

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

RAFAEL GRABOSKI DOS SANTOS

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA
E PREVALÊNCIA DA SOCIOAFETIVIDADE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

PORTO ALEGRE

2013

RAFAEL GRABOSKI DOS SANTOS

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA
E PREVALÊNCIA DA SOCIOAFETIVIDADE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel.

Orientador:

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo

PORTO ALEGRE

2013

RAFAEL GRABOSKI DOS SANTOS

EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA
E PREVALÊNCIA DA SOCIOAFETIVIDADE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal Do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da defesa: _____ de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo (orientador)

Universidade Federal do Rio grande do Sul

Prof. Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira

Universidade Federal do Rio grande do Sul

Prof.^a Dr.^a Lisiane Feiten Wingert Ody

Universidade Federal do Rio grande do Sul

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Adelson e Vera, pelo amor, carinho e companheirismo.

Ao amor da minha vida, meu irmão, por ser meu melhor amigo, além de exemplo de caráter e retidão.

Aos amigos Gustavo, Carlos, André Ferret, André Silva e Fernando, pelo apoio sempre concedido.

À fantástica mestre Alessandra, pela atenção nos momentos difíceis.

RESUMO

O conceito da entidade “família” é objeto de histórica evolução, originando-se entre os povos mais primitivos, aprimorado já pelas sociedades antigas, especialmente a grega e a romana, cujo legado perdurou, na matéria, até anos recentes. As mudanças sociais das últimas décadas no âmbito das relações afetivas, contudo, deixaram obsoleta a concepção clássica, tendo demandado dos juristas a construção de novas bases e a ampliação e flexibilização de conceitos antes rígidos. Essa evolução é trazida no presente estudo, focando-se a partir dela nas atuais divergências no direito pátrio.

Contextualmente salutar para o surgimento das referidas divergências foi o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz e concretiza o princípio fundamental da igualdade, refletindo tanto das relações entre cônjuges, no tratamento igualitário de homens e mulheres, e no tratamento igualitário de filhos, quebrando os paradigmas insertos no Código Civil de 1916. O Surgimento desta nova ordem constitucional possibilitou a proliferação das diversas modalidades familiares surgidas hodiernamente no Brasil, objeto do trabalho.

Integra ainda o estudo o conceito de filiação, principalmente no que tange à introdução da socioafetividade no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando-se ser esta prevalente quando posta em conflito com a verdade biológica, através de ampla revisão doutrinária, amparada por diversas decisões de cortes brasileiras neste sentido.

Palavras-chave : Evolução. Conceito. Família. Filiação. Socioafetividade.

ABSTRACT

The concept of the entity “family” é subject of an historical evolution, with its origins among the most primitive folks, improved by the ancient societies, specially the Greek and Roman ones, whose legacy lasted, on the subject-matter, until recently. The social changes on the past few decades related to affective relationships, however, made obsolete the classical conception, requiring from law professionals the construction of new basis e the enlargement and easing of former rigid concepts. This evolution is brought to the present work, focusing on the current divergences in national law.

Of great importance on the context of these divergences was the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, in 1988, which mentions and materializes the fundamental principle of equality, with impact in the relationships between spouses, in the equal treatment of men and women, as well as in the equal treatment of children, breaking the paradigms of the former Civil Code of 1916. This new constitucional order made the proliferation of several kinds of modern families possible, which are reflected upon on this paper.

The concept of filiation is also a part of this study, specially the introduction of the affine kinship in the Brazilian law, arguing its prevalence over biological truth, based on important law-writers and the analysis of several court decisions.

Key words : Evolution. Concept. Family. Filiation. Affine kinship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
A. Evolução na concepção de família e progressiva valorização da afetividade	
1. Origem clássica do conceito no direito antigo alienígena.....	11
2. Herança brasileira e evolução trazida pelas bases principiológicas da Constituição Federal de 1988.....	22
B. No seio das novas famílias: o hodierno conceito de filiação baseado no afeto	
1. A evolução do conceito de filiação frente às novas problemáticas sociais.....	39
2. Ascensão da socioafetividade como critério determinante da filiação no direito brasileiro.....	49
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O conceito da entidade “família” é objeto de histórica evolução, originando-se entre os povos mais primitivos, aprimorado já pelas sociedades antigas, especialmente a grega e a romana, cujo legado perdurou, na matéria, até anos recentes. As mudanças sociais das últimas décadas no âmbito das relações afetivas, contudo, deixaram obsoleta a concepção clássica, tendo demandado dos juristas a construção de novas bases e a ampliação e flexibilização de conceitos antes rígidos. Essa evolução é trazida no capítulo de abertura do presente estudo, focando-se a partir dela, na sequência do trabalho, nas atuais divergências no direito pátrio.

Inicialmente, traz-se uma análise da origem de tal conceito, abordando-se (i) as sociedades primitivas, que aceitava com normalidade relações sexuais entre pessoas consaguíneas, (ii) a família bárbara, e passando-se a (iii) à família na civilização. Neste último aspecto, ganha importância o estudo proposto por Engels¹, donde se extrai a evolução familiar em quatro momentos: família consanguínea, punaluana, sindiásmica e monogâmica.

Progredindo-se na evolução histórica, busca-se a compreensão dos originários conceitos do direito brasileiro no Direito Romano, cujo estudo é aprofundado no que pertine ao direito de família, demonstrando-se a centralização de poderes na figura do *pater* família, o qual detinha direitos pessoais e patrimoniais sobre a figura do filho e da esposa. Como bem ensina Orlando Gomes:

A família romana assentava-se no poder incontestável do pater famílias, “sacerdote, senhor e magistrado”, em sua casa – que se exercia sobre os filhos, a mulher e os escravos, multifortemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens, a ponto de se lhe reconhecer o jus vitae ET neci. A figura singular do pater famílias

absorve inteiramente a dos outros membros do grupo. A esposa está in manu, perdurando o vínculo conjugal enquanto existisse a affectio maritalis. Os filhos são incapazes. Bens que adquirissem, pertenciam-lhe, salvo os que podiam constituir determinados pecúlios, ampliados no direito pós-clássico. Sobre os escravos exercia da doménica potestas. Monogamia e exogamia, a família romana traduz o patriarcado na sua expressão mais alta.²

Destaca-se também a importância da família grega, analisando-se como era tratada nas Cidades-Estado de Atenas e Esparta, com as diferenças pertinentes, a fim de se obter a verificação da dicotomia existente em tal povo, além de suas contribuições aos conceitos cuja compreensão ora se busca. Há contribuição, ainda, para muitas das concepções arraigadas na cultura e, assim, no sistema jurídico brasileiro, do direito canônico, pelo que seu estudo é igualmente perpassado. Assim, com elementos do direito clássico, abarcando institutos do Direito Romano, influenciado pelo Direito Canônico, com a valoração do matrimônio, temos o desenvolvimento do conceito de família no Brasil.

No Brasil, o Código de 1916 espelhava a sociedade da época, extremamente patriarcal e fundada na desigualdade predominante na seara familiar, quando as esposas eram, indubitavelmente, submissas aos seus maridos, obedecendo-lhes, sendo impossibilitadas de participar da vida política e - em muitos casos - social, como bem expõe Maria Berenice Dias:

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XX, pois em 1899 Clóvis Beviláqua foi encarregado de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Só podia consagrar a superioridade do homem. Transformou seu poder pessoal em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar, precisava da autorização do marido.³

¹ ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

² GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 39.

³ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre Família, Sucessões e o novo Código Civil**. op. cit., p. 23.

Contextualmente salutar para a evolução do referido conceito no direito brasileiro, distanciando-se então do direito romano, foi o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe e concretizou o princípio fundamental da igualdade, refletindo tanto das relações entre cônjuges, no tratamento igualitário de homens e mulheres, e no tratamento igualitário de filhos, quebrando os paradigmas insertos no Código Civil de 1916.

O Surgimento desta nova ordem constitucional possibilitou a proliferação das diversas modalidades familiares surgidas hodiernamente no Brasil, objeto do trabalho. Esses novos paradigmas moldaram, então, o Código Civil de 2002, que reflete mais proximamente a sociedade contemporânea.

Ainda, na segunda parte do presente trabalho, é abordada a evolução do conceito de “filiação”, que refletiu, por evidente, aquela percorrida pela concepção de família, com a qual se interliga. As mudanças nesta seara complementam aquelas estudadas na primeira parte do trabalho, de modo a possibilitar o questionamento final relativamente à prevalência atual do critério da socioafetividade no sistema jurídico pátrio para a definição de vínculos jurídicos parentais.

Como leciona Luiz Edson Fachin⁴, a doutrina brasileira partiu, gradativamente, do endosso à estrita exegese do Código Civil de 1916, com a assunção de seus valores informativos quanto ao estatuto da desigualdade de filiação, para uma postura de valorização da igualdade entre os filhos e do reconhecimento do valor socioafetivo da relação paterno-filial.

Assim, o último capítulo visa demonstrar que os valores que informaram a elaboração do Código Civil de 1916, vão dando lugar a uma nova dimensão, em que surgem como elementos de maior relevo a igualdade e o afeto.

No que pertine ao último, qual seja, o afeto, traz-se uma análise pormenorizada do crescimento da socioafetividade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este o segundo ponto central do presente trabalho. Analisa-se o

⁴ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.5, n.17, p. 7-35, abr./maio 2003. p.19.

vínculo filiativo baseado no afeto, demonstrando-se as espécies de filiação formada a partir de tal vínculo, como o caso da adoção e os filhos de criação.

Ainda, busca-se explicitar a impossibilidade de desconstituição da filiação socioafetiva, quando esta é posta em conflito com a verdade biológica, porquanto, uma vez formado tal vínculo, este se torna perene e irrevogável.

O método de pesquisa utilizado no presente trabalho foi o indutivo, dentro de uma análise teórica qualitativa de bibliografias, conjugado com a investigação de sua aplicação jurisprudencial. Marco teórico principal, no tocante à socioafetividade, foram as obras dos autores Rolf Madaleno e Maria Berenice Dias, propondo-se, assim, a responder o questionamento sobre a irrevogabilidade da filiação socioafetiva.

A. Evolução na concepção de família e progressiva valorização da afetividade

A.1. Origem do conceito no direito antigo alienígena

A noção de família sofreu inúmeras transformações ao longo dos séculos, sendo impossível utilizar um único conceito para defini-la historicamente. Diz-se tratar de expressão mais remota que a do Estado, e constitui a célula *mater* da sociedade, independentemente da época de que se trata.

Segundo a lição de Rodrigo da Cunha Pereira, a evolução da família pode ser explicada a partir de três fases históricas: estado selvagem, barbárie e civilização:⁵ no estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados, aparecendo o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano. Na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.

Por seu turno, Noé de Medeiros traz à tona teoria explicativa da evolução familiar:

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12.

teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.⁶

No que tange a evolução do conceito de família, é inarredável o ensinamento de Friedrich Engels, segundo o qual encontramos diversos tipos de família em uma linha evolutiva.⁷

A (i) família consanguínea foi tida pelo autor como a primeira forma familiar. Todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nessa forma de família, os ascendentes e descendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) do matrimônio. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua. Neste período, há apenas a exclusão de pais e filhos das obrigações, direitos e deveres relacionados ao matrimônio, havendo impeditivo para tanto.

Pelo repúdio moral às relações de incesto na maioria das sociedades, tal modelo familiar é raramente encontrado nos dias atuais, sendo precário em exemplos, mas ainda vislumbrado no sistema de parentesco havaiano e encontrado no Polinésia, o qual demonstra a existência de tal regime.

Conforme visto, na família consanguínea havia impeditivo para o matrimônio apenas entre pais e filhos. Evolui aquela para a família denominada “Punaluana”, na qual tal restrição é estendida, caindo sobre os irmãos. Tal feito padecia de uma dificuldade de implementação, devido à grande proximidade de idade entre as pessoas sobre as quais a restrição recaía.

⁶ MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997. p. 24.

⁷ ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.p.25.

Ainda assim, possui grande importância na evolução da concepção de família para o direito ocidental moderno, tendo sido fundamental para a formação dos graus de parentesco, tendo-se o surgimento da categoria de primos e sobrinhos. Ainda, foi de extrema importância a influência da família punaluana na instituição da *gens*⁸, com o reconhecimento da linhagem materna, porquanto nem sempre era possível afirmar concretamente quem era o pai da criança; apenas a mãe conseguia distinguir seus próprios filhos dos da família comum.

O terceiro tipo de família referido pelo autor é a família “sindiásmica”. O surgimento da família sindiásmica dá-se em substituição às uniões pelos grupos, as quais se tornaram cada vez mais complicadas, em virtude da crescente proibição havida para casamento entre familiares. Neste período, o homem se dedica a uma mulher, mas a infidelidade e a poligamia ainda são freqüentes. Quanto às mulheres, exige-se fidelidade, sob pena de castigo rigoroso. A dissolução conjugal é feita com extrema facilidade e, uma vez ocorrida, os filhos ficavam com a mãe, sem a participação paterna.

