), impedimentos dirimentes relativos (geravam anulabilidades) e impedimentos proibitivos, que determinavam regimes de separação de bens.¹²⁴

O autor Washington de Barros Monteiro explica como funcionava a aplicação dos impedimentos relativos e proibitivos:

Os impedimentos que eram havidos no Código Civil de 1916 como relativos – coação, rapto, ausência de consentimento paterno e ausência de idade núbil (art. 183, IX a XII) – não eram propriamente impedimentos para o casamento. A coação e o rapto são vícios de consentimento. A idade núbil e consentimento dos pais devem integrar a capacidade civil para o casamento. Os impedimentos que no Código Civil de 1916 eram tidos como proibitivos ou impeditivos (art. 183, XIII a XVI) não impediam a realização do casamento, mas, sim, impunham o regime de bens da separação absoluta.¹²⁵

Com a vigência do Código Civil de 2002, permaneceram apenas como impedimentos os absolutos, enquanto aos impedimentos relativos quanto à idade nupcial passou a ser regulado pelo capítulo que trata de capacidade, quanto aos impedimentos proibitivos passam a ser tratados como causas suspensivas, e da coação para casar gera causa para anulação.¹²⁶

Agora o Código Civil de 2002 determina como impedimento para o casamento, no art. 1.521, sete formas que geram nulidade ao matrimônio:

Art. 1.521. 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.¹²⁷

¹²⁴ MONTEIRO, Washiginton d. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 125

¹²⁵ MONTEIRO, Washiginton d. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 125

¹²⁶ MONTEIRO, Washiginton d. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 126

¹²⁷ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 23 de out. 2015>.

Cristiano Chaves divide os impedimentos matrimoniais em dois grupos de diferentes elementos que os compõe, sendo estes materiais e formais, que diferenciam quanto a situação de fato ou de previsão normativa que impede o casamento.¹²⁸

Definindo o autor estes dois diferentes elemento como:

i) material, dizendo respeito à situação de fato ou direito subjacente e justificadora da proibição legal (por exemplo, a relação de parentesco que serve como pressuposto material do impedimento de casarem pais e filhos ou irmãos); ii) formal, correspondendo à previsibilidade normativa, uma vez que somente é possível proibir determinados matrimônios com base em expressa previsão legal. Isto é, a circunstância fática ou jurídica que implica na proibição é elemento material e a previsão legal, o elemento formal.¹²⁹

Diante das muitas formas de impedimentos elencados no Código Civil, sendo eles matérias proibitivas de ordem pública que implicam nulidade ao casamento, não advindo deles nenhum efeito jurídico.¹³⁰ Assim, faz-se necessário uma análise de cada uma delas.

2.5.1 Impedimentos resultantes de parentesco

O art. 1.521, nos incisos I a V, falam dos impedimentos resultantes de parentesco, das relações consanguíneas, afinidade e adoção, descrevendo dessa forma:

Art. 1.521 - 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.¹³¹

¹²⁸FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011., p.160

¹²⁹FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011., p.160

¹³⁰FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011., p.160

¹³¹BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de out. 2015>.

Os primeiros incisos trazem os impedimentos por consanguinidade, por motivos de saúde pública e moralidade, proibindo o casamento em parentes em linha reta, que são conhecidas como relações incestuosas (pais e filhos, netos e avós). Esta proibição é estendida para as relações de socioafetividade e de adoção, pois não pode haver discriminação em os filhos, não importando a origem, sendo uma questão de isonomia.¹³²

Essa proibição tem por objetivo de evitar que degeneração genética, que tem maior probabilidade em uniões de parentes consanguíneos, e também tem como foco a moralidade social, que advém de uma construção cultural de uma sociedade, diferenciando do mundo animal do mundo humano. Assim, a construção de uma família é uma característica da humanidade da pessoa inserida na sociedade.¹³³

Em seguida, o artigo tipifica o impedimento por afinidade em linha reta, (como sogra e genro, padrasto e enteada). Essa afinidade é definida pelos vínculos entre os cônjuges, com traz Cristiano Chaves:

*A afinidade é o vínculo estabelecido entre um cônjuge, ou companheiro, e os parentes naturais do outro cônjuge ou companheiro (CC, art. 1.595). É, enfim, um parentesco decorrente de um casamento ou união estável.*¹³⁴

Nestes casos as razões para o impedimento é de ordem moral, pois assim como as relações de linha reta por consanguinidade, as relações de linha reta por afinidade nunca se extingue, definido assim pela norma. Desta forma, os vínculos, mesmo com o fim do casamento ou união estável, não se dissolvem, não sendo permitidas uniões entre os ex-cônjuges e seus sogros ou enteados.¹³⁵

No inciso IV elenca o impedimento de casamento entre colaterais até terceiro grau, que abrange os irmãos, tios e sobrinhos, sendo esta proibição que visa

¹³²FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011., p.165

¹³³FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.165

¹³⁴FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011 p.167

¹³⁵FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.167

a proteção contra a má formação física e psíquica dos filhos. Esse impedimento atinge os parentescos por afinidade decorrentes de filiação seja sexual ou assistida, adotiva e socioafetiva.¹³⁶

