

CENTRO SUPERIOR DE ENSINO DE MARINGÁ

MARIA APARECIDA SINGH BEZERRA DE LIMA

**REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES EM RAZÃO DA
FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE**

MARINGÁ-PR

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MARIA APARECIDA SINGH BEZERRA DE LIMA

**REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES EM RAZÃO DA
FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE**

**Dissertação apresentada à
Banca Examinadora do Centro
Universitário de Maringá, como
requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito –
área de concentração: Direitos
da Personalidade na Tutela
Jurídica Privada e
Constitucional.**

**Orientadora: Prof. Dr.^a Valéria
Silva Galdino**

MARINGÁ-PR

2006

MARIA APARECIDA SINGH BEZERRA DE LIMA

**REPERSONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES EM RAZÃO DA
FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE**

**Dissertação apresentada à
Banca Examinadora do Centro
Universitário de Maringá como
requisito parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito –
área de concentração: Direitos
da Personalidade na Tutela
Jurídica Privada e
Constitucional.**

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Valéria Silva Galdino

Prof^o. Dr. José Sebastião de Oliveira

Prof^a. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares

AGRADECIMENTOS

A Deus, em quem sempre acreditei, dele recebendo a luz que me permitiu, nos momentos de desânimo e de dúvidas, continuar sempre, sem nunca desistir.

Aos meus pais, sem os quais não teria sido possível esta oportunidade.

Ao meu esposo Francisco, e aos meus queridos filhos, pelo apoio em todos os momentos.

A Prof.^a Dr.^a Valéria Silva Galdino, pelo entusiasmo, incentivo e atenção com que sempre me distinguiu.

Finalmente, minha especial gratidão a duas pessoas excepcionais: Edmilson, pai dos meus filhos (*in memoriam*) e ao Dr. José Sebastião de Oliveira.

Dedicatória

Dedico este trabalho aos meus pais, Agenor e Rosa, pela base sólida sobre a qual edifiquei meus sonhos e concretizo os meus idéias, aos meus filhos Christiane, Rodrigo e Mayara e ao meu esposo Francisco, minhas maiores preciosidades, fontes de inspiração. A todos eles: lutem sempre pelos sonhos.

“A Justiça
atrasada não é
justiça, senão
injustiça
qualificada e
manifesta”.
(Rui Barbosa).

RESUMO

O tema da repersonalização da família, apresentado para discussão sob o enfoque da proteção jurídica da família contemporânea, promove nos bastidores do direito de família grande inquietação por parte daqueles que operam nesta área de concentração, tanto do ponto de vista doutrinário como da ordem legal. Os tradicionais conceitos estabelecidos ao longo dos tempos, definitivamente cederam os seus espaços para as novas definições de família e conseqüentemente o direito clássico deixou para trás a história que apenas serve de referência da instituição familiar do passado. A peculiar evolução social representa um fato consumado, que possibilitado pela Constituição Federal, deu novo rumo às relações familiares. A validade em da verdade biológica, hoje se traduz com muito mais eficácia na observação da realidade que estabelece o vínculo da família através da constatação dos laços afetivos. Igualdade, liberdade e dignidade, formam o conjunto de princípios norteadores destas novas formas de construção da família. O que conta não é mais o caráter material e sim a valorização pessoal de cada membro do grupo familiar. O direito de família está assim repersonalizado, principalmente no que confere à pessoa dos filhos em que reconhecidamente está implantado o princípio da filiação socio-afetiva, fartamente demonstrado pela atual doutrina e jurisprudência.

PALAVRAS CHAVES: REPERSONALIZAÇÃO – IGUALDADE – LIBERDADE- DIGNIDADE- AFETIVIDADE.

ABSTRACT

The subject of the repersonalização of the family, presented for quarrel under the approach of the legal protection of the family contemporary, promotes in the embroidery frames of the family law great fidget on the part of that they operate in this area of concentration, as much of the doctrinal point of view as of the legal order. The traditional concepts established throughout the times, had definitively yielded its spaces for the new definitions of family and consequently the classic right left for brings the history that only serves of reference of the familiar institution of the past. The peculiar social evolution, represents a consummated fact, that made possible for the Federal Constitution, gave new route to the familiar relations. The validity in of the biological truth, today expresses with myth more effectiveness in the comment of the reality that establishes the bond of the family through the constatação of the affective bows. Equality, freedom and dignity, form the set of principles norteadores of these new forms of construction of the family. What it counts is not more the material character and yes the personal valuation of each member of the familiar group. The family law is thus repersonalizado, mainly in what it confers the person of the children where admittedly is implanted the beginning of the socioafetiva filiation, satiated demonstrated for the current doctrine and jurisprudence.

KEY WORDS: REPERSONALIZAÇÃO - EQUALITY - FREEDOM DIGNITY AFFECTIVITY.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. REFERÊNCIA SOCIAL DA FAMÍLIA.....	15
1.1 Das Incursões Acerca dos Conceitos de Família.....	15
1.2 Lineamentos da Origem da Família.....	21
1.3 O Estado de Promiscuidade e Consangüinidade.....	23
1.4 O Matriarcado	27
1.5 O Patriarcado.....	29
1.6 Família Monogâmica.....	34
1.7 Referências Conclusivas Sobre a Família Antiga	37
2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA	44
2. Generalidades da Família no Direito Romano	44
2.2 O <i>Status Familiae</i> na Sociedade Romana	47
2.3 As Relações de Parentesco em Roma	48
2.4 O Casamento Romano Como Instituto Familiar e Seus Efeitos	50
2.5 A Dissolução do Casamento Romano.....	54
2.6 A Influência do Direito Canônico na Apreciação da Família	56
2.7 O Matrimônio no Direito Canônico	59
2.8 O Divórcio no Direito Canônico	61
3. A RECEPCÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NO BRASIL	63
3.1 A Família No Brasil Colonial e as Ordenações do Reino.....	63

3.2 A Referência da Família no Código Civil de 1916	68
3.3 O Casamento como Forma Instituidora da Família.....	71
3.4 Validade Jurídica do Casamento	73
3.5 A Imposição da Ética Em Preservação do Matrimônio.....	76
3.6 Relevância Social do Casamento	78
3.7 O Casamento Sem Respaldo Legal	80
3.8 As Conseqüências Punitivas de Origem no Casamento	85
4. A ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL ATUAL	87
4.1 O Papel da Constituição Federal na Formação Familiar	87
4.2 A Nova Ordem Constitucional e a Repersonalização da Família.....	93
4.3 Princípios Constitucionais Norteadores das Relações Familiares	97
4.4 O Princípio da Dignidade Como Cláusula Geral da Tutela da Personalidade.....	101
4.5 Da Liberdade na Constituição, Realização e Extinção Familiar.....	104
4.6 Da Igualdade Constitucional Assegurada aos Cônjuges	109
4.7 Da Igualdade na Relação da Filiação	114
4.8 Da Família no Atual Sistema do Código Civil.....	118
5. A FILIAÇÃO E SUA RELAÇÃO NA ESTRUTURAÇÃO DA FAMÍLIA	125
5.1 Considerações Iniciais	125
5.2 Das Delimitações de Ordem Histórica Sobre a Filiação	130
5.3 Da Legislação da Filiação Antes da Constituição Federal de 1988	136
5.4 Classificação da Filiação E Suas Denominações	142
5.5 Da Filiação Matrimonial E Não Matrimonial.....	149
5.6 Do Reconhecimento da Filiação	154
5.7 Do Reconhecimento Voluntário Ou Espontâneo	162

5.8 Do Reconhecimento Judicial Ou Forçado	164
5.9 Das Conseqüências do Reconhecimento	167
5.10 Das Abordagens Conclusivas em Razão da Situação dos Filhos	172
6. DO SISTEMA DA FILIAÇÃO EM RAZÃO DA SOCIO-AFETIVIDADE	178
6.1 A Verificação do Elemento Afetividade No Alicerce da Família.....	178
6.2 A Filiação Socio-afetiva na Formação Familiar	180
6.3 Do Vínculo da Afetividade na Filiação Adotiva	187
6.4 Da Posse de Estado de Filho Afetivo	192
CONCLUSÃO	215
REFERÊNCIAS	222

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade abordar a evolução social da família, demonstrar neste sentido a indispensável colaboração das ciências jurídicas como o mais importante instrumento controlador das relações estabelecidas em prol do desenvolvimento e manutenção da mais antiga instituição social, considerada base da sociedade cuja proteção recai ao Estado.

