



**UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

ANA BEATRIZ LOPES BARBOSA

O DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO E A POSITIVAÇÃO DO AFETO

Volta Redonda - RJ

2016

ANA BEATRIZ LOPES BARBOSA

O DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO E A POSITIVAÇÃO DO AFETO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal Fluminense, campus Volta Redonda, como requisito básico para a conclusão do Curso de Direito.

Orientadora: Professora Renata Braga Klevenhusen

Volta Redonda - RJ

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA BEATRIZ LOPES BARBOSA

DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO E A POSITIVAÇÃO DO AFETO

Monografia aprovada pela Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Volta Redonda, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Renata Braga Klevenhusen – Doutora – Universidade Federal Fluminense -
Orientadora

Mariana Devezas R. M. de Menezes – Mestre – Universidade Federal Fluminense

Marco Aurélio Alves Epifani Filho – Mestre – Universidade Federal Fluminense

Dedico o presente trabalho à minha família, e em especial, às três grandes mulheres da minha vida: minha mãe, minha avó e minha bisavó, por terem me ensinado o seu verdadeiro significado.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a Deus pela força e pela coragem para enfrentar os desafios, e também pelas oportunidades que me foram dadas, e que me fizeram chegar onde cheguei. Também gostaria de agradecer a Nossa Senhora Aparecida, por ter escutado minhas orações e ter atendido os meus pedidos nos momentos de maior aflição.

Em segundo lugar gostaria de agradecer aos meus pais, avós e bisavós, por tudo que me fizeram até hoje, em especial à minha mãe, Ana Luzia, e à minha avó, Maria Carmo, que acreditaram no meu sonho de me formar em Direito na Universidade Federal Fluminense.

Também gostaria de agradecer ao meu irmão, aos meus primos e aos meus tios, por terem me ajudado nas mais diversas situações. Obrigada por me acompanharem nos momentos de diversão, e também por terem entendido os meus momentos de dedicação exclusiva aos projetos da faculdade. Ao restante da família e a todos os meus amigos, agradeço pelo apoio insubstituível.

Também agradeço a todos os meus professores e aos funcionários da UFF/VR, em especial aos meus orientadores Renata Braga e Marco Casamasso, que me mostraram e me ensinaram as minhas grandes paixões: o Direito de Família e o Direito Constitucional. Também agradeço à minha Universidade, que me acolheu e me mostrou que eu tinha, apesar de todas as dúvidas, escolhido o caminho certo na minha vida profissional.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui. Vocês me ajudaram a realizar o meu sonho, e por isso, o meu muito obrigada.

*“Paz e harmonia: eis a verdadeira riqueza
de uma família.”*

Benjamim Franklin

RESUMO

O presente trabalho visa dar um panorama geral sobre uma questão atual e de extrema relevância social, qual seja, o limite de intervenção estatal no ramo do Direito de Família. Por meio de uma análise doutrinária, histórica e jurisprudencial, o tema é abordado em um viés constitucional, e no decorrer do trabalho são analisados tópicos provenientes do Direito Público e do Direito Privado. Nesta seara, por meio de uma explanação envolvendo os aspectos históricos do Direito de Família, aborda-se a Teoria do Direito de Família Mínimo, que privilegia o instituto da autonomia privada na formação e no regramento das relações familiares. Com a finalidade de demonstrar a intensidade e a abrangência da autonomia privada no âmbito familiar, foram selecionados determinados institutos jurídicos do Direito de Família, a partir dos quais se verificou a intensidade da intervenção estatal. Essa análise permitiu verificar o parâmetro aceitável da interferência por parte do Estado na vida pessoal do cidadão por ele tutelado, no que diz respeito à entidade familiar por ele composta, considerada célula principal da sociedade. Esse limiar servirá de referência para que a presença do ente estatal não gere uma verdadeira positivação do afeto, com mandamentos impositivos e coercitivos, mas apenas preserve o que se apresenta para a sociedade, como um todo, como família.

Palavras-chave: Direito de Família Mínimo; autonomia privada; intervenção estatal.

RÉSUMÉ

Le present travail vise à donner un aperçu général sur un problème actuel et l'extrême pertinence sociale, qui est la limite de l'intervention de l'État dans le domaine du droit de la famille. Par le biais d'une analyse doctrinale, historique et jurisprudentielle, le thème est abordé dans un biais constitutionnel, et au cours du travail sont analysés des sujets de droit public et de droit privé. Dans ce domaine, grâce à une explication concernant les aspects historiques du droit de la famille, il traite de la théorie du droit familial minimum, ce qui favorise la détermination de l'autonomie privée dans la formation et la fixation de règles de relations familiales. Afin de démontrer l'intensité et la portée de l'autonomie au sein de la famille, ils ont choisi certaines institutions juridiques de droit de la famille, à partir de laquelle il a été

constaté l'intensité de l'intervention d'État. Cette analyse a montré le paramètre acceptable d'ingérence de l'État dans la vie personnelle du citoyen qu'il instruit, en ce qui concerne l'unité familiale composée par lui, considérée comme la cellule principale de la société. Ce seuil servira de référence pour la présence de l'entité d'État ne génère pas une véritable affection positivation avec des impositions et des commandes coercitives, mais seulement préserver ce qui est présenté à la société dans son ensemble, comme une famille.

Mots-clé: Minimum Droit de la famille; autonomie privée; intervention de l'Etat.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

PEC – Projeto de Emenda à Constituição

PL – Projeto de Lei

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 BREVE HISTÓRICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES	14
2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	15
2.2 A QUESTÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA	16
3 A TEORIA DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO	24
4 DA MÁXIMA À MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL: UMA ANÁLISE SUBJETIVA DOS NÍVEIS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO FAMILIAR	29
4.1 O DEVER DE COABITAÇÃO E O DÉBITO CONJUGAL	30
4.2 O REGIME DE BENS OBRIGATÓRIO PARA IDOSOS ACIMA DE 70 ANOS ...	33
4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO FILIAL	37
4.4 O CASO DA UNIÃO ESTÁVEL E A LIBERDADE DE NÃO CASAR	43
4.5 A LEI Nº 13.010/14 (LEI DA PALMADA)	46
4.6 DA UNIÃO INDISSOLÚVEL ATÉ O DIVÓRCIO <i>EXPRESS</i>	48
4.7 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA	53
4.8 A FAMÍLIA POLIAFETIVA	57
4.9 A FAMÍLIA PLURIPARENTAL	59
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa dar um panorama geral sobre uma questão atual e de extrema relevância social, qual seja, o limite de intervenção estatal no ramo do Direito de Família. Através de uma análise doutrinária, histórica e jurisprudencial, o tema será abordado em um viés constitucional, e no seu decorrer serão trabalhados tópicos provenientes do Direito Público e do Direito Privado.

A grande motivação desta pesquisa decorre do interesse de realizar um estudo sobre a evolução da unidade familiar e do conseqüente acompanhamento por parte do Estado, que tutela a vida de seus cidadãos.

A família, instituição considerada pela Lei Maior como base da sociedade, é uma construção cultural cuja origem não se pode definir, visto que é um fato natural ao ser humano desenvolver a sua vida junto aos seus pares. Sendo assim, tal instituto não poderia ser renegado pela ciência jurídica, recebendo especial atenção do Estado.

No entanto, apesar da função protetiva e dos deveres de tutela física e jurídica, no que concerne aos seus cidadãos, o Estado não deve romper o limite da autonomia privada, na qual se encontra a unidade familiar, que deve ser um instrumento de busca da felicidade pessoal, e não um meio de coerção do ente estatal face aos seus componentes.

Por esta razão, buscar-se-á neste trabalho encontrar parâmetros de intervenção estatal na vida dos indivíduos, de modo a separar as controvérsias de interesse público das de interesse privado, que dizem respeito apenas à família. Para tal, serão utilizados exemplos encontrados no âmbito jurídico nacional, que evidenciam hipóteses nas quais tal limiar é rompido, em prejuízo dos princípios da autonomia individual e da intervenção mínima no Direito de Família.

Durante o trabalho, procurar-se-á responder ao seguinte questionamento: até que ponto o Estado estará cumprindo a sua inerente função de tutelar? Quais são as situações em que esse limiar é ultrapassado, rompendo o limite entre o que é de âmbito público e o que é de âmbito privado?¹

Vale ressaltar que a presente temática se mostra relevante pelas mais

¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. p. 133.

diversas razões, sendo a principal delas o fato de que o Estado, apesar da função protetiva e dos deveres de tutela física e jurídica - no que concerne aos seus cidadãos - não deve romper o limite da autonomia privada, na qual se encontra a unidade familiar.

Como base para este estudo, será utilizada a teoria do Direito de Família Mínimo, que preleciona a intervenção mínima do Estado na unidade familiar, que deve ser dotada de autonomia privada para que os particulares pertencentes a ela ditem as suas próprias regras. Segundo essa visão jurídica, o ente estatal atua no âmbito da proteção, e não no da intervenção.

Para tanto, buscar-se-á explanar a teoria do Direito de Família Mínimo, cujos preceitos servem de base para a presente pesquisa. Deseja-se, neste ponto do trabalho, trazer, de uma forma geral, as consequências, na sociedade, de um Estado de conduta interventora forte, que age para além dos interesses públicos, invadindo a autonomia privada.

Considerando os objetivos do presente trabalho, tais como a intensidade de intervenção estatal na formação das entidades familiares, serão utilizados os seguintes métodos de procedimento:

a) método histórico, por meio do qual serão analisadas as relações familiares nos últimos séculos e a sua relação com o afeto, incluindo-se o tratamento dispensado a elas pelo legislador brasileiro durante esse processo;

b) método de procedimento, por meio do qual serão analisadas decisões jurisprudenciais, bem como contribuições doutrinárias na construção dos limites possíveis para o exercício da autonomia privada no Direito de Família, por meio da enumeração de situações e de hipóteses, provenientes da lei, da doutrina e da jurisprudência, que visam comprovar a teoria por ora apresentada.

Será feita uma análise subjetiva dos níveis de aplicação do instituto da autonomia privada, que de forma decrescente, trará exemplos da máxima à mínima intervenção estatal na entidade familiar. O objetivo principal desta breve análise, que não pretende ser taxativa, é evidenciar os benefícios e malefícios dessas situações antagônicas, verificando caso a caso se a conduta estatal foi invasiva ou não, uma vez que esta deve respeitar o direito previsto constitucionalmente no art. 226, §7º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que determina o livre planejamento por parte daqueles que compõem a instituição em estudo. São

exemplos que serão tratados: caso da união estável e a liberdade de não casar; o regime de bens obrigatório para os idosos acima de 70 anos que desejam contrair matrimônio; a responsabilidade civil por abandono afetivo; a família pluriparental; dentre outros.

Por fim, objetiva-se chegar à conclusão do presente estudo, a fim de encontrar as respostas para os questionamentos e as soluções para os problemas apresentados.

Isto posto, sendo demonstrada a temática principal do tema, qual seja, o Direito de Família Mínimo e a “positivação” do afeto, percebe-se a sua relevância frente ao ordenamento jurídico atual, que é cada vez mais instigado para solucionar este tipo de questão, ainda pouco estudada pela doutrina jurídica nacional.

2 BREVE HISTÓRICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Conforme as palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias², já expostas acima, a vida em conjunto é um fato natural aos seres humanos, cuja característica inicial era a informalidade.

No entanto, com o passar dos tempos, o Direito, ao ver o instituto como núcleo essencial da sociedade, percebeu que era necessário realizar uma estruturação jurídica das relações familiares.

Para que os vínculos familiares fossem organizados, o Estado, em um ato de intervencionismo, reconheceu a instituição do matrimônio como a única forma de aceitação e reconhecimento da unidade familiar, em uma tentativa de impor limites às vontades dos indivíduos. Nesse momento, o referido instituto tinha como principais características o seu perfil patrimonializado, hierarquizado e patriarcal, cuja principal finalidade era a procriação.

Com a Revolução Industrial, iniciada no meado do século XVIII, esse cenário teve uma relevante alteração. Ao invés de uma formação extensiva, caracterizada como unidades de produção no cenário rural, a família industrial era restrita apenas ao casal e seus filhos, gerando uma formação extremamente nuclear. Nesse momento, começou-se a privilegiar os vínculos afetivos que permeavam as famílias. Desse modo, o afeto passou a ser o grande pilar de sustentação desse instituto.

Nesse novo contexto em que a unidade familiar foi inserida, surgiu o Direito de Família, ramo da ciência jurídica que visa a proteção desse importante instituto, que apresenta duas características primordiais: ao mesmo tempo em que se mostra como uma estrutura pública da sociedade, visto que compõe a sua base primária, também se revela como uma relação privada, relacionada aos indivíduos que a integram.

No presente momento, no qual a sociedade moderna se encontra, o Estado, representado na figura do legislador, não consegue acompanhar as mudanças trazidas pelo novo século. Com a globalização e as demais mudanças que com ela vieram, houve uma alteração significativa no comportamento dos indivíduos, o que reflete na unidade familiar, que apresenta novas situações e inquietações.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

A concepção moderna de família não se pauta mais pela autoridade, e sim pela cooperação. Apesar de estar cada vez mais reduzida pelas necessidades do mundo atual, a família ainda é considerada núcleo essencial para o desenvolvimento de seus membros. O perfil contemporâneo da entidade familiar preza pela pluralidade, na qual “o diálogo, o afeto e a solidariedade podem ajudar nos conflitos que se apresentam diversificados em cada configuração familiar”.³

Diante do exposto, mostra-se necessária uma constante renovação do aparato legal, para que este não se torne obsoleto por simplesmente não condizer com a realidade que deveria amparar. Contudo, “é preciso demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do ‘ser’ sujeito”.⁴ Vale ressaltar que esse é o grande núcleo da presente pesquisa, cujo objetivo principal será buscar o limiar entre a proteção e a regulação excessiva através das leis, que geram o sufocamento e a restrição das liberdades dos indivíduos tutelados por elas.

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No início do século passado, a legislação brasileira que tutelava o Direito de Família era o Código Civil de 1916, que sofreu uma grande influência do modelo de codificação do século XIX, por seu longo processo de elaboração.⁵ Com caráter essencialmente patrimonializado e hierarquizado, este dispositivo legal determinava que a constituição familiar só era possível em decorrência do matrimônio. Qualquer outro tipo de vínculo extramatrimonial não era considerado como família, o que gerava a essas pessoas uma vida à margem da sociedade, sem a mínima proteção legal.

Esse cenário de extrema formalidade que envolvia as famílias do século XX decorria de dois motivos principais. O primeiro é o fato de a sociedade brasileira sempre ter cultivado em sua constituição as práticas cristãs. Fora isso, o casamento trazia o rigor e a publicidade necessários à permanência da segurança jurídica.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Direito de Família**. Vol. V. 21ª ed. Saraiva: 2013. p. 36.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 31.

⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. p. 37/57.