No entanto, com o Decreto-lei nº 3.200/41, recepcionado pelo Código Civil de 2002, permitiu a união em colaterais no terceiro grau (tios e sobrinhos), desde que seja realizado um exame que comprove a inexistência de risco à saúde genética ou sanitária dos filhos. Esse exame é conhecido por exame pré-nupcial de compatibilidade sanguínea, que será feito nas formas da Lei nº 5.891/73. Sendo que este casamento deve, primeiramente, passar pelo procedimento de habilitação junto a um juízo competente.¹³⁷

2.5.2 Impedimentos resultantes de casamento anterior

Esse impedimento traz uma das características do casamento, que é a monogamia, não permitindo o casamento de pessoa já casada, que não ocorreu o divórcio ou morte do cônjuge, sendo proibida a bigamia tanto civilmente, em que gera nulidade no segundo matrimônio, quanto penalmente, com tipificação de crime e pena.¹³⁸

O impedimento resultante de casamento anterior não se aplica à união estável de pessoa casada estando separada de fato, pois o vínculo de afeto que unia se acabou podendo o cônjuge separado de fato construir uma nova entidade familiar convivencial.¹³⁹

Cabe lembrar que ocorrendo boa-fé subjetiva do cônjuge que se casou com pessoa já casada, deve ser protegido os seus direitos devido ao seu desconhecimento, casamento este chamado de putativo. No caso, o casamento é

¹³⁶FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.168

¹³⁷FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.168.

¹³⁸FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.170

¹³⁹FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.170

declarado nulo, mas o reconhecimento da eficácia permanece ao consorte enganado.¹⁴⁰

Esse impedimento abrange tanto casamentos ainda não dissolvidos realizados no Brasil ou no estrangeiro. No entanto, não será reconhecido o casamento apenas religioso, não realizado pela autoridade constituída pelo Estado, não existindo impedimentos a quem apenas contraiu casamento religioso de casar-se novamente.¹⁴¹

2.5.3 Impedimentos resultantes do delito

O Código Civil de 2002 impede o casamento do cônjuge sobrevivente com condenado da morte ou tentativa de morte com seu consorte, proibição esta de cunho moral social. Aqui não importa se o cônjuge sobrevivente teve ou não participação na morte ou tentativa.¹⁴²

Contudo, para isso é necessário que exista sentença transitada em julgado, garantido a chance do contraditório e a ampla defesa. Nisso, esse impedimento não abrange outras praticas tipificadas como criminosas, sendo restrita a interpretação do texto da lei.¹⁴³

Como fala Washington de Barros Monteiro: “a lei se refira expressamente ao homicídio doloso, é somente este que deve ser considerado impedimento para o casamento, o homicídio culposo não, em razão do espírito da lei”.¹⁴⁴

¹⁴⁰FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.168

¹⁴¹ MONTEIRO, Washiginton. d. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 131

¹⁴²FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.172

¹⁴³FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.172

¹⁴⁴ MONTEIRO, Washiginton. d.. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.131

2.6 Fidelidade como cláusula geral e a questão do adultério: Monogamia como princípio do casamento.

Ao comentar sobre os efeitos pessoais dentro do casamento, que são os deveres e direitos recíprocos dos cônjuges, sendo eles determinados por lei, são necessários tecer comentários sobre a amplitude e abrangência do dever de fidelidade recíproca no casamento, bem como buscar compreender a monogamia como um princípio do casamento. ¹⁴⁵

E dentro desses deveres além do dever de fidelidade recíproca, existem outros deveres como elenca o art. 1.566 do Código Civil: *São deveres de ambos os cônjuges: "I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos"*. ¹⁴⁶

Quando se fala em fidelidade, primeiro é necessário trazer seu conceito para entender o que para muitos doutrinadores é um dever de um cônjuge para com o outro, e que por outro lado não é considerado por outros autores um dever de já que o casamento é um ato de vontades.

Monteiro de Barros, citando Clovis Beviláqua, “que dizia que a fidelidade representa a natural expressão de monogamia”, sendo afirmativa ainda verdadeira, já que o ordenamento jurídico brasileiro é monogâmico. ¹⁴⁷

A fidelidade no casamento é elevada como um dever jurídico entre os cônjuges, que por sua vez é violada através do adultério, compreendido não apenas com a conjunção carnal, levando-se em conta o que todo a artigo 1.566 do CC, que também expressa respeito e consideração mútuos. ¹⁴⁸

¹⁴⁵ MONTEIRO, Washiginton. d.. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 202

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de out. 2015>.

