

Cristiano Chaves de Farias  
Nelson Rosenvald

# Curso de **DIREITO** **CIVIL**

**16<sup>a</sup>**  
Edição

REVISTA  
ATUALIZADA  
AMPLIADA

Famílias

**6**

**2024**

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CAPÍTULO I

# Introdução e Princípios Constitucionais do Direito das Famílias

**Sumário** • 1. As famílias: 1.1 Modelando a importância e a feição das famílias; 1.2 A evolução da compreensão jurídica e social da família e os seus referenciais contemporâneos; 1.3 A fotografia contemporânea da família enquanto instituição jurídica e social (a família da pós-modernidade); 1.4 Noções conceituais contemporâneas: a família como instrumento de proteção avançada da pessoa humana (visão civil-constitucional da família) – 2. O direito das famílias: 2.1 Noções conceituais; 2.2 Estrutura do Direito das Famílias; 2.3 Objeto de estudo do Direito das Famílias; 2.4 A natureza jurídica (enquadramento topológico) das normas do Direito das Famílias; 2.5 A intervenção mínima do Estado nas relações familiares (o Direito das Famílias mínimo); 2.6 A privacidade familiar – 3. Importância e conteúdo atual do afeto como elemento estrutural da família contemporânea: postulado normativo aplicativo das normas – 4. Fontes do direito das famílias – 5. As garantias constitucionais das relações familiares (princípios constitucionais do direito das famílias e as suas tendências contemporâneas): 5.1 A propalada bipartição das normas jurídicas: as regras e os princípios; 5.2 A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras; 5.3 Os princípios e a técnica de ponderação de interesses (técnica de balanceamento) aplicada no Direito das Famílias; 5.4 A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de utilização da técnica de derrotabilidade (superabilidade ou *defeasibility*) nos *extreme cases* (casos extremos); 5.5 A vinculação do tecido normativo do direito das famílias aos princípios constitucionais; 5.6 As famílias na Constituição da República de 1988 e a cláusula geral de inclusão (a família eudemonista); 5.7 A não taxatividade do rol constitucional 5.8 Princípios constitucionais específicos do direito das famílias; 6. A aplicação do Direito das Famílias e os desacordos morais razoáveis – 7. A aplicação da boa-fé objetiva nas relações familiares (o abuso do direito, o *venire contra factum proprium* e a *supressio/surrectio* nas relações familiares): 7.1 A confiança como valor jurídico das relações privadas; 7.2 A confiança nas relações patrimoniais de família: a boa-fé objetiva; 7.3 Aplicação do *venire contra factum proprium* e da *supressio* e *surrectio* no âmbito das relações familiares; 7.4 A confiança nas relações familiares pessoais: o afeto como valor jurídico tutelável (o afeto como postulado das relações familiares, e não como princípio) – 8. A função social da família – 9. Responsabilidade civil nas relações de família e o cabimento das medidas de tutela específica, inclusive *astreintes* – 10. a perda de uma chance nas relações de família – 11. O procedimento especial dedicado às ações de família pelo Código de Processo Civil de 2015: 11.1 O cabimento do procedimento especial das ações de família e as suas exceções; 11.2 Ressuscitando da mansão dos mortos: a possibilidade de separação; 11.3 Especificidade do procedimento especial das ações de família: a mediação familiar obrigatória; 11.4 O *iter* procedimental das ações de família; 11.5 A intervenção do Ministério Público; 11.6 Indícios de abuso ou alienação parental; 11.7. A questão da revelia nas ações de família; 11.8 Os poderes do juiz nas ações de família; 11.9 A incidência da teoria da carga probatória dinâmica nas ações de família e a distribuição do ônus da prova; 11.10 A desconsideração da personalidade jurídica nas ações

de família; 11.11 A interdisciplinaridade (multiprofissionalidade) nas ações de família; 11.12 A excepcional possibilidade de utilização de prova ilícita nas ações de família; 11.13 Os negócios jurídicos processuais em ações de família.

*“Isso é pra durar, amor; Se é pra ficar, ficou  
Se a gente combinou, valeu; Isso é pra lembrar  
Que o meu amor é todo seu*

*Eu me lembro, tia Nazaré; Eu me lembro, tia Salomé  
Não esqueço tio João José;*

*São lembranças que renovam a minha fé e me inspiram;  
Meu irmão também é seu irmão; A paixão caminha para a união;  
O amor sozinho é uma ilha; Sou seu pai de coração;*

*Uma família; Mãe e filha; Bombas a explodir;  
Ondas a invadir; Um mundo desigual  
Pro nosso amor faz mal.”*

**(Carlinhos Brown, *Te amo família,*  
de Carlinhos Brown)**

*“Família! Família! Papai, mamãe, titia  
Família! Família! Almoça junto todo dia  
Nunca perde essa mania...  
Mas quando a filha quer fugir de casa  
Precisa descolar um ganha-pão  
Filha de família se não casa, papai, mamãe  
Não dão nem um tostão...  
Família! Família! Vovô, vovó, sobrinha  
Família! Família! Janta junto todo dia  
Nunca perde essa mania...  
Mas quando o nenê fica doente  
Procura uma farmácia de plantão,  
o choro do nenê é estridente,  
assim não dá prá ver televisão...  
Família! Família! Cachorro, gato, galinha  
Família! Família! Vive junto todo dia  
Nunca perde essa mania...  
A mãe morre de medo de barata,  
O pai vive com medo de ladrão  
Jogaram inseticida pela casa  
botaram cadeado no portão...”*

**(Titãs, *Família,*  
de Arnaldo Antunes e Tony Bellotto)**

## 1. AS FAMÍLIAS

### 1.1 Modelando a importância e a feição das famílias

Dúvida inexistente de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos (perspectivas científicas), numa espécie de “paleontologia social”.<sup>1</sup>

É certo que o ser humano nasce inserto no seio familiar – estrutura básica social –, de onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal.

No âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nessa ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da *felicidade* –<sup>2</sup> aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.

No mundo contemporâneo (pós-moderno), a família abandona um caráter natural, assumindo nova feição, forjada, agora, em fenômenos culturais, motivo pelo qual Rodrigo da Cunha Pereira assevera, com total razão, se tratar de “uma estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na *polis*”.<sup>3</sup>

Enfim, no dizer claro da antropóloga Cynthia A. Sarti, “a família vai ser a concretização de uma forma de viver os fatos básicos da vida”.<sup>4</sup>

Sem dúvida, então, a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão à luz da *interdisciplinaridade*, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas.

Destaca Elisabete Dória Bilac a premente necessidade de uma “abordagem da família que dê conta da complexidade desse objeto, em nossos dias”, a partir exatamente de “uma *construção interdisciplinar*”, pois se trata da melhor maneira de vencer

- 
1. Nessa esteira, Caio Mário da Silva Pereira. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, op. cit., p. 167.
  2. É, sem dúvida, a inserção definitiva da família no terreno da cultura, desprendida de velhos conceitos biológicos. A respeito do tema, Claude Lévi-Strauss, de há muito, percebia o fenômeno de *desnaturalização da família*, encartando-a na seara cultural, a partir da compreensão do parentesco como um laço social, desatrelado do fato biológico. Cf. *Les structures élémentaires de la parenté*, op. cit., passim.
  3. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, op. cit., p. 35.
  4. SARTI, Cynthia A. “Família e individualidade: um problema moderno”, op. cit., p. 40.

a encruzilhada a que chegaram os estudos sobre a matéria, dada a complexidade natural do tema.<sup>5</sup>

É que o fenômeno familiar “não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas”,<sup>6</sup> que atingem cada uma das partes nela inseridas de modo diferenciado, necessitando, via de consequência, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global. Do contrário, é possível que se enxergue menos do que a ponta do *iceberg*.

Sobreleva, assim, perceber que as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem.

Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, da biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do direito.

## 1.2 A evolução da compreensão jurídica e social da família e os seus referenciais contemporâneos

É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversas matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo. Como bem percebeu a historiadora francesa Michelle Perrot, “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”,<sup>7</sup> deixando antever a variabilidade histórica da feição da família,<sup>8</sup> adaptando-se às necessidades sociais prementes de cada tempo.

Calha à espécie a pertinente observação de Luiz Edson Fachin no sentido de que é “inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais”.<sup>9</sup>

Deixando de lado digressões históricas e antropológicas atinentes à origem antiga da família na pré-história e a própria admissibilidade da proibição ao incesto

5. BILAC, Elisabete Dória. “Família: algumas inquietações”, op. cit., p. 37.

6. SARTI, Cynthia A. “Família e individualidade: um problema moderno”, op. cit., p. 39.

7. PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”, op. cit., p. 75.

8. Com o mesmo pensar, Elisabete Dória Bilac afirma que “a variabilidade histórica da instituição família desafia qualquer conceito geral” (“Família: algumas inquietações”, op. cit., p. 31).

9. FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de Direito de Família*, op. cit., p. 11.

como primeira lei universal (o que, apesar de extremamente importante por outro olhar, escaparia, por óbvio, às latitudes desta obra), toma-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado<sup>10</sup> e transpessoal da família, decorrente das influências da Revolução Francesa sobre o Código Civil brasileiro de 1916. Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra “*até que a morte nos separe*”, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento.

Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da Revolução Industrial.

O outono daquela compreensão familiar era evidente: a sociedade avançou, passaram a vigor novos valores e o desenvolvimento científico atingiu limites nunca antes imaginados, admitindo-se, *exempli gratia*, a concepção artificial do ser humano, sem a presença do elemento sexual. Nessa perspectiva, ganhou evidência a preocupação necessária com a proteção da pessoa humana. Assim, ruiu o império do ter, sobressaindo a tutela do ser.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Com efeito, a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes.