Nesta época, uma vez que as mulheres tinham obrigação de ser fiéis, acabam ocorrendo escassez de mulheres livres e desimpedidas, surgindo os chamados “matrimônio por rapto” e “matrimônio por compra”, comprometendo-se duas pessoas que não se conhecem, mediante doação de presentes pelo noivo à família da noiva.

Por fim, surge a família monogâmica, hoje a mais disseminada entre os povos de cultura ocidental. Nasceu esta da família sindiásmica, entre a fase intermediária e superior da barbárie. Tem-se, neste período uma estabilidade muito mais sólida no matrimônio. A mulher é punida mais severamente do que em qualquer época predecessora, no caso de cometer adultério.

Como principais características desta família, podemos destacar (i) o predomínio do homem, com objetivo de se extinguir a discussão de paternidade, porquanto sua prole herdará a riqueza por ele deixada, sendo premente que se

⁸ Estas gens baseavam-se no conjunto de pessoas oriundas de uma mesma linha materna, com impeditivo ao matrimônio e impossibilidade de relacionamento sexual. Este grupo tem em comum o culto a instituições de ordem moral, teológica, religiosa que o diferencia das demais gens da mesma tribo. ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982. p.83.

tenha confiança na relação estabelecida; e (ii) uma proteção crescente à figura feminina, obtendo esta uma posição de dignidade e hierarquia e uma forma mais firme e com mais sentido de união social.

Evoluindo a família para o modelo das civilizações, notadamente o último estágio de relação monogâmica, desponta com notoriedade as lições oriundas do direito romano, que formaram a base do direito de família como conhecido atualmente. Justifica-se, assim, a compreensão da concepção ali originada, para fins de compreensão da herança do direito brasileiro, ponto de partida para as mudanças verificadas nas últimas décadas.

Se, modernamente, estudamos a família sob dois aspectos (família em sentido amplo e família em sentido estrito), no Direito Romano a distinção não é tão simples. Conhecia, o referido sistema jurídico, a existência de cinco grupos de pessoas, as quais eram unidas pelo casamento ou parentesco, denominados e tratados juridicamente de modo diverso, a saber: (i) a *gens* (membros que descendiam de um antepassado comum e portavam a gentílica, que os unia); (ii) a família *comuni iuri* (conjunto de pessoas ligadas pelo parentesco agnático – transmitido entre os homens – sujeitos à *potestas*⁹ de um *pater família*); (iii) os cognados em sentido estrito (conjunto de pessoas não agnadas, ligadas pelo parentesco consanguíneo); (iv) a família *propriu iure* (conjunto de pessoas sujeitas à *potestas* de um *pater família*); e (v) a família natural (união dos cônjuges e filhos, independente de o marido ser o *pater família*).

Destes modelos citados, indubitavelmente, os mais importantes em termos de legado jurídico são os últimos dois modelos, a família *propriu iure* e a família natural, motivo pelo qual serão ora analisados mais profundamente.

Conforme visto acima, a família próprio iure é a união de pessoas sujeitas a *potestas* pelo *pater familias*. Como destaca Arnaldo Wald,

⁹ No que pertine à *pater potestas*, esta é o conjunto de poderes que o *pater familias* tem sobre seus *fili familias*, tratando-se de instituição exclusiva do Direito Romano, a qual foi sendo mitigada com o passar das gerações. Como características marcantes, cita-se: a vitaliciedade, pelo qual os *fili familias* estavam submetidos ao poder do *pater* enquanto este estivesse vivo; a titularidade, dada não ao pai natural, mas ao ascendente do gênero masculino mais antigo/remoto; o poder sobre a pessoa do *fili família* e sobre os bens por estes adquiridos. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª edição. Rio de Janeiro, 2008. p.603.

Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho. O conceito de família independia assim da consanguinidade. O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes.¹⁰

O meio mais comum e normal de ingresso na família *propriu iure* se dava pela procriação em justas núpcias, sendo o pai *pater familias* ou *filii familias*, ingressando os filhos na família paterna pelo simples fato de terem nascido. Os filhos nascidos do casamento se submetiam, automaticamente, ao *pater potestas*.

Para se nascer sob as justas núpcias, devia a criança ter nascido depois de 182 dias de contraído o casamento legítimo de seus pais, ou ter nascido até 300 dias após a dissolução do mencionado vínculo. O nascimento neste lapso temporal gerava a presunção *iures tantum* da paternidade.

O segundo meio de ingresso na família *propriu iure* diz respeito à adoção, pela qual alguém adentrava em família que não é a sua de origem. Por última forma de ingressar na família *proprio iuri*, temos a “legitimação”, através da qual os filhos nascidos de concubinato adquiriam a condição de filho legítimo. Tal modalidade teve início apenas no direito pós-clássico, por influência do cristianismo, sendo ainda combatido o concubinato. Possuía três espécies, a saber: (i) a *legitimatio per supra suqueum matrimonium* (legitimação por casamento subsequente); (ii) a *legitimatio per ablationem curiae* (legitimação por ablação à cúria); e (iii) a *legitimatio per rescriptum principis* (legitimação por rescrito do príncipe).

Por fim, é mister salientar a última forma de ingresso na família *proprio iuri*, qual seja, a sujeição à *manus*, situação na qual a mulher adentrava na família do marido, sob o poder marital ou, se o marido não fosse *pater*, sob o poder de seu *pater familia*, sendo, neste caso, o sogro o homem mais velho da casa. Tal ingresso poderia se dar pela *conferratio*, cerimônia religiosa com formalidades complexas, tais como a presença de um sacerdote prolação de determinadas palavras, etc; e *coemptio*, na qual celebrava-se uma venda fictícia modo que se assemelhava ao

¹⁰ WALD, Arnoldo. **Direito de família**. 13. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 09.

usucapião, sendo que o marido adquiria a *manus* sobre a mulher se vivessem juntos por um ano.

Por outro lado, a família natural romana era aquela formada apenas pelos cônjuges e filhos, independentemente de o marido e pai ser o *pater familia* da mulher e dos seus descendentes imediatos. Assim, na família natural, o importante é o casamento.¹¹

O matrimônio romano, assim como o contemporâneo, também possuía determinados requisitos para sua validade, nomeadamente: (i) consentimento - era necessário o consentimento de pessoas *sui iuris*; caso fossem *alieni iuris*, os *pater familias* deveriam consentir -; (ii) puberdade - de início, apurava-se mediante exame individual, mas acabou por fixar-se a idade de 12 anos para a mulher e de 14 anos para o homem -; (iii) *conubium* - em seu sentido lato, referia-se à cidadania, liberdade, serviço militar e à monogamia, e no sentido estrito, dizia respeito às circunstâncias impeditivas do matrimônio legítimo entre determinadas pessoas. Esta última proibição dizia respeito ao parentesco, proibindo-se o casamento entre pessoas ligadas por vínculo agnático ou cognático, sendo o primeiro aquele em que as estavam sobre o poder do mesmo *pater*, englobando filhos biológicos e adotivos e o segundo se relacionava ao parentesco pelo laço sanguíneo, tanto em linha reta quanto colateral. Proibia-se, igualmente, o casamento entre afins em linha reta, e entre pessoas de diferentes condições sociais (*patrícios* e *plebeus*), tendo esta última restrição fim com a Lei Canuléia em 455 A.C. Por fim, motivos de ordem prática ou política também poderiam impedir a constituição do matrimônio. Se o casamento fosse contraído sem a observância dos requisitos supra mencionados, ele era nulo, não produzindo efeitos.

A doutrina jurídica reconhece que o direito romano forneceu ao Direito brasileiro elementos básicos da estruturação da família como unidade jurídica,

¹¹ No *corpus iuris civilis*, há dois conceitos de matrimônio. Segundo Modestino, *nuptiae sunt coniutiu manris ET consortium omnis vitae, divini ET humani iuris comunicatio* (as núpcias são do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano). Nas *Institututas*, encontramos o termo *nuptiae autem sine matrimoOnim est viri ET mulheris coninctio individuum consuetudine viae continens* (núpcias, ou matrimônio, são a união do homem e da mulher, a qual encerra comunhão indivisível de vida). ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.637.

econômica e religiosa, fundada na autoridade de um chefe, tendo essa estrutura perdurada por muito tempo¹².

Assim, imprescindível o conhecimento do Direito Romano para o presente trabalho, tendo em vista que o ordenamento civil vigente sofreu grande influência daquele, sendo ele fruto de diversos institutos atuais, tais como presunção de paternidade, adoção entre outros, colaborando determinantemente para o estudo da evolução do conceito de família e filiação.

Todavia, não somente a contribuição do direito romano integra a herança histórica do direito civil romano-germânico, como o brasileiro, mas a organização grega igualmente nos dá parâmetros para a compreensão do paradigma de direito de família por séculos assumido pelo direito pátrio, permitindo-se enxergar que sua adequação à moderna sociedade já não mais se justifica, conforme se argumentará.

Quando estudamos a história grega, é inafastável nos atermos às Cidades-Estado de Esparta e Atenas, e diferenças entre ambas, emergindo desta cultura dois modelos familiares.

No modelo ateniense encontramos a proibição da bigamia, com uma série de restrições ao casamento, sendo que apenas podiam casar os cidadãos de família eupátridas de Atenas. No que tange à cerimônia de casamento, importante a lição de Bernard Murstein:

Os pais combinavam o casamento de olho no dote (pelo menos um décimo dos bens do pai da noiva), mas também com a preocupação do status social. Tendo o pai combinado o melhor casamento possível, o noivado e assinatura do contrato se efetuavam no lar da noiva, na presença de testemunhas, mas com frequência sem a presença da noiva e noivo. Alguns dias depois era dada uma festa na casa dela. Qualquer mês, com exceção de maio, podia ser escolhido, mas na época de lua crescente era a melhor. O noivo (30 anos) e a noiva (16 anos) passavam pelos banhos purificadores em tom de cerimônia pré-matrimonial. O pai da noiva servia como sacerdote matrimonial, conduzindo a cerimônia e fazendo sacrifícios de animais aos deuses (particularmente a Deusa Ártemis –deusa do matrimônio e Demeter deusa da fertilidade)O casal de noivos era coroado de flores e suas casas enfeitadas. Além da roupa alegre e festiva a noiva usava um véu comprido. Cortara um pouco antes as tranças do cabelo e dedicara seu cinto virginal e brinquedos de infância para Deusa Ártemis.No banquete de núpcias, os noivos recém-casados comia bolos de gergelim a

¹² PEREIRA, Tânia da Silva. **Famílias possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.641

fim de assegurar a fertilidade. Ao partirem para lua de mel eram cobertos pelos convidados de tâmaras, figos, nozes e pequenas moedas de ouro ou prata e confeitos para terem prosperidade. Ao saírem da festa sapatos velhos eram jogados em sua direção para espantar o mal-olhado. A procissão de casamento até a casa do noivo era encabeçada por tochas de fogo, na carruagem nupcial seguiam os noivos e o padrinho. Acompanhando a procissão seguiam músicos tocando flautas e harpas cantando alegremente hymen, hymen, ho. Na chegada na casa do noivo se queimava o eixo da carruagem, significando a irreversibilidade do casamento. Ao chegar a sua casa, o noivo carrega a noiva pelo hall de entrada até o leito nupcial. Enquanto os convidados ficam do lado de fora, cantando hinos pela virilidade do noivo e o melhor e mais forte amigo do noivo fica de guarda nupcial na porta do quarto. O noivo retira o véu da noiva e lhe dá o presente fálico do deus Apolo para a virginal noiva de Artemis, após isto anuncia que tudo está bem e os convidados felizes descem as escadas, pois o casamento está cumprido.¹³

Em contrapartida, havia desincentivo ao concubinato. Havia punição rigorosa para a mulher infiel, sendo que para o homem, cabia tão-somente indenização pecuniária. Fustel de Coulanges¹⁴ atribui ao Direito Ático o surgimento do instituto do divórcio, o qual era visto com maus olhos por Platão, segundo o qual:

Se um marido e a esposa, por discórdia gerada por diferença de temperamentos, não conseguem de modo algum entrar em acordo, será conveniente que fiquem sob o constante controle de dez membros do corpo dos guardiões das leis, de idade média, associados a dez das mulheres encarregadas do casamento. Se estes magistrados puderem obter uma conciliação, sua arbitragem terá força legal, mas se os ânimos do esposo e esposa estiverem tão inflamados pela cólera a ponto de tornarem impossível a presença da harmonia, os árbitros procurarão, na medida do possível, outras uniões adequadas para cada um deles.¹⁵

Ainda, destaca-se a inferioridade da mulher frente ao marido, denotada em diversas situações, das mais variadas experimentadas pela família ateniense.

Relativamente à família espartana, cumpre frisar que, assim como em Atenas, em Esparta também ocorria cerimônia para o casamento, a qual foi descrita por Plutarco¹⁶:

O noivo carregava a noiva pela violência... Depois a mulher que tinha a direção do casamento cortava o cabelo da noiva bem perto da pele, fazia-a

¹³ MURSTEIN, Bernard. I. **Amor Sexo e Casamento através dos Tempos**. Tomo I. São Paulo: Arte Nova, 1977. p. 74.