Para dar conteúdo ao tema em apreço, sob a denominação da repersonalização familiar, o método adotado visa traduzir a evolução dos aspectos mais relevantes na formação do instituto familiar, cuidando-se neste interesse de demonstrar a significativa preocupação do atual legislador em assegurar a cada pessoa integrante da relação familiar a mais ampla tutela dos seus direitos.

Na realização da presente pesquisa buscou-se mediante a abordagem dos temas, a verificação de conteúdos capazes de demonstrar que a ordem jurídica estabelecida tem como possibilidade a capacidade de reconhecer o direito daqueles que se incluem individualmente nas relações consideradas familiares.

Atualmente, tanto a doutrina civilística como a legislação atual, ao conceber a família, reconhecem nesta, a característica da funcionalidade, onde o espaço de cada membro que compõe a instituição deve ser preenchido sob o influxo da realização individualizada, de tal sorte que o elemento afetividade passou a ser de fundamental importância nas relações entre os integrantes da família.

Portanto, a partir da Constituição Federal de 1988, referência para a fundamentação do tema em questão, a tutela jurídica, mediante qualquer análise, passou a proteger a família do ponto de vista da realização das potencialidades de

cada um dos seus componentes. Deste modo, com a descentralização da tutela jurídica, por imposição da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, a família deixou de ser definida apenas como uma instituição, passando assim a ser reconhecida como entidade devidamente assegurada em razão do desenvolvimento e formação da personalidade de cada pessoa.

A abordagem dos conceitos sobre a família tem como marco o surgimento das primitivas formas de agrupamentos humanos, que perpassa a sua evolução, cuja ênfase maior é dada ao desenvolvimento com base nas instituições do casamento e da filiação.

Em vista deste objetivo, a abordagem do tema tem como fundamento o cuidado de demonstrar a formação da família tanto do ponto de vista biológico quanto afetivo.

Deste modo para que se torne possível as compreensões entre o conceito tradicionalmente adotado sobre a família e a atual concepção, traçam características básicas do antigo modelo patriarcal, e sua evolução para a mais recente estrutura em que se acham definidas as famílias.

Nesse interim, consta dos primeiros capítulos uma breve e geral referência acerca da história social e jurídica da família, onde são explicitadas as vertentes do casamento e da filiação, instituídas basicamente pelo direito romano que nesta ordem representa marco imprescindível para o aprimoramento dos dois institutos em análise.

Prosseguindo-se na evolução histórica, no terceiro capítulo são feitas as considerações pertinentes à recepção jurídica da família em nosso universo pátrio

onde, e com base na construção teórica, o instituto do casamento é analisado à luz do Código Civil de 1916, sistema que concebeu a família a partir do casamento.

Para que seja bem compreendido o fenômeno da repersonalização da família, no quarto capítulo, a instituição familiar é analisada sob a luz da Constituição Federal e do atual Código Civil, cujo centro da proteção jurídica está voltado para os três princípios fundamentais, responsáveis pela nova ordem familiar. Neste aspecto, a pesquisa norteia-se para demonstrar a tutela dos direitos decorrentes das relações familiares, nas cláusulas constitucionais da dignidade, liberdade e igualdade.

No desenvolvimento desta teoria destacamos um capítulo específico para tratar da filiação, em que o assunto se acha estruturado de forma comparativa entre o passado e o presente, dando-se certa ênfase à evolução legislativa que se ergueu em torno da problemática inserida pela desigualdade determinada em função da concepção da presunção da paternidade.

Por fim, no último capítulo, sob a identificação da filiação socio-afetiva, a família é abordada com base na teoria sedimentada nas relações de afeto, em que o vínculo biológico, preponderância na construção familiar do passado, cede o seu espaço privilegiado ao vínculo da afetividade, responsável pela repersonalização das relações entre pais e filhos.

Tendo como referência o elemento da afetividade, a filiação socio-afetiva é observada na sua caracterização de estado de posse de filho afetivo, exemplificada pela adoção, filiação de criação e reconhecimento do estado de filho.

Diante dessa perspectiva alcançada em relação ao tema, salientasse o descaso da legislação, mas por outro procurasse evidenciar a importância da iniciativa da

doutrina e da jurisprudência em busca da consagração do efetivo comprometimento familiar a partir da valorização da afetividade, como elemento responsável do vínculo que se cria nas relações assim estabelecidas, cujo maior propósito é a realização da personalidade de cada membro da composição da família.

1. REFERÊNCIA SOCIAL DA FAMÍLIA

1.1 INCURSÕES ACERCA DOS CONCEITOS DE FAMÍLIA

A família do ponto de vista cultural é tida como o organismo ético, moral, religioso e social mais importante do seguimento humano, por isso é alvo de reflexão mundial, razão pela qual possuem no cenário universal os mais variados conceitos e definições.

Dos estudos referências da família elaboradas por muitos dos estudiosos, dentre os quais notadamente estão os sociólogos, antropólogos, historiadores e juristas, torna-se oportuno, em razão do tema em proposição, ainda que de forma bem breve fazer alusão ao significado do vocábulo e a origem da palavra, bem como, suscitar noções elementares a respeito desta consagrada instituição.

No que diz respeito à sua acepção, a palavra família, possui sentido plurívoco, diversas formas no decorrer dos tempos já foram emprestadas ao vocábulo. Entre os romanos a família compreendia não somente o patrimônio, como também as pessoas ligadas pelo sangue ou, ainda, aquelas sujeitas à autoridade de um chefe único.¹

Modernamente, pode se dizer que a palavra família, segundo aponta Arnaldo Medeiros da Fonseca, é empregada em três diferentes acepções. No sentido mais

¹ GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 561. O conceito de família, conforme se observa da clássica doutrina envolve mais de uma acepção. Assim, tem se que no direito romano, designava-se como família, a reunião de pessoas colocadas sob o mesmo teto ou o mando de um único chefe, o *pater familias*, (era o chefe sob cujas ordens estavam os descendentes e a mulher, esta sob condições análoga de filha), Ao *pater familias*, estavam submetidos todos os integrantes daquele organismo social (filhos, netos, bisnetos e até mesmo os respectivos bens). Esta era a família *jure proprio* – família sob uma única autoridade. Existia também a família *communi jure*, que era a união de pessoas pelo laço de parentesco civil do

amplo, família é o conjunto das pessoas que descendem de um tronco comum. Outras vezes é compreendida como abrangendo um menor número de parentes, dilatando-se para compreender também pessoas do serviço doméstico, mas que vivam sob o mesmo teto. No sentido restrito compreende os cônjuges e respectivos filhos.²

Quanto ao seu significado, à palavra família segundo Eduardo de Oliveira Leite³, é de origem romana, “*famulus*”, que significa escravo. “O termo se originou provavelmente da palavra “*osca famel* “ (*servus*) que quer dizer escravo”.

Etimologicamente, o termo encontra sua origem na palavra família que descende do substantivo feminino latino, “*família*”, tem neste sentido o significado de pessoas aparentadas, que vivem em geral, na mesma casa, particularmente a mãe, o pai e os filhos, pessoas do mesmo sangue, ascendência, estirpe, linhagem⁴. De modo muito amplo pode se entender esta definição como forma de expressão da família, tanto no seu aspecto sociológico como jurídico.

Família assim, encerra sentido de termo que pode ser observado mediante farta argumentação, suas definições e significado, variam largamente na nossa literatura, idéias e opiniões decorrentes do vocábulo são deduzidas na conformidade das especificidades de cada seguimento interpretado segundo necessidades e interesses de quem se acha na posição de investigador.

Na acepção a palavra a palavra família sofre variações, com o seu conceito não é diferente.

pai, não se leva em conta a descendência. Não se considerava o parentesco pelo laço da mãe. Esta era a família patriarcal propriamente dita.

² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de Paternidade*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1974, p.30.

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Síntese de Direito Civil. Direito de Família*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 11.

Diante da polêmica existente a maioria dos interessados pelo assunto em suas abordagens, pronuncia-se quanto às dificuldades nas quais se esbarram em função de buscar uma definição própria acerca do tema.

Isto, evidentemente pode ser considerado um fato bastante natural, pois todos se consideram intimamente envolvidos com as questões que visam compreender este fundamental instituto social.