Apesar de o Código Civil de 1916 ser extremamente liberal em relação aos negócios jurídicos, dada a influência do século XIX na sua elaboração, não havia tamanha autonomia privada no âmbito das relações familiares, sob o justificativa de que esta vertente do Direito Civil não contribuía para o crescimento econômico da burguesia que na época emergia na sociedade brasileira.

Entretanto, com a evolução ocorrida no século XX, as leis que regulavam a família, originada, até então, unicamente pelo casamento, tornaram-se obsoletas. Com a instituição do divórcio, a entrada da mulher no mercado de trabalho, dentre outros fatores, surgiram novos modelos de família que não mais poderiam ser ignorados por parte do Estado, pois também necessitariam de tutela jurídica.

A fim de acompanhar tais mudanças, em 1988, na promulgação da nova Constituição da República Federativa do Brasil, percebeu-se uma constitucionalização do Direito Civil, que também abrangeu o Direito de Família. Além de tutelar a família tradicional, já prevista nas leis anteriores, também protegeu outras formas de arranjo familiar, tais como a família monoparental, a homoafetiva e a união estável.

Não havendo mais como manter a codificação civil estruturada em 1916, que já não mais refletia o pensamento civilista do Brasil, foi promulgado em 2002 o novo Código Civil (CC/02), que reproduziu os ideais hedonistas previstos na CRFB/88.

Diante do que foi até agora exposto, mostra-se inegável a necessidade de amparo jurídico, principalmente no que concerne à proteção daqueles que compõem o instituto em estudo. O problema aparece quando a busca pela tutela jurídica ultrapassa o limite da proteção, ingressando na esfera mais íntima e privada do núcleo familiar, quais sejam, a autonomia e o afeto, que pode ser considerado o principal elo que une os indivíduos, em claro prejuízo à liberdade dos que a compõem.

2.2 A QUESTÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

O instituto da autonomia privada é, no âmbito do Direito Privado, e especificamente na seara do Direito Civil, um conceito de imprescindível compreensão para o entendimento da questão do Direito de Família Mínimo e a

positivação do afeto. Contudo, antes de adentrar nesse tópico, faz-se relevante um breve esclarecimento sobre a distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, a fim de que seja possível enquadrar o ramo jurídico referente à família em um dos dois polos da tradicional *summa divisio*.

A distinção entre o Direito Público e Privado é originária do Direito Romano. Servia para esclarecer que havia um ramo do Direito aplicado nas relações entre os cidadãos romanos e outro exclusivo para tutelar as relações destes com o Estado. Já na Idade Média, essa diferenciação caiu em desuso em função do surgimento do sistema feudal, que consigo trazia uma descentralização jurídica e política, que gerou uma infinidade de Direitos. Foi apenas no Estado Liberal que tal distinção voltou, desta vez mais imperativa, em função do Liberalismo que permeava o século XIX. O Direito Privado, então, se ocupava de tutelar as relações entre os indivíduos, enquanto o Público deveria se limitar a restringir a intervenção estatal no âmbito particular.

Sendo assim, houve uma especialização destes dois ramos do Direito, não havendo praticamente nenhuma intervenção de normas de Direito Público no Direito Privado. Se porventura uma situação como essa viesse a ocorrer, haveria grande dificuldade em classificá-la. E foi o que ocorreu com o Direito de Família no Código Civil Brasileiro de 1916, uma vez que, apesar de pertencer ao Direito Civil, ramo notoriamente pertencente ao Direito Privado, apresentava normas de ordem pública que geravam dúvidas sobre a sua categorização.

Inúmeras teorias foram criadas a fim de distinguir o que seria pertencente ao ramo do Direito Público e o que pertenceria ao Direito Privado. No entanto, dentre todas elas, a prevalecente na doutrina é aquela que traça um comparativo entre o instituto da autonomia privada e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Nesse entendimento, deve-se analisar qual dos dois aspectos é o preponderante diante da situação concreta, a fim de classificar se determinado ramo das ciências jurídicas pertence ao Direito Público ou ao Direito Privado.

Sendo assim, chegou-se à conclusão de que o Direito de Família, apesar de sofrer incontáveis intervenções de normas de ordem pública, pertence ao Direito Privado, uma vez que tais normas não retiram a eficácia da autonomia privada. Na verdade, estas normas apenas apresentam novos perímetros a ela.

Vale ressaltar que atualmente prevalece o entendimento de que ocorre uma simbiose entre o Direito Público e o Direito Privado, dado ao fato de que as ciências jurídicas são dinâmicas, e não estáticas. Dessa forma, pode haver uma ou outra norma de caráter híbrido, devendo haver uma análise do que prepondera em sua essência. Contudo, tal simbiose de forma alguma os descaracteriza; é apenas uma consequência prática das relações que compõem o Direito.

Feitas essas breves considerações⁶ sobre a classificação do Direito de Família no ramo do Direito Privado, tratar-se-á a seguir sobre o instituto da autonomia privada, sua diferenciação em relação à autonomia da vontade e a sua aplicação nas legislações que tutelam as relações familiares.

Nos dizeres de Pietro Perlingieri⁷, jurista, político e professor universitário italiano, o conceito de autonomia privada seria o

[...] poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. Na base desta concepção reside, frequentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.

Em outras palavras, a autonomia privada pode ser considerada como uma anuência do Estado para que o indivíduo possa gerenciar a esfera íntima da sua vida como melhor desejar, uma vez que o ordenamento jurídico irá tutelar essas ações. O próprio indivíduo decide quais normas jurídicas serão aplicadas ao seu cotidiano, englobando tanto as questões afetivas quanto as patrimoniais.

Em relação às questões patrimoniais, vale ressaltar que a autonomia privada é considerada por muitos estudiosos como sendo um dos princípios fundamentais do Direito Privado, sendo materializada através da realização dos negócios jurídicos. Estes seriam instrumentos postos à disposição dos cidadãos pelo Estado, para que desenvolvam as suas próprias relações de forma livre e autônoma. Importante lembrar que como instrumento disposto pelo ordenamento jurídico, o negócio jurídico, instrumento da autonomia privada, não pode ultrapassá-lo, devendo respeitar os limites já estabelecidos pelo mesmo. Estando em conformidade, será aceito e protegido pelo ramo do Direito Civil.

⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 21/27.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002. p. 17. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 5.

Apesar de considerada princípio fundamental do Direito Privado, como já disposto acima, a autonomia privada não é absoluta, devendo respeitar os limites chamados pela doutrina civilista de fronteiras da autonomia privada. São exemplos dessas restrições os direitos fundamentais previstos na Lei Maior, os bons costumes, a moral, a ordem pública, dentre outros.

Vale ressaltar que o instituto da autonomia privada tem suas próprias características, sendo importante diferenciá-lo do instituto da autonomia da vontade, que apesar de semelhante, não se confunde com o presente objeto de análise.

Como já demonstrado acima, a autonomia privada consiste na permissão que o Estado oferece aos seus cidadãos para que estes decidam por si mesmos suas próprias regras de conduta, de acordo com suas vontades.

Em outro sentido caminha o instituto da autonomia da vontade. Surgida em pleno século XIX, época em que a burguesia buscava o poder com suas noções de Estado Liberal e Patrimonialismo, tal teoria estabelecia a vontade por si só como uma fonte de direitos, independente da ordem jurídica vigente, o que era de extrema conveniência para esta classe em ascensão. Seu princípio basilar era o do voluntarismo, no qual o consentimento seria suficiente para o estabelecimento do contrato. Esta concepção era extremamente favorável aos ideais da burguesia, pois o Estado não poderia impor obstáculos ao desenvolvimento do capitalismo.

Em síntese, a principal diferença⁸ entra a autonomia privada e a autonomia da vontade consiste no seguinte fato: enquanto a autonomia da vontade defende que a declaração de vontade já constitui um negócio jurídico, independente do ordenamento vigente, a autonomia privada verifica se tal liberdade foi realizada de acordo com os requisitos da lei, uma vez que neste instituto o indivíduo faz as suas escolhas dentro do que permite a lei.

Após essa análise geral sobre a concepção de autonomia privada, buscar-se-á, nesse momento, realizar uma análise histórica desse instituto na legislação pertinente ao Direito de Família Brasileiro⁹, que é o tema principal da presente pesquisa. Será feito um panorama da aplicação da autonomia privada, desde o Código Civil de 1916, passando pelos direitos promulgados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, até os dias atuais.

⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p.10.

⁹ *Ibidem.* p. 59/75.

O longo período de elaboração do projeto do Código Civil de 1916, que durou quase 100 anos, fez com que, apesar de promulgado no início do século XX, ele refletisse os ideais jurídicos do século anterior e todo o seu movimento de codificação, além dos objetivos burgueses que incentivavam o crescimento da iniciativa privada no país.

Diante dessa situação, o ordenamento civil brasileiro detinha um caráter essencialmente patrimonialista, cujo principal objetivo era tutelar o direito de propriedade irrestrito, esquecendo até mesmo do próprio indivíduo. Visava-se a livre realização dos negócios jurídicos, por meio do princípio do consensualismo, com uma errônea equiparação entre a autonomia da vontade e a autonomia privada.

Nesse cenário, o Estado quase não realizava intervenções nas relações entre particulares, restringindo a aplicação do Código Civil de 1916 ao âmbito exclusivamente patrimonial. Além disso, havia uma clara distinção entre o que pertencia ao Direito Público e ao Direito Privado.

Em relação à família, a legislação em análise deu a ela características patrimoniais; era considerada uma produtora de riquezas, ignorando o caráter hedonista que cerca este instituto. Privilegiava-se o ter em detrimento do ser.

Vale lembrar que a família, além de ser tida como um ente de produção de riquezas, era vista de forma hierarquizada. O legislador, apesar de enaltecer a autonomia dos indivíduos nas relações negociais, não seguiu esse raciocínio nas relações privadas, uma vez que estas não ampliavam os interesses econômicos da classe burguesa. Portanto, não necessitavam de especificações em relação à sua autonomia. Na verdade, o que acontecia era absolutamente o oposto: o Estado não se preocupava em tutelar as liberdades da instituição familiar, mas sim em interferir nela, para que esta fosse considerada um componente do Estado, em moldes já pré-estabelecidos, através da edição de normas de caráter impositivo.

Diante dessa situação, com a sua autonomia extremamente restringida no que concernia às relações familiares¹⁰, muitas vezes sob a justificativa de manter a ordem social, o indivíduo era obrigado a aceitar o regramento proposto pelo Estado, sem que pudesse manifestar seus pensamentos e sua vontade.

O CC de 1916 trazia algumas disposições que exemplificam o que foi dito acima. Uma delas é a instituição da família, considerada célula principal da

¹⁰ *Ibidem*. p. 46.

sociedade, apenas através do matrimônio. As relações consideradas adúlteras e os filhos havidos fora do casamento sofriam severa discriminação. Tampouco era permitida a dissolução da sociedade conjugal, que só veio a ser possível com a Lei do Divórcio, muitos anos depois.

Na verdade, o que se via na seara do Direito de Família era a manutenção das aparências, com base na imposição de diversas normas cogentes, ainda que isso custasse a felicidade pessoal do indivíduo. O hedonismo, a busca pela felicidade e o afeto eram deixados de lado, de modo que a única coisa que importava era a segurança aparente trazida a todos pela manutenção da paz doméstica.

Contudo, com o avanço das relações sociais, foi implementado o chamado Estado Social de Direito, no qual o Estado apresentava um comportamento muito mais atuante e interventivo do que na época do período liberal. Dadas essas características, percebeu-se uma série de efeitos na seara do Direito Privado, e conseqüentemente, no instituto da autonomia privada. Com a edição de cada vez mais normas de natureza cogente, privilegiava-se o interesse público, coletivo, em detrimento do interesse privado, o que fez com que a autonomia do indivíduo fosse reduzida.

Nesse sentido, houve uma verdadeira proliferação de leis, o que gerou uma espécie de estatização das normas de Direito Privado. Conseqüentemente, tal revolução também foi sentida na área do Direito Civil, de modo que o CC de 1916 foi perdendo a sua força e a sua capacidade de aplicação, por não mais conseguir acompanhar as mudanças que vinham ocorrendo na sociedade brasileira.

Em outras palavras, ocorreu uma descentralização¹¹ do Direito Civil, já que seu instrumento principal, qual seja, o Código, não mais servia como única fonte legal para este ramo do Direito. Leis extravagantes, publicadas de acordo com as necessidades apresentadas à época, estavam em pé de igualdade com as disposições codificadas, visto que acompanhavam de forma pontual a evolução da sociedade. Dessa forma, a incidência do Código Civil de 1916 se tornou residual, de modo que este só seria aplicado se nenhuma outra lei extravagante tutelasse a matéria em tela de forma mais específica.

¹¹ *Ibidem*. p. 67.

Com todas essas mudanças na seara do Direito Civil, o Direito de Família também sofreu algumas alterações. Se antes esse ramo do Direito sofria diversas ingerências que tornavam a família apenas uma célula do Estado, com o Estado Social, esta instituição, ao contrário dos outros ramos do Direito Privado, ganhou maior autonomia. Com a criação de diversas leis extravagantes, como por exemplo o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio, a família de caráter indissolúvel prevista pelo Código de 1916 caiu por terra. O instituto da autonomia privada foi sendo inserido nas relações familiares, de modo que os seus componentes ganharam um poder de decisão nessa esfera. O afeto, principal pilar que sustenta a entidade familiar, passou a ser relevante, dando a ela outras formas e características que não apenas a de um ente matrimonializado.

Como pode ser visto acima, o Estado Social trouxe uma série de abalos ao Direito Civil, principalmente no que concerne ao Direito de Família. A instituição em análise finalmente foi dotada de autonomia privada para decidir as questões que lhe diziam respeito. Contudo, foi apenas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e com a chegada do Estado Democrático de Direito¹² que o conceito de família chegou ao patamar em que atualmente se encontra.

O Estado Democrático de Direito, segundo Gregório Almeida, é conceituado como

um novo paradigma fundado em uma nova legitimidade no plano do direito constitucional e da ciência política. O Direito assume função transformadora e, diversamente das Constituições Liberais e das Sociais, a legitimidade transformadora do Estado Democrático de Direito e do Direito em si surge da própria Constituição.

Constitui compromisso do Estado Democrático de Direito operacionalizar um verdadeiro rompimento com as concepções capitalistas, portanto burguesas, do Estado Liberal Individualista, ainda impregnadas no WelfareState. A sua finalidade é a transformação da realidade social com a implantação, em processo democrático dinâmico e constante, da igualdade material.¹³

Em outros termos, o Estado Democrático de Direito visa, de forma concreta, implementar os princípios democráticos, assim como a justiça e a igualdade material. Para tanto, atua na realidade social, buscando alcançar tais objetivos.

¹² *Ibidem*. p. 77.

¹³ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo: superação da *summadivisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 172/173. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 79/80.

No Brasil, este modelo de Estado foi implementado pela CRFB/88, que também trouxe uma boa gama de direitos fundamentais que hoje permeiam todo o ordenamento jurídico brasileiro, tanto nas relações públicas quanto nas relações privadas, inclusive no âmbito familiar.