¹⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *apud* MURSTEIN, Bernard, idem, p. 79.

¹⁵ Platão, **A República**. São Paulo : Martin Claret, 2005. p.259.

¹⁶ MURSTEIN, Bernard, *op. cit.* p. 81-82.

envergar roupas masculinas, colocava-a sobre um colchão e a deixava às escuras. O noivo, nem oprimido pelo vinho, nem enervado pela luxúria, mas inteiramente sóbrio por ter sempre comido à mesa comum, entrava particularmente, desatava-lhe o cinto e a levava para outra cama. Tendo ficado ali por período curto, retirava-se modestamente para seu apartamento costumeiro, a fim de dormir com os outros jovens. Adotava a mesma conduta em seguida, passando os dias com seus companheiros e repousando com eles a noite, sem mesmo visitar a noiva, mas com grande cautela e apreensão de não ser descoberto pelo resto da família. A noiva, ao mesmo tempo, exercia todas as suas artes a fim de descobrir oportunidades convenientes para seus encontros particulares. E faziam isso não só por períodos curtos, mas alguns deles até mesmos tinham filhos, antes de chegarem a uma entrevista com as esposas, durante o dia. Este tipo de comércio não apenas exercitava-lhes a temperança e a castidade como mantinha os seus corpos frutíferos e o primeiro ardor de seu amor indiminuto e forte, pois, por não se acharem saciados como aqueles que estão sempre com as esposas, continuavam tomados pelo desejo que não fora extinto.

No que pertine ao papel feminino, ser esposa em esparta era bem menos árduo que em Atenas. Assim como em Atenas, o casamento era monogâmico, havendo proibição da bigamia, sendo que poderia contrair matrimônio apenas o cidadão espartano. A figura do adultério era punida se o fosse cometido pela esposa. Não havia previsão para o adultério masculino. Embora o homem detivesse mais direitos e privilégios, a mulher espartana, conforme foi dito acima, era mais bem tratada, sendo-lhe reconhecido direito negados às atenienses, tais como o sucessório e o próprio trato com o marido.

Com certeza, é de suma importância o estudo do Direito Grego para o entendimento da evolução do conceito de família, tendo este possuído institutos encontrados em nosso sistema civil vigente, tal como o divórcio, a monogamia, herança, adoção, entre diversos outros, alguns tratados na presente monografia.

Ainda mais relevante para a compreensão das qualificações jurídicas da família no direito brasileiro, o Direito Canônico introduz concepções morais que terminariam por moldar o casamento, em termos jurídicos, em diversos ordenamentos, dentre eles o brasileiro. Por esta razão, a importância do estudo, ainda que sucintamente, de suas contribuições.

No Direito Canônico, encontramos uma única possibilidade de reconhecimento da família, qual seja, a constituída pelo matrimônio, sendo marcado

tal período pelo advento do Cristianismo. Como afirma Arnaldo Wald, *no ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana [...] a denominação 'canônico' deriva da palavra grega Kánon (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa a fé ou à ação cristã [...]*.¹⁷

Houve uma elevação do casamento, transformando este numa entidade de cunho físico e espiritual, possuindo indissolubilidade. Assim, só a morte punha termo ao matrimônio, sendo as partes que a constituem extremamente a ele atreladas. Veja-se a influência deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, o qual até recentemente rechaçava a possibilidade de divórcio, antes possível em diversas civilizações antigas.

Na visão de José Russo, essa nova família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos.¹⁸

O direito canônico teve ampla influência no direito de família brasileiro, sendo que grande parte das restrições a determinadas uniões foram estabelecidas a partir deste, pela Igreja. Acerca de tal influência, importante lição a de Orlando Gomes:

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1980, que instituiu o casamento civil. (...). A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesásticas se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi restabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências.¹⁹

Ainda, o referido autor traz nobre ensinamento acerca dos impedimentos matrimoniais estabelecidos pelo direito canônico e trazidos à Codificação Civil Brasileira:

¹⁷ WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10

¹⁸ RUSSO, José. As Sociedades Afetivas e Sua Evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 43, out - nov. 2005

¹⁹ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 09.

Sua influência é tão poderosa que o Código Civil, a exemplo de outras leis sobre o casamento, seguiu a orientação canônica de mencionar as condições de invalidade do casamento, em vez de enumerar as que devem ser preenchidas para que seja lícita e validamente concluída. Provêm, outrossim, do direito canônico diversos preceitos relativos à celebração do matrimônio, a seus efeitos jurídicos e à sua dissolução.²⁰

O legado dos sistemas jurídicos acima abordados, o qual perdurou, na matéria, até anos recentes, justifica-se por ter-se mantido, socialmente, a relação monogâmica e baseada no casamento como base da sociedade, especialmente por forte influência dos dogmas cristãos nas sociedades ocidentais. Ainda, os conceitos, restrições, privilégios e discriminações, característicos desses institutos clássicos, refletiam a prática das sociedades. As mudanças sociais das últimas décadas no âmbito das relações afetivas, contudo, deixaram obsoleta a concepção clássica, tendo demandado dos juristas a construção de novas bases e a ampliação e flexibilização de conceitos antes rígidos.

Construída a base histórica, passa-se no próximo tópico à análise do instituto – e sua evolução – no direito brasileiro, para possibilitar a análise, na segunda parte do presente estudo, das atuais divergências no direito pátrio, para as quais pretende-se contribuir.

A.2. Herança brasileira e evolução trazida pelas bases principiológicas da Constituição Federal de 1988

Se, na história mundial, dos tempos mais remotos, passando pelas idades antiga, média, moderna e contemporânea, o conceito de família não foi único, sofrendo inúmeras alterações, no Brasil não foi diferente. Como é cediço, o Direito Civil Brasileiro sofreu grande influência do Direito Romano, o qual, conforme visto, passou por diversas transformações.

²⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.09.

Determinante para a evolução da concepção do conceito atual de família no direito brasileiro foi o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz e concretiza o princípio fundamental da igualdade, refletindo tanto das relações entre cônjuges, no tratamento igualitário de homens e mulheres, quanto tratamento igualitário de filhos, quebrando os paradigmas herdados dos sistemas jurídicos clássicos, sendo que, com esse princípio desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher.²¹

Ainda no Código Civil de 1916, a herança clássica era notável, faltando-lhe toda uma principiologia de igualdade que atualmente tornou-se basilar do Estado brasileiro. Deste conceito distingue-se nitidamente aquele pós-1988, consagrado então pelo Novo Código Civil de 2002. Esta evolução deve ser compreendida para que se possa pretender estender – para além da letra fria da lei – as relações parentais àquelas emolduradas pelo afeto.

Como leciona Gustavo Tepedino:

O Código Civil de 1916 é fruto de uma doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro, quando na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil.²²

Muito embora o Brasil tenha tido sua primeira constituição apenas em 1824, demorou mais 92 anos para editar seu primeiro Código Civil. Este lapso temporal, demasiadamente grande, não foi, certamente, por acaso. A codificação não interessava à elite governante aristocrata. Em contrapartida, havia apoio dos seguidores do liberalismo, os quais sofreram influência do capitalismo americano e inglês. Neste contexto, surge, em 1916, o primeiro Código Civil, caracterizado pela patrimonialidade e pelo interesse estatal.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5.V: Direito de Família. Editora Saraiva. São Paulo. 2007. P.18.

²² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2

É sintoma da característica patrimonialista do Código Civil de 1916 o fato de que, dos 290 artigos da parte destinada ao Direito de Família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139, de relações pessoais²³.

Assim, não havendo possibilidade de ser diferente, a família era considerada a base da sociedade e, por conseqüência, do Estado. No que tange às funções da casa, estas eram específicas, sendo que cada membro sabia de seu papel “na casa”. A visão paternalista e hierarquizada da família era consagrada, cabendo ao homem a chefia da sociedade conjugal, relegando-se a mulher a um segundo plano, já que passava a ser relativamente incapaz²⁴. Este patriarcalismo era evidente, conforme se denota do artigo 233 daquele diploma²⁵.

Ainda, e não havia como ser diferente, a família de 1916, era extremamente excludente, porquanto se admitia apenas aquela formada pelo casamento, fato este que denota a natureza discriminatória deste modelo familiar do início do século passado. Prova cabal de tal discriminação é a possibilidade de anulação do casamento pelo defloramento da mulher, considerando-se este erro essencial quanto à pessoa²⁶ e a grande distinção entre os filhos legítimos, naturais e adotados.

A família se identificava pelo nome do marido e a esposa tinha obrigação de adotar os sobrenomes daquele. Ainda, tendo em vista que a lei do divórcio surgiu apenas na década de 70, o casamento era indissolúvel, havendo apenas o desquite – instituto pejorativo que identificava o “não quite”, em débito com a sociedade -, o qual tinha o condão de romper a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

²³ STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As Famílias em perspectiva Constitucional**. Editora Saraiva.2011. p. 64

²⁴ Ibidem. p. 63

²⁵ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I - a representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 74, 289, I e 311); III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV); IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, ,242,VII,243a245,IIe247,III); V - prover a mantença da família, guardada a disposição do art. 277.

²⁶ Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: (...) IV - o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação.²⁷

Evidentemente, com o transcorrer do século XX, os pilares sobre os quais foi sustentado o Código Civil de 1916 foram sendo derrubados, preteridos pelo avanço social vivenciado pela sociedade brasileira. Pouco a pouco, o patriarcalismo e a hierarquia presentes na família foram sucumbindo.

Exemplos deste avanço são a Lei nº 883/49, através da qual foi implementada no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se reconhecer e investigar a paternidade de filhos concebidos em relação extraconjugal, bem como a Lei nº 4.121/62, a qual emancipou a esposa, possuindo esta, deste então, capacidade plena, exercendo os atos da vida civil sem anuência do marido, algo óbvio se visto sob a ótica atual.

Ainda, e não menos importante, sob a égide da Carta Constitucional de 1977, surge a Emenda Constitucional nº 09 e a Lei nº 6.515, responsáveis pela introdução da figura do divórcio no Brasil. E mais. A mencionada lei possibilitou à mulher a opção de adotar ou não o nome de família do esposo, bem como a determinação do regime parcial de bens como legal.

Sobre tal avanço, leciona Silvio de Salvo Venosa:

No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal.²⁸

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 16.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 7ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007. p. 15.

Neste cenário, qual seja, o de evolução no conceito de família, com o reconhecimento de direitos até então desprezados, surge a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Constituição Cidadã, repleta de garantias aos cidadãos brasileiros. Diversos princípios ali elencados são determinantes para que se chegue à concepção atual de família, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, solidariedade familiar, e da afetividade, cujo estudo faz-se necessário e pertinente neste ponto, fins de compreender a revolução havida no âmbito do direito de família após esta nova Carta.

Conhecido por princípio dos princípios ou superprincípio, o princípio da dignidade da pessoa humana é indubitavelmente o mais expressivo do ordenamento jurídico pátrio. Fundamento precípua da nossa Constituição Federal, deve, obrigatoriamente, ser respeitado, em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares.²⁹

Tarefa árdua é conceituá-lo precisamente Ingo Wolfgang Sarlet o descreve da forma que segue:

Temos por Dignidade da Pessoa Humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁰

Assim, temos que por meio de tal princípio, o legislador, respeitando o bem maior do ser humano, qual seja, sua dignidade, tem por escopo contemplá-la, desprezando preconceitos de origem, sexo, raça etc., valorizando-se o ser por si, sem juízo de valor. Como leciona Maria Berenice Dias, na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem

²⁹ LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 . 5 v.1. p. 40.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 40.

jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.³¹

Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias –estatais ou particulares – na realização dessa finalidade.³²

Concretização da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade entre os filhos princípio vem ao encontro do avanço sociológico e doutrinário, reconhecendo-se os mesmos direitos aos filhos originados sob o matrimônio ou em relação extraconjugal, bem como adotivos. Tal conclusão é inarredável, sendo vital a necessidade havida em positivar tal tratamento aos filhos antes tratados como ilegítimos.

Na visão de Luiz Guilherme Loureiro, a igualdade entre os filhos contém dois significados, um formal e outro material. O primeiro diz respeito à proibição de uso de termos, como o caso de legítimos, bastardos entre outros. No segundo, tem-se o impedimento do tratamento desigual em um ordenamento, regime jurídico.³³ No dizer de Bruno Giancoli, tal igualdade é absoluta, devendo a prole receber igual tratamento, independentemente do tipo de relação através da qual foi gerada.³⁴

Assim, com a adoção de tal princípio, o direito pátrio supera a clássica dicotomia havia entre os filhos legítimos e ilegítimos, tratando a todos como filhos, independentemente da relação que os gerou, garantindo-lhes os mesmos direitos e prerrogativas.

Na lição de Maria Helena Diniz :

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o

³¹ DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

³² STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As Famílias em perspectiva Constitucional**. Editora Saraiva.2011, p. 74

³³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2009. p. 126.

³⁴ GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 223.

reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.³⁵

Já o princípio da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver em sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou a modernidade pós-revolucionária, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família. Acerca deste princípio, leciona Flávio Tartuce

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamenta da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc, I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesse relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1694, do atual Código Civil.