De forma sintética e clara, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka assevera que a família é entidade “ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos”.<sup>11</sup>

É lícito, pois, concluir que entrelaçada a feição da família com o retrato da própria sociedade, consideradas as circunstâncias de tempo e lugar, infere-se, com segurança,

---

10. O mestre Caio Mário da Silva Pereira nota que a família “sofreu no curso da história sensível alteração estrutural, partindo de que num certo momento compreendia todas as pessoas agrupadas em torno de um chefe comum” (*Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, op. cit., p. 170).

11. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil: estudos*, op. cit., p. 17.

a necessidade de uma compreensão contemporânea, atual, da entidade familiar, considerados os avanços técnico-científicos e a natural evolução filosófica do homem.

É certo e incontroverso, nesse passo, que a família caracteriza uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico (compreensão setorial), para buscar uma dimensão mais ampla, fundada na busca da realização pessoal de seus membros.

Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no *afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros* e na preservação da *dignidade deles*. Esses são os referenciais da família contemporânea.

Composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na compreensão da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto. A família, enfim, não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico.

### **1.3 A fotografia contemporânea da família enquanto instituição jurídica e social (a família da pós-modernidade)**

Do evidente avanço tecnológico e científico que marca a sociedade atual, decorrem, naturalmente, alterações nas concepções jurídico-sociais vigentes no sistema. Vê-se, desse modo, uma passagem aberta para uma outra dimensão, na qual a família deve ser um elemento de garantia do homem na força de sua propulsão ao futuro.

Com o mesmo pensar, Cristina de Oliveira Zamberlam dispara que “nunca antes as coisas haviam mudado tão rapidamente para uma parte tão grande da humanidade. Tudo é afetado: arte, ciência, religião, moralidade, educação, política, economia, vida familiar, até mesmo os aspectos mais íntimos da vida – nada escapa”.<sup>12</sup>

Nesse passo, desse avanço tecnológico, científico e cultural, decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais, independentemente de línguas ou territórios. Impõe-se, pois, necessariamente traçar o novo eixo fundamental da família, não apenas consentâneo com a pós-modernidade, mas, igualmente, afinado com os ideais de coerência filosófica da vida humana.

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.

---

12. ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea*, op. cit., p. 11.

Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como *núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana*.

Ou seja, afirma-se um caráter instrumental, sendo a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada.

A nova visão da família afirma, pois, “um relacionamento baseado na comunicação emocional, em que as recompensas derivadas de tal comunicação são a principal base para a continuação do relacionamento”, na fina percepção de Anthony Giddens.<sup>13</sup>

Nesse passo, é mister proceder a uma releitura dos elementos constitutivos da família. Assim, os relacionamentos sexuais e afetivos, a amizade e a relação estabelecida entre pais e filhos passam a ser compreendidos por uma nova ótica, a partir do turbilhão de mudanças que se sucederam nos tempos pós-modernos. Impõe-se considerar o desenvolvimento biotecnológico, a globalização, a derrubada de barreiras culturais e econômicas etc., revolucionando a célula-mater da sociedade.

E a comunicação emocional, ou intimidade, apresenta-se como pedra de toque para o desenvolvimento harmônico das relações familiares. Veja-se que é a partir da interlocução que os membros das comunidades familiares se aproximam, estreitando os processos de confiança.

Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda), e surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

Ao colocar em xeque a estruturação familiar tradicional, a contemporaneidade (em meio às inúmeras novidades tecnológicas, científicas e culturais) permitiu entender a família como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade. E, nesse passo, forçoso é reconhecer que, além da família tradicional, fundada no casamento, outros arranjos familiares cumprem a função que a sociedade contemporânea destinou à família: entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna.

Nesse novo ambiente, averbe-se que é necessário compreender a família como sistema democrático, substituindo a feição centralizadora e patriarcal por um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a confiança recíproca.

É que a democratização política de nossa nação, sem qualquer dúvida, refletirá nas relações privadas, inclusive naquelas caracterizadas por um traço mais incisivo de

---

13. GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*, op. cit., p. 70.

intimidade. Essa democratização da intimidade – e conseqüente democratização do ambiente familiar – pode ser detectada através da nova tábua axiomática do Direito Civil, com a elevação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia substancial<sup>14</sup> (CF, arts. 1º e 3º).

Ou seja, a proteção ao núcleo familiar deve estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos e garantistas) princípios gerais da Lei Maior. Por isso, desnivelar a proteção da pessoa humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional!

Daí ser lícita, com segurança e tranquilidade, a conclusão de que as uniões homoafetivas (como ficaram conhecidas as uniões entre pessoas do mesmo sexo) são entidades familiares. Trata-se de um verdadeiro imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais, contidos no Código Civil.<sup>15</sup>

Aliás, nessa medida em que a família deixa de ser encarada sob a ótica patrimonialista e como núcleo de reprodução, passando a ser tratada como um instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, realçados seus componentes mais próximos à condição humana, tem-se, sem dúvida, uma democratização da estrutura familiar. Bem por isso, forte em Giddens, o que se propugna é uma verdadeira democracia das emoções da vida cotidiana: “uma democracia das emoções é exatamente tão importante quanto a democracia pública para o aperfeiçoamento da qualidade de nossas vidas”.<sup>16</sup>

Ainda no que tange ao enquadramento das relações jurídicas da família na pós-modernidade, é fácil perceber, conforme observações feitas alhures, ter havido uma ampliação da dimensão familiar, captando valores e vivências subjetivas, construindo um diálogo fecundo com os ramos do conhecimento, assumindo um caráter plural, aberto, multifacetado..., gravitando ao redor do afeto e da solidariedade recíproca.

Com base nessa perspectiva, Ricardo Maurício Freire Soares, didática e lucidamente, descreve a relação jurídica de família, na contemporaneidade, marcada, fundamentalmente, por alguns caracteres, sendo, a um só tempo, *reflexiva*, *prospectiva*, *discursiva* e *relativa*. *Reflexiva* porque “decorre da abertura do campo jurídico aos novos valores e fatos sociais, tais como a liberalização dos costumes, a flexibilização da moralidade sexual, a equiparação social de homens e mulheres, a perda da gradativa

14. Em voto condutor no julgamento do REsp.119.866/SP, o Ministro Waldemar Zveiter ressaltou que “a evolução do Direito de Família torna cada vez mais inaceitável a presunção *pater is est*, mormente quando a própria Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram igualdade da filiação de qualquer natureza, certo é que tanto o reconhecimento espontâneo quanto o provocado por iniciativa do interessado são permitidos” (citado no voto do Min. Menezes Direito, no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do REsp. 195.527/SP, j. 10.4.00, RTDC 3: 201).

15. A respeito, faça-se a necessária alusão ao posicionamento da Suprema Corte de que as uniões homoafetivas estão enquadradas, realmente, no Direito das Famílias. Vide STF, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

16. GIDDENS, Anthony, *Mundo em descontrolo*: o que a globalização está fazendo de nós, op. cit., p. 72.

influência religiosa na organização familiar”. *Prospectiva* na medida em que “reclama interpretações que projetem uma ordem jurídica para além do presente, apta a compreender e regular temas inafastáveis, a exemplo do debate acerca da aceitabilidade das uniões homoafetivas”. *Discursiva*, por seu turno, pois “pode ser representada pela imposição do uso competente da linguagem, a fim de que o sentido do signo ‘família’ possa agregar novas acepções e significados que definem a entidade familiar como espaço voltado para o desenvolvimento espiritual e físico do ser humano, bem como para a convivência marcada pelo amor”. E, finalmente, *relativa* por “recusar dogmas absolutos e inquestionáveis, que, durante muito tempo, obstaculizaram o arejamento das instituições familiares a novas estimativas e concepções de mundo, tais como a crença religiosa na indissolubilidade do vínculo matrimonial”.<sup>17</sup>

#### **1.4 Noções conceituais contemporâneas: a família como instrumento de proteção avançada da pessoa humana (visão civil-constitucional da família)**

Etimologicamente, a expressão *família* vem da língua dos oscos, povo do norte da península italiana, *famel* (da raiz latina *famul*), com o significado de *servo* ou *conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão*. Essa origem terminológica, contudo, não exprime a concepção atual de família, apenas servindo para a demonstração da ideia de agrupamento.

Em sua origem, pois, a família não tinha um significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito à propriedade, designando os escravos pertencentes a alguém, a sua casa, a sua propriedade. Não é despidendo lembrar que a própria Bíblia Sagrada, no Gênesis (Capítulo 8, versículo 19), narra a afirmação do Eterno a Noé: “*vem tu com toda tua casa (família) à arca*”.<sup>18</sup>

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sociopsicoafetivos, com a intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um.

No entanto, não se pode perder de vista que, em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, a família assume diferentes funções, influenciada pelas circunstâncias de tempo e lugar. Isso implica reconhecer ao fenômeno familiar um *permanente processo de mudança, evolução*.<sup>19</sup>

Com isso, trata-se de um núcleo transmissor de costumes e experiências humanas que vão passando de geração em geração.

17. SOARES, Ricardo Maurício Freire. “Pós-modernidade e Direito de Família”, op. cit., p. 123.

18. Para uma análise mais aprofundada sobre a origem ancestral e moderna da família, faça-se justa referência à obra de Semy Glanz. *A família mutante*, op. cit., p. 18 ss, em especial.

19. ROZAS, Abel Fleitas Ortiz de; ROVEDA, Eduardo G. *Manual de Derecho de Familia*, op. cit., p. 11.

Sendo assim, a família é, inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato de *colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo*.

É exatamente nessa ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela suscetibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá a sua personalidade. Não é por outro motivo que o civilista lusitano Diogo Leite de Campos destaca ser a entidade familiar um instituto “destinado a ser instrumento de *felicidade*” das pessoas envolvidas.<sup>20</sup>

Com esse espírito, não se pode olvidar que a família está sempre se reinventando, se reconstruindo. Transforma-se a cada momento e espaço, naturalmente, renovando-se em face da sua própria estrutura cultural.