Este cenário gerou o que a doutrina moderna chama de constitucionalização do Direito Civil, posto que a Carta Magna, com todos os seus princípios e direitos fundamentais, está presente na legislação civil, principalmente no que diz respeito ao Direito de Família. Esta deve ser lida à luz da Lei Maior, cujos limites e estipulações devem ser respeitados de forma imediata.

Diante dessa situação, percebeu-se uma verdadeira simbiose entre o Direito Público presente na CRFB e o Direito Privado, consubstanciado no ramo do Direito Civil e do Direito de Família. Contudo, a referida interação não afetou o instituto da autonomia privada, que veio evoluindo por todo o decorrer do século XX. Nessa nova configuração estabelecida pela Constituição, o espaço privado do indivíduo deve ser respeitado, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a autonomia privada atualmente se apresenta como um instituto essencial à vida dos cidadãos, pois é em seu espaço privado que estes buscam seus ideais mais hedonistas, isto é, a sua felicidade. O afeto ganha força, de modo que, por si só, pode constituir novas relações familiares, de acordo com as vontades dos indivíduos. Reduzir a regulamentação da vida do indivíduo apenas ao Direito Público seria incorrer em um grave erro, pois não se pode esquecer que é na esfera privada, protegido das ingerências estatais, que o homem se realiza plenamente.

É nesse limiar que o presente estudo se ampara, na possibilidade de aplicação do instituto da autonomia privada nas relações privadas, principalmente no Direito de Família. A seguir, será exposta a questão da intervenção mínima nessa seara, assim como exemplos que demonstram situações em que o Estado ultrapassou esse limite, gerando uma verdadeira positivação do afeto.

3 A TEORIA DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

Conforme já foi explicitado acima, no início do século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, a instituição familiar era considerada uma verdadeira célula do Estado, e não da sociedade, cujo regramento, de natureza exaustivamente impositiva, pouco privilegiava o instituto da autonomia privada.

Contudo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tal cenário foi profundamente alterado, pois a Lei Fundamental adotou como finalidade maior a valorização do ser humano. Para isso, positivou uma série de princípios e direitos fundamentais que deviam permear todo o ordenamento jurídico nacional.

Com o Direito de Família não poderia ser diferente. Sendo uma importante ramificação das ciências jurídicas, esta vertente do Direito Privado também foi inundada por diversos princípios.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira¹⁴, cuja tese de doutorado analisou os princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família, inúmeros são os exemplos de princípios que podem ser considerados norteadores da instituição familiar. Podem ser citados os princípios da dignidade humana, da monogamia, do melhor interesse da criança e do adolescente, da igualdade e do respeito às diferenças, da pluralidade das formas de família e da afetividade. Além destes, Pereira cita mais um princípio fundamental para a organização familiar, qual seja, o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal.

A aplicação deste princípio está vinculada à questão da autonomia privada, exaustivamente trabalhada no tópico anterior do presente trabalho. Com a reformulação gerada pela promulgação da CRFB/88, o instituto, que antes era valorizado apenas na seara patrimonial, passou a ser também reconhecido na seara existencial.

Nesse sentido, Pereira dispõe que

com a nova Carta Magna fez-se presente a crise nas categorias jurídicas pré-constitucionais, que entraram em choque com as recém-criadas, cuja tônica e preocupação era com a preservação da dignidade da pessoa humana. Isto fez que com que fossem revistos as regras e institutos do Direito Civil, a partir de uma despatrimonialização e de uma ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e conseqüentemente das relações jurídicas. Neste sentido, ampliou-

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado): Universidade Federal do Paraná, Programa de pós-graduação em Direito, Curitiba, 2004.

se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva sobretudo no âmbito das relações familiares. No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.¹⁵

Diante do exposto, o lar contemporâneo, como ambiente de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, deve ter suas regras ditadas pelos seus próprios integrantes, e não pela vontade do Estado. A família moderna não admite mais esse tipo de ingerência na sua intimidade, devendo o estado

apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art.16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.¹⁶

Nesse sentido também se posiciona a Constituição brasileira, ao dispor em seu art. 226¹⁷ que a família é a base da sociedade, e que por esta razão, merece especial proteção do Estado. Mais tarde, em 2002, seguindo o preceito da Lei Maior, o Código Civil vigente também consagrou esse posicionamento. Com a positivação desse entendimento em seu texto, fica evidente que o ordenamento jurídico pretendeu tornar a família uma instituição democrática, unindo a liberdade que passou a permeá-la com a sua importância tanto para o ente estatal quanto para a própria sociedade.

Dada a democratização pela qual passou a estrutura familiar, focada atualmente na preservação da dignidade humana, o afeto ganhou relevância, sendo considerado por Moreira Alves como uma das principais marcas da família contemporânea, senão a mais importante, através da *affectio familiae*.

Com essa merecida valorização, uma vez que o afeto é uma das bases de construção da personalidade humana, os indivíduos tendem cada vez mais a repudiar a indevida interferência do poder público nas suas relações privadas, pois são nelas em que eles buscam a finalidade hedonista de suas vidas, isto é, a sua

¹⁵ *Ibidem*. p. 110.

¹⁶ *Ibidem*. p. 112.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

felicidade. Nesse sentido, Maria Berenice Dias, em artigo¹⁸ publicado para o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, nomeia tal fenômeno de verdadeira estatização do afeto, dada a relevância que este sentimento conquistou perante a ciência jurídica.

O reconhecimento do afeto por parte do Estado, principalmente da *affectio familiae* - que diz respeito especificamente à família - implica em uma autorização aos indivíduos, por parte do ente estatal, para o exercício da autonomia no âmbito das relações privadas, tanto para constituí-las quanto para extingui-las, na busca da realização da sua dignidade.

Importante ressaltar que nas relações do Direito de Família, principalmente as de cunho existencial, verifica-se a inaplicabilidade e a ineficiência das normas de caráter coercitivo, pois prevalece, nas palavras de Moreira Alves, a “responsabilidade de cada cidadão, entendida como uma resposta ética da consciência do homem (interior) para a sociedade (exterior)”.¹⁹

Diante de todo o exposto, e principalmente da aplicação da autonomia privada neste ramo do Direito, não há mais espaço para os questionamentos e teorias que classificavam o Direito de Família como pertencente ao Direito Público. Pertencendo ao Direito Privado, chega-se ao questionamento que permeia toda a construção do presente trabalho, qual seja, até que ponto o Estado estará cumprindo a sua inerente função de tutelar? Quais são as situações em que esse limiar é ultrapassado, rompendo o limite entre o que é de âmbito público e o que é de âmbito privado?²⁰

Para responder a esse questionamento, deve-se sempre ter em mente o caráter democrático que irradia da unidade familiar, do qual decorre a incidência do instituto da autonomia privada, que permite que a pessoa aja conforme melhor lhe aprouver.

Disso é possível extrair que, como regra geral, o Estado não deve ingerir de forma indevida na estrutura familiar, como um elemento alienígena, mas sim o contrário: essa situação deve ser evitada ao máximo, a fim de não prejudicar as

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. A Estatização do Afeto. **Revista Jurídica DelRey**, Belo Horizonte, maio de 2002, n. 08, p. 17.

¹⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 139.

²⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. *Op. Cit.* p. 133.

relações privadas. No entanto, o ente estatal deve permitir e incentivar o exercício da liberdade de seus integrantes, principalmente no que concerne ao afeto.

Diante desse entendimento, percebe-se o quão indesejada é a ingerência indevida na entidade familiar, que deve sempre privilegiar a autonomia privada de seus membros em prol dos princípios de liberdade e igualdade. Vale ressaltar que existem inúmeros meios pelos quais o presente instituto pode ser exercido nas relações familiares, como por exemplo, nas liberdades de escolha e planejamento familiar.

Diante do exposto acima, chega-se à conclusão de que a intervenção estatal e toda a sua ingerência só deve ser utilizada como última opção, em situações extremas que envolvam a unidade familiar, a fim de proteger a autonomia privada de todos os seus componentes. A essa teoria, a doutrina e a jurisprudência dão o nome de Direito de Família Mínimo.

Tal nomenclatura foi extraída do ramo Direito Penal, no qual ocorre situação semelhante. De acordo com essa teoria, o Estado só estaria autorizado a interferir em hipóteses excepcionais, visando sempre a promoção e proteção dos direitos fundamentais daqueles que compõem a família, incluindo o exercício da autonomia privada, para que possa haver uma melhora substancial na qualidade de suas vidas.

Portanto, a melhor faceta do ente estatal, com a qual ele deve agir, é a do Estado provedor-assistencialista, e não Estado protetor-repressor. Esta última deve ser rechaçada a todo custo, e o Direito, como ciência social aplicada, deve fixar critérios que possam ajudar na resolução de conflitos que envolvam a autonomia privada na instituição familiar e a intervenção estatal, visto que tanto a referida autonomia quanto a liberdade consistem em princípios que norteiam a organização jurídica da instituição em análise.

Tal qual a doutrina e a jurisprudência, a lei, preceito normativo positivado, também já vem reconhecendo a teoria do Direito de Família Mínimo, situação esta que foi sacramentada, na opinião de Leonardo Barreto Moreira Alves²¹, com a publicação do artigo 1.513 do Código Civil de 2002²², que dispõe: “[é] defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

²¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 147.

²² BRASIL. Lei nº 10.406/02. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

O presente enunciado, nas palavras do já citado autor, consiste na “proteção à privacidade familiar (...) somente comportando exceções se a intervenção for feita pelo Estado, em tutela aos direitos fundamentais dos participantes da família e desde que expressamente prevista em lei”.²³

Outra disposição legal que consagra o Direito de Família mínimo no ordenamento jurídico pátrio é encontrada na Lei nº 8.069, de 1990, também conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu art. 100, parágrafo único, apresenta os seguintes termos:

Art.100:

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

VII – intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente.²⁴

Inúmeros outros exemplos podem ser encontrados na legislação brasileira, tais como: o art. 1.639, §2º, do CC/02; a Emenda Constitucional de número 66 de 2010; a Lei nº 12.344/10; o art. 28, §2º, do ECA, dentre outros. Alguns casos paradigmáticos serão analisados mais detidamente nos próximos capítulos, cuja finalidade será trazer exemplos concretos da intervenção estatal na unidade familiar.

²³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 148.

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.069/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

4 DA MÁXIMA À MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL: UMA ANÁLISE SUBJETIVA DOS NÍVEIS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA AUTONOMIA PRIVADA NO ÂMBITO FAMILIAR

O presente capítulo será dedicado a realizar uma análise dos níveis de intervenção estatal na unidade familiar, de acordo com os exemplos que serão apresentados. Estes serão enumerados de forma gradativa, a fim de que possa ser criada uma breve escala, que de forma decrescente demonstrará a temática analisada, iniciando com os casos de máxima intervenção estatal, para posteriormente encerrar com os paradigmas que apresentam níveis medianos e mínimos de intervenção, todos encontrados no ordenamento jurídico nacional.

Nesta análise, os quatro primeiros casos concretos a serem trabalhados - quais sejam, o dever de coabitação e o débito conjugal, o regime de bens obrigatório para idosos acima de 70 anos, a responsabilidade civil por abandono afetivo e o caso da união estável (a liberdade de não casar) serão aqueles nos quais o ente estatal, fazendo um uso indevido do poder que tem em mãos, ultrapassou os limites impostos pelo princípio da autonomia privada, interferindo de forma direta e cogente naquela que consiste na parte mais íntima do homem, qual seja, a sua família.

Dando continuidade à presente análise, serão expostos alguns exemplos nos quais ocorre uma interferência mediana, que ao invés de cercear a autonomia do indivíduo, busca, na verdade, tutelá-la. Além disso, esses casos procuram também a proteção de alguns outros princípios, tal qual o da dignidade da pessoa humana, a fim de que atinjam o objetivo hedonista inerente a todo e qualquer ser humano. São eles a Lei nº 13.010/14, também conhecida como a “Lei da Palmada” e a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial.

Por fim, mas não menos importante, serão tratados alguns casos que expõem uma intervenção mínima do Estado, o que possibilitou que fossem geradas inúmeras formas de entidade familiar, como as famílias homoafetiva, poliafetiva e multiparental (também chamada de pluriparental). O reconhecimento dessas formas de família pelo ordenamento jurídico brasileiro claramente privilegia o princípio da autonomia.

Importante ressaltar que essa breve análise não tem o objetivo de exaurir todos os exemplos de intervenção estatal encontrados no Direito de Família, mas

sim demonstrar, através dos casos mais emblemáticos encontrados no direito pátrio, o conteúdo por ora pesquisado.

4.1 O DEVER DE COABITAÇÃO E O DÉBITO CONJUGAL

O primeiro exemplo a ser tratado durante este capítulo pode ser considerado, atualmente, o maior exemplo de intervenção estatal na unidade familiar que pode ser encontrado no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o dever de coabitação e o débito conjugal.

Conforme já foi exposto no decorrer deste trabalho, a família idealizada pelo Código Civil de 1916 era extremamente hierarquizada e patrimonializada, cujos principais objetivos eram a obtenção/produção de riquezas e a procriação.

O homem, que representava as figuras de marido e pai, era considerado o grande chefe, titular do pátrio poder, do qual emanavam todas as ordens, ainda que isso custasse a felicidade de seus filhos e esposa. A esta, que à época vivia em uma sociedade extremamente machista e retrógrada, restava a obediência às ordens de seu companheiro, ainda que tais mandamentos violassem o seu querer interno.

Diante desse cenário, surgiram, na elaboração da legislação civil anterior, os deveres conjugais, previstos no artigo 231 do CC de 1916. Dentre tais deveres, que consistiam na fidelidade recíproca e na mútua assistência, estava presente o dever de coabitação.

Para Maria Helena Diniz, o dever de coabitação consiste na “vida em comum no domicílio conjugal”, isto é, na “convivência dos cônjuges e companheiros”.²⁵ No entanto, na vigência da codificação civil anterior, essa convivência entre os cônjuges possuía uma forte conotação sexual, o que deu origem ao instituto do débito conjugal.

O débito conjugal pode ser conceituado como o “dever que têm os cônjuges de coabitação e prática entre si do ato sexual”.²⁶ Isto é, o dever que o cônjuge tem para com o outro de manter relações sexuais entre si.

Como pôde ser visto, a manutenção das relações sexuais entre os cônjuges era considerada uma obrigação, e o seu inadimplemento poderia dar causa à

²⁵ DINIZ, Maria Helena. Coabitação. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Débito Conjugal. In: DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 181.

separação judicial ou até mesmo acarretar a anulação do casamento, por ser considerado pela jurisprudência erro essencial sobre a pessoa.

Diante do que foi exposto, percebe-se uma indevida interferência na vida em comum do casal, no que diz respeito a sua intimidade, privacidade e, principalmente, autonomia. Esta poderia ter sido superada com a promulgação da CRFB de 1988 e, posteriormente, com a edição do CC de 2002, que ao renovarem os alicerces do Direito Privado, promoveram uma constitucionalização do Direito Civil, abrangendo, inclusive, o ramo do Direito de Família. No entanto, não foi isso que aconteceu, o que pode ser comprovado a seguir.