A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos da união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei n. 8.971/94, o que veio a tutelar os direitos da companheira. Reconheceu-se, nesse sentido, que a norma que prevê os alimentos aos companheiros é de ordem pública, o que justificaria a sua retroatividade.³⁶

A solidariedade, neste sentido, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.³⁷

A aplicação do referido princípio perpassa os diversos modelos de família concebidos no direito brasileiro, e por ele protegidos, na sequência analisados. A título exemplificativo, relativamente ao direito de família, o princípio da solidariedade é observado quando o direito de convivência das crianças com seus parentes

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 27.

³⁶ TARTUCE, Flávio; Direito Civil. Volume 5. **Direito de Família**. Editora GEN/Método. 8º edição. 2013. Coautoria com José Fernando Simão. p.427.

próximos não é obstado, ainda que contrarie os interesses de seus pais, como no caso do contato afetivo entre netos e avós, sobrinhos e tios.

Nesta esteira, mister demonstrar a importância do princípio da afetividade, um dos pilares do Direito de Família Moderno e de importância inquestionável para a exposição do presente trabalho.

A fim de conceituar o afeto, Maria Elena de Oliveira Cunha traz ensinamento de grande valia:

Do ponto de vista da psicologia e psicanálise, o afeto terá diversos entendimentos, tendo em vista a existência de diversas teorias e os enfoques na compreensão da natureza psíquica do ser humano. De acordo com Luiz Alfredo Garcia-Roza (2005, p.104), “o afeto será organizado por meio da evolução da libido que ocorrerá nas etapas da vida humana que Freud denominou como: oral, anal, fálica, período de latência e genital”. Na concepção de Winnicott (2005, p.17), no afeto “nos tornamos pessoa em virtude da relação com outra pessoa”. Para Melanie Klein (2005, p.17), o afeto pode ser entendido como “núcleos internos atribuidores de significado às vivências e às relações enquanto estas estão ocorrendo”. De um modo geral, o afeto pode ser compreendido como um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido a sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.³⁸

Muito embora a Constituição pátria não possua o termo “afeto” ou “afetividade” em seu texto, é impossível afastar o viés constitucional da expressão, servindo esta de amparo a outros princípios constitucionais, como a própria dignidade da pessoa humana, já estudada.

Afirma Rolf Madaleno que o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movida pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana³⁹.

Como afirma Maria Berenice Dias,

³⁷ STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As Famílias em perspectiva Constitucional**. Editora Saraiva. 2011, p.93

³⁸ CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. **O afeto face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seus efeitos jurídicos no direito de família**. Artigo disponível em www.buscalegis.ufsc.br. Acesso em 10 de novembro de 2013.

³⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Editora Forense. 5ª edição. Rio de Janeiro, 2013. p. 28.

Como diz Teresa Wambier, a “cara” da família moderna mudou. O seu principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos.⁴⁰

Tamanho o valor e importância do princípio ora analisado, que, inclusive, os tribunais brasileiros vêm utilizando-o em suas decisões, havendo precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.⁴¹

Assim, em um terreno fértil, possibilita-se o advento de uma nova codificação civil, a qual mescla dispositivos históricos e clássicos da codificação anterior aos novos ideais constitucionais, proporcionando uma nova visão da família no Brasil. Mais uma vez, utilizam-se os sábios ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, o qual retrata, com propriedade o tema:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do Século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma paternidade responsável, e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas e aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação do filho, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.⁴²

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª edição. São Paulo, 2006. p.85.

⁴¹ “EMENTA: Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.” STJ REsp1026981 RJ 2008/0025171, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/02/2010, T3 - TERCEIRA TURMA

⁴² GONÇALVES, Carlos Alberto, **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 33-34.

Com o referido avanço e a concessão de novos direitos, sustentados por uma Constituição e por um Código mais flexíveis e abrangentes, calcados em novas ideias, amplia-se o conceito de família no Brasil, sendo reconhecidas diversas modalidades até então desprezadas. Tendo conceituá-la, Murilo Sechieri expõe que, em sentido amplo, família é o grupo formado pelas pessoas que descendem de um tronco ancestral comum e também por aquelas que são ligadas a esses descendentes pelo vínculo do casamento e da afinidade. Em outras palavras, família é, nesse sentido, *o grupo de pessoas ligadas pelo parentesco, seja este consaguíneo, civil ou decorrente da afinidade*. Já em uma concepção mais restrita, fala-se em *família-núcleo* ou *nuclear* para se referir à *comunidade formada pelos cônjuges, companheiros e os filhos do casal, se houver, e também à comunidade formada por um dos pais e os filhos*.⁴³

A doutrina identifica os tipos mais comuns de famílias possíveis e legítimas sob o direito brasileiro, cujas peculiaridades estudam-se para fins de esclarecimento do tema. Serão tratadas, nesta ordem, as instituições: (i) da família monoparental, (ii) da união estável, (iii) anaparental, (iv) homoafetiva. Ainda, será abordada a questão da relação paralela, e as paulatinas alterações do seu tratamento, também à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tem-se por família monoparental aquela formada por apenas um dos pais e sua prole. Tal entidade familiar está expressa na CF/88, em seu artigo 226, *verbis*: *Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*.

Na lição de Maria Helena Diniz⁴⁴:

A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um dos seus genitores, em razão de viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, produção independente, etc.

⁴³ NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 01.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p. 11.

Trata-se, em verdade, de um instituto com origem remota, visto que a viuvez é uma das formas pela qual se caracterizava a família monoparental, pois, com a morte do marido ou esposa, apenas um dos consortes continuará com a responsabilidade sobre o lar e os filhos.

Segundo Demian Diniz da Costa, é fundamenta a idéia de formação monoparental constituída por um homem e uma mulher, sem cônjuge, que vivem em união livre, ou casais com posterior separação e com a presença de filhos. Até os 25 anos o filho é considerado dependente econômico de seus genitores e até essa idade subsiste uma família monoparental.⁴⁵

No entanto, esse conceito de família não foi o único reconhecido em nossa Carta Magna, tendo em vista que não abarca todas as situações fáticas de relacionamentos.

Como é cediço, os laços de matrimônio são cada vez mais frágeis e a busca pela satisfação própria, pelo prazer, é crescente, fazendo com que exista cada vez menos interesse em se manter uma relação por muito tempo. Neste sentido, segue comentário de José Sebastião de Oliveira:

Como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental pode-se citar a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidade cogentemente estabelecidas, como ocorre no casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na união estável. (...). A monoparentalidade pode ter origem também no falecimento de um dos cônjuges ou companheiros. É uma causa acidental e que pode levar, de maneira compulsória, a que o cônjuge ou companheiro supérstite passe a viver com sua prole.⁴⁶

Ao lado desta instituição, outras convivências afetivas passaram a ser reconhecidas como legítimas pelo ordenamento brasileiro; dentre as primeiras, a da união estável.

Assim como ocorre na família monoparental, com a União estável encontramos a proteção constitucional na CF/88, em seu artigo 226, §3º, o qual

⁴⁵ COSTA, Demian Diniz da. **Famílias Monoparentais, reconhecimento jurídico**. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p.26

⁴⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

dispõe que: *Para efeito de proteção do Estado, é reconhecido como União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar na conversão em casamento.*

De fato, com o avanço/ampliação do conceito de família ou entidade familiar, não é outro o caminho vislumbrado. No entanto, o processo de reconhecimento desta modalidade foi árduo, porquanto, até o advento da Carta de 1988, tal relação era tida como concubinato, orientada pelo Código de 1916, o qual restringiu os direitos à relação.

Com o advento do Código Civil de 2002, tem-se um conceito moderno de União Estável, pelo artigo 1723 do diploma: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Na visão de Rodrigo de Luiz Ferreira Rocha,

A união estável tem de preencher os requisitos objetivos e os requisitos subjetivos. Foram estabelecidos como requisitos objetivos a diversidade de sexos, a inexistência de impedimento matrimonial, a vida em comum sob o mesmo teto, o período transcorrido na convivência, notoriedade e fidelidade, e como requisitos subjetivos, a convivência *more uxorio* e *affectio maritalis*.⁴⁷

Na análise dos elementos citados, o nobre autor explica que a notoriedade não enseja a publicidade, mas cobra que não seja secreta a relação. Quanto à estabilidade ou duração prolongada, não se tem um tempo mínimo de convívio pré-fixado, mas o bastante para que se configure a intenção de constituir família.

No que pertine à *affectio maritalis*, cumpre salientar que esta se refere ao sentimento dividido pelo casal, sendo tratado da seguinte forma por Murilo Neves:

Deve-se verificar a existência entre eles da chamada *affectio maritalis*, própria das relações entre marido e mulher. Deve haver um laço espiritual, um compromisso entre os partícipes de tal relação. Não há necessidade de que o casal viva sob o mesmo teto. É

⁴⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.141.

indispensável, no entanto, que ambos adotem posturas compatíveis com a vontade de formar um núcleo familiar.⁴⁸

Destarte, para caracterização de tal modalidade familiar, imprescindível o afeto, um vínculo imaterial que os une, a fim de possa-se fornecer a devida guarida constitucional à união.

Ainda, temos a família anaparental como outra forma de convívio que deve receber proteção. Como leciona Berenice Dias, “não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora de proteção jurídica”.⁴⁹ Assim, temos a formação da família anaparental, ou seja, família sem a presença dos pais, podendo ser composta de irmãos, tios, sobrinhos, primos, etc.

São inúmeros os casos atuais em que percebemos a responsabilidade que recai sobre um irmão mais velho com relação ao outro mais novo, ou sobre um primo, diante do abandono dos pais ou sua morte, caracterizando-se a família anaparental, desvinculada da figura dos genitores.

Ainda, frisa-se não bastar a convivência para a caracterização da família anaparental. Se dois amigos, ou duas amigas convivem por grande período de tempo, dividindo anseios e emoções, além do sustento, como acontece em uma república de estudantes, não será reconhecida tal entidade, necessitando-se o intuito de permanência para caracterização de tal entidade familiar. É prevista na jurisprudência pátria a impenhorabilidade de imóvel habitado por irmãos solteiros, desprovidos de ascendentes, conforme acórdão que segue:

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM

⁴⁸ NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 169.

⁴⁹ DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p. 48.

DELES.RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.(STJ - REsp: 159851 SP 1997/0092092-5, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 19/03/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/06/1998 p. 100)

Objeto de atuais divergências, mas recentemente englobada na totalidade de proteção do casamento, tem-se a família homoafetiva. Muito se relutou, de encontro a diversas legislações estrangeiras, em reconhecer tal união como entidade familiar. O casamento, no ordenamento jurídico pátrio, sempre teve como um dos pré-requisitos de existência a diversidade sexual, ou seja, um homem poderia apenas contrair núpcias com uma mulher. Tal modalidade familiar, recentemente reconhecida, derruba frontalmente tal exigência, permitindo a união, pelo casamento, de duas pessoas do mesmo sexo.

Até bem pouco tempo, a solução dada por alguns tribunais brasileiros era equiparar a união homoafetiva à união estável, reconhecendo-a quando do preenchimento dos requisitos daquela – continuidade, durabilidade e convivência pública. Relativamente a tais requisitos, Maria Berenice Dias alertava para o descabimento “da exigência da mesma publicidade de convivência dos heterossexuais, porquanto seguem os homossexuais sendo alvo de incessante preconceito, sendo perfeitamente compreensível a sua necessidade de discrição, para não sofrerem prejuízos, inclusive de ordem profissionais”, crítica bastante razoável.⁵⁰

Enfim, é reconhecida, com muita justiça, a união homossexual como entidade familiar, com possibilidade de casamento entre dois homens ou duas mulheres que a formam, possibilidade de adoção pelos consortes, uso de nome do companheiro, reconhecimento de direito a alimentos e sucessórios. Hodiernamente, é pacífico na jurisprudência a previsão de tais situações.

Como ensina Carlos Pamplona Côrte-Real, admitir o acesso ao matrimônio reflete o direito de os homossexuais serem tratados com igual consideração pelo ordenamento jurídico. A modelação sexual do casamento é livre e

⁵⁰ DIAS. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p. 49.

personalizadamente feita por cada casal, no contexto e na privacidade da comunhão de vida que lhe é inerente.⁵¹

Trata-se de um grande salto na justiça brasileira, demonstrando-se um grande avanço social e possibilitando a proteção jurídica a pessoas que não detinham tal guarida e eram impossibilitadas de realizar seus sonhos, unindo-se com quem de fato os ama, possuindo os mesmos direitos dos heterossexuais. Conforme se argumenta no presente trabalho, a afetividade ganha espaço como definidora do conceito de família, em detrimento de formalidades legais e requisitos biológicos.