Enquanto sujeitos desta relação social primária, elementar e inevitável da vida humana, alimentam as próprias idéias acerca da família, indaga-se sobre o que é família e qual é o seu papel, se é apenas elo de sangue, ou aliança social, e ainda, muitas vezes em certas circunstâncias põe-se a pensar além das razões fáticas, transportando-se para uma dimensão mais complexa que esta determinada pela natureza, ou seja, a necessária busca da coexistência ⁵.

Do ponto de vista sociológico, dado ao fato da evolução pluralista da sociedade, concebe-se a existência atual de diversos modelos de família, os quais perfeitamente possíveis, e à medida que o tempo flui, novas configurações familiares vão surgindo, pessoas que vivem sós, casamentos em lares autônomos e até em leitos separados, os idosos vivendo aos grupos e partilhando suas moradias, as mães solteiras, gerando seus filhos por conta própria, as pessoas de mesmo sexo buscando uniões afetivas.

⁴ Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. p. 755.

⁵ Mais do que a necessidade de convivência social, o homem parece buscar na família a sua plenitude, sua realização, a sua razão de existir. É, pois com a família, não importando a sua forma de construção, que o homem se edifica e também se dignifica. Nela está, sem dúvida a justificativa para tudo que leva o homem a seguir em frente, inclusive a crer e ter esperança. Isto é o que está corroborado diante da atitude humana, quando através do intercurso que provoca um desequilíbrio na família e numa condição natural o ser capaz se propõe ao desafio de enfrentar a reconstrução familiar buscando, destarte a formação de uma nova família para poder usufruir de tudo aquilo que só é possível se obter através da edificação deste instituto maior denominado pela ciência de “família”.

Assim, para as mais variadas formas de vida familiar que estão surgindo, aos estudiosos cabe a preocupação em continuar analisando tais comportamentos em busca de soluções para os eventuais e prováveis acontecimentos decorrentes destas novas e modernas relações familiares.

A família, muito embora apresente variações nas suas estruturas, por se encontrar em todos os agrupamentos humanos, geralmente é examinada como fundamento básico e universal das sociedades e conforme observou Engels⁶, até 1860 à história da família não foi estudada, neste terreno a ciência que se encontrava sob a influência do Pentateuco, retratava de forma mais pormenorizada a história sob o aspecto patriarcal.

E, sob esta ordem, o autor destaca para o vocábulo família, sentido diverso, assegura Engels, que: “A palavra família não significa originariamente o ideal do filisteu de nossa época, cheio de sentimentalismo e de intrigas, não pode mesmo ser aplicada, em princípio, aos próprios romanos, ao casal conjugal e seus filhos, mas somente aos escravos”.⁷ Prossegue o autor em suas justificativas sob a argumentação de que: “*Famulus* quer dizer escravo e família é o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem. Ainda no tempo de Caius, *a família, id est patrimonium*, (quer dizer, parte da herança), era transmitida testamentariamente”.⁸

⁶ ENGELS. Frederico. *A origem da família da propriedade privada e do Estado*. (trad. Abguar Bastos) Rio de Janeiro: Editorial Calvino, 1944, p. 15 et. seq.

⁷ *Ibidem*. p 80

⁸ Cf. referência no texto da obra citada, a expressão *famulus*, “foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social cujo chefe tinha sob suas ordens a mulher, os filhos e certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, com direito de vida e de morte sobre todos eles”. Note-se que a palavra não é assim tão antiga, não é muito anterior ao sistema das tribos latinas, as quais surgiram depois da introdução da agricultura e da escravidão legal e depois da cisão dos arianos da Itália e os gregos.

Neste aspecto a definição da composição familiar, mostra-se bem distante das definições hodiernas, as quais indicam a formação da família de forma bem mais flexível, ou seja, neste sentido, os homens possuem a liberdade para construir suas famílias, característica esta, ausente na organização da família considerada antiga.

Embora muitos em seus trabalhos, já tenham explorado o conceito de família, esta abordagem continua sendo uma tarefa que impõe ao estudioso, estabelecer uma relação de conteúdo mediante análise plurívoca do sistema sobre o qual a família se funda e se desenvolve.

Deste modo, diante de tantos conceitos já apresentados e analisando-se os sistemas apontados pela história, o que parece ser mais apropriado para definir e conceituar a família, teoricamente é aquele modo originário desenvolvido no Ocidente, que no dizer de James Casey⁹, está representado da seguinte maneira: “Um homem e uma mulher reunidos em torno da lareira doméstica, companheiros iguais, dedicados à educação dos filhos, no sentido amplo”. Note-se que esta é uma dedução que visa conceituar a família sob o ponto de vista elementar.

Família elementar que na definição de Eva Maria Lakatos¹⁰, é aquela unidade primária, nuclear, simples, imediata e natal-conjugal, onde vivem um homem, sua esposa e seus filhos, cuja união é reconhecida pelos membros da sociedade em que vivem.

Paulo Dourado de Gusmão, em definição mais acentuada aponta no sentido de que:

A família é o grupo social que tem por base o vínculo de parentesco. É um dos grupos sociais mais antigos que ainda tem vigência, apesar de ter perdido

⁹ CASEY, James. *A história da Família*. (trad. Por Sergio Bath) São Paulo: Ática, 1992. p. 13.

¹⁰ LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia Geral: Instituições Sociais*. passim.

muitas de suas funções primitivas, tendo adquirido outras, desempenhando papel relevante na educação e na formação social e da personalidade dos filhos.¹¹

Definir a família a partir do elo do parentesco é sem dúvida dar à mesma uma conotação mais jurídica do que sociológica, mesmo porque, esta é uma definição que deixa transparecer mais o seu cunho obrigacional do que de natureza puramente social, haja vista, a imposição do vínculo de parentesco, bem como, a relevância do papel educacional e formador de personalidade dos filhos.

Modernamente, emprega-se o termo família para designar a comunidade de pessoas que compartilham o mesmo espaço, aquelas que sob o mesmo teto estabelecem convivência, podendo esta ser representada pela união de um homem, uma mulher e os filhos de ambos ou até mesmo de um só, cujo momento familiar é resultado de um casamento, uma união estável ou até mesmo de uma relação concubinária, podendo descartar ainda a possibilidade de se reconhecer a família do ponto de vista monoparental (pai ou mãe em companhia do filho) e até mesmo a família *singles* (os que vivem sós).

Dando ênfase ao título das transformações da família, em consonância com o entendimento, encontramos a expressão de Rolf Madaleno que diz:

Estamos frente a uma época de grandes mutações familiares que requerem categorias conceituais expressas em novos termos, ausentes no nosso linguajar. São realidades complexas, para as quais não são suficientes os vocábulos atuais. Vivemos uma cadeia complexa e dinâmica de transformações familiares. Estas trajetórias familiares variam segundo a idade, o sexo e a condição social de seus protagonistas, e ao lado dos núcleos familiares baseados na convivência, agregam-se outras formas de intimidade e de coabitação onde a relação de casal descansa essencialmente no nexó afetivo.¹²

¹¹ GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 559.

¹² MADALENO. Rolf Hanssen. *Direito de Família em Pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 15.

Na nossa sociedade contemporânea, a extensão do termo família, entre outros motivos, deu-se principalmente, em razão do ingresso da mulher na vida profissional, fato relevante para a libertação da figura feminina, destacadamente, imprescindível para a composição familiar.

De esposa alheia à vida do lado de fora do lar, a mulher passou a ter preocupações de ordem não só da emoção, mas também da razão.¹³ A mulher com mais liberdade tomou coragem para descentralizar-se de suas funções de mãe e esposa dedicada e num gesto decisivo integrou-se ao chamado processo de reconstrução familiar, sem dúvida fortalecendo as mais variadas formas em que hoje se acham estruturadas as famílias.

1.2 DOS LINEAMENTOS DA ORIGEM DA FAMÍLIA

Do ponto de vista histórico, a família analisada no contexto social do desenvolvimento humano foi surgindo gradativamente, não apareceu pronta e acabada, tiveram na história das civilizações vários estágios os quais objetivados pelo interesse humano foram passíveis de registro.

Marcadamente ao longo dos tempos e da sua necessária evolução, as transformações sofridas pelas famílias, não passaram despercebidas pelos estudiosos, fatos estes que aliados permitem uma melhor análise de sua evolução.

¹³ Liberta da condição submissa de apenas esposa e mãe, viu-se mais eficiente para compreender problemas que envolvem a família e que estão fora da realidade doméstica, passou a se preocupar com questões de ordem econômica, inclusive com o planejamento familiar, mediante a aceitação do uso de métodos contraceptivos, inexistentes no passado da formação social da família.