Em 2002, com a promulgação do novo Código Civil, entrou em vigor o art. 1.556, que enumera uma série de deveres aos cônjuges, tais como a mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Dentre esses deveres, encontra-se, no inciso II, o dever de ambos os cônjuges terem a vida em comum no domicílio conjugal.

Com esse dispositivo, o legislador incorreu em franco retrocesso ao determinar como um dever legal dos cônjuges a vida em comum no domicílio conjugal. Além disso, também caiu em contradição com o conteúdo disposto no art. 1.513 do mesmo diploma legal, que dispõe ser “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

A indevida ingerência ocorrida na legislação civil de 1916 permaneceu no código atual, de modo que os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à dignidade humana continuam sendo violados, em um claro cerceamento da autonomia privada do indivíduo, instituto cuja finalidade é promover, através das escolhas pessoais dos mesmos, a felicidade pessoal do indivíduo.

Boa parte da doutrina, principalmente a parcela que defende a teoria do Direito de Família Mínimo, segue o entendimento explicitado nos parágrafos anteriores. Importante ressaltar que tanto o dever legal de coabitação, quanto o instituto do débito conjugal – que não devem ser confundidos, apesar da íntima ligação que ocorre entre eles – constituem uma excessiva interferência do ente estatal no âmago familiar, no qual, por se tratar do ambiente propício ao desenvolvimento de seus componentes, deveria prevalecer a autonomia.

Nesse sentido, dispõe Rodrigo da Cunha Pereira:

A coabitação, embora esteja no elenco das obrigações conjugais, já se afigura como um dever superado, à medida que está cada vez mais

frequente a realidade de casais que não compartilham o mesmo teto, sendo por vezes salutar à própria família este ajuste (leia-se, livre manifestação de vontade), muito se distanciando de uma infração conjugal. Por outro lado, enquanto obrigatoriedade da relação sexual, tal exigência faz-se ainda mais intervencionista, pois contrária ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana e a um dos corolários da personalidade jurídica, qual seja a livre disposição do próprio corpo e da privacidade mais íntima. Além de contrariar o princípio da menor intervenção estatal, tal obrigação se coloca totalmente na contramão da lei do desejo.²⁷

Apesar do exposto acima, que demonstra que grande parte da doutrina considera já superados o dever de coabitação e o débito conjugal, a jurisprudência ainda admite, em sentido contrário à evolução do Direito de Família, a existência desses dois institutos, conforme pode ser visto a seguir:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO PARCIAL DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE DIVÓRCIO POR CONVERSÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINA A AVERBAÇÃO DE ANTERIOR SEPARAÇÃO JUDICIAL NO REGISTRO DE CASAMENTO. REVISÃO DE ENTENDIMENTO DO RELATOR. 1. Reafirma-se o posicionamento posto na decisão agravada, no sentido da necessidade de a parte promover a averbação da separação judicial do casal, não obstante haver nos autos da ação para conversão em divórcio cópia da sentença que a decretou. 2. Justifica-se a medida pela necessidade de ampla publicidade dos atos que alteram o status da pessoa natural e pela consideração aos direitos dos próprios litigantes e de terceiros, porquanto a separação judicial põe termo aos **deveres de coabitação** e fidelidade recíproca e ao regime de bens, nos termos do art. 1.576 do CCB - diferentemente dos efeitos do divórcio, que termina, em definitivo, a sociedade conjugal (art. 1.571 do CCB). NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²⁸ (Grifo nosso.)

APELAÇÃO. ANULAÇÃO DE CASAMENTO. ERRO ESSENCIAL EM RELAÇÃO A PESSOA DO CÔNJUGE. OCORRÊNCIA. A existência de relacionamento sexual entre cônjuges é normal no casamento. É o esperado, o previsível. O sexo dentro do casamento faz parte dos usos e costumes tradicionais em nossa sociedade. Quem casa tem uma lícita, legítima e justa expectativa de que, após o casamento, manterá conjunção carnal com o cônjuge. Quando o outro cônjuge não tem e nunca teve intenção de manter conjunção carnal após o casamento, mas não informa e nem exterioriza essa intenção antes da celebração do matrimônio, ocorre uma desarrazoada frustração de uma legítima expectativa. **O fato de que o cônjuge desconhecia completamente que, após o casamento, não obteria do outro cônjuge anuência para realização de conjunção carnal demonstra a ocorrência de erro essencial. E isso autoriza a anulação do casamento.** DERAM PROVIMENTO.²⁹ (Grifo nosso.)

Por tudo o que já foi exposto, chega-se à conclusão de que este tipo de ingerência praticada pelo Estado, no que se refere ao dever de coabitação e ao débito conjugal, constitui uma invasão indesejada à unidade familiar moderna, que

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.* p. 112.

²⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70052556172-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 07 de fevereiro de 2013.

²⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70016807315-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 23 de novembro de 2006.

não mais tolera essas intromissões, que cada vez mais devem ser evitadas. Tal situação ocorre porque, na busca pelo ideal hedonista, inerente a todos os seres humanos, os indivíduos estão munidos dos benefícios provenientes da autonomia privada, que os autoriza a gerir o âmbito mais íntimo de suas vidas - qual seja, a família - como melhor lhes aprouver.

4.2 O REGIME DE BENS OBRIGATÓRIO PARA IDOSOS ACIMA DE 70 (SETENTA) ANOS

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, o regime de bens

é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante à terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.³⁰

O Código Civil vigente, publicado em 2002, oferece aos que por ele são tutelados uma certa variedade no que concerne ao regime de bens, em um total de 4 modelos, quais sejam: o da comunhão parcial, o da comunhão universal, o da participação final nos aquestos e o da separação. A escolha por um deles é de livre decisão do casal, conforme determina o art. 1.639 do CC/02, que analisará as suas alternativas a fim de optar por aquele regime que melhor se adequa a sua realidade.

No entanto, desde a codificação anterior, datada de 1916, existem hipóteses previstas pela lei que determinam a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens para determinadas situações, previstas no art. 1.641, que dispõe:

Art. 1641: É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.³¹

Dentre essas hipóteses legais enumeradas acima, encontra-se, tanto na legislação civil anterior quanto na atual, a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens para o idoso que deseja contrair núpcias após completar 70 (setenta) anos de vida.

³⁰ GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. IV. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 442.

³¹ BRASIL. Lei nº 3.071/1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

Conforme preleciona Maria Berenice Dias, a intenção prevista pelo legislador ao criar esse dispositivo era tentar “frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada (...) é impor sanções patrimoniais, ou melhor, retirar efeitos patrimoniais do casamento.”³² Na verdade, o desejo do ente estatal foi puramente o de proteger o patrimônio dos nubentes, resquício óbvio do Direito de Família encontrado no ordenamento jurídico pátrio do século XX, o qual era extremamente patrimonializado.

No entanto, especificamente em relação à hipótese concernente às pessoas acima de 70 anos, o que se viu foi um estreitamento compulsório da autonomia privada desses indivíduos, que desencadeou uma verdadeira intromissão extremamente indesejada no âmbito familiar.

Ao estabelecer a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens, ao invés de proteção, o legislador realizou uma verdadeira interdição parcial de sua capacidade, interdição esta que não possui fundamentos jurídicos nem legais, uma vez que em nenhum momento o CC/02 enumerou a faixa etária como causa de incapacidade.

O entendimento por ora esposado vem sendo o majoritário na doutrina civilista, como pode ser visto a seguir:

Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, nenhuma delas justifica o risco de gerar enriquecimento sem causa. Porém, das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrozada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação de vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção. Somente quando o casamento é antecedido de união estável não vigora a odiosa restrição, podendo os noivos optarem pelo regime de bens que desejarem.³³

A jurisprudência, no entanto, apresenta posicionamentos divergentes. Ora os Tribunais nacionais seguem a correte anteriormente explicitada, ora aplicam a letra fria da lei, impondo o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos. As ementas relacionadas a seguir, algumas até mesmo anteriores à publicação do novo CC/02, demonstram com clareza essa falta de unidade quanto a esse tema do Poder Judiciário.

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 326.

³³ *Ibidem*. p. 327.

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO REGIME DE BENS. CONJUGE COM MAIS DE 70 ANOS.IMPOSSIBILIDADE. **Não cabe a alteração de regime de bens do casamento pretendida, em razão do que preconiza o art. 1.641, inc. II, do CC, pois é obrigatório o regime de separação de bens de pessoa com mais de 70 anos de idade.** NEGADO PROVIMENTO.³⁴ (Grifo nosso.)

AGRAVO. ALTERAÇÃO REGIME DE BENS. CÔNJUGE COM MAIS DE 70 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. I - Cabível o julgamento na forma do art. 557 do cpc, em face do entendimento da Câmara sobre a matéria. **II - Não cabe a alteração de regime de bens do casamento pretendida, em razão do que preconiza o art. 1.641, inc. II, do CC, pois é obrigatório o regime de separação de bens de pessoa com mais de 70 anos de idade.** RECURSO DESPROVIDO.³⁵ (Grifo nosso.)

APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - SENTENÇA QUE DECLAROU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA PLEITEAR A RESPECTIVA ALTERAÇÃO, QUE ENCONTRARIA RESPALDO NO ART. 1.639, § 2º, DO CC - MATRIMÔNIO CONTRAÍDO QUANDO OS INSURGENTES POSSUÍAM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - **SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA INCONSTITUCIONAL - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA** - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, PER SE, NÃO ACARRETA PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E PARTICULAR, ASSIM COMO PARA ELEGER O REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS INTERESSES POSTOS - NECESSIDADE DE INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA DO CC/1916, QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA A VONTADE DOS NUBENTES SEXAGENÁRIOS E DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS - ENUNCIADO Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTES MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - DECISUM CASSADO - REGIME DE BENS

³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70052798303 – RS.** Sétima Câmara Cível. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, RS, 24 de janeiro de 2013.

³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70053128088 – RS.** Sétima Câmara Cível. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, RS, 27 de fevereiro de 2013.

MODIFICADO PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "Deduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice teórico do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta e amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidades da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico da noção da capacidade jurídica. [...] Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge" (TJSP. Apelação Cível nº 007512-4/2-00, Relator: Desembargador Cezar Peluso, São José do Rio Preto, j. 18/08/1998).³⁶ (Grifo nosso.)

CASAMENTO – Regime de separação de bens imposto pelo art. 258, par. ún., II, do CC – Norma incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF – Inadmissibilidade de se conferir à cônjuge sobrevivente direito em menor extensão que o previsto pela a convivente – Aplicação analogia legis do art. 226, § 3º, da CF e do art. 7º, par. ún., da Lei 9.278/96. A norma estampada no art. 258, par. ún., II, do CC, não foi recepcionada pela ordem jurídica atual por ser incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF. Afastado, portanto, o regime obrigatório de separação de bens, não se justifica a aplicação do disposto no art. §1º do art. 1.611 do CC. Aplicando-se a analogia legis, não se pode conferir a cônjuge sobrevivente direito em menor extensão que o previsto em lei para a simples convivente, consoante art. 226, §3º, da Constituição da República e o que dispõe o art. 7º, par. ún., da Lei 9.278/96, que, com base na regra constitucional, confere ao convivente sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar." (AC nº 74.788-4/6 – 10ª CCTJSP – rel. Des. Paulo Menezes – j. em 13.04.1999 – in RT 767/224). No mesmo sentido acórdão objeto da nota nº 30 a seguir: AC nº 007.512-4/2 – 2ª CCTJSP – rel. Des. Cezar Peluzo – j. em 18.08.1998 – in RT 758/106-7. (exemplos: TJSP, Ap. Cível 74.788-4/6, 10ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Menezes, julgada em 13 de abril de 1999, in Revista dos Tribunais, ano 88, vol. 767, setembro 1999, pp. 223/226 e e ainda que o Projeto de Lei acima mencionado seja ao final aprovado e sancionado, por manter a mesma lógica do regime atual, será alvo das mesmas críticas.³⁷ (Grifo nosso.)

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado nesta Câmara o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto o seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática. **PARTILHA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. A partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo**

³⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 575350 – SC 2011.057535-0.** Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Luiz Fernando Boller. Florianópolis, SC, 01 de dezembro de 2011.

³⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 74.788-4/6.** Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Cezar Peluzo. São Paulo, SP, 18 de agosto de 1998.

regime da separação obrigatória de bens se impõe, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Busca-se, outrossim, a justa e eqüânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes são registrados apenas no nome de um dos cônjuges. Aplicação da Súmula 377 do STF. Afastada a preliminar do recorrido, apelo provido em parte.³⁸ (Grifo nosso.)

CASAMENTO – Regime de Bens – **Separação legal Obrigatória – Nubente Sexagenário – Doação à consorte – Validez – Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único (atual art. 1641, CC), que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual** – Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da Ação Anulatória – Improvimento dos recursos. É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva ('substantive due process of law'), já não vige a restrição constante do art. 258, par. Único, II, do CC (atual art. 1641, CC).³⁹ (Grifo nosso.)

Diante do que foi demonstrado acima, percebe-se que boa parte da jurisprudência pátria já percebeu o que pode ser considerado o óbvio: que o regime da separação obrigatória de bens para os idosos acima de 70 anos é inconstitucional⁴⁰, uma vez que viola frontalmente princípios consagrados pela Lei Fundamental, tais como o da igualdade jurídica, o da intimidade, e principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

O presente tópico analisará uma temática extremamente polêmica, seja no campo doutrinário, seja no campo jurisprudencial, qual seja, a responsabilidade civil por abandono afetivo.

Inicialmente, Maria Helena Diniz conceitua o instituto da Responsabilidade Civil como sendo a

aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação

³⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70007503766 – RS**. Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 17 de dezembro 2003.

³⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 007.512-4/2-00 – SP**. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Cezar Peluso/ Julgado em 18 de agosto de 1998.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.* p. 471.

do dano, trazida na recomposição do statu quo ante ou em uma importância em dinheiro.⁴¹

Para que ocorra a incidência do respectivo instituto jurídico, é necessário que sejam preenchidos alguns pressupostos, resumidos, para grande parcela da doutrina, em quatro itens.⁴²

O primeiro deles é a ação ou a omissão do agente, que porventura possa vir a causar dano a outrem. Tal pressuposto pode ser extraído do art. 186 do CC/02, que dispõe que comete ato ilícito aquele que por ação/omissão causar dano a alguém.

O segundo requisito para que venha a ocorrer a reparação do dano é a comprovação da culpa ou do dolo do agente ao praticar determinada conduta. Importante lembrar que existem casos, inclusive tutelados pela lei, em que a responsabilidade é objetiva, isto é, independente de culpa.

O terceiro pressuposto inerente à responsabilidade civil é a relação de causalidade que deve ocorrer entre a ação ou a omissão do agente e o dano resultado.

Por fim, o quarto e último requisito para que seja configurado o instituto em análise é a existência do dano. Sem ele, não é possível a responsabilização do agente causador. Vale ressaltar que o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, que também é conhecido como dano moral.