Nesta senda, qual seja, a de avanço social e jurídico, com o surgimento de diversas modalidades familiares, surge a problemática da família paralela. Como é cediço, a monogamia é um dos princípios basilares do direito de família, mais precisamente, do casamento, encontrando amparo no inciso VI, do artigo 1521, do Código Civil Brasileiro. Ainda, conforme o artigo 1723 CC, não se constituirá a união estável se ocorrer um dos impedimentos para o casamento. Como ensina Silvio Rodrigues “a família ocidental se assenta no casamento monogâmico, sendo violenta a reação do legislador à bigamia, manifestando-se, no campo civil, por meio do impedimento para um segundo casamento, já que no campo penal pune o crime de adultério”.⁵²

Assim, tem-se por inconcebível a coexistência de dois casamentos paralelos ou uma união estável e um casamento não dissolvido. Marco Aurélio S. Viana mostra-se extremamente contra o concubinato, afirmando que:

(...) o contingente moral que a união estável exige, pois o que se tem é uma aparência de casamento, os deveres que dela emanam, a sua relevância como forma de constituir uma família, todos esses fatores autorizam dizer que o concubinato múltiplo jamais poderá gerar efeitos não merecendo a tutela da legislação especial.

Não merecem guarida estatal as relações paralelas à União Estável e / ou ao casamento válido e em vigor, por contrariarem a obrigação inerente ao casamento e à união estável, de fidelidade e lealdade, respectivamente. Tendo

⁵¹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Homoafetividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal**. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 137.

⁵² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, Direito de Família**. Saraiva: São Paulo, 28ª ed, 2004, p.44.

deixado de ser ilícito penal, permanece o adultério como ilícito civil,⁵³ o que impede, principiologicamente, a proteção de relações paralelas, salvo extremas exceções.

Contudo, por mais que moralmente seja inequívoco tratar-se de relação ilegal, diante de sua ocorrência, deve-se verificar com razoabilidade como ficarão os direitos dos companheiros das pessoas casadas. É crescente, em nossas Cortes, o reconhecimento de direitos a pessoa que esteve unida por grande lastro temporal com outra, como se marido ou esposa fosse, a despeito daquele já se encontrar casado. E não poderá ser outra conclusão, visto a realidade brasileira. Evidentemente, desta união, em seus meandros mais íntimos, surgiram expectativas, desejos, planos, se contar o maior bem do todos: os filhos. Nesse sentido, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do RS, conforme ementa respectiva:

EMENTA:

“APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO E OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE. PARTILHA DE BENS. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO ". ALIMENTOS. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união estável entre a autora e o réu em período concomitante ao seu casamento e, posteriormente, concomitante a uma segunda união estável que se iniciou após o término do casamento. Caso em que se reconhece a união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o réu. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. O mesmo se verificando em relação aos bens adquiridos na constância da segunda união estável. Eventual período em que o réu tiver se relacionado somente com a apelante, o patrimônio adquirido nesse período será partilhado à metade. Assentado o vínculo familiar e comprovado nos autos que durante a união o varão sustentava a apelante, resta demonstrado os pressupostos da obrigação alimentar, quais sejam, as necessidades de quem postula o pensionamento e as possibilidades de quem o supre. Caso em que se determina o pagamento de alimentos em favor da ex-companheira.” APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022775605, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 07/08/2008)

⁵³ Por certo, é atípica a situação do concubinato putativo, no qual um dos envolvidos crê estar vivenciando uma relação legal, agindo de boa-fé e desconhecendo o casamento e coabitação da pessoa com quem se relaciona. No entanto, não basta a alegação de boa-fé, é preciso diligenciar no sentido de obter informações precedentes sobre o companheiro, como ensina Yussefe Saide Cabral: “não basta boa-fé, a errônea representação da realidade, mas se reclama tenha sido usada certa diligência visando atingir, ainda que sem êxito, a exata notícia da coisa, confirmando assim a boa-fé no resultado negativo da atividade intelectual exercida para se conhecer a verdade”. MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Editora Forense. 5ª edição .Rio de Janeiro, 2013. p.16.

Tal tipo de solução a casos concretos é cada vez mais comum, concedendo-se direitos patrimoniais aos filhos, à esposa e à companheira, a fim de se evitar enriquecimento ilícito de uma das partes. Cita-se, ainda, ementa exarada pela Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual figurou como relatora Maria Berenice Dias, evidenciando a necessidade de adequação a realidade fática, não como forma de entusiasmar ou estimular uma prática antijurídica, qual seja, a do concubinato, as relações paralelas, mas sim de garantir ao companheiro o que lhe é devido, tendo em vista o afeto envolvido.

Nesse sentido, segue a ementa do referido julgado:

EMENTA:

“EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. RECONHECIMENTO. Ainda que o falecido não tenha se separado de fato e nem formalmente da esposa, existindo a convivência pública, contínua, duradoura e o objetivo de constituir família com a companheira, há que se reconhecer a existência da união estável paralela ao casamento. O aparente óbice legal representado pelo § 1º do art. 1723 do Código Civil fica superado diante dos princípios fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, principalmente os da dignidade e da igualdade. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA. (SEGredo DE JUSTIÇA)” (Embargos Infringentes Nº 70020816831, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 14/09/2007)

Conforme se viu desta primeira parte do estudo, salutares as modificações que ocorrem nas últimas décadas no âmbito do conceito de família, a aproximar-se a sua identificação por laços de afinidade, que então são reconhecidos pelo direito como verdadeiros vínculos jurídicos. É neste contexto e à luz dos princípios analisados que se pode chegar à segunda parte do presente estudo, relativamente à paternidade socioafetiva, e argumentar-se o seu perfeito encaixe com o direito privado brasileiro, no estágio em que se encontra.

B. Dentro das novas famílias: o hodierno conceito de filiação

B.1. A evolução do conceito de filiação frente às novas problemáticas sociais

O conceito de filiação, acompanhando a evolução de cada sociedade em sua compreensão de família, sofreu mutações ao longo dos tempos, não possuindo o mesmo significado para todas as gerações. Hodiernamente, com o reconhecimento da igualdade entre os filhos, insculpida no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, pode-se definir que “a filiação trata da relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, ligando uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”.⁵⁴

Porém, nem sempre foi assim. No período que antecedeu nossa Carta Magna, havia séria distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, distinção esta, oriunda do direito romano e reforçada pelo direito canônico, como leciona Gonçalves:

Filhos legítimos eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. Naturais, quando entre os pais havia impedimento para o casamento. Espúrios, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser adulterinos, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e incestuosos, se decorressem do parentesco próximo, entre pai e filha ou entre irmão e irmã.⁵⁵

⁵⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28.ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6.p.80.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.p.305.

Não há, pois mais espaço para a distinção entre família legítima e ilegítima, existente na codificação anterior ou qualquer outra expressão que deprecie ou estabeleça tratamento diferenciados entre os membros da família. Isso porque a filiação é um fato da vida⁵⁶.

Assim, a supremacia dos interesses dos filhos, sua cidadania e dignidade humana foram elevadas a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, não mais se admitindo discutir e diferenciar pela origem⁵⁷.

Logo, como visto acima, tal distinção perdeu sentido, sendo reconhecida a igualdade entre os filhos, independentemente do fato de ter sido gerado sob a égide do matrimônio ou de qualquer outra relação. Ainda, quanto à alteração legislativa, frisa-se que:

O princípio da dignidade humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. A Constituição, no artigo 1º, o tem como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (artigo 226, § 7º). (...) No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matrizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico bill of rights, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.⁵⁸

⁵⁶ STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família.** As Famílias em perspectiva Constitucional. Editora Saraiva.2011p.612

⁵⁷ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e a Socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre : Síntese e IBDFAM, v14, p. 128-129, jul/ago/set.2002.

⁵⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Direito Civil: Atualidades.** Editora Del Rey. 2003. p. 209.

No âmbito da proteção da filiação, a fim de trazer paz ao seio familiar, colaborando para a estabilidade entre os cônjuges, surge a presunção de paternidade. Entende-se que a prole esperada pela esposa foi fecundada pelo seu marido, numa relação de fidelidade, tal como no Direito Romano. Como leciona Pereira:

[...] não se podendo provar diretamente a paternidade, toda a civilização ocidental assenta a idéia de filiação num 'jogo de presunções', a seu turno fundadas numa probabilidade: o casamento pressupõe as relações sexuais dos cônjuges e fidelidade da mulher; o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. E, em conseqüência, 'presume-se filho o concebido na constância do casamento'. Esta regra já vinha proclamada no Direito Romano: *pater is ET quem iustae nuptiae demonstrant*.⁵⁹

Tal presunção tem origem no brocardo romano já referido *Pater is est iustae nuptiae demonstrant*, reduzida à *pater is est*, pelo qual, seguindo a linha da citada presunção legal, presume-se do marido o filho quando na constância do casamento. Tal forma vem disposta no artigo 1597⁶⁰ do Código Civil Brasileiro. A presunção *pater is est* é uma presunção legal, imposta pelo legislador como meio de provar a paternidade diante da impossibilidade de demonstrar de outra forma a relação paterno filial, e assim expressa uma regra imperativa, vinculada à própria instituição do casamento, cuja união é tida como sagrada e institucionalmente regulada, dela advindo as obrigações dos esposos, de coabitação e de fidelidade, e se presentes estes deveres a filiação é naturalmente presumida, até prova em contrário, que na atualidade alcança absoluta certeza científica, tornando obsoletos todos os demais meios existentes.

Da análise do mencionado dispositivo, relativos à presunção ora tratada, verifica-se que os dois primeiros incisos restringem-se ao fator temporal como determinante para a presunção *pater is est* de paternidade. Segundo Gonçalves, os

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.274.

⁶⁰ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga

dois primeiros incisos referem-se aos períodos mínimos e máximo de gestação viável na constância do casamento.⁶¹ Assim, aquele que nascer dentro de um período de cento e oitenta dias até o início da convivência conjugal, presume-se filho do esposo de sua mãe.

Mister salientar a necessidade da convivência conjugal, sendo esta indispensável para que se possa presumir a filiação. Ainda, os nascidos até trezentos dias após o término ou dissolução da sociedade conjugal, presumir-se-ão filhos dos ex-esposos da mãe da criança. Tais prazos, conforme mencionado, utilizaram como base os intervalos mínimo e máximo gestacionais, assim, mesmo que supere os “normais” nove meses de gravidez, se ocorrer o parto dentro do mencionado prazo, ocorrerá a presunção *pater is est*.

Tal presunção, por evidente, se restringe aos cônjuges, não abrangendo pessoas separadas, divorciadas, solteiras, ou que resolveram ter filhos entre si.

Ainda, faz-se necessário adentrar na filiação por presunção na fecundação assistida. Assim, figura que deve ser tratada pelo direito atual é a da inseminação artificial, forma de fecundação assexual⁶² hoje método contraceptivo bastante difundido e acessível. Tem-se por inseminação artificial uma forma de fecundação na qual é ausente o ato sexual, logo, sêmen e óvulo se encontram por meios não naturais, em laboratório altamente especializado. Duas espécies há de inseminação artificial: a homóloga e a heteróloga.⁶³

Na inseminação artificial homóloga, utiliza-se o sêmen do marido para fecundar o óvulo da esposa, proporcionando ao casal a possibilidade de ter filhos, afastada anteriormente, pela incapacidade do marido, da mulher, ou de ambos, para gerar, pois seu sêmen pode estar congelado há muito tempo⁶⁴.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 6.

⁶² FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Renovar. Rio de Janeiro, 2005.p.28

⁶³ Ibidem, p.28.

⁶⁴ A duração do sêmen congelado é praticamente indefinida: nos Estados Unidos têm sido obtidas fecundações com esperma congelado durante vários anos sem que a sua qualidade seja alterada. Não obstante, na atualidade o sêmen humano não é conservado durante demasiados anos (cinco anos, segundo a lei espanhola), ainda que numerosos trabalhos veterinários pareçam demonstrar, com uma prática de mais de vinte anos, que a conservação a frio não produz desordens genéticas; ou seja, não produz alterações no material genético responsável pela transmissão dos caracteres

Tal possibilidade vem disposta no já exposto inciso III do artigo 1597 do Código Civil e deixa claro que, hodiernamente, a incapacidade *coendi* ou *generandi*, ou seja, a impossibilidade de ter relações sexuais ou gerar filhos não é mais suficiente para excluir a presunção de paternidade do marido.

Questão interessante é a que pertine à possibilidade de ocorrer a inseminação artificial homóloga após o falecimento do cônjuge. Uma vez que o sêmen está congelado, como outrora exposto, a fecundação pode ocorrer décadas aos a morte do esposo cedente do material genético. Ocorrer que, em tese, seria necessária a autorização do marido para fecundar. O artigo que trata do assunto na codificação civil não é claro quanto à preexistência de autorização expressa do falecido, ao contrário do previsto no direito espanhol, onde há regulamentação do tema, exigindo-se autorização por escritura pública ou testamento.

Diz-se da inseminação artificial heteróloga, de outro lado, aquela realizada com material genético de terceiro, ou seja, pessoa que não o marido, sendo imprescindível o consentimento deste.

O espermatozoide do doador fica congelado em um banco, com o “devido sigilo quanto à identidade do doador”, sendo apenas asseguradas informações quanto a cor dos olhos, cabelo, porte físico etc enfim, suas características morfológicas. Na lição de Eduardo de Oliveira Leite “o doador deve possuir a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com o receptor”⁶⁵.