Na sua fase primitiva, bem no início da coexistência humana, a família caracterizou-se pela sociabilidade¹⁴, conduta natural que o ser humano a exemplo dos animais adotou como forma de vida, e que segundo Pontes de Miranda¹⁵, foi por força desta sensibilidade do homem, a condição do pensamento, diferenciando-o dos animais, que resultou possibilitado o processo de adaptação necessário à evolução social.

Eduardo de Oliveira Leite, em observação às formas de organização familiar primitiva, destaca que na fase inferior desta organização:

A exemplo do que ocorre na espécie animal, as fêmeas deviam vagar em grupos isolados dos machos, ou dominadas por um chefe mais poderoso, ocorrendo os acasalamentos em determinadas épocas, quando a necessidade fisiológica se impunha¹⁶.

Comportamento este sem dúvida decorrente do estado de natureza em que se achavam os seres vivos até mesmo os humanos que àquela altura viviam como verdadeiros nômades.

Neste primeiro estágio de vida em sociedade em que o homem se achava condicionado à natureza, direcionado apenas pelo instinto selvagem, imbuído do desejo de subsistência com o que apenas se reproduzia, é que a ciência reconhece a forma promiscua de relacionamento.

¹⁴ Sociabilidade, característica da qual somos dotados: Revela-nos o estudo da história que ao longo dos séculos, o homem nunca procurou viver isolado dos seus semelhantes, nunca adotou a solidão como forma de vida, buscou sim viver em sociedade o que nos leva a crer que somos dotados desta característica, sem dúvida imposta pela própria condição humana, em busca da proteção e fortalecimento da espécie, como já faziam os primitivos com o objetivo de superar dificuldade e perigos da vida selvagem.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*. Campinas: Bookseller. 2000, tomo 7. p. 192.

¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p.14

E, ao citar exemplos de família consangüínea originária desta situação decorrente da natureza, Eduardo de Oliveira Leite ¹⁷, admite que este tipo de família, evidentemente que muito discutido pela literatura antropológica, sociológica, histórica e jurídica, resulta de um primitivismo social, condicionado pela promiscuidade daquela época.

Seguindo-se neste pensamento, dentre os sociólogos e antropólogos que se dedicaram ao exame da origem da família e sua evolução, notadamente, encontra-se a teoria evolucionista de Spencer para quem houve a princípio uma promiscuidade coletiva, em que os homens, a exemplo dos animais, desconheciam a instituição família e as uniões eram momentâneas, obedecendo apenas ao instinto de reprodução. Partindo deste estado de promiscuidade, o relacionamento evoluiu para o matriarcado, patriarcado e a família monogâmica.

1.3 O ESTADO DE PROMISCUIDADE E A CONSANGÜINIDADE

A família denominada consangüínea representou basicamente um reflexo da procriação entre irmãos, os quais, dadas às condições em que viviam, procriavam-se entre si, fato este que se evidencia, ante a inexistência à época de regras de convencionalismos.

Os relacionamentos sexuais mantidos desta forma, ou seja, sem qualquer noção de limite ou proibição, transpareciam claramente o estado de promiscuidade

¹⁷ Ibidem. p. 25

praticado nas tribos primitivas. Deste modo, a história nos leva a crer que da promiscuidade é que fez surgir à família por consangüinidade.

Orlando Soares sustenta que a promiscuidade sexual como modo de formação familiar acontecia em função da inexistência de instituição político-social, capaz de conter tal situação, fato que ocorria conforme ocorria com os animais em geral.¹⁸

Para Engels, a família consangüínea desapareceu. Nem pelos povos considerados pela história mais atrasados se tem notícia de exemplos desta forma de família, contudo, ele assevera que necessário se faz conceber a idéia de promiscuidade na formação familiar para melhor compreender o seu desenvolvimento.¹⁹

Pensando-se sobre as características das formas de reprodução humana, inevitavelmente, conclui-se ter sido mediante a união de sangue²⁰ a única forma possível para a proliferação da raça humana.

Eduardo de Oliveira Leite²¹, diz ter sido provavelmente a promiscuidade em forma de sistema de costumes e ritos, a origem da família consangüínea, considerada

¹⁸ SOARES, Orlando. Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil, 9ª ed. , Rio de Janeiro, 1998. pp. 717- 718.

¹⁹ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. Bastos. Rio de Janeiro: Editorial Calvino, 1944. p. 55 et. seq. Escreve o autor: “Mas somos forçados a admitir a sua existência, pelo sistema havaiano de parentesco que reina ainda hoje em toda polinésia e exprime os graus de parentesco consangüíneo que só podem ter nascido com esta forma de família e, se assim julgamos é porque todo o desenvolvimento ulterior da família exige esta forma como período preliminar necessário”.

²⁰ LEITE. Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 53. “A união entre irmãos e irmãs carnais e colaterais no seio de um grupo dá origem à família consangüínea. – As relações sexuais entre adultos e entre jovens, sem nenhuma limitação do número de parceiros, caracterizam a promiscuidade (padrão de conduta subordinado os certos costumes e ritos próprios a determinadas tribos)”.

²¹ Ibidem. p. 23 et. seq. Para melhor compreensão desta primeira forma de família, a família consangüínea, deve ser consultada a obra em referência, onde aponta o respectivo autor, que esta forma de família, deve ter surgido em função da “inferioridade mental e moral do homem selvagem”.

por Engels, a primeira etapa da família, estabelecida em razão da separação dos grupos conjugais por meio de gerações ²².

Dos estágios apresentados pela história que mostram a evolução humana, Caio Mario da Silva Pereira ²³, observa que a investigação sociológica em torno da família sofre variação e muito do que se tem da posição antropológica que sustenta a promiscuidade é mais força da imaginação do que de fato comprovação, portanto, não isenta de dúvidas a teoria da promiscuidade.

Considerando a possibilidade de críticas à promiscuidade defendida por Mac Lennan e Morgan, Caio Mario entende que a submissão de todas as mulheres a todos os homens era condição que não se compatibiliza com a “idéia exclusivista do ser humano”, prática esta que considera ser contrária ao desenvolvimento da espécie.

Dando continuidade em sua análise sobre a evolução familiar, Caio Mario, interpreta com igual crítica a possibilidade da formação organizacional matriarcal, para ele esta idéia parece pouco provável, entende, apenas que as circunstâncias do momento é que determinavam para a mulher a condução da família, e não que esta

Que mesmo não sendo possível a apresentação de provas sobre a existência da família consanguínea, partindo-se da constatação das relações de parentesco, dois tipos se apresentam: o de sangue (relação de consangüinidade) e o casamento (relação de afinidade), estes comprovados por Morgan quando em análise do sistema malaio, que em sua tese resume a família consanguínea a dois grupos distintos de pessoas, aquele formado pelos pais e o outro que provém das mães, dando assim origem aos filhos, fato este que inibe a possibilidade de distinção entre consangüinidade afinidade. Dos exemplos citados pelo autor conclui o mesmo que “a família consanguínea reflete um primitivismo da sociedade que remete diretamente a uma condição anterior, caracterizada pela promiscuidade.”

²² Cf. Engels. *op. cit.* p. 54. A família consanguínea separada por meio de gerações é aquela em que: “todos os avós e as avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si. Assim como seus filhos, Istoé, os pais e mães, os filhos destes formarão, por sua vez, um terceiro círculo comum em conjunto. E seus filhos, os bisnetos um quarto. Nesta forma de família, os ascendentes e os descendentes, os pais e os filhos, são portanto, os únicos excluídos dos direitos e deveres (como diríamos nós) de casamento, uns com os outros. Irmãos e Irmãs entre si, e, por essa mesma razão, todos os maridos e mulheres uns dos outros.”

²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil - Direito de Família*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002, Vol. V . p. 16 et seq.

tenha sido uma característica impregnada na evolução da família. Deste posicionamento, segundo entende o citado autor, apenas faz sentido como prova da origem e desenvolvimento da família, a idéia da forma patriarcal ²⁴.

Este, porém, não é o mesmo posicionamento de Antonio Luis Machado Neto²⁵ que ao conferir as teses que tratam da origem e evolução da família, entende que dentre as teorias aceitas, existem aquelas de maior popularidade, dentre as quais destacam as teses evolucionistas, cuja promiscuidade é aceita, destacando-se o matriarcado como primordial estágio da evolução humana.