Não seria despiciendo, a título ilustrativo, lembrar a inescandível importância da família colonial brasileira (superando a relevância social e jurídica da própria pessoa humana e do Estado), concebida como uma unidade produtiva, refletindo os valores daquela sociedade agrícola, patriarcal, hierarquizada e patrimonialista. Na inexcandível análise de Gilberto Freyre, em decantada obra, que se tornou um clássico universal, “a família, não o indivíduo, nem tampouco o Estado, nem nenhuma companhia de comércio, é desde o Século XVI o *grande fator colonizador no Brasil*, a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala fazendas, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em política”,<sup>21</sup> confirmando a importância social e o caráter mutável da estrutura familiar.

Destarte, na mesma linha de evolução da sociedade, a família vai se adequando às necessidades humanas, correspondendo aos valores que inspiram um tempo e espaço.

Ora, com a *Lex Fundamentallis* de 1988 determinando uma nova navegação aos juristas, observando que a bússola norteadora das viagens jurídicas tem de ser a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social e a erradicação da pobreza* (art. 3º) e a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º), o Direito das Famílias ganhou novos ares, possibilitando viagens em mares menos revoltos, agora em “céu de brigadeiro”. A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é *igualitária, democrática e plural* (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade.

Desse modo, exsurge a justificativa constitucional de que a *proteção* a ser conferida aos novos modelos familiares tem como destinatários (imediatos e mediatos) os próprios cidadãos, pessoas humanas, merecedoras de tutela especial, assecuratória de sua dignidade e igualdade.

20. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, op. cit., p. 271.

21. FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala*, op. cit., p. 81.

## CAPÍTULO V

# A União Estável (A Família Convivencial)

**Sumário** • 1. Uma mirada civil-constitucional sobre a união estável – 2. Escorço histórico: a união estável na lente da jurisprudência brasileira – 3. A união estável, o concubinato e a sociedade de fato: distinções necessárias: 3.1 A união livre e a sociedade de fato; 3.2 O concubinato, o seu tratamento jurídico e as vedações do sistema legal: inadmissibilidade de simultaneidade de núcleos familiares pelo sistema jurídico; 3.3 A união estável; 3.4 O poliamorismo e a possibilidade de caracterização de uma união estável putativa – 4. Elementos caracterizadores da união estável: 4.1 Noções gerais; 4.2 O *intuito familiae* (ânimo de constituir uma família); 4.3 A questão da dualidade de sexos e as uniões de pessoas do mesmo sexo (as uniões homoafetivas); 4.4 A estabilidade; 4.5 A continuidade; 4.6 A publicidade; 4.7 A ausência de impedimentos matrimoniais e não incidência das causas suspensivas; 4.8 A união estável putativa e a possibilidade excepcional de simultaneidade de núcleos familiares – 5. Efeitos pessoais da união estável: 5.1 As relações pessoais entre os companheiros; 5.2 Os deveres recíprocos entre os companheiros e a dispensa da coabitação; 5.3 Direito ao uso do sobrenome do companheiro; 5.4 Estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade; 5.5 Adoção por companheiros em união estável; 5.6 Exercício da curatela pelo companheiro na ação de interdição e na ação declaratória de ausência; 5.7 Sub-rogação e retomada na locação de imóvel urbano; 5.8 A questão da indenização por descumprimento dos deveres pessoais entre os companheiros (a responsabilidade civil na união estável); 5.9 Enquadramento como herdeiro necessário; 5.10 Impedimento para testemunhar – 6. Efeitos patrimoniais: 6.1 As consequências econômicas da união estável; 6.2 O regime de bens e o direito à meação; 6.3 O contrato de convivência na união estável e seus efeitos; 6.4 Alimentos na união estável; 6.5 A sucessão entre os companheiros; 6.6 O direito real de habitação; 6.7 Direito aos benefícios previdenciários; 6.8 Direito à inventariança; 6.9 Efeitos tributários; 6.10 Impenhorabilidade do bem de família – 7. Conversão da união estável em casamento – 8. Aspectos processuais da união estável: 8.1 A competência da vara de família para processar e julgar ações atinentes à união estável; 8.2 Segredo de justiça, revelia e inexistência de foro privilegiado em favor da companheira pela simples condição de mulher; 8.3 Intervenção do Ministério Público – 9. Ações típicas da união estável: 9.1 Generalidades; 9.2 Reconhecimento e dissolução de união estável; 9.3 Ação de petição de herança; 9.4 Ações possessórias; 9.5 Alimentos; 9.6 Embargos de terceiros – 10. União estável, direito intertemporal e a aquisição de bens em diferentes momentos.

*“E a gente vive junto e a gente se dá bem, não desejamos mal a quase ninguém, e a gente vai à luta e conhece a dor, consideramos justa toda forma de amor.”*

**(Lulu Santos, *Toda forma de amor*, de Lulu Santos)**

*“Pena, que pena, que coisa bonita, Qual a palavra que nunca foi dita, Qualquer maneira de amor vale aquela, Qualquer maneira de amor vale amar; Qualquer maneira de amor vale a pena; Qualquer maneira de amor valerá.”*

**(Caetano Veloso e Milton Nascimento, *Paula e Bebeto*,  
de Caetano Veloso e Milton Nascimento)**

## 1. UMA MIRADA CIVIL-CONSTITUCIONAL SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL

Ao revés do seu antecessor, o Código Civil de 2002 dedicou um livro específico à união estável, notadamente em seus arts. 1.723 a 1.727. Em linhas gerais, a legislação codificada absorve algumas das orientações recomendadas em sede doutrinária e jurisprudencial, além de consagrar outras regras já estampadas nas Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, que, anteriormente, cuidavam da matéria e que estão revogadas em sua quase totalidade.

Não se pode olvidar, entretanto, que a compreensão fundamental da união estável deve, imperiosamente, emanar da legalidade constitucional, em conformidade com as latitudes do comando 226, § 3º, da *Lex Fundamentallis*.<sup>1</sup>

Até mesmo porque não se pode aceitar que, em pleno século XXI, o Direito das Famílias se feche para a realidade da vida moderna e, em descompasso com a Constituição, consagre regras que, evidentemente, não se compatibilizam com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania.

E, de mais a mais, o sentido emancipatório das liberdades do cidadão afirmado pela Constituição, representado pelo conjunto de direitos fundamentais e de valores que os sustentam, é umbilicalmente conexo com a realidade presente, viva. Isso importa em dizer que o sistema de direitos fundamentais construído constitucionalmente representa um conteúdo mínimo para o significado social e para a construção do Direito, precisando ser reconhecida a aplicabilidade dessas liberdades na constituição das entidades familiares.

Com efeito, o Texto Magno atribui especial proteção do Estado à família (inclusive àquela não fundada no matrimônio), deixando antever o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. É que partindo de uma concepção instrumentalista da família, é possível afirmar que a tutela jurídica dedicada à família não se justifica em si mesma. Isto é, não se protege a família por si mesma, mas para que, através dela, sejam tuteladas as pessoas que a compõem.<sup>2</sup> Assim sendo,

1. Art. 226, § 3º, Constituição Federal: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.
2. Corroborando desse entendimento, Gustavo Tepedino é contundente ao afirmar que, interpretando o art. 226 da Constituição Federal, pode-se concluir que “é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas

seja qual for o núcleo familiar, merecerá especial proteção do Estado para que através dele esteja garantida a dignidade dos seus membros.

Por isso, a união estável assume especial papel na sociedade contemporânea, pois possibilita compreender o caráter instrumental da família, permitindo que se efetive o ideal constitucional de que a família (seja ela qual for, casamentária ou não) tenha especial proteção do Estado.

Outrossim, o exame da disciplina jurídica da união estável – assim como de qualquer outra entidade familiar – há de se realizar, necessariamente, à luz do balizamento constitucional, dependendo, sempre, do atendimento ao seu elemento finalístico.

Isso porque toda e qualquer entidade familiar, seja matrimonializada ou não, merece especial proteção, não se justificando tratamento desigual e discriminatório que, em última análise, implicará em negar proteção à pessoa humana – violando a *ratio* constitucional.

O que se deve proclamar é a especial proteção da vida em comum, através de uniões sem formalidades, com o propósito de proteger qualquer modo de constituição de família, independentemente de sua origem. Até porque, relembre-se à sociedade, a concepção familiar é instrumental, não se justificando protegê-la por si mesma, senão em função dos seus componentes, deixando perceber que os companheiros merecem a mesma proteção conferida às pessoas casadas.

Ora, seja o casamento, seja a união estável, seja qualquer outro modelo de família, é certo que toda e qualquer entidade familiar está, sempre, fundada na mesma base sólida: o *afeto*. E não se justifica, por certo, discriminar realidades idênticas – todas lastreadas no amor e na solidariedade recíproca, com vistas à realização plena dos seus componentes. Como lembrava a fina sensibilidade de Renato Russo, “é só o amor, é só o amor, que conhece o que é verdade, o amor é bom, não quer o mal, não sente inveja ou se envaidece”. Por isso, exige-se do ordenamento jurídico o mínimo de coerência para respeitar o elemento afetivo que marca as relações do Direito das Famílias, conferindo proteção jurídica a todo aquele que compõe uma família, através de qualquer modelo, previsto ou não em lei. Em suma-síntese: o Direito não pode criar o fenômeno familiar, lhe competindo, apenas, tutelar as famílias que se formaram naturalmente. Exatamente com esse espírito, Virgílio de Sá Pereira, em lição memorável, lembra que o afeto é a marca natural da família, não sendo um fenômeno provocado pelo Direito. Assim, o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera; soberano não é o legislador, soberana é a vida. E arremata: “Agora dizei-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com a sua lei, ou o padre, com o seu sacramento? Que importa isso? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção social

---

do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social” (*Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 326).

é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda a parte ele constitui a família, *dentro da lei se é possível, fora da lei se é necessário*”.<sup>3</sup>

Máxime em nosso país, onde, segundo dados estatísticos governamentais, mais da metade da população vive em união estável.