Feita essa breve e genérica introdução sobre a temática por ora objeto de estudo, adquire-se uma mínima base teórica, mas suficiente, para compreender o que a doutrina e a jurisprudência chamam de responsabilidade civil por abandono afetivo.

O art. 1.634 do Código Civil vigente determina que compete aos pais, independente de sua situação conjugal, o exercício do poder familiar. O poder familiar consiste no

conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e aos bens do filho menor, não emancipado, exercido, conjuntamente e em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.⁴³

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade Civil. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 509.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.* p. 52/55.

⁴³ BRASIL. Lei nº 10.406/02. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

Do poder familiar decorrem alguns deveres, que também estão enumerados no dispositivo legal supracitado. Dentre eles, encontram-se, respectivamente nos incisos I e II, o de “dirigir-lhes a criação e a educação” e o de “exercer a guarda”, seja ela unilateral ou compartilhada.

Como bem esclarece Maria Berenice Dias em sua obra, “quando estabelecida a guarda unilateral, fica limitado o direito de um deles de ter os filhos em sua companhia. Porém, ao genitor que não possui a guarda, é assegurado o direito de visitas”.⁴⁴

O direito de visitas destinado aos genitores foi uma forma encontrada pelo legislador pátrio de fazer com que o menor mantenha o convívio com ambos os pais, ainda que estes não estejam mais juntos.

Inquestionável é a importância da família para o desenvolvimento da criança e do adolescente, principalmente no que diz respeito aos pais, uma vez que é na unidade familiar que o indivíduo adquire o afeto e os valores que o tornarão um sujeito íntegro.

A fim de que seja efetivamente cumprido esse papel, parte da doutrina e da jurisprudência, cujo campo de pesquisa tem enfoque no Direito de Família, estabeleceu como uma das hipóteses que pode ensejar a responsabilidade civil o abandono afetivo.

Assim preleciona Maria Berenice Dias:

A indenização por abandono afetivo pode converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais satisfatória de estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor que gerar no filho um sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.⁴⁵

Nesse sentido também já existe posicionamento jurisprudencial:

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 conseqüente 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

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 542.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 544.

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.⁴⁶ (Grifo nosso.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. OMISSÃO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.
1.A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, mas em situação excepcional. A exemplo da arquitetura jurídica construída para que o reconhecimento do dano moral não representasse a monetarização dos direitos da personalidade, igual entendimento serve à pretensão de compensação por abandono afetivo. Não se trata, de modo algum, de quantificar o amor ou o afeto dispensado pelos pais aos filhos, mas de aferir a presença ou não de violação ao dever de educar (inerente à paternidade/maternidade), reconhecido em nosso ordenamento jurídico.2.A configuração de conduta ilícita para fins de abandono afetivo impescinde da presença de alguns elementos no caso concreto a caracterizar sua excepcionalidade. Assim, a conduta do genitor apta a dar azo à "reparação" de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do manifesto desprezo com relação a sua pessoa.3.Não se vislumbra a omissão do dever de cuidado do genitor para com sua filha quando ausente qualquer espécie de negação deliberada de seus deveres como pai, tanto por desconhecimento dessa condição, no período que antecedeu ao exame de DNA, quanto posteriormente, e aqui por contingências profissionais. Ainda que reprovável o pouco contato existente entre pai e filha, resta cristalino o fato de não ter agido o mesmo com má-fé no intuito de humilhá-la ou rejeitá-la perante a sociedade.4. Recurso do réu conhecido e provido. Prejudicado o recurso da autora.⁴⁷ (Grifo nosso.)

Entretanto, apesar de ser imensurável a importância da presença dos genitores na vida de qualquer ser humano, é questionável se essa ausência poderia ser solucionada por força de decisões judiciais, que muitas vezes instituem o reparo por meio de indenizações na forma pecuniária.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de abril de 2012.

⁴⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº20120110447605 - DF 0012790-27.2012.8.07.0001**. Segunda Turma Cível. Relator: J. J. Costa Carvalho. Brasília, DF, 13 de agosto de 2014.

Importante lembrar que, ainda que seja extremamente doloroso o abandono paterno para um filho, não há meios jurídicos eficazes que possam, de alguma maneira, resolver esse tipo de situação. Um magistrado nunca conseguirá, através de uma sentença, determinar o surgimento de um sentimento de amor de pai em relação a sua prole. Além disso, ao estipular quantias em pecúnia como forma de reparar um abandono afetivo, o Poder Judiciário estaria abrindo precedentes a uma possível quantificação do amor.

Assim também dispõe Lizete Schuh:

É dificultoso cogitar-se a possibilidade de determinada pessoa postular amor em juízo, visto que a capacidade de dar e de receber carinho faz parte do íntimo do ser humano, necessitando apenas de oportunidades para que aflore um sentimento que já lhe faz parte, não podendo o amor, em que pese tais conceitos, sofrer alterações histórico-culturais, ser criado ou concedido pelo Poder Judiciário (...) a simples indenização poderá representar um caráter meramente punitivo, reafirmando, cada vez mais, o quadro de mercantilização nas relações familiares.⁴⁸

Isto posto, parte-se para uma análise objetiva dos pressupostos necessários à possibilidade de concessão da reparação civil no que concerne ao abandono afetivo.⁴⁹ Quanto à conduta, a falta de convivência familiar pura e simples não poderia ser considerada um abandono afetivo. Em relação aos aspectos do dano e do nexo de causalidade, torna-se difícil suas respectivas comprovações, uma vez que é extremamente difícil, ou melhor, quase impossível detectar de forma certa e eficaz as emoções de um ser humano. Por fim, no que diz respeito à culpa, último elemento caracterizador da responsabilidade civil, seria forçoso condenar uma pessoa por não amar a outra, ainda que esta fosse o seu próprio filho.

Seguindo o entendimento por ora exposto, alguns dos Tribunais pátrios vêm julgando pela impossibilidade da responsabilização civil por abandono afetivo, conforme pode ser visto a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Não restou caracterizado que o alegado abandono trouxe danos ao filho, nem o nexo de causalidade. Perícia que não sustenta a tese do apelante,

⁴⁸ SCHUH, Lizette. **Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido.** Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, abril/maio, 2006. V. 8, n. 35, p. 67/75. In: MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12587&revista_caderno=14>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

⁴⁹ DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24jun.2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12987>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

demonstrando apenas que há experiências familiares traumáticas. Sentença mantida. Recurso desprovido.⁵⁰ (Grifo nosso.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO AFETIVO. Paternidade responsável implica o dever de presença dos pais na vida dos filhos. Ausência do réu que não foi comprovada. Prova que demonstra a convivência com os autores ainda que permeada de conflitos. Transtornos psicológicos que não podem ser diretamente relacionados às atitudes do réu. Sentença mantida. Recurso desprovido.⁵¹ (Grifo nosso.)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Responsabilidade civil por abandono afetivo. Sentença condenatória. Recurso de apelação exclusivo do autor. Pedido de majoração do quantum indenizatório (R\$2.172,00). **No caso em comento, ainda que o réu tenha se ausentado da vida do autor, é certo que há fatos que atenuam tal atitude, como o réu ter se mudado de cidade e não ter condição financeira de se deslocar até o local onde o filho morava. Não restou comprovada a extensão dos efetivos danos sofridos pelo autor.** Não está clara a influência do réu para a ocorrência de danos psicológicos, sofrimentos, mágoas ou tristeza extrema pelo autor. Não restou satisfatoriamente demonstrado o dano que deva ser compensado monetariamente por valor superior àquele da sentença. Réu com poucos recursos financeiros. Termo inicial de incidência dos juros de mora. Responsabilidade civil extracontratual. Evento danoso. Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.⁵² (Grifo nosso.)

APELAÇÃO CÍVEL. Ação indenizatória decorrente de abandono afetivo. INOCORRÊNCIA. A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, de modo que o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito e nexos de causalidade. Nesse passo, não se pode reconhecer como ato ilícito o alegado abandono afetivo que, por sua vez, não guarda nexos de causalidade com os danos alegadamente sofridos pela autora. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.⁵³ (Grifo nosso.)

DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. "Discute a demanda sobre a possibilidade do filho que não recebeu do pai biológico assistência material e afetiva receber a correspondente indenização. **Toda indenização decorre de uma conduta geradora de dano. Dependendo da natureza da responsabilidade, exigir-se-á o elemento culposo ou não.** No caso concreto, embora se trate de indenização que decorre de danos produzidos na esfera das relações familiares, não será diferente. Corretamente, o juiz a quo afastou o pedido de indenização material porque, primeiramente, uma vez comprovada a paternidade, em havendo necessidade, restaria ao autor a ação de alimentos amparada pela relação parental. Não seria a indenizatória o meio mais propício na medida em que para a indenização haveria de ser comprovado o dano material. No que toca ao dano decorrente a falta de assistência moral e afetiva, o tema é complexo e gera polêmicas. O autor, somente após a maioridade civil, com quase 30 anos de

⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 03290085720068260577-SP.** Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Ana Lucia RomanholeMartucci. São Paulo, SP, 08 de maio de 2014.

⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00033968920118260457-SP.** Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Milton Carvalho. São Paulo, SP, 29 de janeiro de 2015.

⁵² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 40008443720138260482 SP.** Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Ana Lucia RomanholeMartucci. São Paulo, SP, 07 de maio de 2015.

⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70054827019-RS.** Oitava Câmara Cível. Relator: AlzirFelippeSchmitz. Porto Alegre, RS, 26 de setembro de 2013.

idade, já plenamente formado, sem indicação de sequelas emocionais, resolveu buscar a verdade real sobre seus pais biológicos. O réu, pai biológico, só tomou conhecimento da possibilidade do autor vir a ser seu filho quando citado na ação investigatória. Se dano houvesse, somente após a confirmação da paternidade é que nasceria, em tese, o autor o direito do autor de pleitear do seu pai os cuidados e afetivos e materiais decorrentes da paternidade. **Dos autos decorre que o autor pretende através da indenização por dano moral compensar-se pelo valor dos bens que, segundo informa, foram doados, por simulação, a terceiros. Aqui o dano moral não existe in re ipsa e precisa ser provado. Eventuais prejuízos decorrentes de ações simuladas devem ser postulados no momento certo e pela via processual adequada. Recurso desprovido.**⁵⁴ (Grifo nosso.)

Por todo o exposto nos parágrafos anteriores, percebe-se que a responsabilização civil pelo abandono afetivo consiste em uma indevida ingerência no âmago familiar, o que pode ser sintetizado em dois motivos. O primeiro deles consiste no fato de não haver previsão legal que sustente o presente instituto, dado ao fato de que o mesmo foi construção doutrinária e jurisprudencial. A única punição que a legislação civil prevê aos pais que abandonam a sua prole é a perda do pátrio poder familiar, modernamente chamado de poder familiar.

A segunda – e maior – motivação que impossibilita a manutenção da responsabilização civil em estudo é o fato de que, ao serem criadas determinações judiciais que ordenam um indivíduo a nutrir amor por outro, estar-se-ia adentrando na psique do mesmo, em sua parte mais íntima e autônoma, esfera que de forma alguma compete ao ente estatal e a todo o seu aparato jurídico.

4.4 O CASO DA UNIÃO ESTÁVEL E A LIBERDADE DE NÃO CASAR

Dentre as diversas entidades familiares que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enumerou em seu texto, encontra-se a união estável, que pode ser conceituada como “união respeitável entre homem e mulher que revela intenção de vida em comum; (...) é a convivência duradoura, pública e contínua (...) estabelecida com o objetivo de constituição de família”.⁵⁵

Vale lembrar que, durante a vigência do Código Civil de 1916, as uniões extramatrimoniais não eram consideradas formas válidas de constituição da unidade

⁵⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00013128420128190034-RJ**. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Rio de Janeiro, RJ, 19 de novembro de 2013.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. União Estável. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 578.

familiar, uma vez que não eram oficializadas através do casamento, considerado, à época, como a única forma válida de formação da mesma.

Por esta razão, esse tipo de união livre era nomeada pejorativamente de concubinato, que poderia ser puro ou impuro. O concubinato em sua forma impura ocorria quando os indivíduos já estavam comprometidos anteriormente ou eram legalmente impedidos de contrair matrimônio. Essa forma de concubinato também foi chamada pelo ordenamento jurídico de adúltero.

Já o concubinato puro ocorria quando o homem e a mulher viviam em convivência pública e duradoura, mas sem formalizar a união, não porque já estavam comprometidos ou eram legalmente impedidos, mas sim porque essa não era a sua vontade. O concubinato em sua versão pura corresponde, atualmente, ao instituto da união estável, por ora em análise.

No decorrer do século XX, no entanto, com as mudanças comportamentais que vinham ocorrendo na sociedade brasileira, o legislador pátrio viu-se obrigado a conceder, aos poucos, direitos para aqueles que se encontravam nas relações extramatrimoniais. A consagração de sua existência se deu com a promulgação da CRFB/88, que em seu art. 226, §3º, dispõe: “[p]ara efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.⁵⁶

Com o reconhecimento pela Lei Fundamental, estendeu-se sobre a união estável o caráter de entidade familiar, esta formada única e exclusivamente pela vontade de seus componentes, privilegiando o instituto da autonomia privada.

Nesse sentido, dispõe Leonardo Barreto Moreira Alves:

Eis que o ordenamento jurídico permitiu que a vontade dos componentes de uma entidade familiar tivesse força suficiente para construí-la, independente, portanto, da constituição de um vínculo jurídico formal. Em verdade, a união estável se trata de uma união livre, nascida da convivência fática pública, contínua e duradoura entre pessoas de sexo opostos. Há nitidamente, pois o reconhecimento da autonomia privada como elemento constitutivo dessa espécie de entidade familiar.⁵⁷

Posteriormente, com a promulgação do novo Código Civil, em 2002, foi apresentada uma série de dispositivos que visam a regulamentação da referida entidade familiar. Diante desse cenário, há de se questionar se ao “normatizar as

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

⁵⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 155/156.

uniões estáveis (...) o Estado não estaria adentrando na autonomia privada do indivíduo que (...) optou por unir-se sem interferência do Estado”.⁵⁸

Nesse sentido, faz-se necessário destacar alguns exemplos ⁵⁹ de regulamentação legal da entidade familiar em estudo, que ao invés de incentivarem a sua escolha, acabam por interpor obstáculos para aqueles que a desejam.

Em relação aos direitos sucessórios, a novel codificação civilista faz, em seu art. 1.790, distinções injustificáveis entre a união estável e o casamento, principalmente no que concerne ao quinhão que o cônjuge ou o companheiro irão receber quando ocorrer a vocação hereditária. O tratamento dado ao companheiro quanto à sucessão é tão inferior ao fornecido pela lei ao cônjuge que a opção pela união estável torna-se infinitamente menos atraente para aqueles que, de alguma forma, desejam formar uma unidade familiar.

Outro exemplo de ingerência indevida neste tipo de união livre consiste na imposição prevista no art. 1.726 do CC/02, que determina que a conversão desta em casamento deve ser submetida ao Poder Judiciário e assentada em Registro Civil. No mínimo, tal disposição é paradoxal, pois se uma das características da união estável é a liberdade em sua formação, não há motivos suficientes que justifiquem o respectivo mandamento.