A ausência masculina nas tribos era motivada pelas condições vigentes à época do primitivismo, pois das providências tomadas pelos chefes dos grupos, dependia a sobrevivência destes ²⁶, os quais eram entregues aos cuidados das mulheres para execução de tarefas e responsabilização pela prole.

Atingido este estágio da convivência entre os homens, considerando-se a transposição do estado primitivo, o chamado estado de natureza, assim denominado por Martins da Silva ²⁷, iniciou-se na coexistência humana uma nova etapa na sua evolução, ou seja, o homem até então primata de comportamento instintivo, num

²⁴ Cf. texto do autor, citado na p. 17 da citada obra: “Fato certo e comprovado, este sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu largo período sob a forma *patriarcal*”. E fundamenta sua tese no fato da história religiosa, menciona a bíblia, bem como a pesquisa histórica de Mommsen e Fustel de Coulanges.

²⁵ MACHADO, Neto Antonio Luis. *Sociologia Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.291. Sustenta o autor que dentre as teorias :”As que lograram maior popularidade foram as teses evolucionistas que faziam iniciar a evolução familiar da humanidade de um solo comum da promiscuidade primitiva e colocavam como primeiro degrau dessa evolução o estágio do matriarcado como consequência fatal, porque biologicamente condicionada”.

²⁶ DAL COL, Helder Martinez. *A família à luz do Concubinato e da união estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 11.

²⁷ SILVA, Américo Luís Martins. *A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996. p. 1.

gesto diferenciado, apresenta-se de forma mais racional, dando então amostras de inteligência o que o faz diferente do resto dos animais.

Iniciado o processo de desenvolvimento da razão, aparecem na relação humana as preliminares e precárias formas de comunicação entre os homens, as quais evoluídas passam ao aprimoramento dos sentimentos, fazendo surgir entre os grupos os primeiros sinais de respeito em relação à convivência.

Segundo Helder Martinez:

Com o estado social ou de cultura, criam-se convenções nas tribos e agrupamentos e o indivíduo começa a desenvolver o sentido de justiça social, passando a respeitar os direitos alheios e os convencionalismos impostos, que lhe permitem convivência em grupo. Surgem as primeiras codificações, normatizando primeiramente os costumes e, depois, outras regras de conduta, especialmente quanto à posse das coisas. A noção de família começa a despertar, num contexto ainda muito distante da família que hoje conhecemos, fundadas na afeição.²⁸

Ao apontar aspectos da origem da formação da família, Orlando Soares²⁹, em suas considerações, tratando o assunto em grau de evolução da forma promíscua para a matriarcal, destaca que nas tribos primitivas ao se combinarem trabalho sedentário da mulher e criação dos filhos, ao homem cabia a responsabilidade de sair à cata, caça e pesca, em regiões mais distantes, situação esta que dava à mulher maior autoridade perante a tribo, cujo fenômeno ficou denominado como sendo o matriarcado.

²⁸ DAL COL, Helder Martinez. *op. cit.* p. 10

²⁹ SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 717 et seq.

1.4 O MATRIARCADO

Para os defensores do matriarcado (Lubbock, Mac Lennan e Bachofen), esta foi uma forma primitiva de organização da família. O grupo era entregue aos cuidados da mulher, que detinha a supremacia e o domínio sobre os seus respectivos membros e conseqüentemente a responsabilidade sobre a prole da mesma advinda.

Os defensores da teoria sobre a formação da família a partir do advento do matriarcado encontram as suas razões na prática da poliandria ³⁰, que teria sido a forma primitiva de união sexual. Segundo estes partidários, conforme a análise de José Lopes de Oliveira ³¹ “o matriarcado teria favorecido o predomínio político das mulheres decorrentes de sua liberdade na poliandria, gerando a ginococracia, de que é exemplo, como bem demonstra o episódio bíblico das Amazonas”.

No entendimento de Clovis Bevilacqua ³², a família matriarcal dada às circunstâncias dos tempos primitivos, representou apenas uma forma intermediária de organização familiar, capaz somente de determinar o parentesco e as relações de filiação.

³⁰ Cf. apresentação de Mac-Lennan, na obra de Engels. “A origem da família, da propriedade privada e do Estado. p.20. que ao tratar da exogamia (a busca do homem por sua mulher e da mulher por seu marido fora do grupo), referindo-se ao excedente de homens em cada tribo, dado ao fato do costume que tinham os selvagens em matar suas filhas logo após o nascimento, fazendo surgir conseqüentemente a posse da mesma mulher por vários homens”.

³¹ OLIVEIRA, José Lopes. *Curso de Direito Civil - Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias. 1980. p. 6.

³² BEVILAQUA, Clovis. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 32-33.

Para Pontes de Miranda ³³, “o matriarcado é tido como o regime primitivo, dos tempos em que não existiam famílias, e sim rebanhos ou hordas”.

Estudos comparativos mais recentes mostram que os homens viviam nas chamadas hordas onde se uniam às mulheres em total ausência de vínculos civis e sociais e que mais tarde houve a formação da família em torno da mulher, cujo fato determinou o matriarcado e, sendo o pai desconhecido, os filhos recebiam o nome da mãe e sobre normas instituídas pela mesma davam prosseguimento à forma familiar matriarcal.

Mais tarde com o desenvolvimento da civilização, já em fase mais evoluída do ser humano, apareceu a idéia de que o pai tivesse gerado o filho, surgindo deste modo o patriarcado que deu origem à poligamia e finalmente a monogamia.

1.5 O PATRIARCADO

Com o advento do patriarcado a formação da família atingiu mais um estágio no seu modo de desenvolvimento. Na forma familiar patriarcal, a mulher que antes era detentora do poder máximo perante o grupo, assume neste estágio uma posição inferior àquela desempenhada pelo homem dentro da tribo.

Com o enfraquecimento da figura feminina diante do grupo, ocorre conseqüentemente, a perda da sua importância, com isso, seu trabalho, sua força,

³³ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1. p 207.

determinação e responsabilidade pela evolução da tribo, passam a pertencer ao homem. A forma familiar denominada matriarcal em razão da contagem da filiação pela linha feminina se transmite ao homem que passa a chefiar a tribo e institui a forma patriarcal surgindo deste modo o regime do patriarcado.

Patriarcado que na definição de Clovis Bevilacqua³⁴, apresentava-se sob a forma familiar de maneira mais consistente e definida, onde toda a autoridade se concentrava no ascendente mais velho que também presidia o grupo.

Seguindo-se a história da estruturação da família, para a formação da denominada família patriarcal, a exemplo do que ocorrera na organização da família matriarcal, as uniões conjugais se estabeleciam por motivos de comodidade e necessidades dos grupos.

A escolha da mulher pelo chefe da tribo não guardava qualquer ideal de sentimento ou afeto entre os pares, o que de fato prevalecia era o interesse da *gens*³⁵, principalmente com relação às questões de ordem econômicas, cuja proteção atendendo-se os costumes hereditários das primitivas formas de família, se estabelecia em função do parentesco gentílico.

³⁴ BEVILAQUA, Clovis. *op. cit.* p. 33.

³⁵ Sobre as principais características de desenvolvimento da família desde a história primitiva, um dado importante que se destaca é a organização social dos grupos, identificados em princípio pela *gens* (“instituição comum a todos os bárbaros até sua entrada na civilização e, ainda algum tempo depois, antes da instituição do Estado”). A palavra *gens* de origem latina, foi empregada por Morgan para designar o grupo comum de sangue, ou seja, parentesco, descendência comum, união de instituições sociais e religiosas permanentes. (Para melhor compreensão do assunto, ver em Engels, *op. cit.* p. 117 et. seq.)

Com o passar do tempo, essa transferência da fortuna do falecido passou a se operar pela linha de descendência ³⁶.

Mas foi, segundo Engels³⁷, o aumento das riquezas que proporcionou ao homem uma posição mais importante perante a *gens*, fazendo com isto a inversão na sucessão hereditária tradicional o que só foi possível acontecerem com a exclusão do sexo feminino, passando estes a pertencerem a *gens* paterna. “Deste modo, foram derrubados à filiação feminina e o direito hereditário materno, e estabelecidos, em troca, a filiação masculina e o direito hereditário paterno”.

Neste sentido em que os fatos estão narrados conclui-se, que com este episódio houve uma marcante modificação da organização da família, ou seja, com a decadência do matriarcado, fortaleceu-se o patriarcado.