Observe-se, inclusive, que tratar de forma discriminatória a união estável implicaria negar o papel promocional da família e, conseqüentemente, atentar contra a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. Não é crível, nem admissível, que as pessoas sejam obrigadas a casar somente para adquirir mais direitos. A opção pelo casamento, pela união estável, ou, seja lá pelo que for, não pode importar na aquisição de mais ou menos garantias jurídicas.<sup>4</sup>

E não se argumente, sequer, como tentam alguns, que se justificaria o tratamento inferior à união estável com base no § 3º do Texto Maior, ao estabelecer que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Efetivamente, o espírito da norma constitucional não é, a toda evidência, estabelecer graus de importância nos núcleos familiares. Não é criar uma família de primeira categoria (que seria o casamento) e outra de segundo grau (no caso, a união estável). Seguramente, não é essa a interpretação que respeita com mais amplitude os valores consagrados dentre as garantias fundamentais, como a igualdade entre as pessoas e a liberdade, além da fundamental dignidade humana.

Ao estabelecer a facilitação da conversão da união estável em casamento, o constituinte almejou, tão somente, tornar menos solene e complexo o matrimônio daquelas pessoas que, anteriormente, já conviviam maritalmente, como se casados fossem. Só isso. Não há, de nenhum modo, na referida disposição um intuito hierárquico, estabelecendo graus de proteção da família.<sup>5</sup>

Distinguem-se, pois, o casamento e a união estável na forma de constituição e na prova de sua existência, mas jamais quanto aos efeitos protetivos em relação aos seus componentes.<sup>6</sup> Um bom exemplo pode ser invocado com o art. 499 do Código

3. PEREIRA, Virgílio de Sá. *Direito de Família*, p. 52-53.

4. Em diferente sentido, Maria Helena Diniz defende a primazia do casamento em relação à união estável, ao nosso ver, sem fundamentação convincente e ignorando a realidade social do Brasil. Insinua, então, que as pessoas optam pela união estável para fugir de obrigações, deixando de perceber que as pessoas têm direito (constitucional) à liberdade, podendo eleger a forma de viver afetivamente. Diz a professora paulista: “Se as pessoas vivem em união estável, o fazem para escapar das obrigações matrimoniais. Deveria o Estado, então, atribuir-lhe os mesmos efeitos do casamento?” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 346).

5. Nessa esteira, Maria Berenice Dias dispara, de forma contundente: “*inexiste* hierarquia entre os dois institutos (união estável e casamento). O texto constitucional lhes confere a especial proteção do Estado, sendo ambos fontes geradoras de família de mesmo valor jurídico, sem qualquer adjetivação discriminatória” (*Manual de Direito das Famílias*, op. cit., p. 165).

6. Belmiro Pedro Welter é de clareza solar ao sustentar que “a única diferença que ainda habita entre casamento e união estável é quanto à prova, à medida em que, no casamento, é pré-constituída (certidão de casamento), mas, na união estável, pode ser pré ou pós-constituída” (*Estatuto da União Estável*, op. cit., p. 38).

Civil, que dispõe ser “lícita a compra e venda entre cônjuges com relação a bens excluídos da comunhão”. O citado dispositivo legal é, a toda evidência, aplicável na união estável porque as pessoas que vivem em união estável não podem ter menos proteção do que as pessoas casadas, conforme mandamento constitucional.

A ciência jurídica não pode ignorar a realidade social! Já é tempo de afastar do Direito, especialmente do Direito das Famílias (que é marcado pelo sentimento humano), a hipocrisia que tanto lhe impregnou, para reconhecer o afeto como grande mola propulsora das relações (inclusive jurídicas) familiares. Por isso, tratar desigualmente a união estável seria retirar proteção de alguém pelo simples fato de ter optado por formar uma família sem as solenidades do casamento (que, aliás, exige consideráveis despesas financeiras, obstando o acesso à maior parcela de nossa população).<sup>7</sup>

De mais a mais, seria difícil – senão impossível – justificar à população brasileira que, historicamente e através de dados oficiais, vive, em sua maioria, fora do casamento,<sup>8,9</sup> o motivo pelo qual uma pessoa humana, que optou por (con)viver com alguém sem formalidades, merece menos proteção jurídica do que aquela outra que, tal qual, vive junto, mas se uniu com solenidades.

Não se trata, porém, de retirar proteção do casamento. Apenas e tão somente defende-se uma extensão das garantias conferidas às pessoas casadas também àqueles que vivem em entidades familiares, estáveis, fora do matrimônio civil. Tratar igualmente quem se encontra na mesma situação afetiva.

Nas lúcidas palavras de Belmiro Pedro Welter, “há necessidade de se afastar essa *baixa constitucionalidade*, que insiste em desigualar os que vivem em igualdade de condições, ao não reconhecer a igualdade entre casamento, união estável e a família monoparental. Há de compreender que a *Constituição (ainda) constitui*, não obstante as interpretações restritivas do texto constitucional pelos profetas da conservação”.<sup>10</sup>

Sem dúvida, a função primordial do Estado é dar proteção ao gênero *entidade familiar*, seja lá qual for a espécie através da qual se constitua. Assim sendo, toda e qualquer leitura dos dispositivos normativos da união estável há de ser concretizada com o espírito da igualdade constitucional e, principalmente, com o escopo de tutelar os seus componentes, garantindo-lhes a imprescindível dignidade.

7. Lembra Luiz Edson Fachin, com a peculiar percuciência, que as uniões extramatrimonializadas difundem-se também em face do “manto da injusta estrutura socioeconômica, fomentada em largas faixas da população pobre, como uma expressão das condições reais nas quais não casar é menos uma vocação de ruptura e mais uma opção tácita imposta pela dureza da vida” (*Direito de Família*, op. cit., p. 93).

8. Nessa esteira, Gustavo Tepedino advoga que não se justifica qualquer hostilidade com as uniões estáveis, especialmente em um país “onde mais da metade da população vivia e vive sob regime de união livre” (*Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 328).

9. Dados estatísticos fornecidos pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e publicados na Gazeta Mercantil (20.5.1995) dão conta de que mais de 56% da população brasileira encontra-se vivendo fora do casamento.

10. WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da União Estável*, op. cit., p. 37.

Pensar diferente, nesse caso, importaria em colidir, frontalmente, com a Carta Magna, fazendo pouco de seus ideais solidários.

Exatamente por isso, como já a sustentávamos, desde a primeira edição dessa obra, é de perceber a inconstitucionalidade da norma legal que regulamentava o direito sucessório do companheiro (art. 1.790 da Lei Civil, que deferia proteção sucessória ao companheiro de maneira inferior aos direitos garantidos ao cônjuge), por estar divorciada da efetiva proteção da pessoa humana, negando a sua plena realização e dignidade e, por conseguinte, afrontando a Lei Maior. Anuindo a essa argumentação, Zeno Veloso disparava: “se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais”.<sup>11</sup> Mais incisivo, Aldemiro Rezende Dantas Júnior, eminente civilista do Amazonas, era enfático ao afirmar que o tratamento sucessório dispensado ao companheiro era “*ofensivo ao Texto Constitucional* porque agredia a igualdade da proteção que a lei deve deferir a todas as espécies de família, uma vez que não aceitamos a alegada superioridade de qualquer das espécies familiares sobre as demais”. E, mais adiante, era direto ao asseverar que o art. 1.790 do Código Civil (que tratava da sucessão do companheiro) “deveria ser destinado à lata do lixo, sendo declarado inconstitucional e, a partir daí, simplesmente ignorado, a não ser para fins de estudo histórico da evolução do Direito”.<sup>12</sup>

Abraçando as duras críticas realizadas pela maioria da civilística brasileira, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código de 2002, determinando que a sucessão da união estável esteja submetida às mesmas regras da sucessão no casamento (CC, art. 1.829). No julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG, o voto do relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, terminou por assentar não ser “legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira

11. VELOSO, Zeno. “Do direito sucessório dos companheiros”, op. cit., p. 249. Também assim, concluindo pela inconstitucionalidade do sistema sucessório do companheiro, Cláudia de Almeida Nogueira. *Direito das Sucessões*, op. cit., p. 185, fundamentando o seu raciocínio na mesma linha de intelecção aqui defendida, sustentando que a inconstitucionalidade estava domiciliada “no tratamento diferenciado dispensado aos parentes por causa da origem da família. As entidades familiares têm que ser tratadas isonomicamente. A família decorrente do casamento não pode jamais receber mais ou menos bens que os parentes que constituem a família originária de união estável”.

12. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. “Concorrência sucessória do companheiro sobrevivente”, op. cit., p. 141. No mesmo sentido, para Maria Berenice Dias “a ausência de uniformidade (no tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro) levada a efeito era desastrosa e flagrantemente inconstitucional” (*Manual de Direito das Famílias*, op. cit., p. 166).

(ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso”. Assim, foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e, a sucessão do companheiro passa a estar parametrizada pelas regras da sucessão do cônjuge, inclusive com todos os efeitos decorrentes. Com isso, o companheiro não mais concorre com os colaterais até o quarto grau e passou a ser considerado herdeiro necessário (CC, art.1.845). As regras do casamento, portanto, norteavam a sucessão da união estável em todos os seus diferentes níveis e consequências.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado a todo e qualquer dispositivo legal que, eventualmente, trate da união estável de modo distinto em relação ao casamento, sendo expurgado pela incompatibilidade com as garantias constitucionais. Isso porque a consagração da união estável como entidade familiar lhe acobertou com a mesma proteção jurídica deferida ao casamento, não sendo razoável que a legislação infraconstitucional venha a distinguir o que não foi diferenciado pelo constituinte.

É com esse espírito que se há de compreender a união estável, não permitindo que velhos conceitos, de natureza muito mais moral e religiosa do que jurídica, possam servir de pretexto para atentar, diretamente, contra os mais elementares princípios constitucionais – que possuem invidiosa força normativa.<sup>13</sup>

## 2. ESCORÇO HISTÓRICO: A UNIÃO ESTÁVEL NALENTE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Para uma compreensão mais abrangente da união estável é mister uma análise de sua evolução histórica, especialmente para que seja possível detectar a importante colaboração da jurisprudência no reconhecimento de suas consequências jurídicas.