Ao aplicar o que dispõe a lei, uma boa parcela dos Tribunais vem incorrendo no mesmo erro cometido pelo legislador pátrio em 2002, conforme pode ser visto a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. O companheiro sobrevivente participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Inteligência do artigo 1.790 do CC. Concorrendo com filho comum, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuído ao filho. Inteligência do inciso I do art. 1.790 do CC. Apelação desprovida.⁶⁰ (Grifo nosso.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. FALECIDO QUE VIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO EM CONCORRÊNCIA COM DEMAIS PARENTES DO FALECIDO. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. O fato da agravante e o falecido terem escolhido o regime da comunhão universal de bens, por ocasião da escritura pública de reconhecimento de união estável, não acarreta reflexo na incidência do artigo 1.790 III do Código Civil, que expressamente prevê a concorrência da companheira sobrevivente com demais parentes sucessíveis,

⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.* p. 113.

⁵⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 162/163.

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064484645-RS.** Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. Porto Alegre, RS, 26 de agosto de 2015.

independente de regime de bens. NEGARAM PROVIMENTO.⁶¹ (Grifo nosso.)

APELAÇÃO – CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO EFEITOS EX-TUNC – EFICÁCIA DA NORMA – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. Considerando o dispositivo constitucional que determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento (CF 226 § 3º), é possível conceder efeitos retroativos à sentença que converte a união estável em casamento, sendo essa a vontade das partes. Conceder efeitos exnunc à conversão de união estável em casamento fere a interpretação sistemática das normas porque não haveria diferença entre a conversão e o casamento propriamente dito. Negou-se provimento ao apelo interposto pelo MPDFT.⁶² (Grifo nosso.)

Diante do exposto, chega-se à óbvia conclusão de que o que vem ocorrendo com o instituto da união estável nada mais é do que uma indevida interferência do ente estatal, tanto na sua constituição e manutenção, quanto na sua extinção e possíveis efeitos, uma vez que a autonomia privada do indivíduo, exercida no seu livre ato de escolha de não querer contrair o matrimônio, fica mitigada, já que o Estado, demonstrando uma indesejável faceta totalitária, impõe percalços e obstáculos para aqueles que desejam constituir família nos moldes da presente entidade familiar.

4.5 A LEI Nº 13.010/14 (LEI DA PALMADA)

O exemplo por ora analisado reflete de forma clara a intenção puramente protecionista do legislador pátrio, que através da promulgação da Lei nº 13.010 de 2014, objetivou proteger um dos componentes mais frágeis encontrado no âmbito familiar, qual seja, a criança e o adolescente.

Maria Berenice Dias, em uma de suas inúmeras publicações, sintetizou a finalidade da referida lei, que “visa coibir a violência por parte de quem tem o dever legal de proteger, cuidar e educar, e se prevalece da desproporcionalidade da força física, do medo, do respeito e até do afeto que, de um modo geral, crianças e adolescentes nutrem pelas pessoas que os tens em sua companhia e guarda”.⁶³

⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70063141782.** Oitava Câmara Cível. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, RS, 19 de março de 2015.

⁶² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 20130111476297-DF 0039462-90.2013.8.07.0016.** Segunda Turma Cível. Relator: Sérgio Rocha. Brasília, DF, 03 de setembro de 2014.

⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Lei da Palmada? Lei Menino Bernardo?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/lei_da_palmada.pdf>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016.

Para que fosse alcançado o seu objetivo principal, a Lei nº 13.010 alterou a Lei nº 8.069/90, também conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de estabelecer o direito destes de serem criados e educados sem castigos físicos ou tratamento cruel e degradante.

Outro dispositivo normativo que foi alterado pela chamada “Lei da Palmada”, atualmente intitulada “Lei Menino Bernardo”, foi a Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação. Esta teve o §9º acrescentado ao seu art. 26, que dispõe que “[c]onteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos, como temas transversais, nos currículos escolares”.⁶⁴

Todas essas medidas, incluindo a adoção de políticas públicas por parte do ente estatal, visam, em última análise, a erradicação dos castigos físicos ou psicológicos que muitas vezes são aplicados às crianças e aos adolescentes. Os responsáveis que afrontarem a lei e não cumprirem as responsabilidades decorrentes do poder familiar podem sofrer inúmeras sanções do Poder Judiciário, tais como advertências, imposição de tratamento psicológico ou psiquiátrico, dentre outras.

Assim também vem sendo o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO. GUARDA. ALTERAÇÃO. DILIGÊNCIAS. PADRASTO. CASTIGOS FÍSICOS E TRATAMENTO CRUEL E DEGRADANTE. ARTS. 18-A E 18-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. I - Nas questões envolvendo a guarda de menores importa, principalmente, o melhor interesse da criança, ou seja, considerar antes suas necessidades, em detrimento dos interesses dos pais. II - **A Lei 13.010/14 alterou a Lei 8.069/90 para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel e degradante.** Os documentos novos, relativos às diligências realizadas, revelam que as crianças são submetidas à violência física e psicológica pelo padrasto. Assim, na demanda, com as ocorrências do momento atual, concede-se a guarda unilateral dos infantes ao pai. III – Apelação provida.⁶⁵ (Grifo nosso.)

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL CULPOSA. COESA A PROVA TESTEMUNHAL. DECLARAÇÕES DA VITIMA CORROBORADAS PELO AUTO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. DEVE-SE MANTER O QUANTUM CORRESPONDENTE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SISTEMA BINÁRIO. MULTA NÃO SE CONFUNDE COM RESTRITIVA DE DIREITOS. PROVIMENTO EM PARTE. VOTO 1.

⁶⁴ BRASIL. Lei nº 9.394/96. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>.

⁶⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 20120110965870**. Sexta Turma Cível. Relator: Vera Andrighi. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso. Verifica-se tempestivo, legítima a parte recorrente, sendo, igualmente adequada a via, para a apreciação do *meritum recursal*. DO MERITO 2. **Menor com 08 anos. Causa espécie que ainda nos tempos de hoje precise o educador - aprovada a Lei da Palmada - empreender contato físico com o menor para fazer valer um castigo.** A verdade é que arranhões, empurrões, são absurdos originados de quem confere a norma o dever de cuidado. Culpar a criança de ter sido agredida "sem querer" é um discurso negativo que serve a qualquer agressor, tendo como vítima pessoa idosa, criança, mulher, homossexual. É SEM O EMPREGO DE VIOLENCIA FISICA.A questão é que o "EDUCADOR" NÃO PODE E NÃO DEVE SEQUER "TOCAR COM FORÇA" EM UMA CRIANÇA. Então, se a criança não forma fila, EMPURRA ?CHUTA ? SEGURA COM FORÇA OS BRAÇOS ?ARRANHA ?LESA ?. O Exame de Corpo de Delito confirma isso. E a culpa é da criança porque é bagunceira ? Estarrece este discurso que legitima a violência. (...) 6. Voto no sentido de conhecer do recurso, e, no mérito, dar-lhe provimento, apenas, em parte para reduzir a pena de multa para o mínimo de 10 (dez) dias multa e excluir o preceito de conversão em caso de descumprimento do pagamento. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 2.014.⁶⁶ (Grifo nosso.)

Questiona-se, uma vez que o conteúdo desta lei claramente adentra na esfera privada da unidade familiar, se esta interferência seria positiva ou negativa. Visto que o legislador pretendeu preservar a dignidade humana da criança e do adolescente ao proibir a aplicação de castigos cruéis e/ou degradantes, outra resposta não poderia ser além da que a presente intromissão é altamente positiva, posto que o Estado, no cenário apresentado, está demonstrando uma proteção a um ser fragilizado, e não uma simples e arbitrária repressão ao instituto da autonomia privada.

4.6 DA UNIÃO INDISSOLÚVEL ATÉ O DIVÓRCIO *EXPRESS*

Conforme já foi explicitado anteriormente, a primeira legislação nacional que de forma efetiva regulou o direito de família foi o Código Civil de 1916. No entanto, ao invés de privilegiar o princípio da autonomia – o que de fato foi feito na parte relativa aos negócios jurídicos – o CC/16 estipulou inúmeras regras, desdobradas em diversos pormenores, todas de carácter impositivo, a fim de que fosse preservada a instituição familiar, que à época era considerada como uma “célula do Estado”.

Por esta razão, o legislador, seguindo o cenário social e político dos séculos XIX e XX, optou por permanecer com a indissolubilidade da sociedade conjugal, tal

⁶⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00095631020128190061-RJ**. Segunda Turma Recursal Criminal. Relator: Claudia Marcia Goncalves Vidal. Rio de Janeiro, RJ, 09 de outubro de 2015.

qual previa o Decreto nº 181/90⁶⁷, ainda que isso custasse a felicidade de seus componentes, uma vez que o objetivo principal não eram os seus sentimentos, mas sim a manutenção da entidade familiar, hierarquizada e patrimonializada, a fim de produzir mais riquezas para o ente estatal.

Assim dispunha o artigo 315 do referido código:

Art.315. A sociedade conjugal termina:

I - Pela morte de um dos cônjuges.

II – Pela nulidade ou anulação do casamento.

III – Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único: O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a perempção estabelecida neste Código, art.10, Segunda parte.

Extrai-se do disposto acima que a sociedade conjugal pode ser terminada pela nulidade ou anulação do casamento e pelo desquite, seja ele judicial ou amigável. No entanto, o casamento só poderia ser dissolvido pela morte de um dos cônjuges.

Sendo assim, o instituto do desquite, apesar de romper o matrimônio, não gerava impactos no vínculo conjugal, como bem explica Maria Berenice Dias:

Sob a égide de uma sociedade conservadora e fortemente influenciada pela igreja, justificava-se a concepção do casamento como instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era **indissolúvel**. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o **desquite**, que no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o **vínculo conjugal**, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanesca, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do cargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre.⁶⁸

Assim também pregava a jurisprudência da época:

A AUTORA TEVE JUSTO MOTIVO PARA SE SEPARAR DO RÉU E MOVER-LHE AÇÃO DE DESQUITE. OS JUIZES, NAS INSTANCIAS ORDINÁRIAS, ATENDERAM A CONDIÇÃO DOS CONJUGES.⁶⁹ (Grifo nosso.)

MULHER QUE, EM DESQUITE AMIGÁVEL, DESISTE DE PENSÃO ALIMENTICIA, SÓ PODE RECLAMA-LA AO EX-CONSORTE, PROVANDO INOCENCIA E POBREZA.⁷⁰ (Grifo nosso.)

CLÁUSULA DE DESQUITE AMIGÁVEL, MODIFICADA POR CONVENÇÃO DAS PARTES. A OBRIGAÇÃO DE CONTINUAR O MARIDO

⁶⁷ Instituiu o casamento civil.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 202.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 39239**. Segunda Turma. Relator: Hahnemann Guimaraes. Brasília, DF, 30 de julho de 1964.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 54704**. Segunda Turma. Relator: Antônio Villas Boas. Brasília, DF, 19 de março de 1964.

A ALIMENTAR A ESPOSA, DE QUEM SE SEPARA, SÓ SE IMPÕE 'EX LEGE' NO CASO DE SER ELA INOCENTE E NÃO CONTAR COM RECURSOS SUFICIENTES PARA MANTER-SE (C.C., ART. 320; C.P.C., ART. 642, N. IV) . - FORA DISSO, A LEI, EM POSIÇÃO DE NEUTRALIDADE, NÃO IMPEDE QUALQUER ACORDO SOBRE A OBRIGAÇÃO LIVREMENTE ASSUMIDA, QUE PODERA SER OBJETO DE DISTRATO OU ALTERAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DA FISCALIZAÇÃO JUDICIAL. RECURSO CÔNHECIDO E PROVIDO.⁷¹ (Grifo nosso.)

No entanto, com o passar dos anos, a indissolubilidade do casamento tornou-se insustentável, uma vez que a sociedade, em constante transformação, já havia acrescentado novos valores relacionados à família. Diante desse cenário, nada mais pôde fazer o legislador a não ser conceder a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial, o que ocorreu em 1977, com a criação da EC nº 9/77 e com a promulgação da Lei nº 6.515, também de 1977, conhecida como a Lei do Divórcio.

A Lei do Divórcio trouxe, além deste, outro instituto, qual seja, o da separação judicial. Este nada mais era do que uma espécie de manutenção do desquite, pois seu objetivo principal era pôr termo à sociedade conjugal, mas sem dissolver o vínculo matrimonial. Já o divórcio consistia na dissolução do matrimônio, pondo fim ao vínculo matrimonial.

Feitas essas diferenciações, faz-se importante ressaltar que tanto para a obtenção da separação quanto para a obtenção do divórcio, a Lei nº 6.515 trouxe uma série de requisitos – ou melhor dizendo, verdadeiros entraves – para a concessão do instituto.

Ao indivíduo que desejava pôr fim à sociedade conjugal ao qual pertencia, era necessário que este ingressasse com a separação judicial, cuja concessão era dependente da comprovação da culpa. O cônjuge culpado sofria diversas sanções, tais como a perda do direito ao nome de casado, aos alimentos e à guarda dos filhos.

Posteriormente, após o decurso do prazo de 5 anos, seria convertida a separação judicial em divórcio. O divórcio direto só ocorria em situações excepcionais, de modo que o mais comum era o casal passar por todo esse doloroso trâmite, que vale ressaltar, só era autorizado uma única vez.

Esse também era o entendimento jurisprudencial, como pode ser visto abaixo:

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL.FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DE

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 47587**. Segunda Turma. Relator: Antônio Villas Boas. Brasília, DF, 11 de agosto de 1961.

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. 1. A presunção de perdão tácito declarada pelo TJ/MG constitui circunstância fática imutável na via especial, a teor da Súmula 7/STJ. 2. A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente. 3. De acordo com os arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, a obrigação de prestar alimentos está condicionada à permanência dos seguintes pressupostos: (i) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial; (ii) a necessidade e a incapacidade do alimentando de sustentar a si próprio; (iii) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos. 4. O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de intelecção no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-compaheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos. 5. A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o status usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível. 6. A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente. 7. Nos termos do art. 1.710 do CC/02, a atualização monetária deve constar expressamente da decisão concessiva de alimentos, os quais podem ser fixados em número de salários mínimos. Precedentes. 8. Recurso especial parcialmente provido.⁷² (Grifo nosso.)