Considerando a decadência do matriarcado, Adahil Lourenço Dias ³⁸, ressalta-nos: “O matriarcado, porém, não poderia perdurar dada a repulsa natural à comunidade de ligação entre a mulher e muitos homens, pondo em dúvida a legitimidade da prole, dificultando a defesa dos clãs”.

³⁶ Cf. ENGELS. *Op. cit.* p. 77 et seq. Descendência essa que: “Pelo direito materno, sendo a descendência contada somente na linha feminina e de acordo com o costume hereditário primitivo em uso na *gens*, os membros desta herdavam inicialmente, de seus parentes gentílicos próximos, falecidos. A fortuna devia permanecer na *gens*. Em virtude de sua pouca importância pôde passar depois, na prática, aos parentes mais próximos, isto é aos consangüíneos do lado materno”. Isto ocorria em virtude dos filhos do falecido pertencerem a *gens* de sua mãe e não à *gens* do pai, de quem não podiam herdar. A fortuna de uma *gens* deveria sempre permanecer à mesma. “Com a morte de um proprietário de rebanhos a propriedade desses passaria primeiramente aos irmãos do falecido, irmãos e filhos destas ou então aos descendentes das irmãs de sua mãe. Quanto aos seus próprios filhos, estes eram deserdados”. Pelo direito patriarcal, sem a necessidade de qualquer modificação quanto aos membros da *gens*, todos ocupando as suas mesmas posições, estabeleceu-se que os descendentes masculinos continuariam pertencendo à *gens* e que os de sexo feminino, deixariam de pertencer a *gens* da mãe, para pertencer à *gens* paterna.

³⁷ ENGELS. *op. cit.* p. 78-79.

³⁸ DIAS, Adahil Lourenço. p. 6 apud, OLIVEIRA, José Lopes. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

A passagem do matriarcado para o patriarcado, cuja supremacia no grupo, passou a pertencer ao homem, leva a crer que provavelmente este fato tenha ocorrido em função de ser o homem, naturalmente mais forte do que a mulher³⁹.

Instituída esta forma de organização da família, segundo informação de Orlando Soares⁴⁰, “a chefia da tribo passou ao homem, que se tornou também o proprietário de terras, bens e escravos, transmitindo esses direitos ao filho varão, originando-se assim, a família patriarcal, integrada pela mulher, os filhos, os netos e os escravos”.

Como se vê desta determinação surge nas relações da família à preocupação com a sucessão hereditária, somente assegurada ao sexo masculino.

Em observação a estes acontecimentos, Engels de maneira incisiva, pontua que:

A derrubada do direito materno foi a grande derrota histórica do sexo feminino. O homem conquistou também o governo da casa: a mulher foi rebaixada, avassalada, tornou-se a escrava do prazer do homem e um simples instrumento de reprodução.⁴¹

Concluindo sua tese sobre a existência do patriarcado na história da evolução das formas familiares, Engels expressou também a sua idéia no sentido de que a mulher foi entregue ao poder do homem, “sem reservas”, para com isso assegurar a fidelidade e conseqüentemente a paternidade dos filhos.

³⁹ Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no Direito Civil Brasileiro*. Campinas: Bookseller. 2001, p.13. “As mais antigas sociedades são inspiradas no respeito e no medo pelo homem que são mais forte, e todo o homem forte na luta pela existência sofre o impulso do zelo sexual e se apodera da mulher com exclusão dos outros ; (...)”.

⁴⁰ SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 718.

Prosseguindo sua análise acerca do patriarcado, descreve Engels ⁴²: “Com a família patriarcal, entramos no domínio da história escrita, e, portanto num domínio onde a ciência do direito comparado pode nos fornecer poderoso auxílio”. Deste modo, esta forma familiar que predominou em grande parte do mundo, serviu também de modelo para a família brasileira.

No Brasil a família patriarcal dominante até a década de trinta, foi considerada a família da fase pré-industrial ⁴³ que somente veio a mudar, tornar-se mais flexível, quando a crise ocorrida nessa época, obrigou ao controle de natalidade, fazendo reduzir o número de filhos em uma família e como consequência, a mulher passou a trabalhar fora do lar, cujo objetivo de reforçar o orçamento doméstico, acabou favorecendo sua liberação.

Com a decretação da liberdade feminina, restou para a tradicional família patriarcal um visível enfraquecimento, restabelecida esta força na nova forma que se propunha, ou seja, a denominada família democrática, em que já não mais prevalecia o que muitos chamaram de “machismo”.

⁴¹ ENGELS, Friederich. *op. cit.* p. 79-81.

⁴² *Ibidem.* loc. cit.

⁴³ Cf. constatamos, a família da fase pré-industrial, considerada aquela que antecedeu a sociedade de consumo e que surgiu com a fase do desenvolvimento cultural da humanidade, portanto a família do modelo patriarcal, foi de fato desestruturada com a grande crise de 1929, sua existência no cenário, tem hoje, apenas um valor referencial que serve como lembrança da influência recebida que fez originar as mais variadas formas familiares existentes e que dada à desenfreada evolução social não param de surgir. A família fechada, hierárquica, sob total domínio do marido, do pai ou do irmão mais velho, cuja predominância do sangue se impunha, hoje não mais tem espaço reservado, pois, bem diferente do que foi no passado, a família hoje assinala para a convivência no sentido de fortalecer a união em prol da afetividade e do amor. Estas transformações operadas no contexto social, considerando a preocupação do legislador moderno, inegavelmente demonstram uma fase bastante desconexa com algumas já enumeradas pela história da vida familiar. A igualdade entre os sexos é sem dúvida a maior consagração do sistema que se impõe perante a vivência da família. Sendo “os homens” todos tão iguais, obviamente que não se justifica o tratamento desigual.

Assim, verificada a existência da família patriarcal, cujo destaque se fazia mediante a autoridade absoluta do pai e marido, não nos resta qualquer dúvida que este modelo foi em tese o propulsor das tradições até hoje respeitadas na família, bem como de instrumentos sociais tão válidos como a religião praticada em forma de ritual sagrado.

Desta modalidade familiar pode-se destacar como característica notável, o respeito e a obediência exigidos e prestados com fidelidade. Outra nota importante a ser ressaltada é a questão da preservação do patrimônio que se fazia transparecer no regime da comunhão universal dos bens.

Muito embora o patriarcado tenha sido considerado um regime um tanto inflexível, dada a sua vigência em grande parte das sociedades, e considerando o fato do Brasil ter herdado os usos e costumes, bem como as primeiras formas de legislação do reino Português, por força da ingerência de suas regras, que em todos os Estados brasileiros até 1945 era encontrado esse tipo de família, que conforme já mencionamos foi desaparecendo gradativamente, dando assim lugar a tantas outras formas de constituição familiar, que atualmente em razão de mudanças nos paradigmas da vida conjugal, recebem por parte das instituições sociais o seu reconhecimento.

1.6 FAMÍLIA MONOGÂMICA

Dentre as diferentes formas pelas quais a família é identificada, a monogamia destaca-se na história da relação em que se envolvem homens, mulheres e filhos como sendo a modalidade revestida das características mais adequadas aos sentimentos e à emoção.

Desta forma individualista nas relações entre os seres humanos, denota-se o ideal para a união conjugal duradoura em que se pode ver retratada a felicidade.

A monogamia por traduzir a vida em comum apenas entre um homem e uma mulher é sem dúvida a demonstração do desenvolvimento no campo que permeia a efetividade da união segura e confiante entre os mesmos.

E, é por essa reciprocidade no acasalamento, proporcionada pelo estado monogâmico que se pode vislumbrar a verdadeira existência do sentimento maior que o ser humano é capaz, o amor, que conforme Pontes de Miranda ⁴⁴, foi criado pela monogamia.

Para Engels⁴⁵ a monogamia que atingiu um alto grau de desenvolvimento na antiguidade, de forma alguma resultava do amor sexual, pelo contrário, não havia entre o casamento e o amor qualquer relação, pois, mesmo na forma monogâmica, as uniões mantinham as características visíveis do interesse e prevalência.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *op. cit.* p. 211. “O sentimento do amor, que, hoje, costumamos associar ao casamento, foi posterior a esse. Mas exatamente: ao próprio casamento monogâmico. A monogamia criou o amor; não o amor, à monogamia, menos ainda ao casamento”.