*Prima facie*, convém um registro da matéria na história geral, para lembrar que a união afetiva livre, informal, sempre existiu (e sempre existirá). A história, inclusive, revela que, entre diversos povos da Antiguidade, a união entre homem e mulher sem casamento não era algo reprovável, condenável. Lembra Rodrigo da Cunha Pereira que “a velha história grega está crivada de concubinatos célebres”, destacando importantes relacionamentos “que tiveram nobre atuação na cultura dos gregos, notadamente Aspásia, que ensinou retórica, em aulas próprias, a um grande número de alunos, inclusive velhos gregos [...] Antes de viver com Péricles, Aspásia tornara-se concubina de Sócrates, e depois da morte deste, de Alcebiades”.<sup>14</sup> E acrescenta o grande jurista

13. Disso não discrepa o talentoso constitucionalista baiano Dirley da Cunha Júnior, elucidando que “os princípios, sejam explícitos, sejam implícitos, são normas jurídicas e, por conseguinte, obrigam, vinculam, têm positividade e eficácia”, deixando clara a existência de um pós-positivismo, formando-se, agora, o ordenamento jurídico de normas de conteúdo aberto, que se oxigenam com mais vigor, modelando-se melhor no caso concreto. “O princípio da segurança jurídica e a anterioridade especial como condição mínima para o cumprimento da anterioridade tributária”, op. cit., p. 101.

14. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, op. cit., p. 13.

mineiro que, em Roma, a situação não era diversa. No início do império, por exemplo, o concubinato era comum, “inclusive entre homens de grande moralidade”.

Mais adiante, apesar de combatida pela Igreja (vale lembrar que o Concílio de Trento,<sup>15</sup> realizado entre 1545 e 1563, condenou o relacionamento extramatrimonial), a união livre não deixou de existir, sendo admitida sob o ponto de vista jurídico, reconhecidos os seus efeitos, primeiramente em sede jurisprudencial e, posteriormente, em sede legislativa.

Em nosso país, outra não foi a situação: nunca o relacionamento livre entre homem e mulher foi tratado como crime ou ato ilícito, mas as suas consequências se projetavam, tão só, no âmbito do Direito das Obrigações, afastado do Direito das Famílias.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar, nem sequer admitindo a existência de uniões extramatrimonializadas. Naquela ambientação, o casamento era a única forma de constituição da chamada “família legítima”, sendo, portanto, “ilegítima” toda e qualquer outra forma familiar, ainda que marcada pelo afeto. Comprovando essa ideia, os filhos nascidos de pessoas não casadas entre si eram chamados de “filhos ilegítimos” e não possuíam os mesmos direitos que eram reconhecidos aos “legítimos”.<sup>16</sup>

A família, portanto, tinha uma compreensão exclusivamente casamentária. Só havia família pelo casamento e, nessa linha de raciocínio, todo e qualquer núcleo formado fora do matrimônio não se submetia à proteção do Direito das Famílias.<sup>17</sup>

Todavia, considerando que o casamento tinha caráter indissolúvel, não raro, diversas pessoas – inclusive aquelas cujo casamento terminava de fato, mas não de direito – viviam maritalmente com alguém, mas optando por não casar ou, de outro modo, não podendo casar. Essas pessoas passaram a viver em entidades que foram intituladas como *concubinato*.

Concubinato significava, em rápidas linhas, união entre homem e mulher sem casamento, seja porque eles não poderiam casar, seja porque não pretendiam casar.<sup>18</sup>

---

15. O *Concílio de Trento*, realizado, por óbvio, na cidade de Trento, situada na Província autônoma de Trento, entre 1545 e 1563, foi o mais longo da história da Igreja Católica e o que emitiu um maior número de decretos. É reputado um dos fundamentais concílios, tendo sido convocado, pelo Papa Paulo III, para assegurar a unidade da fé e a disciplina eclesiástica, em meio à Reforma Protestante, que ganhou fôlego na Europa. Bem por isso, foi apelidado de *Concílio da Contrarreforma*.

16. A título de curiosidade, vale mencionar o dispositivo que consagrava a regra em comento na Constituição da República de 1967: “Art. 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º – O casamento é indissolúvel”.

17. Aliás, como bem adverte Gustavo Tepedino, “em síntese estreita, se poderia dizer que o vínculo conjugal atraía intensa proteção por parte do Código Civil, em favor da coesão formal do núcleo familiar, a prescindir de qualquer valoração substancial do legislador quanto à realização pessoal dos cônjuges e dos filhos no âmbito da família” (*Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 352).

18. Propondo uma compreensão mais moderna da expressão *concubinato*, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que o seu significado “é o que se refere ao semimatrimônio, à posse do estado de casado, ao entrosamento de vida e de interesses numa comunhão de fato” (*Concubinato e união estável*, op. cit., p. 27).

De qualquer modo, é preciso deixar claro que o concubinato não produzia efeitos no âmbito do Direito das Famílias, mas, apenas, no campo do Direito Obrigacional, por ser estranho ao conceito de família.<sup>19</sup> Era a chamada “sociedade de fato”.

Com Gustavo Tepedino, vale lembrar que “durante muito tempo o estigma do adultério e a proteção ao casamento como única forma de constituição da família fez com que se considerasse o concubinato estranho ao direito, insuscetível de produzir efeitos jurídicos”.<sup>20</sup>

Tais relações afetivas, no entanto, produziam consequências fáticas e as inúmeras pessoas que viviam em concubinato passavam a reclamar (ou melhor, passavam a precisar de) proteção jurídica e, assim, buscaram o reconhecimento de seus direitos junto ao Poder Judiciário, exigindo, dessa maneira, manifestação jurisprudencial.

Provocadas as Cortes, o Supremo Tribunal Federal (que, naquela época, antes da Constituição Federal de 1988, detinha competência para tanto), então, cumprindo um papel visivelmente construtivo, editou duas súmulas reconhecendo algum tipo de proteção às pessoas que viviam concubinariamente, fora do matrimônio. A Súmula 380 dispõe: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.<sup>21</sup> A outro giro, o Enunciado 382 da súmula de jurisprudência do Pretório Excelso, por seu turno, reza: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Não só. Considerando que os concubinos não faziam jus aos alimentos, uma vez que a relação não tinha natureza familiar, a jurisprudência brasileira, inspirada no entendimento acolhido pelos tribunais franceses, passou a reconhecer-lhes o direito a uma indenização por serviços domésticos (caseiros, tais como lavar, passar, cozinhar etc.) e sexuais prestados.<sup>22</sup> Tratava-se de uma maneira efetiva e concreta de conceder algum tipo de direito às pessoas que, por lei, não teriam direito a nada. Era, enfim, um modo de conceder alimentos a alguém que, com base no sistema jurídico-positivo, não poderia recebê-los por não constituir uma entidade familiar.

19. Curioso acórdão do Pretório Excelso, datado da década de 1940 – e que precisa ser compreendido rigorosamente na linha de compreensão prevalente na época de sua prolação – afirmava que “a ordem jurídica ignora avisadamente, a existência do concubinato, da união livre; não lhe atribui consequências (no caso, no âmbito do Direito de Família). São situações que não têm relevância jurídica, mas isto não impediria que se pagassem, que se entendessem devidos à concubina honorários pela prestação de serviços” (STF, Ac. 2ª T., RE 7.182/47, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. 24.1.47, RF 112: 417).

20. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 327.

21. O escopo da referida súmula, sem dúvida, foi reconhecer o direito à partilha dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, o que veio a ser plenamente atendido pelo art. 1.725 do Código Civil, ao determinar a aplicação do regime da comunhão parcial na união estável, reconhecendo a comunhão dos bens adquiridos, onerosamente, durante a convivência, confirmando o que a citada súmula afirmou de há muito.

22. O Tribunal de Justiça bandeirante, segundo informações prestadas por Álvaro Villaça Azevedo, chegou mesmo a autorizar o pagamento, pelo espólio do concubino à concubina, do valor relativo aos serviços domésticos prestados, durante a vida conjugal (conforme acórdão relatado pelo Des. Cunha Camargo, publicado na RT 410: 155). Cf. *Estatuto da Família de Fato*, op. cit., p. 214.

Veja-se, pois, que o referido posicionamento jurisprudencial tem grande consistência jurídica, representando significativo avanço para aquele tempo.<sup>23</sup>

Com essa posição da Corte Máxima de Justiça, vários outros direitos passaram a ser reconhecidos em sede jurisprudencial, tais como o direito à inventariança. Assim sendo, conquanto a legislação brasileira não contemplasse qualquer direito aos concubinos, a jurisprudência, considerando a realidade social do país, passou a reconhecer efeitos jurídicos ao concubinato, retirando um pouco da pecha de clandestinidade existente. Tais efeitos, entretanto, eram apenas de índole patrimonial, não produzindo consequências pessoais.

De qualquer maneira, a competência para processar e julgar as causas que tocassem ao concubinato era da vara cível, por não configurar relação familiar.

A firme posição dos Tribunais chegou mesmo a influenciar o legislador, fazendo com que fossem editadas normas legais reconhecendo o concubinato. Nesse sentido, é possível lembrar a Lei nº 6.367/75, bem como o Decreto-lei nº 7.036/44, que reconheciam ao concubino o direito ao recebimento de indenização por acidente de trabalho com o seu convivente. Aliás, a matéria restou de tal modo pacificada que o Supremo Tribunal Federal cimentou entendimento na Súmula 35, confirmando a legitimidade da concubina para o recebimento da referida indenização.<sup>24</sup> Por igual, não é demais lembrar que o art. 57, § 2º e § 3º-A, da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, na mesma trilha, reconheceu o direito ao uso do sobrenome (nome patronímico) pela concubina.