¹⁴⁷ MONTEIRO, Washiginton d. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 202

¹⁴⁸FARIAS, Cristiano.C.; Rosendal. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.246

Portanto, a que se versar sobre adultério virtual, ocorrendo uma possibilidade de praticas sexual pela internet, havendo uma quebra dos deveres de respeito e consideração mútuos.¹⁴⁹

Com tudo, também é preciso diferenciar o dever fidelidade recíproca do casamento ao dever de lealdade. Rodrigo da Cunha Pereira versa que “fidelidade é uma espécie do gênero lealdade”, assim o autor traz um conceito do deve de fidelidade recíproca descrevendo que a fidelidade “tem por objeto a dedicação exclusiva e sincera, como consorte, de cada um dos cônjuges ao outro”.¹⁵⁰

Diante dessa conceituação, é preciso dar-se razão ao se legitimar a lealdade no lugar da fidelidade, sendo uma atitude mais ampla e que abarca, não apenas o fato da questão sexual, mas “abrange a existência de honestidade mútua dos companheiros”.¹⁵¹

Rodrigo da Cunha ainda descreve a diferença entre os termos fidelidade e lealdade, utilizando as palavras da professora Nágila Maria Sales de Brito:

Fidelidade é derivada do latim *fidelita* (fidelidade, lealdade) no conceito jurídico, entende-se a observância exata e leal de todos os deveres e obrigações assumidas ou impostos pela própria lei. Para Humberto V. Magalhães e outro, no Dicionário Jurídico, Editora Trabalhista S.A., p. 368, “fidelidade significa lealdade, qualidade de quem cumpre suas obrigações, de quem não trai aqueles com os quais assumiu compromisso.”. Como se vê, na essência dos significados, não se observam diferenças importantes. Verificamos, entretanto, com as pesquisas realizadas, que lealdade é um termo mais amplo, abarcando a fidelidade, que é vista mais no terreno sexual, envolvendo a unicidade de parceiro sexual, ao passo que ser leal é agir com honestidade em todos os campos da vivência, pelo que lealdade ou fidelidade tornam-se ambos termos aceitáveis para a configuração de uma união estável, considerada pela Lei Maior como entidade familiar e que, em última análise, exterioriza verdadeiramente uma família.¹⁵²

¹⁴⁹FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.246

¹⁵⁰PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. p.52.

¹⁵¹PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. p.52.

¹⁵² PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. – p.52.

Nessa análise, como fica claro, o dever de fidelidade é colocado dentro do dever de lealdade, portanto a lealdade é um dever mais abrangente para os indivíduos que estão em um relacionamento, levando-se em conta que existe também como já abordado o princípio jurídico da monogamia, que funciona como um ponto principal para manter o vínculo moral da sociedade.¹⁵³

Mas, existem autores mais conservadores, como Regina Beatriz e Washington de Barros, que defendem a literalidade da lei, sendo a fidelidade um dever a ser cumprido rigidamente, cabendo, em seu descumprimento, a condenação em dano moral contra quem cometeu a indiscrição.

A fidelidade analisada como um dever jurídico de um cônjuge para com o outro, havendo a violação por meio do adultério, que no caso é um relacionamento com uma terceira pessoa, que não se limita apenas a prática sexual fora do casamento, mas também a busca do prazer com um terceiro.¹⁵⁴

Sendo a fidelidade um dever, o seu descumprimento gera ilicitude civil, com consequências jurídicas, mesmo depois da sua descriminalização no âmbito penal, como já visto em tópicos anteriores.¹⁵⁵

O descumprimento do dever de fidelidade, seja por ambos os cônjuges, comprovando a existência de dano, quer moral e/ou material, cabe à aplicabilidade dos princípios da responsabilização civil, fundamentado no art.186 do Código Civil, com base no dano causado.¹⁵⁶

Entretanto, como Cristiano Chaves defende que a interpretação do art. 1.566 do Código Civil não deve ser encarado como um dever jurídico, mas uma escolha em manter-se fiel, existindo a autonomia da vontade entre as partes envolvidas, assim como o autor versa em sua obra:

¹⁵³ PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. – p.52.

¹⁵⁴ MONTEIRO, Washiginton d.; *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 202

¹⁵⁵ MONTEIRO, Washiginton d.; *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 204

¹⁵⁶ MONTEIRO, Washiginton d. *Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 205

Por certo, a fidelidade não pode ser encarada como dever jurídico, mas como opção de cada pessoa que dispõe a conviver efetivamente com outra. Não parece razoável tratar como dever jurídico, porque as causas de infidelidade oscilam no tempo e no espaço: mudanças na personalidade, desejo de vingança, monotonia, compensação para as decepções sofridas, inadequado relacionamento pessoal ou social, insatisfações sexuais, entre outros motivos.¹⁵⁷

Nesse sentido, não a cabimento em entende que a fidelidade seja encarada como um dever a ser seguido de forma rígida, pois como já visto, o casamento trata de um acordo de vontades.

Portanto, a fidelidade recíproca no casamento, como dito, pertence ao gênero lealdade, que esse dever é assumido pelos cônjuges de forma voluntaria, existindo no caso o direito da escolha de permanecer fiel.

Por fim, ainda no contexto de fidelidade no casamento, é necessário buscar entender monogamia como princípio do casamento, e quais os fundamentos da sua aplicabilidade, bem como a sua natureza, pois ao longo do próximo capítulo será discutida a figura dos relacionamentos paralelos ao casamento, que dependendo do caso possa obter o seu reconhecimento indo de encontro com esse princípio.