⁴⁵ ENGELS, Friederich. *op. cit.* p. 89 et seq. “Como vemos a monogamia não aparece na história como acordo entre o homem e a mulher, e muito menos como uma forma mais elevada de união. Ao

A soberania do homem na família e a procriação que não pudessem deixar de ser seus e destinados a ser herdeiros de sua fortuna, tais foram os fins exclusivos da monogamia, franca e descaradamente proclamados pelos gregos.

Deste modo a obrigação para com os deuses, o Estado e os seus pais, cuja exigência da lei, impunha ainda o cumprimento dos “deveres conjugais”, impostos no que diz respeito à fidelidade, apenas às mulheres ⁴⁶.

Com o surgimento do estado monogâmico à época da civilização ⁴⁷ é que se instalou nas relações familiares definitivamente, o predomínio do homem e conseqüentemente a concentração de grandes riquezas nas mesmas mãos, pois tinha este o desejo de ver transferido somente aos seus herdeiros, tudo o que houvera por dedicação e esforço.

Deste estágio monogâmico, verifica-se um grande avanço nas formas de coexistência familiar, cuja importância continua ainda hoje refletida nas relações que envolvem homens, mulheres e filhos. E, conforme Eduardo de Oliveira Leite ⁴⁸ foi por intermédio do surgimento desta forma de família que se revelou o sistema de “coabitação por casais isolados”.

Assim para os conviventes nasceu à idéia de casamento legal restando para a prole assegurada a paternidade bem como a legitimidade e, finalmente determinou-se à diferença entre o homem e a mulher, restando claro deste modo, o verdadeiro papel

contrário. Ela se manifesta como sujeição de um sexo por outro, como proclamação de um conflito entre sexos, desconhecido até então em toda pré-história”.

⁴⁶ Cf. LEITE, Eduardo Oliveira. *op. cit.* p. 42. “Quanto aos homens, eles não se submetiam a nenhuma castidade, o que teria sido a única maneira de assegurar a regra, mas, ao contrário, viviam em total infidelidade conjugal, sancionada, ao menos, pelos costumes”.

⁴⁷ ENGELS. Friederich. *op. cit.* p. 102-103.

⁴⁸ LEITE. Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 41 et. seq.

a ser desempenhado por cada um dos sexos, cuja responsabilidade resultou na evolução e progresso da formação familiar, hoje traduzida nas diferentes modalidades de convivência.

Nas palavras de Eduardo Espínola ⁴⁹, para quem a monogamia traduz a prática de todos os povos civilizados, considerando-se a evolução e aperfeiçoamento das relações familiares, e acrescentar-se o que Engels apontou como sendo uma exigência futura em termos de forma familiar, ao que se concluiu face ao poder de desenvolvimento do homem frente às exigências sociais com a seguinte posição:

Se a família monogâmica se aperfeiçoou desde os primórdios da civilização, e de maneira bem notável nos tempos modernos, podemos, pelo menos, crer que ela é passível de novos aperfeiçoamentos desde que se tenha alcançado a igualdade entre os sexos. Se, para um futuro longínquo, a família monogâmica não estivesse em condições de satisfazer as exigências da sociedade, é impossível predizer de qual natureza será a que lhe sucederá. ⁵⁰

O que Engels atribuiu como vital, ou seja, “a igualdade de sexos” para que a sociedade familiar continuasse evoluindo de forma satisfatória, tardou a acontecer, mais é hoje uma realidade sólida.

A sociedade, mormente no nosso meio já comemora desde o final do século passado esta desejada igualdade entre os sexos.

Na verdade, tudo aquilo que hoje existe em termos de paridade nas relações familiares é fruto daquilo que foi semeado no passado de cuja lembrança faz sentido

⁴⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2001. p.10. Neste sentido, prossegue o autor: “Mesmo entre aqueles em que é permitida a poligamia ainda há prevalência da monogamia”.

⁵⁰ ENGELS, Friederich. *op. cit.* p. 114.

não só a referência histórica, bem como, a possibilidade de aperfeiçoamento para a realização dos interesses de cada membro da composição familiar.

1.7 REFERÊNCIAS CONCLUSIVAS SOBRE A FAMÍLIA ANTIGA

Notadamente, a família é sem exceção à regra o primeiro grupo social a que se pertence, e entre todas as instituições sociais é aquela com a qual se mantém os contatos mais íntimos.

Grande parte da vida e os acontecimentos importantes como o nascimento, casamento e a morte, são vividos na família, assim, em razão destas funções e de tantas outras, a família é considerada a instituição humana fundamental na sociedade. Instituição que na visão de Eduardo de Oliveira Leite ⁵¹, teve notável evolução e farta história em acontecimentos, foi marcada de avanços e retrocessos, conquistas e derrotas, porém, estável e extraordinária por nenhuma outra foi superada quanto a sua durabilidade.

A perpetuação da espécie humana se consagrou evidentemente, com a família, sua caracterização resultado de desenvolvimento por etapas, foi sucessivamente se estabelecendo e se impondo, formado assim o que chamamos hoje de sociedade.

Assim, para a delimitação do nosso estudo, no que se refere às formas e origens da família, desconsiderando-se a polêmica existente em torno do assunto e,

conseqüentemente o necessário tratamento de maneira mais detida, visando apenas à obtenção simplificada da informação, oportuna se faz uma breve referência conclusiva sobre a família desde a antiguidade, cuja argumentação apresentada por alguns idealizadores em muito contribui para uma melhor compreensão do tema em proposição.

Conforme descrição feita por Philippe Ariès ⁵², a família antiga vivia publicamente, tanto que não havia privacidade nem para as cerimônias como era o caso do casamento. A sociedade tinha direitos sobre a intimidade do casal. A família, “não existia como sentimento ou como valor”. A sociabilidade perdurou no desenvolvimento da família, até o século XVIII, somente a partir daí e que começam a despontar a consciência do individualismo, não mais se confundindo família com o patrimônio e com forma pública de vida.

A família antiga, Grega e Romana, concentrava todos os poderes sociais. A família tinha por tradição o seu culto, sua justiça e costumes. Neste aspecto convém lembrar que a família tida como a forma natural, espontânea e mais antiga de vida social, é também considerada pela história, a base geradora de todo o direito privado dos antigos, que segundo Fustel de Coulanges ⁵³, sendo a família a guardiã das tradições e costumes, por esta é que surgiram todas as demais instituições.

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 22.

⁵² ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981. p. 270 et seq.

⁵³ COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. 12 ed. São Paulo: Hemus, 1996. p. 8 et seq.: “O direito privado existiu antes da cidade”. Da comparação entre as crenças e as leis, resulta que as famílias primitivas em Roma e na Grécia, constituíam-se através de uma religião que também era primitiva, esta que instituiu o casamento e a autoridade paterna, bem como fixou suas linhas de parentesco, consagrou o direito de propriedade e de sucessão. Ainda foi pela religião, após a formação da família que surgiu a cidade, governada com disciplina igual a que fez a família. “Da família se originaram, pois, todas as instituições, assim como todo o direito privado dos antigos”.

Instituições que ao longo dos tempos foram se edificando e tomando as mais variadas formas e que graças ao espírito de solidariedade de nosso tempo alcançaram relevo em grande parte das legislações pertinentes aos cuidados com a forma digna de estruturação familiar. Exemplo próximo observa-se as legislações referentes ao idoso, criança e adolescentes.

Comparando a família antiga e a família moderna, Arnaldo Medeiros da Fonseca ⁵⁴, anota que entre os dois modos há bastante distinção, que ambas se mostram totalmente distanciadas em suas posturas, pois enquanto, a antiga família era conduzida sob total domínio patriarcal, para família moderna a convivência flexibilizou em tendências mais democráticas.

Analisada a sua história e evolução, a família não se apresenta apenas como um grupo biológico, é também regida por normas, costumes e sanções que regulamentam sua constituição, sobrevivência e dissolução. De se notar que de uma ou outra forma este grupo denominado família sempre existiu e que de modo universal é encontrado em todas as sociedades e todas as civilizações passadas.

O que não se pode deixar de reconhecer é o fato de que a família patriarcal ou não é a unidade fundamental de todas as sociedades.

⁵⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Investigação de paternidade. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1947. p. 28. Ao tratar das diferenças entre os dois modos de composição familiar, cita como exemplo o direito romano primitivo, com o que aponta: A família patriarcal apresenta-se, segundo a opinião mais acolhida, como um agrupamento religioso, civil e mesmo político, constituindo entre os antigos romanos um organismo autônomo, semelhante a um pequeno estado. Só depois, segundo Cogliolo, apareceram normas restritivas dos poderes atribuídos ao *paterfamilias*. Antes, porém, a sua autoridade não conhecia limites jurídicos, se bem que atenuada pelos usos e costumes as época”.