A jurisprudência, então, sentiu-se mais à vontade e passou a reconhecer diferentes efeitos jurídicos às relações concubinárias. Assim, o concubinato era tratado à margem da legislação, mas com efeitos reconhecidos pelos Tribunais.<sup>25</sup>

Naquele desenho, a doutrina<sup>26</sup> se encarregou de diferenciar o concubinato em duas categorias: (i) o *concubinato puro* (composto por pessoas que poderiam casar,

23. Vale a pena transcrever a ementa de interessante aresto da Corte Maior, para ilustrar a matéria: “A sociedade de fato e não a convivência *more uxório* é o que legitima a partilha de bens entre os concubinos, julgado que nega a existência de sociedade entre os concubinos, face a prova dos autos, não discrepa da Súmula 380. RE não conhecido. Súmula 279. A jurisprudência tem admitido, em casos especiais, serem indenizáveis os serviços prestados pela concubina ao amásio durante o período de vida em comum, desde que demonstrados, pois quem pede o mais, pede o menos. Provido o segundo recurso, em parte, para assegurar a indenização dos serviços domésticos e de natureza social com reflexos comerciais, prestados pela concubina em favor do amásio, conforme se apurou em execução” (STF, Ac. 2ª T., RE 84969/RJ, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 29.10.76, DJU 13.12.76).

24. Súmula 35, Supremo Tribunal Federal: “em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

25. Colhe-se, naquele tempo, da jurisprudência: “por influxo da realidade social, refletida em cada espécie concreta submetida à sua apreciação, o Judiciário sempre se pôs na vanguarda do *ius scriptum*. Desse modo, construiu a sua jurisprudência à base da equidade e estendeu à companheira o direito de concorrer com os filhos do segurado, dispensando inclusive a declaração deste, para o efeito de percepção do benefício previdenciário, contanto que comprovada a convivência *more uxorio* e a dependência econômica, situações estas que receberam o selo legislativo tempos depois, com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 66/66 e da Lei nº 5.890/73” (TFR, Ac. Tribunal Pleno, rel. Min. Torreão Braz, RTFR 95: 178).

26. Promovendo a distinção conceitual, consulte-se, dentre outros, Álvaro Villaça Azevedo. *Estatuto da Família de Fato*, op. cit., p. 190 ss.

## CAPÍTULO XII

# A Adoção e o seu Regime Jurídico

**Sumário** • 1. Uma visão constitucional da adoção – 2. Generalidades sobre a adoção: 2.1 Noções conceituais; 2.2 Dualidade de sistemas jurídicos; 2.3 A relevância do consentimento e hipóteses de dispensa; 2.4 O estágio de convivência; 2.5 Legitimidade para a adoção; 2.6 A adoção unilateral e a adoção por duas pessoas; 2.7 A adoção pelo par homoafetivo; 2.8 A adoção “à brasileira”; 2.9 (Im)Possibilidade da adoção de nascituro e de embriões; 2.10 A adoção póstuma; 2.11 O direito ao parto anônimo (parto em sigilo) e a sua correlação com a adoção; 2.12 Efeitos jurídicos da adoção; 2.13 A possibilidade de mudança de nome na adoção; 2.14 O desligamento do núcleo familiar: a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção e a possibilidade excepcional de derrotabilidade da regra legal – 3. Aspectos processuais da adoção: 3.1 Generalidades: o procedimento judicial de adoção; 3.2 Competência; 3.3 A atuação do Ministério Público; 3.4 O cadastro, o procedimento de habilitação dos pretendentes à adoção e a excepcionalidade da adoção *intuitu personae*; 3.5 A sentença no procedimento de adoção; 3.6 O sistema recursal da ação de adoção e a possibilidade de juízo de retratação – 4. A possibilidade de apadrinhamento de criança e adolescente em programa de acolhimento familiar ou institucional – 5. A sistemática da adoção internacional.

*“Com sacrifício, eu criei meus sete filhos, do meu sangue eram seis, e eu peguei com quase um mês; fui viajante, fui roceiro, fui andante, e pra alimentar meus filhos, não comi pra mais de vez...  
Sete crianças, sete bocas inocentes, muito pobres, mas contentes,  
não deixei nada faltar,  
foram crescendo, foi ficando mais difícil, trabalhei de sol a sol, mas  
eles tinham que estudar...  
Meu sofrimento, ah! meu Deus, valeu a pena, quantas lágrimas chorei,  
mas tudo foi com muito amor; Sete diplomas, sendo seis muito importantes,  
que as custas de uma enxada conseguiram ser doutor...  
Hoje estou velho, meus cabelos brancos,  
o meu corpo está surrado, minhas mãos nem mexem mais;  
Uso bengala, sei que dou muito trabalho, sei que às vezes atrapalho,  
meus filhos até demais...  
Passou o tempo e eu fiquei muito doente, hoje vivo num asilo e só um filho vem me ver;  
Esse meu filho, coitadinho, muito honesto, vive apenas do trabalho que arranjou para viver...  
Mas Deus é grande, vai ouvir as minhas preces, esse meu filho querido vai vencer, eu sei que vai;  
Faz muito tempo que não vejo os outros filhos, sei que eles estão bem,  
não precisam mais do pai...  
Um belo dia, me sentindo abandonado, ouvi uma voz bem do meu lado,  
pai eu vim pra te buscar;*

*Arrume as malas, vem comigo pois venci, comprei casa e tenho  
esposa e o seu neto vai chegar...  
De alegria eu chorei e olhei pr'o céu, obrigado meu Senhor;  
A recompensa já chegou, meu Deus, proteja os meus seis filhos  
queridos,  
mas foi meu filho adotivo que a este velho amparou..."*

**(Sérgio Reis, Filho adotivo,  
de Sebastião Ferreira da Silva e Arthur Moreira)**

## 1. UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DA ADOÇÃO

Superando períodos poucos saudosos, marcados pela discriminação e preconceito, a Constituição da República, nos arts. 226 a 230, consagrou proteção isonômica aos filhos, afastando todo e qualquer (odioso) tratamento discriminatório.

A filiação, sintonizada na proteção avançada da pessoa humana e da solidariedade social, ganhou *instrumentalização*, servindo para os núcleos familiares. Abandonou-se a subordinação da família a uma função procriacional, tão relevante para efeitos econômicos. A filiação passou a ser um momento de realização humana, de plenitude existencial, seja qual for a sua origem. A filiação, enfim, passou a ser única, podendo ser estabelecida por diferentes formas. E a adoção é um dos variados mecanismos de determinação filiatória, baseada no *afeto* e na *dignidade*, inserindo o adotando em um novo núcleo familiar.

O filho adotivo não é um filho de segunda categoria e não pode sofrer discriminação em relação aos demais filhos. Com o Texto Magno, o adotado passou a ser *sujeito de direitos*, de todos os direitos reconhecidos ao filho biológico. A relação jurídica filiatória determinada pela adoção tem as mesmas qualificações e direitos reconhecidos aos filhos decorrentes do elo biológico.

Tanto que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o prazo da licença-ado-tante, a ser gozada por quem adota, há de ser o mesmo lapso temporal reconhecido à licença-gestante, destinada à maternidade biológica. De acordo com a Corte Excelsa, a igualdade de tratamento para a adoção, em relação à filiação biológica, impõe uma verdadeira mutação constitucional, com a alteração do entendimento anterior do Tribunal Máximo para afirmar um “avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição”. Assim, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/90, para asseverar que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, abrangendo os 120 dias de licença (previstos no art. 7º, XVIII, do Texto Magno), acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante. Eis a tese jurídica fixada pelo julgamento:

“Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à

licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

(STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 778.889/ PE, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.3.16)

Em sendo assim, o ordenamento constitucional chancelou a filiação socioafetiva, reconhecendo que a relação jurídica paterno-filial não é um dado da natureza, mas “construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem”, como aponta Paulo Lôbo.<sup>1</sup>

No que tange à adoção, a norma constitucional (art. 227, § 6º)<sup>2</sup> implantou significativo avanço, afastando o seu caráter contratual. Em decorrência, o filho adotivo ganhou tratamento igualitário, sendo tratado sem nenhuma distinção em relação aos filhos biológicos, inclusive sendo assegurado o direito sucessório que, outrora, lhe era negado. Restou totalmente incompatível o sistema de adoção do Código Civil de 1916, cujo escopo era oferecer a oportunidade de ter filhos a quem não os possuía ou não poderia tê-los por mecanismo biológico-sexual.

A partir da perspectiva constitucional, a adoção ganhou novos contornos, com avanço considerável no tratamento da matéria.

A ideia de que a adoção era o mecanismo para conceder um filho a alguém que, biologicamente, não poderia ter foi afastada, prevalecendo a concepção do instituto como mecanismo de colocação em família substituta, consubstanciando o *direito à convivência familiar* e à *proteção integral* do adotado.

Daí a percepção de Luiz Edson Fachin, asseverando que a adoção passou a oportunizar ao adotando “a plena inserção em um ambiente familiar saudável ao seu desenvolvimento”.<sup>3</sup>

Tal qual a filiação biológica, a filiação adotiva, decorrente da vontade das partes envolvidas, se tornou *irrevogável* e *irretratável*, não se admitindo que a superveniência da morte do adotante venha a extinguir o vínculo estabelecido. Como bem percebe Galdino Augusto Coelho Bordallo, “o filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com a adoção”. E arremata, com precisão cirúrgica: “Rompido o vínculo de parentesco com a criação de um vínculo novo, aquele não mais se restabelece”.<sup>4</sup>

Essa nova visão sobre a adoção, fundamentada na proteção integral e na real vantagem para o adotando, decorrente do Texto Constitucional, vinculou o tecido infraconstitucional, motivo pelo qual o Código Civil e o Estatuto da Criança e do

1. LÔBO, Paulo. *Famílias*, op. cit., p. 247.

2. Art. 227, § 6º, Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

3. FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 152.

4. BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”, op. cit., p. 189.

Adolescente (inclusive com as modificações impostas pela Lei nº 12.010/09 – Lei Nacional de Adoção) preservam as linhas gerais protecionistas.