A questão do princípio da monogamia é que mesmo que funcione como um ideal de obrigação moral entre os cônjuges, mas como defende Rodrigo da Cunha a monogamia tem função de princípio ordenador jurídico.¹⁵⁸

Assim versa o autor quanto o princípio ordenador jurídico da monogamia:

Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. Se fosse mera regra moral teríamos que admitir a imoralidade dos

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano.C.; Rosendal. N. . *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.248

¹⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo C. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. Universidade Federal do Paraná, UFPR. 2004. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1

ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários Estados não adotam a monogamia.¹⁵⁹

Nesse caminho, é possível observar a importância desse princípio para haver uma proteção da família exercida pelo Estado, nisso se demonstra a preocupação do Estado como a questão da infidelidade entre os cônjuges. Mas deve salientar que também existe a autonomia da vontade exercida pelos cônjuges no âmbito do casamento, em que o Estado não deve intervir.

Mas até que ponto poderá o Estado interferir nas escolhas dos feitos pelos casais, sendo determinado o limite entre o público e o privado? Rodrigo da Cunha Pereira versa que:

Se o casal tem livre determinação para estabelecer em um pacto de convivência, ou pacto antenupcial, as regras econômicas da relação, não poderia então, estabelecer livremente sobre os deveres pessoais, entre eles o da infidelidade, por exemplo? Se se estabelecer em um pacto antenupcial ou de união estável, que após dez anos de convivência, um dos dois poderia ter relações extraconjugais, seria válido? Se fosse em um pacto antenupcial esta cláusula invalidaria o tipo penal adultério? Se a relação extraconjugal for apenas eventual, uma simples aventura, provavelmente isto ficaria na ordem do privado, e entre o próprio casal deveria ser resolvido se aquele “arranjo” é viável e suportável, ou se levaria ao rompimento da relação. Situação diferente é se daquela relação extraconjugal originasse uma outra família conjugal. Aí estaria ferindo o princípio jurídico da monogamia, ainda que tivesse a permissão do cônjuge ou companheiro.¹⁶⁰

Portanto, a interferência do Estado deve ser exercida a partir do momento em que essas escolhas ferem o princípio da monogamia de fato, surgindo com isso um dano a uma das partes.

Ainda, sobre esse princípio, discute-se sobre a natureza da monogamia. Nesse tópico fora abordado sobre o dever de fidelidade recíproca, e de como a fidelidade é definido como a expressão natural da monogamia. Mas, como

¹⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo C. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. Universidade Federal do Paraná, UFPR. 2004. p. 76, Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1

¹⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo C. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. Universidade Federal do Paraná, UFPR. 2004. p. 81, Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1

traz Rodrigo da Cunha em seu artigo, a monogamia esta atrelada a questão econômica.¹⁶¹

A mulher, ao logo da história, foi conquistando espaço no mercado de trabalho, deixando de ser dependente economicamente de seus maridos, modificando a ideia de monogamia, pois como versa Rodrigo da Cunha a primeira motivação da monogamia é a econômica:

A monogamia foi um grande progresso histórico, mas foi também uma forma de garantir as riquezas privadas e paradoxalmente a escravidão e o regime patriarcal se instalaram à custa da dor e da repressão de outros. (...) O sistema monogâmico surgiu, portanto, por razões econômicas, e com uma divisão sexual do trabalho que atribuiu ao homem uma preponderância. Este sistema só se sustentou até hoje porque suas regras de fidelidade eram válidas para a parte economicamente mais fraca.¹⁶²

Mas, no momento em que as diferenças econômicas acabaram e a igualdade entre os gêneros foi proclamada, as regras de fidelidade passaram por mudanças, e igualaram as mulheres e os homens quanto a ideia de fidelidade, não apenas sendo exigida da apenas da parte da mulher, mas a um peso igual a exigência da monogamia por parte do homem.¹⁶³

¹⁶¹ PEREIRA, Rodrigo C. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família..* Universidade Federal do Paraná, UFPR. 2004. p. 81, Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1

¹⁶² PEREIRA, Rodrigo C. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família..* Universidade Federal do Paraná, UFPR. 2004. p. 83, Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1

¹⁶³ PEREIRA, Rodrigo C. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família..* Universidade Federal do Paraná, UFPR. 2004. p. 83, Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1

3 DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO ADULTERINO NO CASAMENTO

Com o reconhecimento da pluralidade dos núcleos familiares pelo direito de família, ocorreram a partir da Constituição de 1988, uma busca a proteção e acolhimento dos direitos referentes dados pelo ordenamento jurídico familiar.

Mas, há espécies de famílias que, por mais conhecida a sua existência, o seu reconhecimento pelo direito de família é ainda um assunto discutido, tanto doutrinariamente quanto judicialmente. E tem sido o caso do objeto de pesquisa do presente trabalho, que são as famílias paralelas ao casamento, ou como comumente denominadas pelo judiciário de concubinato adúltero ou impuro.

Rodrigo da Cunha define como esse relacionamento é estigmatizado:

A expressão concubina atravessou a história, trazendo consigo uma estigmatização, exatamente por ter significado uma relação paralela ao casamento, ou seja, por indicar que há ali uma infidelidade e, portanto, uma relação proibida e condenável socialmente.¹⁶⁴

Esta relação concomitante ao casamento, em que ainda há o vínculo familiar constituído pelo afeto, a partir da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que reconheceu o concubinato apenas como sociedade de fato, determinando que na sua dissolução ocorresse a partilha daquilo que os companheiros participaram onerosamente.