Tema interessante é o que diz respeito ao consentimento e retratação da para o procedimento da inseminação artificial heteróloga. No que pertine a este assunto, é categórica a lição de Silmara Juny Chinelato,

A prévia autorização do marido para a inseminação artificial heteróloga já retira da lei qualquer presunção, pois não há como reputar presumido o que foi expressamente consentido, porque nenhuma clínica irá aplicar a técnica de reprodução humana medicamente assistida sem o exposto consentimento, e se houve prévia autorização a retratação também precisa ser escrita, oficialmente comunicada, até porque o consentimento marital não é obrigatoriamente vitalício e irreversível, guarda limites temporais, condicionados à subsistência do casamento ou da união estável. A retratação do consentimento só pode ser admitida enquanto não ocorreu a

hereditários. FERNÁNDEZ, María Carcaba. **Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995, p19.

⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo:RT, 1995. p.39

fecundação, porque depois da concepção a lei põe a salvo os direitos do nascituro.⁶⁶

Assim, só há falar em presunção de paternidade, se tal processo ocorrer quando da vigência do casamento ou união estável, devendo haver coabitação e convivência dos consortes, não sendo possível se presumir a filiação de quem está faticamente separado.

Outra figura bastante polêmica atualmente e propícia a impasses jurídicos é a da mãe de substituição. Conforme lição de Eliana Cristine da Silva, esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do zigoto ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe.⁶⁷ Tal modalidade, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, engloba duas modalidades: A mãe portadora, a qual empresta o útero saudável para receber os embriões do casal; e a mãe de substituição que, além de conceder o útero, pode ceder os óvulos, havendo fecundação com o esperma do marido na mulher infértil, comprometendo-se a gerar a prole e entregá-la ao casal.

Tal filiação é admitida pelo ideal de parentalidade, sendo regulada no Brasil pela Resolução n. 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que admite a doação de óvulos em determinados casos, como falha em processo de fertilização *in vitro*, endometriose, abortos sucessivos etc.

No entanto, cumpre salientar que tal modalidade não pode ser alvo de comércio, porquanto é inadmitida a prática com fins lucrativos, tratando-se de doação compartilhada e altruísta, podendo-se conceber inclusive a existência, no futuro, de banco de óvulos criopreservados, tal como ocorre com os gametas masculinos.⁶⁸

⁶⁶ CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord). São Paulo, 2004. V.18.p.50.

⁶⁷ SILVA, Eliane Cristine da. **Aspectos jurídicos relevante da reprodução humana assistida**. In: Temas polêmicos de Direito de Família. MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. p.252.

⁶⁸ DONADIO, Nilka Fernades; DONADIO, Nilso e Cavagna, Mário. **Ovodoação**. In: Tratado de reprodução assistid. DZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; Cavagna, Mário e AMARAL, Waldemar Naves do (Org.). São Paulo: Segmento Farma Editores, 2010,p.257.

Urge salientar que a mencionada técnica de útero de substituição quebrou a presunção *mater sempre certa est*, deixando esta de ser absoluta e passando a ser relativa, tendo em vista que o avanço da ciência colaborou neste sentido, para se duvidar se a mãe parturiente é a que de fato será a mãe da criança.⁶⁹

Mas, apesar de tal conclusão, é mister que se garanta tal possibilidade, prevista em nosso ordenamento jurídico, a fim de que se possibilite que pessoas incapazes de gerar filhos naturalmente, possam constituir família da maneira como sempre sonharam, mais uma vez despontando o viés da afetividade como norteador da filiação.

Assim, o conceito de filiação precisou se alargar nas últimas décadas, para abarcar sob seu manto novas figuras, novas famílias, filhos que o são pelo amor e carinho daqueles que se consideram seus pais, ainda que biologicamente não o sejam. Neste contexto, possível falar-se em parentalidade socioafetiva.

Por fim, relativamente aos casos de presunção *Pater is est*, dispostas no artigo supra, temos a advinda dos embriões excedentários em concepção artificial homóloga. Como leciona Paulo Luiz Netto Lôbo, embrião é o ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimentos intrauterino, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação *in vitro*, cuja hipótese é cogitada no inciso IV do artigo 1.597.⁷⁰

No entanto, como já afirmado, o estudo apresentado trata-se de presunção *iuris tantum*, ou seja, relativa. Logo, pode ser impugnada. A codificação civil vigente prevê duas hipóteses de impugnação de paternidade: a estabelecida no artigo 1601⁷¹ do Código Civil, a qual confere ao marido direito de contestar a paternidade dos filhos advindos de relação com sua esposa e a prevista no artigo 1614⁷² do Código Civil, a qual possibilita que o filho maior impugne o reconhecimento, nos primeiros 4 anos de sua maioridade ou emancipação.

⁶⁹ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p.42.

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2001.

⁷¹ Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

⁷² Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

Quanto à primeira, possibilita-se que o marido, e só ele – portanto, ação personalíssima - conteste a paternidade em virtude de sua incapacidade para gerar, a conhecida impotência *generandi*, possuindo patologia quando da constância do casamento, ou quando provar o adultério da esposa, demonstrando que o filho foi produto de relação extraconjugal da esposa com terceiro.

No que tange à segunda hipótese, esta se refere ao filho maior, nos primeiros 4 anos de maioridade. Cabe, por oportuno, destacar que tal fixação de prazo mostra-se equivocada, afastada sua interpretação literal pela jurisprudência, tendo em vista não ser compatível com a imprescritibilidade das ações de estado da pessoa.⁷³

Como consequência da presunção, temos o reconhecimento de paternidade. O reconhecimento voluntário ocorre quando os genitores comparecem, de forma espontânea, ao cartório, a fim de registrarem os filhos como seus. Este reconhecimento cria vínculo afetivo entre a prole e seus pais, constitui vínculo jurídico e é acompanhado de direitos e deveres inúmeros reconhecidos pela ordem jurídica, como os já mencionados nome, trato, deveres de sustento, carinho, direitos de ordem pessoal e patrimonial.

No ordenamento pátrio, são quatro as formas de reconhecimento voluntário, a saber: (i) no próprio termo de nascimento, quando o pai ou procurador com poderes especiais, comparece ao registro público e declara o nascimento de seu filho; (ii) por escritura pública, quando pode ocorrer de forma incidental, como em um contrato de locação ou compra e venda, bastando a declaração de paternidade; (iii) por testamento cerrado, público ou particular, da mesma forma como acontece na escritura pública, podendo ser de maneira incidental, sendo suficiente manifestação inequívoca de paternidade; e (iv) por manifestação direta e expressa perante o juiz por termo, caso em que equivale, de igual forma, à escritura pública.

Apesar de ser esta a situação ideal esperada, a paternidade pode não ser reconhecida voluntariamente. Nesta hipótese, poderá haver reconhecimento pela via judicial, em ação de investigação de paternidade ou maternidade, de cunho declaratório, sendo tal ação imprescritível, conforme Súmula 149 STF: *É*

⁷³ Nesse sentido julgado do TJRS, AC 70000833517, Rel. Maria Berenice Dias. DJ 9.6.2000.

imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

O fato gerador da mencionada ação é a recusa pelo pai ou da mãe de reconhecerem a prole, restando superada a norma segundo a qual era proibido reconhecimento de filhos havidos em relações incestuosas ou adúlteras, a qual vigia no início do século XX.⁷⁴ Trata-se, portanto, de medida coercitiva para constituição do estado de filiação. No ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves:

(...) o reconhecimento tem natureza declaratória. Serve apenas para fazer ingressar no mundo jurídico uma situação que existia de fato. Repousando sobre a filiação biológica, a filiação jurídica, mesmo que declarada muito tempo depois do nascimento, preenche todo o espaço decorrido em que não existiu o reconhecimento. Retroage até à época da concepção, no sentido de o reconhecimento adquirir todos os direitos que porventura se tenha concretizado e atualizado *medio tempore*⁷⁵

No que pertine aos meios de prova nas ações de filiação, são admitidas as provas classicamente aceitas no Direito, sendo possível a utilização da confissão, prova documental, testemunhal e pericial. Sobre o do verbo provar, dispõe Fernando Simas Filho:

Provar é representar atos passados. Representar, em linguagem forense, significa, tornar presente, fatos que já se passaram. A testemunha, por exemplo, apresenta ou relata ou Juiz, fatos de que teve conhecimento. Provar é também, procurar a verdade sobre o que se discute. É levar ao Juiz, a certeza de como um fato aconteceu; é dar ao Juiz, elementos para que o mesmo forme a sua convicção.⁷⁶

A prova documental pode consistir em instrumento público ou particular, consideram-se públicos os escritos em livros oficiais, sendo possível se extrair

⁷⁴ O artigo 363 do Código Civil Brasileiro de 1916 previa: Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai; II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

⁷⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume 6.** direito de família. 9ª edição. Editora Saraiva. p. 333.

⁷⁶ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade.** 5. ed. Curitiba: Juruá, 1996. p.183

certidões pelo Oficial de Registro Público. O documento particular tem a obrigatoriedade de conter a assinatura do suposto pai, sendo desnecessário o reconhecimento da mesma.

Na opinião do referido autor, inúmeros documentos podem servir como prova na ação de paternidade, como as cartas, supostamente enviadas pelo investigado à mãe do investigante, substituídas na atualidade pelos correios eletrônicos (e-mails e outros chats de relacionamento), assim com cartões, bilhetes e até pequenas anotações ou insinuações a permitir a extração da ilação de paternidade.

No que pertine à prova testemunhal, é mister afirmar que se trata de prova importantíssima na ação de paternidade, porém, deve-se ter cautela em sua utilização. A testemunha pode comparecer e fornecer dados imprecisos e não colaboradores para solução do litígio, tendo em vista que se trata de relação absolutamente íntima. Outra vez, importante a lição trazida por Simas Filho:

Os três requisitos para a valoração da prova testemunhal são os seguintes: a coerência interna do depoimento; o conhecimento direto da ocorrência e o tempo dessa observação; e finalmente, as falhas do testemunho, por deficiência de percepção, memorização, ignorância, dificuldade de reprodução, carência verbal ou algum outro motivo.⁷⁷

Assim, muito embora seja de origem remota a utilização do testemunho para corroborar na ação de filiação, tem-se por imprescindível que se utilize os demais meios de prova, na grande maioria dos casos, porquanto há grande risco de falibilidade.

Ainda, é previsto no ordenamento vigente a prova pericial, a qual, sem dúvida, contribui eficazmente para a determinação da paternidade ou maternidade. Tal prova tem sua origem na evolução científica ocorrida nas últimas décadas, com o estudo avançado do DNA, possuindo alto grau de confiabilidade, sendo amplamente estendida a função do perito no processo de investigação

Acerca de tal sistema Maria Christina de Almeida explica que:

⁷⁷ SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1996. p.191

Com a amostra sanguínea do suposto pai, da mãe e do filho, fazia-se a separação dos leucócitos (glóbulos brancos), para verificar a incidência ou não nas amostras de antígenos, capazes de excluir, ou considerar viável a paternidade. A avaliação era realizada utilizando-se vários antígenos diferentes, de sorte a reduzir a margem de erro, embora não se pudesse reputar, à época, resultado absolutamente conclusivo em favor da paternidade.⁷⁸

Por último, salienta-se que a confissão, na ação ora tratada, equivale à admissão, sendo automaticamente concedida a procedência, determinando-se o reconhecimento da filiação. Destarte, evidencia-se o valor das provas na ação de paternidade, sendo, inequivocamente, imprescindível que se avalie o conjunto probatório, a fim de se apurar, com o maior grau de certeza possível, o reconhecimento da filiação.

Afora a questão do reconhecimento de paternidade, algumas novas questões têm aparecido, ou melhor, ganhado destaque na realidade social nos últimos tempos, mormente a concepção e gestação de filhos por meios outros que a relação sexual entre um homem e uma mulher, despontando neste âmbito a inseminação artificial, e a chamada “mãe de substituição”. A polêmica e as dificuldades geradas, que são deixadas à jurisprudência solucionar, devem inserir-se nesse cenário de valorização da afetividade no estabelecimento da relação parental.

B.2. Ascensão da socioafetividade como critério determinante da filiação no direito brasileiro

Como foi tratado no presente trabalho, o conceito de família sofreu profundas transformações ao longo dos tempos. Porquanto são temas que

⁷⁸ ALMEIDA, Maria Chirstina de. **Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.128.

pertencem à mesma disciplina e estão interligados, o conceito de filiação passou por diversas transformações, possuindo muitos significados, alguns já trabalhados.