## 2. GENERALIDADES SOBRE A ADOÇÃO

### 2.1 Noções conceituais

Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo.

Desaparece, pois, a falsa ideia da adoção como um remédio destinado a dar um filho para quem, biologicamente, não conseguiu procriar.<sup>5</sup> Não se trata de uma solução para a esterilidade ou para a solidão. Tampouco é forma de amparar filhos privados de arrimo por seus pais biológicos.<sup>6</sup>

A adoção é gesto de amor, do mais puro afeto. Afasta-se, com isso, uma falsa compreensão do instituto como mera possibilidade de dar um filho a quem não teve pelo mecanismo biológico, como se fosse um substitutivo para a frustração da procriação pelo método sexual.

Por certo, a adoção se apresenta como muito mais do que, simplesmente, suprir uma lacuna deixada pela Biologia. É a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos..., enfim, pelo amor.

Bem por isso, mereceu de João Baptista Villela o comentário de que “somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que Cristo disse aos apóstolos: ‘não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós’. Suprema expressão da autonomia paterna que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir. Seja dito, a propósito, que o ideal no Novo Testamento é sobretudo eletivo”.

Trilhando as sendas abertas pelo constituinte (humanista e garantista), nota-se a adoção como um mecanismo de prestígio da convivência familiar, estabelecendo a relação filiatória por perspectiva afetiva, inserindo alguém em família substituta. Aliás, de todas as formas de inserção em família substituta, a adoção é a mais ampla e completa, propiciando o enquadramento de alguém no seio de um novo núcleo familiar, transformando o adotado em membro da nova família.

---

5. Atribui-se a Cícero, grande jurisconsulto romano, a frase: “a adoção é o ato solene pelo qual se admite em lugar de filho quem pela natureza não é” (*apud* GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*, op. cit., p. 23).

6. Sintetizando essas ideias, Clóvis Beviláqua chegou a afirmar que a adoção “tinha a finalidade de dar filhos a quem não os tinha pela natureza e trazer, para o aconchego da família, filhos privados de arrimo” (*apud* OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*, op. cit., p. 152).

Arnoldo Wald a define como uma ficção jurídica que cria o parentesco civil, através de um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistia naturalmente.<sup>7</sup> Disso não discrepa Orlando Gomes, para quem a “adoção vem a ser o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta”.<sup>8</sup> Todas as ideias apresentadas convergem para um mesmo lugar: a adoção é mecanismo de determinação da filiação, estabelecendo o parentesco entre pessoas não ligadas biologicamente. A adoção confere a alguém o estado de filho, para todos os fins e efeitos.

Trata-se de mecanismo de determinação de uma relação jurídica filiatória, através do critério socioafetivo, fundamentado no *afeto*, na *ética* e na *dignidade* das pessoas envolvidas, inserindo uma pessoa humana em família substituta, de acordo com o seu melhor interesse e a sua proteção integral, com a chancela do Poder Judiciário.

E mais, através da adoção experimenta-se a verdadeira *paternidade*, pois, como propugna Rodrigo da Cunha Pereira, “o elemento definidor e determinante da paternidade certamente não é o biológico, pois não é raro o genitor não assumir o filho. Por isso é que se diz que todo pai deve adotar o filho biológico, pois só o será se assim o desejar, ou seja, se de fato o adotar”.<sup>9</sup> É a filiação em sua mais pura essência, pois estabelece um parentesco eletivo, decorrendo de um ato de afeto e solidariedade. Evidencia, sem dúvida, os aspectos mais caros e relevantes de uma família, como a solidariedade recíproca, o afeto, a ética e a dignidade das pessoas envolvidas.

Em interessante trecho literário, Renan Kfuri Lopes apresenta trecho do desabafo de um pai adotivo: “Adotar um filho é um ato de parir pelo coração”. E acrescenta que ao contemplar o filho adotado dormindo “vem um encanto infinito, próprio de Deus, e a obrigação de que aquela criança haverá de se tornar um ser humano livre, forte, trabalhador e honesto. Ser biologicamente pai é uma grande bobagem, não vale nada [...] Pai é debruçar carinho e responsabilidade sobre quem chama de filho, e sempre foi assim [...] por isso Deus nos chama de filhos”.<sup>10</sup>

Noutra passagem eloquente, João Baptista Villela formula interessante história, revelando o caráter afetivo da adoção. Veja-se a título ilustrativo:

“Numa cidade de Grusínia governava um rico senhor, até que, sobrevivendo uma sublevação, é vencido e decapitado. Sua mulher e a criadagem organizam apressadamente a fuga, para não caírem nas mãos dos insurretos. Um incômodo obstáculo se interpõe aos seus planos: Miguel, o pequeno filho do Governador deposto, a quem a mãe acaba preterindo aos vestidos que deseja, a todo custo, meter na carruagem. Grusche, uma criada, se compadece do menino, resiste

7. WALD, Arnoldo. *O novo Direito de Família*, op. cit., p. 269.

8. GOMES, Orlando. *Direito de Família*, op. cit., p. 340.

9. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, op. cit., p. 133.

10. LOPES, Renan Kfuri. “Adoção em resenha”, op. cit., p. 352.

aos apelos instintivos para também fugir e, enfrentando perigos, fome e frio, assume-lhe decididamente a proteção. Refugia-se nas montanhas, onde sofre vergonha e, de novo, privações. Uma reviravolta política e o Grão-Duque, então afastado do poder, recupera-o. A antiga ordem se restabelece. O pequeno Miguel é localizado, retirado de Grusche e levado ao Tribunal, para que este lhe decida o futuro. Nos debates do Tribunal, percebe-se que a recuperação da criança é condição para que a mulher do Governador entre na posse da considerável riqueza da família. A prova é, então, preparada. O menino é levado para o círculo de giz e, nesse momento, sorri para Grusche. Convocadas pelo juiz, as litigantes tomam posição. Grusche acaba por soltar a criança, que a mulher do Governador, ao contrário, puxa para si. Expressões de vitória. Mas o juiz manda repetir a prova. E Grusche, mais uma vez, solta o menino. Desesperada, vira-se para o juiz e exclama: 'eu o criei! Devo agora machucá-lo? Não posso fazê-lo.' Ato contínuo, Azdak, o irreverente juiz, que só se utilizava do Código para sobre ele se assentar, levanta-se e sentencia: 'o Tribunal está convencido de quem seja a verdadeira mãe'. E, voltando-se para Grusche: 'Toma o teu filho e leva-o.'

A narrativa, com a sensibilidade evidente do professor mineiro, evidencia o caráter socioafetivo da adoção e a inexistência de hierarquia entre o critério biológico e o socioafetivo. A adoção é lugar privilegiado para a manifestação da filiação socioafetiva, pois "mais do que laços de sangue, o que une o adotante e o adotado são os laços de afeto, que se constroem no espaço de convivência familiar".<sup>11</sup>

Aliás, é conveniente realçar, ainda, a ideia de que a adoção é decorrente de uma escolha recíproca, uma espécie de via de mão dupla, na qual adotante e adotando se escolhem e se adotam. Não se trata, por certo, de um mecanismo de escolha de filhos por seus pretendentes.<sup>12</sup>

A partir dessas ideias, em especial da necessidade de manifestação de vontade pelo adotante e pelo adotando e pela imprescindibilidade de chancela estatal, é possível antever na adoção uma natureza de *ato complexo*, exigindo para o seu aperfeiçoamento diferentes momentos jurídicos.<sup>13</sup>

## 2.2 Dualidade de sistemas jurídicos

Partindo da sólida base estabelecida pela *Lex Fundamentallis*, a adoção está disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, concomitantemente, pelo Código Civil, gerando uma dúvida quanto à incidência dos referidos diplomas legais.

Colocando pá de cal em qualquer dúvida, a Lei nº 12.010/09 – Lei Nacional de Adoção veio a alterar, dentre outros, os arts. 1.618 e 1.619 do Código Civil, em-prestando nova redação:

11. FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 151.

12. Galdino Augusto Coelho Bordallo chega a afirmar que "só haverá verdadeiramente a adoção quando a troca do sentimento ocorrer entre todos os membros da nova família" ("Adoção", op. cit., p. 181).

13. Com esse sentir, veja-se, por todos, a obra de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. *Guarda, tutela e adoção*, op. cit., p. 151-152.

Art. 1.618, Código Civil:

“A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Art. 1.619, Código Civil:

“A adoção de maiores de dezoito anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente”.

A combinação dos aludidos dispositivos legais é de clareza solar ao estabelecer que a adoção de criança ou adolescente é regida, diretamente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto a adoção de pessoa maior de 18 anos estará submetida à sistemática do Código Civil, aplicando-se, no que couber (e isso será possível amplamente), as regras estatutárias. Valorizam-se, com isso, as normas estatutárias, inclusive reconhecendo a sua aplicabilidade à adoção de pessoa maior de dezoito anos de idade.

Sepulta-se, em definitivo, o sistema de adoção contratual, outrora contemplado pelo Código Civil de 1916 para as pessoas maiores e capazes. Com o novo sistema, implantado pela Codificação Reale, toda e qualquer adoção, inclusive a de pessoas plenamente capazes, exige sempre uma decisão judicial,<sup>14</sup> proferida em procedimento que tramitará na vara da infância e juventude (quando houver interesse de criança ou adolescente) ou na vara de família (nos demais casos), com a intervenção do Ministério Público.