Entretanto, no que tange a direito de sucessões, o concubinato adúltero não possui reconhecimento para participação da legítima, como versa o art. 1.801, III do Código Civil, proibindo a nomeação como herdeiros ou legatários “o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”, demonstrando que quando configurado o

¹⁶⁴PEREIRA, Rodrigo C. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família*. Universidade Federal do Paraná, UFPR. 2004. p. 86, Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1

concubinato impuro o direito aplicável a família é feito em comedia, como se verificará nos casos apresentados a seguir.¹⁶⁵

3.1 Do concubinato adúltero

Antes de discutir da possibilidade de reconhecimento do concubinato adúltero, é necessário entender como se configura essa relação complexa, gera grandes discussões jurídicas e que a pouco tempo seus efeitos jurídicos tem sido reconhecidos.

Este relacionamento, que também é reconhecido como união paralela ao casamento, existindo assim duas uniões concomitantes, que no caso a ser estudado, de um indivíduo casado com um terceiro, mantendo os vínculos entre os dois.¹⁶⁶

O Código Civil de 2012 conceituou o concubinato no art. 1.727, sendo uma relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar. Anteriormente a Constituição de 1988, esta relação era caracterizada como concubinato impuro em oposição ao concubinato puro, que com seu reconhecimento como entidade familiar após a vigência da Carta Magna de 1988, passou a ser chamado de união estável, pois não há impedimentos legais para se configurar uma relação.¹⁶⁷

Após, este acontecimento o concubinato impuro, manteve a nomenclatura de concubinato, existindo efeitos jurídicos na esfera patrimonial, reconhecida como sociedade de fato.¹⁶⁸

Assim como traz a Súmula nº 380 do STF que versa: “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”. Este reconhecimento só possível quando a boa-fé do terceiro envolvido, que é o

¹⁶⁵ BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de out. 2015>.

¹⁶⁶ DIAS, Maria B.; *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015 p. 146.

¹⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. – p.92.

¹⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. – p.92.

desconhecimento, geralmente da concubina, do impedimento do companheiro, que aqui se trata do impedimento matrimonial.¹⁶⁹

Entretanto, Maria Berenice defende que não reconhecer direitos as uniões paralelas gera injustiça, deixando o cônjuge infiel impune, e negando direitos de natureza familiar a companheira. A autora chama atenção à nomenclatura de sociedade de fato e de como apenas pode ser reconhecida:

Chama-se de sociedade de fato o que nada mais é do que uma sociedade de afeto. Ainda assim se perquire se a mulher tinha ou não conhecimento da vida paralela do companheiro. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do varão é que aloca o vínculo no direito obrigacional e lá o trata como sociedades de fato. Ainda que a Súmula do STF tenha sido editada antes da constitucionalização das uniões estáveis, para contemplar as relações extramatrimoniais, nada justifica a impossibilidade de ser invocada em se tratando de união paralela. Atende ao mesmo propósito: evitar o enriquecimento sem causa à custa.¹⁷⁰

Mas, Rodrigo da Cunha demonstra a evolução jurisprudencial, quanto ao direito de família no direito brasileiro, no sentido de justamente sanar as injustiças, concedendo a essas uniões paralelas, sendo analisado o caso concreto, os direitos que lhes competem no âmbito jurídico de família.¹⁷¹

O autor descreve que:

No caso concreto a que cada jurisprudência se refere isto é possível. Com a evolução do pensamento científico, a compreensão da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, a ordem passa a ser a consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação.¹⁷²

¹⁶⁹ DIAS, Maria B.; *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015 p. 282.

¹⁷⁰ DIAS, Maria B.; *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015 p. 282.

¹⁷¹ PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. – p.93.

¹⁷² PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. – p.93.

Isto significa priorizar o indivíduo da relação, sem dar importância ao objeto da relação, mesmo que a decisão em questão contrarie o princípio ordenador da monogamia.¹⁷³

A seguir serão analisados julgados que, pelo caso concreto, tem seu reconhecimento concedido, ainda que de forma limitada pela jurisprudência brasileira.

3.2 Do reconhecimento do concubinato adúlterino

Em primeira análise de julgados sobre o assunto em tela, é levantada a questão do direito a pensão pós-morte do companheiro, que é evidenciado a necessidade de que haja uma longa duração, decisão esta que tem repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO. EFEITOS PARA FINS DA PROTEÇÃO DO ESTADO À QUE ALUDE O ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 669.465 ESPÍRITO SANTO

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS, com fulcro no art. 102, III, "a", da Constituição Federal de 1988, em face de v. acórdão prolatado Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado do Espírito Santo, assim ementado:

"PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA – FILHO EM COMUM – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO."