Hodiernamente, encontramos uma tendência cada vez maior de analisarmos a filiação sob o ponto de vista sociológico, independentemente da origem biológica/genética. Assim, ganha relevo a socioafetividade, a qual se manifesta pela relação de afeto do pai que se dedica, dá carinho, amor, companheirismo, educação, solidariedade ao seu filho. Nas palavras de Luiz Edson Fachin, pertinentemente:

(...) sendo a paternidade um conceito jurídico, e, sobretudo, um direito, a “verdade biológica” da filiação não é o único fator a ser levado em consideração pelo aplicador do direito: o elemento material da filiação não é tão-só o vínculo de sangue, mas a expressão jurídica de uma “verdade socioafetiva”. O elemento socioafetivo da filiação (presente timidamente no Código Civil de 2002 no art. 1593) reflete a verdade jurídica que está para além do biologismo, sendo essencial para o estabelecimento da filiação.⁷⁹

Tal tema vem sendo tratado pela doutrina e jurisprudência pátria, a qual reconhece, cada vez com mais força, a paternidade baseada nos laços afetivos. De regra, são vastos os casos de “pais não pais”, que não assumem suas obrigações no papel de pai, ou seja, de pessoas que simplesmente geraram sua prole e, daí em diante, não tiveram o mínimo de carinho para com seus filhos, ou, até mesmo, os abandonaram. Assim, nada mais justo que se reconheça a paternidade afetiva, aquela em que alguém nutre amor incondicional por uma criança, protegendo-a dos perigos da vida, dando-lhe atenção e carinho.

Como visto, o conceito de filiação, em seu significado mais primitivo, nos remetia à ideia de uma relação triangular baseada no laço da consangüinidade. Assim, havia a necessidade de que o pai de determinada criança fosse aquele portador do gameta que houvesse fecundado o óvulo de sua mãe.

No entanto, com o transcorrer do tempo, tal termo foi mitigado, tendo a verdade biológica perdendo espaço para a afetividade, como determinante para a formação do vínculo materno/paterno. Sobre tal transformação, lecionou Paulo Luiz Netto Lôbo que a filiação não é um determinismo biológico, ainda que a natureza

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. p.7-38. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.5, n. 17, 2003. p.26.

humana nos impila à procriação, mas uma construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já estiver sido constituída na convivência duradoura com pais sócio-afetivos ou quando derivar da adoção.⁸⁰

Ainda, com intuito de distinguir a função de genitor e a de pai, demonstrando o valor do fator afetivo, em detrimento ao biológico, traz-se excerto de texto publicado na revista brasileira de direito de família:

Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Afinal, qual a diferença razoável que deca Haber, para fins de atribuição de paternidade, entre o homem doador de esperma, para inseminação heteróloga, e o jovem que mantém uma reação sexual ocasional e voluntária com uma mulher, da qual resulta concepção? Tanto em uma quanto em outra situação, não houve intenção de constituir família

Evidentemente, não é toda relação de afeto que possuirá o condão de criar vinculação paterna, porquanto é necessário o desejo de constituir a situação de forma perene, diferenciando-se os termos relação e vinculação. Para poder haver o reconhecimento da filiação socioafetiva, faz mister que o pai afetivo exerça “ as funções ” , faça “as vezes” que seriam, num primeiro momento, atribuídas, ou, esperadas, do pai biológico, com a demonstração de carinho, zelo, responsabilidade, por longo período de tempo, a fim de que se possa determinar a formação de vínculo entre pai e filho socioafetivo.⁸¹

Segundo a lição de Maria Berenice Dias, a noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza no estabelecimento da filiação⁸².

Quanto aos elementos caracterizadores da posse de filho afetivo, não se pode taxá-los, visto que a formação da filiação socioafetiva é extremamente subjetiva, fazendo-se uso dos mais variados elementos, a fim de que se possa

⁸⁰ LÔBO NETO, Paulo Luiz. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 5, 2007. p.22.

⁸¹REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA nº 01 (O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 72).

⁸² DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2007. p. 320.

determinar, caso a caso, a constituição de tal vínculo, não se restringindo à tríade nome, trato e fama. Na visão de Fachin⁸³

não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam. [...] a tradicional trilogia que a constitui (nomen, tractatus e fama), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos.

Assim, é inarredável a apreciação dos fatores supracitados para a melhor avaliação do tema. No que pertine a estes elementos – *nomnatio*, *tractatiu* e *reputatio* – é necessário fazer uma análise pormenorizada, com intuito de demonstrar sua importância na posse de estado de filho afetivo, para a constituição da filiação socioafetiva.

Como ensina Maria Berenice Dias *o nome dos pais e dos ancestrais comprova que a pessoa está inserida em um grupo familiar. O patronímico pertence à entidade familiar e identifica os vínculos de parentesco.*⁸⁴

Em verdade, tal atributo não carrega consigo importância tal que sua ausência descaracterize a posse de estado de filho, não sendo um fator decisivo, portando um caráter formal. É comum a utilização do simples prenome pelos filhos, sendo que *este pode nunca ter usado na composição do seu nome o patronímico do pai.*⁸⁵

No “trato” ou *tractatus* tem-se uma ideia diferente de exposta quando da análise do nome. O trato não se restringe à mera formalidade, ele advém da convivência, do dia-a-dia, ao tratamento que é dado ao filho numa relação paterno-filial. Trata-se, sem dúvida, do elemento mais importante a ser analisado para verificar posse de estado de filho afetivo, visto que carrega a afetividade em si, sendo esta intrínseca a ele.

⁸³ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992. p.83.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4ª ed. Ver.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 120.

⁸⁵ NOGUEIRA, Jaqueline Filguera. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico.** 1. ed. São Paulo : Memória Jurídica, 2001. p. 302.

Segundo Eduardo dos Santos achar o livro depende da personalidade de cada pessoa, do seu temperamento e caráter, da sua categoria e condição social, situação econômica e familiar, grau de educação e instrução e hábitos, isso porque se pode chamar alguém de filho sem lhe dar, entretanto, o tratamento de filho. Para o jurista, o tratamento de filho é (des)velado através de duas condutas: a primeira, pelos atos de proteção e amparo econômico (sustento, vestuário, educação ou colocação); a segunda, pela afetividade por parte dos pretensos pais (carinho, ternura, desvelo, amor, respeito). Não basta a prática de um ato isolado, com sentido incerto, isto é, não são suficientes meros fatos episódicos, sem relevância. Exige-se reiteração, regularidade e seqüência. Os atos equívocos, clandestinos, esporádicos, avulsos e isolados não revelam tratamento.⁸⁶

Dessa forma, requer-se uma continuidade de tratamento em relação ao pretense filho, dispensando o máximo de esforço para proporcionar uma vida saudável, tanto econômica como emocionalmente, contribuindo na formação do caráter do ser humano em desenvolvimento. O autor português Tomás Oliveira e Silva contribui com seu ensinamento:

O tratamento é uma realidade objetiva; um conjunto de manifestações, de atos voluntários do pretense pai, de caráter moral, econômico e social, tendo como destinatário o pretense filho, em termo que legitimem o juízo de que a sua motivação é, exatamente, aquela convicção da paternidade.⁸⁷

Já a “reputação” ou *reputatio* é o elemento responsável pela manifestação perante à sociedade da relação existente entre pai e filho. Relacionam-se com o elemento trato no sentido de que será exteriorizada a relação do suposto filho com o suposto pai, e, quanto melhor esta for, ou seja, melhor o trato daquele com este, melhor será a reputação, a fama perante terceiros, sendo reconhecido o vínculo afetivo que os une.

Destaca-se, ainda, que a doutrina orienta no sentido de que não é saudável fixar prazo para a configuração da posse de estado de filho, como ensina Belmiro Welter:

⁸⁶ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família- Lições**. Editora Almedina. p. 157-158.

dependem da personalidade de cada pessoa, do seu temperamento e caráter, da sua categoria e condição social, situação econômica e familiar, grau de educação e instrução e hábitos, isso porque se pode chamar alguém de filho sem lhe dar, entretanto, o tratamento de filho. Para o jurista, o tratamento de filho é (des)velado através de duas condutas: a primeira, pelos atos de proteção e amparo econômico (sustento, vestuário, educação ou colocação); a segunda, pela afetividade por parte dos pretensos pais (carinho, ternura, desvelo, amor, respeito). [...] Não basta a prática de um ato isolado, com sentido incerto, isto é, não são suficientes meros fatos episódicos, sem relevância. Exige-se reiteração, regularidade e seqüência. Os atos equívocos, clandestinos, esporádicos, avulsos e isolados não revelam tratamento.⁸⁸

Algumas modalidades de filiação socioafetiva já são protegidas de modo abrangente pelo ordenamento jurídico pátrio, dentre as quais pode-se citar a adoção e os filhos de criação como principais, cujas peculiaridades merecem ser aqui estudadas.

A adoção trata-se de um ato nobre, com base no amor, pelo qual uma pessoa (adotante) adota outra (adotado), reconhecendo-o como filho, dando-lhe carinho, atenção, educação e acesso a todos os meios necessários para que forme seu caráter, constituindo, assim, a filiação, com laço afetivo, com alguém que não é seu filho biológico.

Evidentemente, constitui uma das espécies de filiação socioafetiva, pois não há obrigatoriedade do adotante em fazer tal ato, se o faz, faz por amor. Ainda, cumpre salientar que nem tratado na doutrina pátria, amplamente, permitido todos os elementos caracterizadores da socioafetividade. Na visão de João Batista Villela, num futuro, chegará a ter mais importância que a própria paternidade biológica.

Não será mesmo demais afirmar, tomadas em conta as grandes linhas evolutivas do direito de família, que adoção prefigura a paternidade do futuro, por excelência enraizada no exercício da liberdade. Somente ao pai adotivo é dada a

⁸⁷ OLIVEIRA e SILVA, Tomás. **Filiação – Constituição e Extinção do Respectivo Vínculo**. Almedina, Coimbra : 1989, pp188-9.

⁸⁸ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 288.

faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o que Cristo disse aos seus apóstolos : “Não fostes vós que me escolheste, mas fui eu que vos escolhi a vós”.⁸⁹

Se tal previsão se confirmará, ainda é cedo para afirmar. Mas indubitável é seu valor na sociedade, possibilitando que casais impossibilitados de gerar prole possam agora tendo assim seus filhos e podendo constituir a família em sua plenitude, realizando o sonho de milhares de pessoas e dando oportunidade a quem, possivelmente, não a teria.

Além da adoção legal, da ação formal, há o instituto que se convencionou denominar “adoção à brasileira”. Trata-se de instituto portador de grande ambigüidade, encontrando defensores e ofensores na doutrina nacional. Ocorre “com a declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de outra mulher, casada ou mãe, sem as exigências legais para adoção”⁹⁰

A controvérsia reside no fato de tal conduta ser tipificada no artigo 242 do Código Penal Brasileiro, uma vez que, supostamente, o declarante aproveita-se da prerrogativa da desnecessidade de comprovação da origem biológica e registra a criança como se seu filho fosse. A esse respeito leciona João Batista Villela:

Se o registro diz que B é filho de A e A não é efetivamente o procriador genético de B, o registro não conteria necessariamente uma falsidade, pois ele é o espelho das relações sociais de parentesco. Na Constituição se escolheriam o compromisso da República Federativa do Brasil com a solidariedade, a fraternidade, o bem-estar, a segurança, a liberdade, etc., estando essas opções axiológicas muito mais para uma idéia da paternidade fundada no amor e no serviço do que para sua submissão aos determinismos biológicos.⁹¹

Ocorre que, na maioria dos casos, tal gesto vem sendo aceito como louvável, feito por sentimento nobre de proporcionar uma vida sadia a uma criança,

⁸⁹ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n.21, p. 400-418, mai.1979.

⁹⁰ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.228

⁹¹ VILLELA, *op. cit.* p. 512.

a fim de incluí-la na família. Inclusive há posicionamento do STJ, em informativo jurisprudencial⁹², admitindo a manutenção do vínculo.

Além da adoção, cumpre mencionar no mesmo contexto os filhos de criação. Tal modalidade de filiação não tem outro motivo senão o afeto, tendo em vista que os pais criam uma criança por mera opção, denominando filho de criação, dando-lhe todo cuidado, amor, enfim, uma família, “cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto”⁹³.