Ora, se toda e qualquer adoção exige a efetiva participação estatal, através de decisão judicial constitutiva, é preciso refletir qual o ponto de distinção entre o regime do Código Civil e o regime estatutário. Com efeito, analisadas as distinções normativas, percebe-se que a adoção de adultos traz consigo, basicamente, duas particularidades, distinguindo-se da adoção infantojuvenil: “Não haverá necessidade de fixação de tempo de estágio de convivência, até porque não se deverá averiguar a possibilidade ou não de convivência; e, não haverá necessidade de estudo social interprofissional, até porque não se trata de verificar a existência de eventual situação de risco justificadora de uma medida extrema”.<sup>15</sup>

De qualquer maneira, é conveniente apresentar a contundente crítica disparada por parcela da doutrina à possibilidade de adoção de pessoa com mais de dezoito anos de idade. A respeito, já se disse que a adoção de adultos fere a finalidade do instituto, pois não haveria razão para proteger os maiores por meio da inserção em família substituta, além de, não raro, ocultar interesses escusos, de índole patrimonial ou econômica.<sup>16</sup> De fato, sói ocorrer a adoção de adultos apenas com

14. “Na vigência do Código Civil de 2002, é indispensável o processo judicial, mesmo para a adoção de maiores de dezoito anos, não sendo possível realizar o ato por intermédio de escritura pública” (STJ, Ac. unân., 4ª T., REsp. 703.362/PR, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.5.10, DJe 8.6.10).

15. ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional da Adoção*, op. cit., p. 43.

16. CHAVES, Antonio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*, op. cit., p. 607.

o propósito de constituição da qualidade hereditária ou de pessoas mal intencionadas que se aproximam de indivíduos idosos, carentes e sozinhas para, com gestos de aparente solidariedade, conquistar a confiança e com ela a aproximação, mostrando-se presentes e solícitos, aparentemente preocupados com o bem-estar da pessoa idosa, assediado, carente por preencher lacuna afetiva de que, não raro, se ressentem. *Organizada essa aproximação, seguem o plano previamente arquitetado de concluir a estratégia de apoderamento da riqueza ou de herança de pessoa já fragilizada pela idade e pelo abandono de seus familiares, convencendo-os a efetivarem o processo de adoção, com vistas a essas pessoas inescrupulosas serem alçadas à condição de herdeiros.*<sup>17</sup>

Instigando uma reflexão, José Carlos Teixeira Giorgis propõe um maior cuidado do magistrado na adoção de adultos, “especialmente no exame de adoções que envolvam pessoas idosas e doentes possuidoras de notável fortuna”.<sup>18</sup>

Notícias veiculadas pela imprensa<sup>19</sup> já indicam a existência de relações afetivas que pretendem se transmutar em adoção de pessoas idosas. Há um interessante caso em Araraquara (SP) de uma jovem de 27 anos de idade que pretende adotar uma idosa com 67 anos de idade, por conta da relação afetiva estabelecida ao longo do tempo. De um lado, é possível vislumbrar uma concretização do afeto que é marca registrada das famílias; mas, de outra banda, em situações tais, é preciso ter cuidado para não fragilizar a adoção enquanto mecanismo de colocação em família substituta, para atender interesses de outra monta.

No ponto, destacamos a impossibilidade de se utilizar a adoção, em especial de pessoas maiores de idade, como um sucedâneo de ações de investigação de parentalidade socioafetivas. Se já existe um vínculo afetivo entre as pessoas, estabelecendo claramente uma parentalidade determinada pela convivência, não é caso de adoção, mas, em verdade, de uma investigação socioafetiva de paternidade, de maternidade, avoenga etc. – que, inclusive, tem procedimento distinto do Estatuto da Criança e do Adolescente, estando contemplado no Código de Processo Civil (arts. 693 a 699). Utilizar a adoção como forma de regularização de afetividade é fragilizar, enormemente, o procedimento estatutário e desvirtuar as regras para a colocação em família substituta.

Bem ou mal, o certo é que o sistema jurídico brasileiro admite, expressamente, a adoção de adultos, regida pelo Código Civil em combinação com as próprias normas estatutárias. De qualquer modo, a preocupação doutrinária merece atenção, devendo o magistrado, em processos de adoção de pessoas com mais de dezoito anos de idade, atuar com especial zelo e cautela, averiguando se há, realmente, um vínculo afetivo entre as partes interessadas e se, de fato, há um desejo de estabelecer uma

17. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, op. cit., p. 472-473.

18. GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família contemporâneo*, op. cit., p. 132.

19. Vale a pena conferir a notícia, em sua íntegra, no sítio eletrônico da [bbc.com.portuguese](https://www.bbc.com/portuguese/geral-48366582) (<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48366582>, acesso em: 23 de dezembro de 2020).

relação paterno-filial. Outro importante aspecto a ser averiguado é a plena capacidade jurídica do adotante, de modo a explicitar que a manifestação da vontade de adotar seja livre e desembaraçada.<sup>20</sup> Evitar-se-á, com isso, a chancela de interesses escusos de pessoas interessadas muito mais em obter vantagens patrimoniais ou efeitos sucessórios.

Nesse sentido, vem afirmando a jurisprudência superior que “em se tratando de adoção de pessoa maior de dezoito anos, regida pelo Código Civil de 2002, o procedimento deve considerar a capacidade civil dos requerentes e a livre manifestação de vontade das partes. A lei não traz expressamente a impossibilidade de se adotar pessoa anteriormente adotada”, como se firmou orientação (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.293.137/BA, rel. Min. Raul Araújo, j. 11.10.22, DJe 24.10.22).

### 2.3 A relevância do consentimento e hipóteses de dispensa

Estabelecendo uma relação jurídica paterno-filial (portanto, tratando de um vínculo com dois diferentes lados), a adoção não pode ser imposta, reclamando a manifestação de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.

Por isso, exige-se o consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, em face da própria ruptura definitiva do parentesco que decorrerá do trânsito em julgado da sentença de adoção. Sem o consentimento expresso dos pais biológicos do adotando, portanto, restará inviabilizada a adoção. Aliás, a sua natureza personalíssima e exclusiva obsta, inclusive, que se suponha o consentimento de um pai pela manifestação do outro, exigindo-se declaração de vontade de ambos. Por igual, impede, ainda, o suprimento judicial de consentimento.

Mesmo que se trate de menor sob a guarda (inclusive judicial) de um dos pais, ou mesmo sob a guarda de terceiro, será imprescindível o consentimento dos genitores, que não estão afastados do exercício do poder familiar, nesse caso.

Havendo expressa anuência dos pais à colocação de seu filho (criança ou adolescente) em família substituta, o juiz, na presença do Promotor de Justiça, verificará a sinceridade e validade da concordância para a adoção e declarará a extinção do poder familiar (ECA, art. 166, §1º, I e II),<sup>21</sup> dispensada, nesse caso, a propositura de uma

20. Exemplificando a situação, José Carlos Teixeira Giorgis lembra a hipótese de um adotante com Doença de Parkinson, alertando para o fato de que, nesse caso, “o déficit de memória e outras perdas cognitivas constituem síndromes da doença, com a perda de memória e diversos graus de débito intelectual”, podem comprometer o discernimento e a capacidade. Cf. *Direito de Família contemporâneo*, op. cit., p. 138.

21. Art. 166, Estatuto da Criança e do Adolescente: “se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. § 1º Na hipótese de concordância dos pais, o juiz: I - na presença do Ministério Público, ouvirá as partes, devidamente assistidas por advogado ou por defensor público, para verificar sua concordância com a adoção, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo, tomando por termo as declarações; e II - declarará a extinção do poder familiar.”

ação específica de extinção de poder familiar, que se mostraria despcienda, sendo prolatada a decisão de perda do poder familiar no procedimento iniciado pelo interessado.

De todo modo, somente é possível a aquiescência dos pais à colocação em família substituta de criança ou adolescente após o seu nascimento, na medida em que é vedada a adoção de um nascituro.

Trata-se, de fato, de uma perda simplificada do poder familiar, decorrente da própria autonomia privada, porém submetida a um controle judicial, com a fiscalização do Ministério Público. De qualquer maneira, a validade do consentimento está submetida à ratificação na audiência, perante o juiz e o Ministério Público. Por óbvio, será possível aos pais a retratação (arrependimento), até a prolação da sentença de destituição do poder familiar. Aliás, mesmo depois da decisão, lhes será conferido o prazo decadencial de dez dias para se retratar da concordância, como preservação da autonomia privada e convicção do ato praticado.<sup>22</sup>

No que tange à adoção de pessoa adulta, mesmo entendendo-se não ser exigível o consentimento dos pais, é absolutamente necessária a citação deles, com o fito de precaver eventual interesse jurídico, em razão da desconstituição da relação familiar e de todos os efeitos dela decorrentes.<sup>23</sup>

Por absoluta lógica, também é exigida a concordância expressa da pessoa que se pretende adotar, se maior de doze anos de idade (ECA, art. 45, § 2º). Trata-se de exceção à regra geral da capacidade civil, fixada em 18 anos (CC, art. 5º). Quando se tratar de adotando com idade inferior, apesar de não exigido o seu consentimento, sempre que possível ele será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado o seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (ECA, art. 28, § 1º).

Esse consentimento dos genitores pode ser manifestado por qualquer meio, não havendo exigência formal. Todavia, é indispensável a sua ratificação perante a autoridade judiciária e o Ministério Público. É possível, de qualquer maneira, a sua retratação até a publicação da sentença constitutiva de adoção.

Evidentemente, em se tratando de pessoa registrada somente em nome do pai ou da mãe (família monoparental), bastará o consentimento daquele que constar do registro civil de nascimento.

Em caso de conflito entre os direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive os seus próprios pais biológicos, devem prevalecer os interesses

---

22. Art. 166, § 5º, Estatuto da Criança e do Adolescente: “o consentimento é retratável até a data da realização da audiência especificada no § 1º deste artigo, e os pais podem exercer o arrependimento no prazo de dez dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar.”

23. No sentido do texto: “(...) a adoção por sentença italiana já perdura por longo tempo – mais de doze anos –, encontrando-se o adotando, também requerente, hoje com mais de vinte e três anos de idade e apresentando nítido interesse na regularização de seu status familiar” (STJ, Ac.unân. Corte Especial, SEC 10.697/EX, rel. Min. Raul Araújo, j. 2.9.15, DJe 25.9.15).