Em suas razões recursais, o recorrente aponta violação ao artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, que "não sendo possível reconhecer a união estável entre o falecido e a autora, diante da circunstância de o primeiro ter permanecido casado, vivendo com esposa até a morte, deve-se menos ainda atribuir efeitos previdenciários ao concubinato impuro. Nessa linha de raciocínio, a união estável apenas ampara aqueles conviventes que se encontram livres de qualquer impedimento que torne inviável possível casamento" (fl. 147). Não há, in casu, necessidade de reexame de provas, porquanto já estabelecido nas vias ordinárias

¹⁷³ PEREIRA, Rodrigo C.; *Concubinato e União Estável*. São Paulo: Saraiva. 2012. – p.93.

que “o falecido viveu por mais de 20 anos com a autora, em união pública e notória, apesar de ser casado”. A vexata quaestio consiste em averiguar, à luz do art. 226, § 3º, da Carta Magna (“Para efeito da proteção do RE 669.465 RG / ES Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”), se é possível reconhecer direitos previdenciários à pessoa que, durante longo período e com aparência familiar, manteve união com pessoa casada. A matéria não é novidade nesta Corte, tendo sido apreciada algumas vezes nos órgãos fracionários, sem que se possa, contudo, afirmar que se estabeleceu jurisprudência. Colho, à guisa de exemplo, os seguintes acórdãos:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Militar. Pensão. Rateio entre ex-cônjuge e companheira. Possibilidade. 3. Incidência da Súmula 279. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (decisão unânime no RE 575122 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe-025 DIVULG 07-02-2011 PUBLIC 08-02-2011 EMENT VOL- 02459-02 PP-00388)

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.

(decisão não unânime no RE 590779, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL- 02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38)

Considero que a matéria possui Repercussão Geral, apta a atingir inúmeros casos que exsurtem na realidade social, envolvendo a extensão normativa do art. 201, V, e 226, § 3º, da CRFB.

Ex positis, submeto o tema à apreciação dos demais Ministros da Corte.¹⁷⁴

Na decisão, foi reconhecido a existência de repercussão, que versa, na análise do caso concreto, é necessário do concubinato impuro ter um longa duração para que a companheira obtenha o direito de receber pensão por morte do companheiro, mesmo que este tenha mantido relações paralelas. E com o reconhecimento da repercussão, esta decisão alcançará casos semelhantes.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. 669.465ES, disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/103532/mod_resource/content/1/stfpensaconcubinatom puro.pdf>

No mesmo sentido, com o mesmo critério de longa duração do relacionamento, e a peculiaridade do caso, a concubina adúltera teve a manutenção da situação fática existente de ser dependente econômica do companheiro, sendo assim mantido o sustento alimentar, reconhecendo o direito de pagamentos de alimentos, como demonstra a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao determinar, como requisito para adquirir o direito de pensão para a companheira do relacionamento paralelo ao casamento é a durabilidade e a dependência econômica:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANA. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.
2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.
3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova incontestada da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda –, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial.
4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas.
5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.¹⁷⁵

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Nº 1.185.337 – RS (2010/0048151-3) disponível em: stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000481513.

Com essa decisão, havendo o critério de longa duração do relacionamento, a discussão se é possível a petição de alimentos entre companheiros concubinos, como versa o art. 1.694 Código Civil, que permite aos parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos caso exista a necessidade.

Contudo, a decisão com relação à divisão de herança não abrange as relações concubinárias adulterinas, como no caso a ser demonstrado, que há apenas o pagamento pelos servidos prestados pela administração do lar, segue uma decisão da Quarta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Santa Catarina,

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS AO COMPANHEIRO NA ADMINISTRAÇÃO DO LAR. CONCUBINATO RECONHECIDO. PRETENSÃO FORMULADA APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E A VIGÊNCIA DA LEI N. 9.278/96. INEXISTÊNCIA DE DIREITO DA CONCUBINA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SUA EFETIVA PARTICIPAÇÃO NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A concubina não faz jus a indenização pelos serviços prestados na administração do lar se não comprova a sua efetiva participação na formação do patrimônio. Com o advento da Constituição da República de 1988 e após a vigência da Lei n. 9.278/96, não mais é possível à concubina reclamar indenização pelos serviços prestados, pois a lei lhe confere os mesmos direitos do casamento.¹⁷⁶

Como demonstrado na ementa acima, quando se trata de lei sucessória, o concubinato adulterino não possui reconhecimento judicial e legal, ficando apenas reconhecido nos casos concretos que seguem critérios de longa durabilidade das relações, apenas quantos alimentos e pensões por morte quando estas relações também configuram dependência econômica comprovada da concubina.

Na esfera da sucessão, quando configurada o concubinato impuro, as decisões seguem o caminho do não reconhecimento, pois fere o princípio da monogamia, configurando o impedimento do art. 1.521, inciso VI do Código Civil, principalmente quando o casamento é de conhecimento da outra, sendo assim

¹⁷⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº AC 8309 SC 2004.000830-9. 25/01/2010. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8373959/apelacao-civel-ac-8309-sc-2004000830-9>.>

existindo má-fé da concubina. Essa posição é demonstrada no acórdão proferido pela 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM C/C PARTILHA DE BENS. RELACIONAMENTO AMOROSO. HOMEM CASADO. IMPEDIMENTO. CONCUBINATO IMPURO. CARACTERIZAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA NÃO APLICÁVEL. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA INCÓLUME.