DIVÓRCIO. CONTINÊNCIA. CULPA. DANOS MORAIS. DIVÓRCIO. CONTINÊNCIA. CULPA. DANOS MORAIS. 1 - HAVENDO IDENTIDADE DE PARTES E DA CAUSA DE PEDIR, E SENDO O OBJETO DA AÇÃO DE DIVÓRCIO MAIS AMPLO DO QUE O DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL, HÁ CONTINÊNCIA, QUE AUTORIZA O JULGAMENTO CONJUNTO DAS MENCIONADAS AÇÕES. 2 - **SE NÃO É CASO DE SE EXAMINAR QUAL O CÔNJUGE TEVE CULPA NA SEPARAÇÃO, IMPROCEDE PEDIDO DE DANOS MORAIS COM FUNDAMENTO EM CONDUTA DESONROSA.** 3 - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.⁷³ (Grifo nosso.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE BENS A SEREM PARTILHADOS PELO CASAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRELIMINAR RECHAÇADA. MAJORAÇÃO DE ALIMENTOS FIXADOS EM FAVOR DAS FILHAS DO CASAL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. ÔNUS QUE COMPETIA À APELANTE. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ART. 1.694 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1025769-MG 2008/0017342-0.** Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de agosto de 2010.

⁷³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 918222320088070001-DF 0091822-23.2008.807.0001.** Sexta Turma Cível. Relator: Jair Soares. Brasília, DF, 03 de novembro de 2010.

INTEGRALMENTE MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I - Não é nula sentença que julgou devidamente os pedidos do autor, bem como analisou todas as questões referentes aos bens a serem partilhados pelo casal. II - Para ver sua pretensão atendida, tem o autor o ônus de demonstrar a veracidade de seus articulados, comprovando satisfatoriamente os argumentos fáticos e jurídicos trazidos à baila na exordial (causa petendi), pois, segundo exegese do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, incumbe-lhe a prova dos fatos constitutivos de seu direito. III - Destarte, uma vez que a fixação dos alimentos implica à observância do critério previsto no artigo 1.694 do Código Civil, que determina a proporcionalidade entre as necessidades de quem reclama a verba alimentar e as possibilidades de quem as supre, há de se manter inalterada a quantificação da verba alimentar.⁷⁴ (Grifo nosso.)

APELAÇÃO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CLÁUSULA DE DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. **A separação judicial pode depois ser convertida em divórcio na via extrajudicial, ainda que com alguma alteração nas cláusulas da separação.** NEGARAM PROVIMENTO.⁷⁵ (Grifo nosso.)

À época da promulgação da CRFB de 1988, percebeu-se que o disposto na referida lei não mais tutelava a realidade dos casos concretos, de modo que a Carta Magna, a fim de acompanhar tais mudanças sociais, extinguiu a identificação da causa para a concessão da separação (isto é, extinguiu o instituto da culpa) e reduziu o prazo para a sua conversão, que passou a ser de dois anos.

No entanto, o proposto pela Lei Fundamental não foi o suficiente para escoltar tudo o que vinha ocorrendo no âmbito dos direitos referentes à família. Mesmo com a alteração proposta pela Constituição Federal, a separação ainda persistia no ordenamento jurídico nacional, situação esta que gerou uma intromissão indesejada do Estado na unidade familiar, visto que apesar do desejo dos cônjuges de pôr fim ao elo jurídico que os unia, era necessário perquirir todo um procedimento burocrático e demorado, que os impedia de seguirem suas próprias vidas, inclusive no campo amoroso.

Diante desse cenário, “o primeiro passo para limitar o intervencionismo do Estado nos vínculos afetivos foi a possibilidade de a separação e o divórcio consensual serem feitos administrativamente por escritura pública”, tal qual prevê o art. 1.124-A do CPC de 1973, que dispõe ser possível a sua realização por escritura pública, desde que não existam filhos menores ou incapazes, na qual constarão as disposições relativas à descrição, à partilha, aos alimentos e ao nome.

⁷⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 20120714704-SC 2012.071470-4.** Sexta Câmara de Direito Civil. Relator: Joel Figueira Júnior. Florianópolis, SC, 21 de agosto de 2013.

⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70060253523-RS.** Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 07 de agosto de 2014.

Tal escritura não dependerá de homologação judicial, o que leva à percepção de que o legislador pátrio, ao redigir o conteúdo do artigo ora analisado, prestigiou a autonomia privada dos indivíduos, que podem contrair o matrimônio em um dia e dissolvê-lo no seguinte, dando ensejo a um verdadeiro divórcio *express*.

Assim exemplifica a jurisprudência abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE PARTILHA. AGRAVO RETIDO. Somente a comprovação da necessidade imperiosa da quebra do sigilo bancário de pessoa estranha à lide autorizaria a medida extrema. Pedido negado. **DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL COM DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE BENS.A prova dos autos confirma a declaração de inexistência de bens a partilhar.** Além disso, não há alegação ou mesmo indício de vício de consentimento ou erro na declaração prestada. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO APELO.⁷⁶ (Grifo nosso.)

Coroando esse novo paradigma no Direito de Família, surgiu a EC nº 66, que dispôs só ser possível a dissolução do casamento pelo divórcio. Com isso, extinguiu-se o instituto da separação e todas as suas ingerências e imposições que em muito afetavam a vida privada dos integrantes de uma família.

Isto posto, conclui-se que quanto à dissolução da sociedade conjugal, o Estado, como um todo, percebeu qual era o seu devido lugar, uma vez que diante do cenário jurídico e legal atual, o mesmo só está autorizado a interceder na autonomia familiar em casos extremos, excepcionais, o que consagra a teoria do Direito de Família Mínimo.

4.7 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Maria Helena Diniz, em seu dicionário jurídico voltado para o público universitário, conceitua a família como sendo o conjunto de “indivíduos ligados pelo vínculo da consanguinidade e da afinidade”.⁷⁷

Durante muitos anos, considerou-se que, tanto socialmente quanto juridicamente, a família só poderia ser formada pela relação de um homem e uma mulher, ou seja, a partir de uma relação heterossexual. No entanto, com todas as transformações trazidas pelo último século, surgiu o instituto da família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo.

⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064473861-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: AlzirFelippeSchmitz. Porto Alegre, RS, 25 de junho de 2015.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. Família. In: DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264.

O homossexualidade sempre existiu, mas infelizmente, nem sempre foi aceita. Conforme dispõe Maria Berenice Dias,

em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões entre pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, um sem número de rotulações pejorativas e discriminatórias. A igreja fez do casamento uma forma de propagar a fé cristã: cresci e multiplicai-vos. A infertilidade dos vínculos sexuais foi o que levou ao repúdio e à marginalização.⁷⁸

Por conta de todo esse cenário, que pregava uma falsa proteção aos que os mais conservadores chamavam de moral e bons costumes, os indivíduos que optaram por esta forma de vida sofreram muito preconceito, de modo que eram postos à margem da sociedade e até mesmo da proteção legal.

Extraí-se essa conclusão do fato de que nem a CRFB de 1988, nem o Código Civil de 2002 tutelaram de maneira precisa a existência dessa forma de entidade familiar. Assim também encontra-se a legislação infraconstitucional como um todo, visto que o legislador, às vezes por um comportamento discriminatório, não aprova projetos que visam a proteção da família homoafetiva.

A despeito de não haver proteção legal, a família homoafetiva é um fato, e como tal, não deve ser ignorada pelo ordenamento jurídico, visto que não há nenhum regramento legal que a proíba. Nesse sentido, nas situações em que a lei estiver omissa, o juiz, tal qual prevê o art. 5º da LINDB⁷⁹, é quem decidirá.

Baseado principalmente no *caput* do art. 5º da Constituição Federal⁸⁰, que dispõe que todos são iguais perante a lei, o Poder Judiciário vem reconhecendo, através das decisões de seus Tribunais, a existência deste tipo de entidade familiar, e conseqüentemente os direitos que dela surgem.

Inicialmente, os direitos decorrentes da união homoafetiva eram solucionados pelo Judiciário através do pagamento de uma indenização por serviços prestados. Posteriormente, tal qual ocorria nas uniões não-matrimonializadas, passou-se a considerar a união entre pessoas do mesmo sexo uma sociedade de fato.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 271.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 4.657/1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>.

⁸⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Apesar do inicial avanço, o que estava sendo privilegiada neste tipo de decisão eram apenas as relações patrimoniais. Não havia ainda o reconhecimento da união homoafetiva como unidade familiar, o que gerava consequências negativas tanto no seara social quanto na seara jurídica, principalmente no que concerne ao campo do Direito Sucessório.

Não havendo mais como ignorar a existência da família homoafetiva, já no final do século XX, mais precisamente na década de 1990, começam a surgir as primeiras decisões que elevaram as causas homoafetivas à jurisdição do Direito de Família. Com isso, não demorou muito tempo para que as mesmas fossem reconhecidas como entidades legítimas de formação familiar.

Nesse sentido, com base nos julgamentos da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo. Coroando esse entendimento, a Suprema Corte aprovou, em 14 de maio 2013, a Resolução nº 175, que determinava a celebração de casamentos civis também entre homossexuais.

Diante do exposto, percebe-se, por parte do Poder Judiciário, uma tendência a privilegiar o princípio da autonomia privada na constituição da unidade familiar, consagrando a teoria doutrinária do Direito de Família Mínimo. Tal situação decorre da liberdade que foi dada aos indivíduos para que estes se unissem da maneira que melhor lhes aprouver, além do necessário reconhecimento destas uniões e seus efeitos.

Seguindo o entendimento dos Tribunais Superiores, os Tribunais Estaduais também vieram a reconhecer a existência da família homoafetiva, conforme pode ser visto nos julgados abaixo:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE FAMÍLIA. **HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO. CASAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE.** COERÊNCIA DO TEXTO. CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO TJRJ. 1. O STF, guardião da Constituição Federal, reconheceu, por decisão unânime, em maio de 2011, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ao afirmar que o artigo 1.723 do Código Civil não poderia ser lido em sua literalidade e estendendo o conceito de família também à união de pessoas do mesmo sexo. 2. Seguindo a mesma linha de raciocínio e como o STF determinou o reconhecimento da união estável homoafetiva tem as mesmas consequências da união estável heteroafetiva, o STJ, recentemente por maioria de votos, reconheceu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. 3. E não poderia ser diferente, já que a expressão “homem e mulher” utilizada pela Constituição Federal no artigo 226, §3º, e pelo artigo 1723 do Código Civil, foi afastada pela decisão do STF, que tem efeito vinculante e eficácia erga omnes. 4. Princípio da máxima efetividade ou da eficiência do texto constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” – inexistência de lacuna

legislativa. 5. O reconhecimento do casamento homoafetivo deriva do princípio da máxima efetividade do texto constitucional e se apoia na violação de princípios constitucionais como o da dignidade humana, da liberdade, da não discriminação por opção sexual, da igualdade, e principalmente, no texto constitucional que confere à família a especial proteção do Estado. 6. Inexistência de impedimento para o casamento. Parecer pela concessão da ordem.⁸¹ (Grifo nosso.)

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. 1. Provada a existência da união estável homoafetiva, evidenciada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, o reconhecimento do relacionamento afetivo é medida que se impõe. 2. Recurso conhecido e improvido. Unanimidade.⁸² (Grifo nosso.)

APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. ADEQUAÇÃO. Caso de apelo que não debate qualquer tema jurídico acerca da união estável homoafetiva, mas que trouxe apenas uma alegação sobre tema de fato. A saber: que o relacionamento havido entre o apelado e o "de cujus" não teria se revestido de publicidade. Contudo, a prova testemunhal é absolutamente clara e expressa, inclusive com depoimento de familiares do "de cujus", a mostrar que o relacionamento se revestiu de todas as características de uma união estável, dentre elas a publicidade. NEGARAM PROVIMENTO.⁸³ (Grifo nosso.)

Dessa forma, não é mais possível negar a existência da entidade familiar consubstanciada na família homoafetiva, nem mesmo no que diz respeito a impossibilidade de existência de prole, uma vez que já existem casos de adoção por casais do mesmo sexo. Outra possibilidade decorre dos avanços científicos que permitem a reprodução assistida. Esse também vem sendo o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR. ADOÇÃO OU GUARDA DE CRIANÇA. LICENÇA REMUNERADA DE 120 DIAS. CONCESSÃO. DIREITO DO FILHO. CASAL HOMOAFETIVO. DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO. 1. A licença é direito também do filho, pois sua finalidade é "propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança" (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05), razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada. 2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo. De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante

⁸¹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança no Processo nº 0001957-80.2013.8.19.0000.** Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargadora Lúcia Maria Miguel da Silva Lima. Rio de Janeiro, RJ, 11 de junho de 2013.

⁸² MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0422332013-MA 0016529-24.2012.8.10.0001.** Quarta Câmara Cível. Relator: Paulo Sérgio Velten Pereira. São Luís, MA, 05 de agosto de 2014.

⁸³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70048241301-RS.** Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 08 de novembro de 2012.

de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas, em especial aos filhos havidos dessas uniões (STF, ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.11). 3. Assim, a licença remunerada de 120 (cento e vinte dias), com a prorrogação de 60 (sessenta) dias prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 6.690/08, deve ser estendida ao casal homoafetivo, independentemente do gênero, no caso de adoção ou guarda de criança de até 1 (um) ano de idade. 4. Agravo de instrumento provido, restando prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União.⁸⁴ (Grifo nosso.)

Diante de todo o cenário apresentado, o legislador, antes omissivo no que tangia à família homoafetiva, já começa a apresentar projetos de leis e emendas à Constituição, como por exemplo o PL nº 2.153/2011⁸⁵ e a PEC nº 111⁸⁶, de 2011. Também já foi elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB um projeto de Estatuto da Diversidade Sexual. Estes e outros exemplos que periodicamente surgem no Poder Legislativo são referentes aos direitos dos homoafetivos, e visam a promoção da igualdade, direito fundamental previsto na Lei Fundamental.

4.8 A FAMÍLIA POLIAFETIVA

A fim de demonstrar mais um exemplo de unidade familiar que privilegia a autonomia dos componentes que a formam, será analisada, no presente momento, o conceito e a estrutura da família poliafetiva.

Antes de adentrar propriamente na entidade poliafetiva, é imperioso destacar que esta não se confunde com as uniões paralelas. Nesse tipo de relação, o indivíduo mantém dois ou mais vínculos afetivos, com diferentes pessoas, assim como ocorre na poliafetividade. No entanto, não há um contato entre elas, pois muitas vezes estas nem sabem uma da existência da outra, o que configura uma verdadeira traição.

Já na família poliafetiva, “o vínculo de convivência de duas ou mais pessoas acontece sobre o mesmo teto”⁸⁷, o que demonstra que a vida em comum é de

⁸⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal - 3ª Região. **Agravo de Instrumento nº 32763 MS 0032763-15.2012.4.03.0000**. Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. São Paulo, SP, 10 de junho de 2013.

⁸⁵ Pretende alterar o § 2º do art. 42 da Lei n. 8.069 de 13 de junho de 1990, para permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos.

⁸⁶ Pretende alterar o art. 3º da CRFB, para incluir entre os objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos relativos à identidade de gênero ou orientação sexual.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.138.

conhecimento de todos que a integram, sendo esta a forma que desejam viver a vida conjugal.

Conforme já foi disposto na parte histórica da presente pesquisa, o Direito de Família brasileiro teve seu início apregoando uma família matrimonializada, em grande parte pela influência religiosa que permeava o cenário do final do século XIX e início do século XX. Em decorrência disso, as expectativas em torno do casamento pregavam que os nubentes, ao ingressar na vida em comum, tornam-se monogâmicos.