Como leciona Adalgisa Wiedaman Chaves

Por fim, o vínculo também poderá ser apenas socioafetivo, que é o que acontece nos casos de filho de criação, qual seja, quando alguém adota informalmente outrem, passando-o a tratá-lo como filho e a apresentá-lo em sociedade como tal, embora não tenha sido providenciada na regularização do vínculo. Em princípio, tais pessoas não possuem qualquer liame jurídico, mas o elo afetivo e social criado é tão forte que passa a gerar efeitos que o Direito não pode ignorar. É de se consignar que existem já doutrinadores

⁹² Na espécie, o *de cuius*, sem ser o pai biológico da recorrida, registrou-a como se filha sua fosse. A recorrente pretende obter a declaração de nulidade desse registro civil de nascimento, articulando em seu recurso as seguintes teses: seu ex-marido, em vida, manifestou de forma evidente seu arrependimento em ter declarado a recorrida como sua filha e o decurso de tempo não tem o condão de convalidar a adoção feita sem a observância dos requisitos legais. Inicialmente, esclareceu o Min. Relator que tal hipótese configura aquilo que doutrinariamente se chama de adoção à brasileira, ocasião em que alguém, sem observar o regular procedimento de adoção imposto pela Lei Civil e, eventualmente assumindo o risco de responder criminalmente pelo ato (art. 242 do CP), apenas registra o infante como filho. No caso, a recorrida foi registrada em 1965 e, passados 38 anos, a segunda esposa e viúva do *de cuius* pretende tal desconstituição, o que, em última análise, significa o próprio desfazimento de um vínculo de afeto que foi criado e cultivado entre a registrada e seu pai com o passar do tempo. Se nem mesmo aquele que procedeu ao registro e tomou como sua filha aquela que sabidamente não é teve a iniciativa de anulá-lo, não se pode admitir que um terceiro (a viúva) assim o faça. Quem adota à moda brasileira não labora em equívoco. Tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Nessas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode valer-se de eventual ação anulatória, postulando desconstituir o registro. Da mesma forma, a reflexão sobre a possibilidade de o pai adotante pleitear a nulidade do registro de nascimento deve levar em conta esses dois valores em rota de colisão (ilegalidade da adoção à moda brasileira, de um lado, e, de outro, repercussão dessa prática na formação e desenvolvimento do adotado). Com essas ponderações, em se tratando de adoção à brasileira a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. Após formado o liame socioafetivo, não poderá o pai adotante desconstituir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade socioafetiva. Ressaltou o Min. Relator que tal entendimento, todavia, é válido apenas na hipótese de o pai adotante pretender a nulidade do registro. Não se estende, pois, ao filho adotado, a que, segundo entendimento deste Superior Tribunal, assiste o direito de, a qualquer tempo, vindicar judicialmente a nulidade do registro em vista da obtenção do estabelecimento da verdade real, ou seja, da paternidade biológica. Por fim, ressaltou o Min. Relator que a legitimidade *ad causam* da viúva do adotante para iniciar uma ação anulatória de registro de nascimento não é objeto do presente recurso especial. Por isso, a questão está sendo apreciada em seu mérito, sem abordar a eventual natureza personalíssima da presente ação. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. REsp 1.088.157-PB, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 23/6/2009.

⁹³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 56.

sustentando a possibilidade de ações investigatórias de paternidade alicerçadas tão somente na paternidade socioafetiva.

Quanto a tal espécie de filiação socioafetiva, valho-me de um caso familiar, o de meu pai, Adeilson Alves dos Santos, o qual contribuiu com o relato que segue:

Meu nome é Adeilson Alves dos Santos, nasci em Caruaru/PE, em 25/03/1957. Infelizmente, quando do meu nascimento, minha família “original” passava por muitas dificuldades financeiras, não conseguindo sustentar os 5 filhos havidos da relação de meus pais biológicos. Ao completar meu primeiro ano, meu pai, não tendo outra opção, doou minha irmã recém-nascida e eu ao seu irmão, meu tio. Minhas lembranças acerca da minha família de origem são extremamente remotas, muito embora tenha grande carinho, admiração e gratidão por eles, por terem me dado a oportunidade de crescer em um lar um pouco mais privilegiado. Daí em diante, passando a morar com meu tio, estabeleceu-se um vínculo inexplicável de amor e afeto. Comecei a tratá-lo como pai e este, de fato, foi : um verdadeiro pai. O mesmo digo em relação a minha mãe, maravilhosa mãe. Quando adentrei naquele lar, meus “futuros pais” haviam perdido 4 filhos para varíola, restando apenas uma menina, que passou a ser minha irmã. E eu, o único homem. Não posso garantir como seria meu caminho se meu pai biológico não tivesse tomado esta radical decisão, mas o fato é que me considero o homem mais feliz do mundo por ter tido os pais que tive. Foram responsáveis pela formação do meu caráter e me deram tudo o que podiam, fizeram tudo que estava ao seu alcance por mim e o amor e saudade que sinto são prova do vínculo estabelecido. Tenho a plena certeza de muitos filhos biológicos não receberam um terço do que recebi em afeto e, se eu fosse o responsável pela escolha, escolheria tudo da maneira como foi, pois não há maior amor que o que senti e sinto pelos meus pais.

Assim, resta claro o vínculo formado entre pais e filhos que, mesmo sem descenderem diretamente um do outro, pode ser por vezes mais forte, que aquele formado entre pais e filhos que seguem o “padrão”, baseado no laço biológico.

Muito embora a filiação biológica tenha origem mais remota e seja reconhecida, por muitos, como a principal fonte de constituição de vínculo filiativo, é crescente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a discussão acerca da prevalência da socioafetividade sobre a origem genética.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral em termo que pertine sobre o aqui exposto. Trata-se de ação na qual se pede anulação de registro de nascimento que foi feito pela avó paterna, como se pais

fossem, com o devido reconhecimento do pai biológico. A decisão foi mantida em segundo grau e pelo Superior Tribunal de Justiça, enfrentando recurso junto ao STF sob o fundamento de que a decisão vergastada afronta o artigo 226 da Constituição Federal⁹⁴.

O debate relativamente à predominância do vínculo afetivo sobre o biológico mostra-se como salutar para garantir-se segurança àqueles envolvidos, mormente aos menores. Conforme visto nos tópicos abordados, a afetividade tem ganhado prevalência, caso a caso, sobre o fator genético/biológico.

Pai é quem cria. Eis um jargão falado por todos e com muita propriedade. Poderíamos, inclusive, estendê-lo ao seguinte: “pais são os que criam”. São inúmeros os casos a que assistimos nos noticiários de crianças abandonadas à própria sorte por quem as gerou, mães sem o mínimo de compaixão, pais que abandonaram mães e filhos antes mesmo do nascimento dos últimos. Pergunta-se: Se esta criança, abandonada, alcança, por milagre ou por extrema competência, um lugar ao sol, é correto vir seu pai biológico, anos depois, requerer o reconhecimento de paternidade? E mais: é correto que se privilegie o pai ou mãe biológica em detrimento de um terceiro que adotou a criança, como se seu filho fosse e assim o tornou, despendendo-lhe amor, carinho, afeto e atenção e formando um ser humano de caráter? A resposta a estas perguntas, inarredavelmente, só pode ser negativa.

Na lição de Jédison Daltrozo Maidana:

(...) pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter. Aquele que se dispõe a assumir espontaneamente a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento.⁹⁵

⁹⁴ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

⁹⁵ MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, Jun/jul., 2004.

Assim, encontramos uma grande distinção entre os termos pai e genitor, sendo este a pessoa que forneceu o material genético para o surgimento do filho e aquele quem efetivamente o criou. Vislumbra-se um caminhar da ciência jurídica de reconhecer a prevalência da afetividade sobre o fator genético para a formação do vínculo filiativo.

Como ensina Fachin, passou a ser reconhecido pela jurisprudência pátria o "valor jurídico do afeto", como principal elemento para a caracterização da filiação.⁹⁶ Para garantir-se, entretanto, a prevalência da afetividade sobre a genética, é mister que se reconheça a impossibilidade de desconstituição posterior da paternidade e/ou maternidade baseada no vínculo de afeto.

Nada mais justo. Uma vez formada união de pai e filho, pelo decorrer dos anos, é imprescindível que se dê estabilidade a tal laço, não podendo ser desconstituído. Quanto à negatória de paternidade, é categórico Zena Veloso:

Extrema injustiça seria permitir que o pai pudesse desfazer o estabelecimento da paternidade de um filho, a seu bel-prazer, a todo e qualquer tempo alegando que o ato não corresponde à verdade. Este gesto é reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo.⁹⁷

Ainda, neste sentido, já decidiu Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA - POSSIBILIDADE - DEMONSTRAÇÃO - 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplicam, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação. REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 15/09/2011.

⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.5, n.17, p.28

⁹⁷ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo. Ed. Malheiros, 1999.p.73.

Assim, denota-se impossível desconstituir uma relação firmada no afeto, com a formação do caráter do humano em desenvolvimento, uma identificação moral, comportamental e psíquica já constituída, sendo descabida a anulação de tal instituto, como demonstra, igualmente, excerto de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul:

Além de não demonstrado vício de consentimento do reconhecimento espontâneo, a inexistência do vínculo biológico entre o autor e o réu não é suficiente para conduzir à procedência da negatória de paternidade quando, como neste caso, se vislumbra a paternidade socioafetiva estabelecida entre as partes, impossibilitando a desconstituição da filiação. O vínculo afetivo que se formou entre o autor e o réu, não deixa de existir, pura e simplesmente, com a ação denegatória de paternidade, já que a filiação socioafetiva existe até hoje, ainda que o apelante negue a paternidade;

(...)

Sobejadamente demonstrado, portanto, o vínculo afetivo de filiação estabelecido ente as partes, ainda que o relacionamento e o convívio entre pai e filho tenha se rompido após o resultado do exame de DNA, por iniciativa única e exclusiva do autor, não pode aquela restar desconstituída. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. AC. 70035367135, Relator: André Luiz Planella Villarinho, 2010)

Dessa forma, conclui-se que a filiação socioafetiva deve prevalecer sobre a verdade biológica. Uma vez estabelecido tal vínculo, baseado na afetividade, tem-se de fornecer guarida a ele, concedendo-o estabilidade e impossibilitando sua desconstituição, pois, uma vez adquirido o estado de filho, este não se dissolve.

Assim, cresce a cada dia a importância da noção de “posse de estado de filho”, que revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade/maternidade existente, não pelo fator biológico ou por força de presunção legal, mas em virtude de elementos que são frutos de uma convivência afetiva⁹⁸.

⁹⁸ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse do estado de filho: paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.p.54

CONCLUSÃO

O conceito de família passou por transformações diversas ao longo dos séculos, sendo impossível conceituá-lo de forma única e perene a todas as civilizações. Constata-se, dos povos mais primitivos às civilizações mais modernas, uma mutação considerável no tratamento de tal instituto.

Destaca-se, neste contexto, a importância do Direito Romano à codificação brasileira, sendo aquela uma fonte inesgotável de saber jurídico, tendo nosso país abarcado conceitos de origem romana em diversas áreas do direito e, inequivocamente, na seara do Direito de Família. Ainda, importante a lição do Direito Grego e Canônico para o melhor entendimento do tema.

É notado, no transcorrer do presente trabalho, a evolução do conceito de família no Brasil, tendo sido alvo do estudo ora apresentada a dicotomia denotada entre a família no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, sendo aquele marcado pela desigualdade e patriarcalismo, e este pelo respeito a princípios insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trazendo uma noção de igualdade e paridade no poder sobre a família brasileira.

Como referido acima, importante papel teve nossa Carta Magna na formação do atual conceito de família, colaborando com novos princípios, quebrando os sustentáculos que até então dominavam o seio familiar. A fim de corroborar com o exposto, foram tratados os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, igualdade entre marido e mulher e, tema central deste trabalho, o princípio da afetividade.

Quanto ao princípio da afetividade, é mister sua aplicação no que concerne à filiação no ordenamento jurídico brasileiro. Resta claro que a verdade biológica vem sendo preterida quando contraposta à verdade afetiva, quando da análise da

doutrina e jurisprudência pátria. E não é outro o caminho a ser seguido. Diante as diversas espécies de filiação socioafetiva, com a formação de vínculos extremamente sólidos, baseados no amor, impossível que se desconstitua tal relação, sendo imprescindível que se dê guarida e estabilidade ao vínculo entre pais e filhos socioafetivos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Chirstina de. **Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14ª edição. Rio de Janeiro, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse do estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Homoafetividade: a respectiva situação jurídico-familiar em Portugal**. In: DIAS, Maria Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte (coords). *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Porto Alegre: Magister, 2008.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. **O afeto face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seus efeitos jurídicos no direito de família**. Artigo disponível em www.buscalegis.ufsc.br. Acesso em 10 de novembro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONADIO, Nilka Fernades; DONADIO, Nilso e Cavagna, Mário. **Ovodoação**. In: Tratado de reprodução assistid. DZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; Cavagna, Mário e AMARAL, Waldemar Naves do (Org.). São Paulo: Segmento Farma Editores, 2010.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.5, n.17, p. 7-35, abr./maio 2003.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. São Paulo: Renovar, 2005.

FERNÁNDEZ, María Carcaba. **Los problemas jurídicos planteados por lãs nuevas técnicas de procreación humana**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1995.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima e TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6, São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo:RT, 1995.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 .

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 5, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito de família e o novo código civil: o poder familiar**. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2001.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2013.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, Jun/jul., 2004.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MURSTEIN, Bernard. I. **Amor Sexo e Casamento através dos Tempos**. Tomo I. São Paulo: Arte Nova, 1977.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Direito Civil: Atualidades**. Editora Del Rey. 2003.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 3ª ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOGUEIRA, Jaqueline Filguera. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. 1. ed. São Paulo : Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA e SILVA, Tomás. **Filiação – Constituição e Extinção do Respeetivo Vínculo**. Coimbra: Almedina, 1989.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Famílias possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28.ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUSSO, José. As Sociedades Afetivas e Sua Evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 43, out - nov. 2005.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família- Lições**. Editora Almedina, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Eliane Cristine da. **Aspectos jurídicos relevante da reprodução humana assistida.** In: Temas polêmicos de Direito de Família. MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade.** 5. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As Famílias em perspectiva Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família.** 8. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** Vol. 6. 7ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Belo Horizonte, n.21, p. 400-418, mai.1979.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.