1. O relacionamento amoroso entre as partes, um deles casado, fato conhecido da outra, configura-se em concubinato e não em união estável, em face do impedimento matrimonial previsto no art. 1.521, inciso vi, do código civil, pois no Brasil vigora o princípio da monogamia. Inteligência do art. 1.727 do cc.

2. Ademais, presente algum impedimento ao casamento, ou na hipótese de a pessoa ser casada e não separada de fato, resta obstada a constituição de união estável.

3. União estável putativa instituto aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro não aplicável, em face da existência de impedimento legal.

4. Recursos conhecidos e improvidos.

Conhecer. Negar provimento. Unânime¹⁷⁷

A decisão de negar a concubina à participação da partilha é algo compartilhado por todo ordenamento jurídico de direito de família, que se segue na história, na busca de manutenção da ordem social, priorizando o princípio da monogamia, e por consequência a existência de impedimento por casamento anterior.

¹⁷⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 5ª Turma Cível. Apelação Constitucional Civil nº 362882520078070003 DF 0036288-25.2007.807.0003. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7397439/apelacao-ci-vel-apl362882520078070003-df-0036288-2520078070003-tjdf.>>

CONCLUSÃO

O direito de família vem evoluindo de acordo com as mudanças sociais vividas pelas famílias brasileiras. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, *caput*, descreve a família como base da sociedade, e posteriormente elencando as formas de entidades familiares reconhecidas pelo ordenamento jurídico de família.

Esse reconhecimento foi um grande progresso ao direito de família, que já vinha desmistificando muitos dos ideais tradicionais de família, que privavam muitas famílias não matrimonializadas de seus direitos intrínsecos ao ordenamento jurídico de família. Levando estas a viver a margem do direito, causando muitas injustiças a serem cometidas ao longo da história.

Tais fatos aconteciam pela visão tradicional de família que o direito possuía, tendo por única instituição familiar aquelas constituídas pelo casamento, com isso marginalizando aquelas que não possuíam as características exigidas para obterem reconhecimento de família.

As características que definiam como deveriam ser as famílias começavam em sua constituição pelo casamento, e em sua organização em graus de hierarquia, vivenciadas por uma união heteroparental, puramente biológica, indissolúvel, e entre outras características. Portanto o direito de família completamente engessado, não enxerga as realidades sociais.

Mas, como versado anteriormente, a necessidade de o direito se adaptar com a realidade vivida por inúmeras famílias, obrigou ao Estado reconhecer a existência da pluralidade de famílias.

A base para esse reconhecimento é a invocação do princípio de dignidade humana, dando lugar à autonomia da vontade para os indivíduos definirem como querem formar suas famílias, bem como a aceitação do pluralismo como um princípio jurídico, admitindo os mais variados formatos de família.

Diante disso, a doutrina vem trazendo a importância do princípio de afetividade na constituição da família, mesmo que não expresso na lei familiar. Esse

princípio tem sido aceito pelo judiciário em muitas de suas decisões. À necessidade de se diferenciar a afetividade de afeto, pois o afeto como demonstrado, fala dos sentimentos, mas, a afetividade tem por essência a autonomia da vontade na escolha da família.

O reconhecimento da importância do princípio de afetividade para a constituição da família ampliou ainda mais a ideia de famílias pluralizadas, evidenciando a que a essência das formações familiares depende da escolha do indivíduo em definir com quem ele quer dividir a sua história.

A multiplicidade das espécies de famílias, introduzidas pela Constituição de 1988 no ordenamento jurídico através do reconhecimento de princípios protetores, tem aberto o caminho para que muitos formatos de famílias não tradicionais possam ter o acesso à justiça nos moldes do direito de família.

Nesse sentido, a figura do casamento é a entidade familiar que sofreu poucas alterações quanto a sua formalidade e engessamento. Com bastante influência religiosa, esse instituto foi sacralizado e mantido o ideal de patriarcado que perdurou até as primeiras mudanças quanto a sua indissolubilidade, com a vigência da Lei do Divórcio, em 1977, que posteriormente foi acolhida pela Constituição de 1988.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988 e, anos mais tarde, em 2002, entra em vigência o Código Civil, foi acolhido o ideal de pluralidade familiar, mas em relação ao casamento manteve-se a formalidade e solenidade para a sua constituição.

Mas, a definição do casamento para o direito de família passou por uma transformação, deixando ser conceituado como uma regulamentação social do instinto de reprodução para uma união advinda do afeto, baseada na autonomia da vontade dos indivíduos em compartilharem as suas vidas.

Essa entidade tem por características, além da solenidade, a necessidade da plena comunhão entre os cônjuges, a manifestação livre da vontade

em escolher o companheiro, sendo esta, uma união permanente e durável, bem como por ter normas de ordem pública que a rege.

Por conseguinte, da natureza jurídica do casamento, leva-se em conta o elemento volitivo dos indivíduos, reconhecendo a natureza contratual, sendo um contrato de direito de família, vivenciando a autonomia da vontade das partes.