Apesar da grande maioria da população não aceitar esse regime de vida conjugal, em sentido amplo, uma parcela das pessoas aceita, e por vezes deseja, viver em uma comunhão poliafetiva. Assim organizam a sua estrutura familiar, criam os seus filhos, e seguem a sua vida particular.

Justamente por se tratar da esfera mais íntima do indivíduo, não cabe ao ente estatal, nem mesmo à sociedade conservadora interferir nessa escolha. Além disso, partindo-se para a esfera patrimonial, conforme bem salienta Dias, uma “eventual rejeição de ordem moral ou religiosa à dupla conjugalidade não pode gerar proveito indevido ou enriquecimento injustificável de um ou de mais de um frente aos outros partícipes da união”⁸⁸, pois tal negativa compelia a exclusão de direitos, tanto no âmbito familiar quanto no sucessório, o que consistiria em verdadeira injustiça para aquele, que em esforço comum com os seus companheiros, um dia construiu um lar baseado em vínculos afetivos.

Nesse sentido, já existem casos levados a cartórios brasileiros a fim de escriturar e reconhecer esse tipo de relacionamento. O primeiro deles, na cidade de Tupã⁸⁹, no Estado de São Paulo, causou grande polêmica ao aceitar a realização do procedimento. No entanto, já existe outro cartório, na cidade do Rio de Janeiro⁹⁰, que permite a escrituração da união de três ou mais pessoas.

Sendo assim, uma vez que não há nenhuma vedação legal por parte do Estado, e desde que não haja prejuízo a ninguém, não há porque obstar, por valores ditos morais e preconceitos infundados, a família poliafetiva. Os indivíduos, em um claro exercício da sua autonomia, devem ser livres para compor a sua família como

⁸⁸ *Ibidem*. p. 139.

⁸⁹ Para maiores informações, vide: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>.

⁹⁰ Para maiores informações, vide: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/04/04/cartorio-no-rio-de-janeiro-oferece-unioes-estaveis-poliafetivas.htm>>.

bem desejarem. Se é do desejo e do conhecimento de todos a vida em comum, só restará ao direito acompanhar as evoluções sociais a fim de tutelá-las, nunca restringi-las.

4.9 A FAMÍLIA PLURIPARENTAL

A última forma de unidade familiar a ser trabalhada na presente pesquisa é a família pluriparental. Também chamada de multiparental, composta ou mosaico, resulta da nova formação de um vínculo afetivo que envolve os indivíduos, seus filhos de relações anteriores e sua prole em comum.

Dias a conceitua como a "estrutura familiar originada no matrimônio ou na união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia".⁹¹ A autora também reconhece como família pluriparental a entidade formada por parentes colaterais, independente do grau de parentesco.

Outro exemplo de família pluriparental decorre da técnica de reprodução assistida nomeada de inseminação artificial heteróloga, na qual mais de uma pessoa faz parte do procedimento.

Apesar de ser cada vez mais comum encontrar exemplos de família pluriparental, ainda é possível perceber uma certa resistência em sua aceitação, seja por parte da sociedade conservadora, que visa proteger o que consideram "bons costumes", seja por parte do legislador, que não a regulou de forma efetiva, muito menos os direitos dela decorrentes.

Independente dos questionamentos e críticas que a rodeiam, sua existência é inegável, e comumente, aparecem demandas jurídicas que a envolvem. Nesta seara, novamente o Poder Judiciário, tal qual ocorreu na família homoafetiva, deve privilegiar a autonomia privada de seus componentes, reconhecendo-a e efetivando seus direitos, mas sem interferir ou regular a sua constituição, em um verdadeiro Direito de Família Mínimo.

Isso decorre do fato de que tais relações são baseadas no afeto, o principal que reúne os indivíduos em torno de uma família. Sendo assim, não

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 141.

haveria o porquê de rechaçá-las, já que quanto maior é a família que deseja se manter unida, maior será o amor que os interliga.

Apesar de tímidos, os poderes Legislativo e Judiciário já vêm apresentado posicionamentos, por ora iniciais, que admitem a possibilidade da família pluriparental. São exemplos o instituto da adoção unilateral, prevista pelo art. 41, §1º do ECA e a Lei nº 11.924, de 2009, que concede ao menor o nome de seu padrasto, com o qual possui uma relação de carinho e afeto e a paternidade alimentar, que visa dar condições dignas de vida à criança e ao adolescente através do pagamento de alimentos por aquele pai que o criou – seja ele biológico ou não.

Por fim, segue abaixo o entendimento dos Tribunais pátrios, a fim de comprovar a tese por ora apresentada:

ALTERAÇÃO REGISTRO CIVIL. **Sentença de improcedência. Pedido de alteração do nome do menor com retirada do sobrenome do pai separado judicialmente da mãe. Possibilidade. Lei 11.924/2009.** Recurso provido para anular a r. sentença.⁹² (Grifo nosso.)

REGISTRO CIVIL. **Alteração de nome. Inclusão do patronímico do padrasto. Possibilidade. Lei 11.924/2009.** Existência de motivo ponderável, consistente no amor e no indiscutível vínculo de afinidade que une o menor a pessoa que o criou desde tenra idade. Decisão cassada. Nome alterado. **AÇÃO JULGADA PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO.**⁹³ (Grifo nosso.)

⁹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00289595520128260003-SP 0028959-55.2012.8.26.0003.** Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Teixeira Leite. São Paulo, SP, 10 de fevereiro de 2014.

⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 02217599020108260000-SP 0221759-90.2010.8.26.0000.** Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Alcides. São Paulo, SP, 01 de agosto de 2013.

5 CONCLUSÃO

De início, o principal objetivo do presente trabalho, de uma forma geral, era a obtenção de um limiar, de um parâmetro que demarcasse qual seria o limite de intervenção considerado aceitável por parte do ente estatal na unidade familiar.

Diante de toda a pesquisa realizada, chegou-se à conclusão de que o instituto da autonomia privada, considerada como a anuência do Estado para que o indivíduo possa gerenciar a esfera íntima da sua vida como melhor lhe aprouver, é de suma importância para a estruturação do ramo do Direito de Família, uma vez que esta é a esfera mais íntima da vida particular de toda e qualquer pessoa.

Privilegiando a autonomia privada, surgiu no campo doutrinário a teoria do Direito de Família Mínimo. Conforme já exposto acima, de acordo com essa teoria, o Estado só estaria autorizado a interferir em hipóteses excepcionais, visando sempre a promoção e proteção dos direitos fundamentais daqueles que compõem a família, incluindo o exercício da autonomia privada, para que possa haver uma melhora substancial na qualidade de suas vidas. Não preenchendo esse requisito principal, sua participação será indesejada, pois o limite que define o que é de interesse público e o que é de interesse privado estaria sendo rompido.

Durante a pesquisa, foi apresentada uma análise dos níveis de aplicação do instituto da autonomia privada no âmbito familiar, com exemplos que demonstravam uma escala decrescente da máxima à mínima intervenção estatal.

Em todos os exemplos enumerados, trazidos a fim de ilustrar a teoria por ora em voga, percebeu-se que de alguma forma o Estado estava presente, seja de maneira positiva ou negativa.

Nos casos de máxima intervenção estatal, a onipresença estatal na unidade familiar se apresentava de forma negativa, pois com a emissão de mandamentos de ordem coercitiva, o mesmo invadia a esfera privada do cidadão sob sua tutela, reduzindo a sua independência e autonomia. Tal situação deve ser evitada ao máximo, posto que o indivíduo deve ser o agente norteador principal da sua própria vida – e conseqüentemente da sua família – reproduzindo suas vontades, e não meras imposições legais que não refletem o seu ideal hedonista. Quando ainda

assim surgirem essas indesejadas situações, caberá ao Poder Judiciário revertê-las, a partir de suas decisões jurisprudenciais.⁹⁴

Nos outros exemplos, os que demonstram a mínima intervenção por parte do Estado, a sua presença é expressada de forma extremamente positiva, uma vez que o mesmo atua na proteção e na assistência dos núcleos familiares, e não cerceando direitos ou taxando comportamentos tidos como certos pelo conservadorismo que, infelizmente, ainda ronda o Direito de Família. Nesses casos, percebe-se a exaltação do instituto da autonomia privada, além da aplicação da teoria do Direito de Família Mínimo, cada vez mais aceita no campo doutrinário e jurisprudencial.

Portanto, utilizando a nomenclatura empregada pela doutrina base⁹⁵ da presente pesquisa, o Estado deve atuar, quando se trata da sua relação com a família, em sua melhor faceta, qual seja, a de Estado protetor-provedor-assistencialista, e não como protetor-repressor, pois apenas dessa forma será possível prover o que é necessário para a manutenção dessa célula principal da sociedade, mas sem cerceá-la com imposições e coerções, que gerariam uma verdadeira positivação do afeto.

⁹⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Op. Cit.* p. 223.

⁹⁵ *Ibidem.*

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família.** Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Família, Sociedade e Educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna.**

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família.**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Lei nº 3.071/1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

_____. Lei nº 4.657/1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>.

_____. Lei nº 5.869/73. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>.

_____. Lei nº 8.069/90. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

_____. Lei nº 9.394/96. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>.

_____. Lei nº 10.406/02. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

_____. Tribunal Regional Federal - 3ª Região. **Agravo de Instrumento nº 32763 MS 0032763-15.2012.4.03.0000**. Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. São Paulo, SP, 10 de junho de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de abril de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº1025769-MG 2008/0017342-0**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de agosto de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 39239**. Segunda Turma. Relator: Hahnemann Guimaraes. Brasília, DF, 30 de julho de 1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 54704**. Segunda Turma. Relator: Antônio Villas Boas. Brasília, DF, 19 de março de 1964.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 47587**. Segunda Turma. Relator: Antônio Villas Boas. Brasília, DF, 11 de agosto de 1961.

CARNEIRO, Rafael Gomes da Silva; MAGALHÃES, Vanessa de Padua Rios. O direito de liberdade e a possibilidade de reconhecimento da união poliafetiva. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12810>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 2 da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. **Jusbrasil**, 2012. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

DIAS, Maria Berenice. A Estatização do Afeto. **Revista Jurídica DelRey**, Belo Horizonte, maio de 2002, n. 08.

_____. **Direito Homoafetivo.** Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

_____. **Escritura da União Poliafetiva: possibilidade.** Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20%20Escritura%20de%20Uni%C3%A3o%20Poliafetiva%20%20possibilidade%20%20Por%20Maria%20Berenice%20Dias.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016.

_____. **Família pluriparental, uma nova realidade.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15__fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

_____. **Lei da Palmada? Lei Menino Bernardo?** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/lei_da_palmada.pdf>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016.

_____. **Manual do Direito das Famílias.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Danielle Alheiros. A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12987>>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** Vol. V. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Dicionário Jurídico Universitário.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº20120110447605 - DF 0012790-27.2012.8.07.0001.** Segunda Turma Cível. Relator: J. J. Costa Carvalho. Brasília, DF, 13 de agosto de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 20130111476297-DF 0039462-90.2013.8.07.0016.** Segunda Turma Cível. Relator: Sérgio Rocha. Brasília, DF, 03 de setembro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 20120110965870**. Sexta Turma Cível. Relator: Vera Andrighi. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 918222320088070001-DF 0091822-23.2008.807.0001**. Sexta Turma Cível. Relator: Jair Soares. Brasília, DF, 03 de novembro de 2010.

ESCRITURA reconhece união afetiva a três. **IBDFAM**, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2008.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. IV. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Vol. VI. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12587&revista_caderno=14>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0422332013-MA 0016529-24.2012.8.10.0001**. Quarta Câmara Cível. Relator: Paulo Sérgio Velten Pereira. São Luís, MA, 05 de agosto de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da, **Curso de direito civil: direito de família**. Vol. 2. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. V. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado): Universidade Federal do Paraná, Programa de pós-graduação em Direito, Curitiba, 2004.

RESOLUÇÃO sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça. **Supremo Tribunal Federal**, 2013. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortallInternacionalDestaques&idConteudo=238515>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00095631020128190061-RJ**. Segunda Turma Recursal Criminal. Relator: Claudia Marcia Goncalves Vidal. Rio de Janeiro, RJ, 09 de outubro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00013128420128190034-RJ**. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Rio de Janeiro, RJ, 19 de novembro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança no Processo nº 0001957-80.2013.8.19.0000**. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargadora Lúcia Maria Miguel da Silva Lima. Rio de Janeiro, RJ, 11 de junho de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064484645-RS**. Sétima Câmara Cível. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, RS, 26 de agosto de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70052798303 – RS**. Sétima Câmara Cível. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, RS, 24 de janeiro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70053128088 – RS**. Sétima Câmara Cível. Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, RS, 27 de fevereiro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70007503766 – RS**. Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 17 de dezembro 2003.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo nº 70052556172-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS, 07 de fevereiro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70016807315-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 23 de novembro de 2006.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70054827019-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: AlzirFelippeSchmitz. Porto Alegre, RS, 26 de setembro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70063141782**. Oitava Câmara Cível. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, RS, 19 de março de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70060253523-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 07 de agosto de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064473861-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: AlzirFelippeSchmitz. Porto Alegre, RS, 25 de junho de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70048241301-RS**. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, RS, 08 de novembro de 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 575350 – SC 2011.057535-0**. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Luiz Fernando Boller. Florianópolis, SC, 01 de dezembro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 20120714704-SC 2012.071470-4**. Sexta Câmara de Direito Civil. Relator: Joel Figueira Júnior. Florianópolis, SC, 21 de agosto de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 74.788-4/6**. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Cezar Peluzo. São Paulo, SP, 18 de agosto de 1998.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00033968920118260457-SP**. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Milton Carvalho. São Paulo, SP, 29 de janeiro de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 00289595520128260003-SP 0028959-55.2012.8.26.0003**. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Teixeira Leite. São Paulo, SP, 10 de fevereiro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 007.512-4/2-00 – SP**. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Cezar Peluso/ Julgado em 18 de agosto de 1998.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 03290085720068260577-SP 0329008-57.2006.8.26.0577**. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Ana Lucia RomanholeMartucci. São Paulo, SP, 08 de maio de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 40008443720138260482 SP**. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Ana Lucia RomanholeMartucci. São Paulo, SP, 07 de maio de 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nº 02217599020108260000-SP 0221759-90.2010.8.26.0000**. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Alcides. São Paulo, SP, 01 de agosto de 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SKAF, Samira. Responsabilidade Civil decorrente de Abandono Afetivo paterno-filial. **IBDFAM**, 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOLEDO, Marcelo. Direito de Família Mínimo. **Blog Marcelo Toledo**, 2011. Disponível em: <<http://advogadomarcelotoledo.blogspot.com.br/2011/09/direito-de-familia-minimo.html?m=1>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável poliafetiva: constitucionalidade . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3395, 17 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22830>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de Namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2011. 124 f. Tese (Mestrado): Universidade Federal do Paraná, Programa de pós-graduação em Direito, Curitiba, 2011.