Quanto aos impedimentos para essa união matrimonial, que estão elencados no artigo 1.521 do Código Civil, sendo eles divididos em materiais e formais, que tem por impedimento material a situação de fato ou direito, que versa sobre as questões de parentesco, e por impedimento formal é aquele que tem por previsibilidade normativa, bem como para a segurança da ordem pública, como a proteção do princípio da monogamia.

Seguindo, é necessário entender sobre os efeitos pessoais dentro do casamento, dentre eles o dever de fidelidade recíproca, sendo definida como a representação natural da monogamia.

Mas, ao se discutir sobre fidelidade e sua abrangência, é preciso diferenciar do dever de lealdade, sendo a fidelidade uma espécie do gênero lealdade, que ao se legitimar a lealdade no lugar da fidelidade abrange não só a questão sexual, mas abrange a existência de honestidade mútua dos companheiros.

Ao se definir a fidelidade como a expressão natural da monogamia, abre brechas para buscar o entendimento da monogamia como princípio do casamento, tendo esse a monogamia uma função de princípio ordenador jurídico do direito de família.

Por fim, da questão da possibilidade do reconhecimento do concubinato adúltero no casamento, sendo essa união paralela ao casamento, que ainda que permaneça a margem do direito de família, mesmo ante ao avanço da pluralidade familiar no ordenamento jurídico.

Contudo, esta entidade vem conquistando aos poucos seu espaço como família reconhecida, sendo analisado caso a caso pelo judiciário, que define

características específicas para estas obterem o reconhecimento, que são os da longa durabilidade dos relacionamentos, bem como a aceitação tacita do cônjuge do relacionamento ex-conjugal.

Assim, quanto ao reconhecimento do objeto em análise pelo direito de família, abrange apenas as questões previdenciárias e alimentícias, mas no que tange ao direito de sucessões não há o reconhecimento para a partilha de bens aos ditos concubinos, sendo apenas reconhecidas como sociedade de fato, recebendo apenas aquilo que participou onerosamente, segundo a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

____BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Belo Horizonte. Apelação Cível Nº 408.550-5. Tribunal de Justiça de Belo Horizonte. Decisão de 01/04/2004.

BEVILAQUA, Cloves.. Direito de Família. Campinas. Red livros. 2001

____BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de out. 2015

____BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 2010 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

____BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 182.223/SP. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>

____BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1159242/SP Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>

____BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9). Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>

____BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Nº 1.185.337 – RS (2010/0048151-3) disponível em: <stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000481513>

____BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. 669.465ES, disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/103532/mod_resource/content/1/stfpensaoconcubinatioimpuro.pdf>

CAVALHO, Dimas M. Direito das Famílias. São Paulo: Saraiva. 2015.

Coelho, Fabio. U. Curso de Direito Civil, Família, Sucessões, v. 5. São Paulo: Saraiva. 2012.

FARIAS, Cristiano.C.; Rosenvald. N.; Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011

DIAS, Maria B.. Manual de Direitos das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015

FERRY, Luc Famílias, amo vocês: política e vida privada na época da globalização. Rio de Janeiro: Objetiva. 2008.

FORTALEZA. Tribunal de Justiça do Pernambuco . APELAÇÃO nº 3111700 PE. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>

GAGLIANO, Paplo. S. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. v.VI. São Paulo: Saraiva. 2011.

GONÇALVES, Carlos. R. . Direito civil brasileiro : direito de Família v.6. São Paulo: Saraiva, 2014

____JALES, C. F. Concubinato Adulterino sob o Prisma do Código Civil. Disponível em e-gov: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-concubinato-adulterino-sob-o-prisma-do-c%C3%B3digo-civil-de-2002>. Acesso em 24 jun. 2015

MONTEIRO, Washiginton B.. Curso de Direito Civil, 2: Direito de Família . São Paulo: Saraiva. 2012

Pereira, Rodrigo C.. Concubinato e União Estável. São Paulo: Saraiva. 2012

____PEREIRA, Rodrigo C. Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Universidade Federal do Paraná, UFPR. 2004. Disponível em: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1.

Pontes de Miranda, F. C.. Tratado de Direito de Família. Campinas-SP: Bookseller.2001.

RECIFE. Tribunal Regional Federal 5ª REGIÃO – Apelação Reexame Necessário: 200983000201094. Disponível em: < <http://www.trf5.jus.br/>>

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

____SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível: 183593 SC 2004.018359-3. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>

____SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Câmara de Direito Civil. Apelação Cível nº AC 8309 SC 2004.000830-9. 25/01/2010. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8373959/apelacao-civel-ac-8309-sc-2004000830-9.>>

____SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de-Santa Catarina. Apelação Cível : AC 182795 SC 2006.018279-5. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>

TARTUCE, Flavio. Direito Civil. Direito de Família. V.5. Rio de Janeiro: Forence. 2014

VENOSA, Silvio. d. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas.2014.

____VIEIRA, Danilo. P. Definição e Natureza Jurídica do Princípio da Afetividade., disponível em:< revista critica do direito: criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-63/daniloporfirio> Acesso em: 25 de Set. 2015