Conclui-se o conceito de família, se apresenta na literatura jurídica de forma um tanto quanto plurívoca e até mesmo analógica.

Esta razão inevitável que condiciona o operador do direito, evidentemente se prende ao fato das constantes transformações pelas qual a sociedade passou e continua passando, pois, tentar definitivamente unificar os conceitos de família não seria uma atitude prudente do atual pesquisador do direito, vez que, de todo modo em se tratando de definições, as ciências de modo geral costuma sempre ser incompletas e muitas vezes manifestadas sobre opiniões divergentes.

No tocante às espécies de família existentes resulta nos claro que entre as diversas apresentadas pela doutrina, uma que se destaca é a família celular ou nuclear cuja formação ocorre através do casamento e é estabelecida por laços de consangüinidade. Seu crescimento ocorre graças à formação da prole e, seu decréscimo pode ser notado na medida em que estes vão constituindo novas famílias.

Uma segunda espécie de família que se destaca é a tribal. Família esta que existiu nos primeiros tempos da formação da sociedade. Era estruturada com base na espécie de família celular, em que a autoridade do patriarca se impunha como forma de unir várias pessoas em uma só tribo. Tinha como característica marcante o grande número de pessoas concentradas.

Outra espécie de família bastante importante para a nossa cultura, diz respeito à família romana. Esta de bases semelhante à família tribal era formada por um número mais reduzido. Todos os membros da família estavam sujeitos ao *pater familias*, somente substituído em caso de morte o que se dava na pessoa do *fili*

familiae, quem ficava autorizado, a partir de então a construir as suas próprias famílias.

Com a evolução da família, chega-se à espécie familiar considerada família contemporânea representada em princípio pelo marido, a mulher e os filhos nascidos da união, com possibilidade de se ampliar para a colateralidade. Seu aumento possibilita a formação do ramo comum e em consequência o estabelecimento do grau de parentesco.

Por fim, conclui-se que de acordo com o conceito mais atualizado de família, tomando-se como referência à de formação contemporânea, tem-se o surgimento de variados seguimentos familiares hoje em evidência.

Além destas espécies de famílias, nossos doutrinadores ensinam que o instituto familiar pode ainda ser classificado quanto aos sistemas existentes. E, por este critério são enumeradas as famílias dos tipos: patriarcal, matriarcal, e monogâmica.

Bastante ampla que além dos pais e dos filhos, inclui-se também seus ascendentes, descendentes, colaterais, parentes afins. Mas não se pode deixar de admitir que nos dias hodiernos já sejam possível ao pesquisador aludir à família de modo bem mais extenso, fazendo incluir nos textos das definições aquelas formas familiares, que a própria sociedade criou ao longo dos anos.

Conceber a existência das novas formas de instituição da família, não significa em hipótese alguma admitir que a família constituída nos moldes esteja extinta ou não tem relevância para o contexto atual.

Desse entendimento compartilha Waldyr Grisard Filho, dizendo que:

Reconhecer que a fisionomia da família mudou, não significa dizer que o modelo oitocentista chegou ao fim, mas que não mais pode servir como único paradigma para a sociedade do futuro pelo surgimento de novas e variadas estruturas familiares, que constituem etapas do ciclo vital familiar de uma mesma pessoa.⁵⁵

Aos mais recentes modelos de família admitidos e reconhecidos socialmente, incluem-se as famílias denominadas reconstituídas as quais segundo Grisard fazem parte de uma cadeia e podem ser definidas como aquelas de estrutura familiar originada de um novo casamento ou de uma nova união, depois de uma ruptura familiar, quando um dos integrantes do novo casal, ou ambos, tem filho ou filhos de uma relação precedente.⁵⁶

De forma mais simples, é a entidade familiar na qual um dos adultos, ao menos, é um padrasto ou uma madrasta. Ou, ainda, é a família na qual ao menos uma das crianças de uma união anterior de um dos cônjuges vive sob o mesmo teto. Nesta formulação subsumem-se tanto as novas uniões de pais ou mães viúvos como a de pais ou mães separados ou divorciados e de pais ou mães solteiros.

A noção, portanto, exclui os não pais, ou seja, não levam em conta as uniões sem filhos de uma outra anterior, porque as relações entre cônjuges ou companheiros e os filhos de outro é o eixo central que define e especializa esta nova forma de organização familiar.⁵⁷

⁵⁵ GRISARD, Waldyr Filho. *Famílias Reconstituídas*. Novas Relações Depois Das Separações. *Parentesco e Autoridade Parental*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, Ética, Família E o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004., p. 658.

⁵⁶ Ibidem . p. 658

⁵⁷ Ibidem. p. 658. Prosseguindo em suas definições sobre a reconstituição da família, anota o autor que em razão da diversidade das fontes de origens dos personagens da nova família que se reestrutura, fica difícil explicar o comportamento desta com base na família nuclear, pois tem peculiaridades próprias e não são objetivadas em normas éticas disciplinadoras de condutas reconhecidas em direito.

Mais que um fato social a família é, sem dúvida, uma realidade consumada e diante da realidade atual pode se dizer que os elementos caracterizadores da sua definição estão intensamente reformulados. Da categoria singular a família saltou para o tipo plural; sua origem biológica não tem mais atenção privilegiada dividiu seu espaço com a cultura da afetividade; na escala de classificação restou apenas à identificação igualitária. Da submissão, ficou a referência ao passado, cuja liberdade foi instalada. Sob a ordem da construção digna a família está repersonalizada.

Esta repersonalização restou definida pelos propósitos constitucionais concedidos em prol da construção da vida familiar respaldada na dignidade da pessoa e sua conseqüente realização pessoal, fazendo-se neste aspecto realizar-se o direito individual de satisfação da personalidade humana.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO RECONHECIMENTO

JURÍDICO DA FAMÍLIA

2.1 GENERALIDADES DA FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO

Compreender sistema jurídico familiar para ser compreendida na conformidade do encadeamento das suas normas organizacionais, como base do modelo que reflete no comportamento da sociedade contemporânea, não só obriga a verificação da origem e desenvolvimento dos laços familiares, bem como impõe analisar a evolução no passado histórico pela quais estas relações comunitárias se projetaram para o campo jurídico.

Tem-se neste aspecto que da noção de família surgiu o direito como forma de sobrevivência da sociedade, impondo-se necessariamente a família como instituição prevalente fosse assistida, condição inevitável para se estabelecer nas suas relações uma ordem direcionada.

Luiz Edson Fachin ⁵⁸, referindo-se a história da família, lembra este fato como um passado contínuo, ensinando que:

A família, com efeito, antecede sua história na do Direito, e o Direito de Família elege suas fontes e indica seu percurso. "Daí por que a organização familiar anterior a esse marco temporal, assentado na configuração romanista, mostra-se, não raro, adjetivada de primitiva". Destaca o autor, que esse estágio, considerado um marco temporal, não exclui os demais demonstrados através da história. ⁵⁹

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família. Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 20.

⁵⁹ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *op. cit.* p.16 et seq. "Os modelos jurídicos dos países ocidentais, frutificados na veiculação da experiência do sistema romanista, compõem mosaico próprio, localizado no tempo e no espaço. Um modo de ver, que deveria ser, por isso mesmo, despido da pretensão de completude e unidade monolítica". "A apreensão jurídica das relações reputadas como emoldurantes da família confere à investigação da origem histórica um segundo lugar. Talvez isso se compreenda: O direito por assim dizer "recria" a família à luz daquilo que essa cooptação jurídica pretende deixar nas

Logo a família é uma referência a se acrescentar aos demais fatos narrados que sem dúvida resultam no precioso contexto histórico para análise do surgimento e evolução do instituto familiar, braço forte do direito desde os primeiros tempos de sua existência.

A história do direito romano, conforme se acha retratada, originou-se do direito de outros povos, e conforme Paulo Dourado de Gusmão⁶⁰, está dividida entre duas legislações, a primeira datada de 462 a.C com início na Lei das XII Tábuas⁶¹, que ao deslocar a religião do direito, instituiu o direito público, direito processual, direito penal e delitos privados e a segunda denominada de *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano.

Deste modo, das duas legislações que perduraram ao longo da história, acompanhadas estas de grande aperfeiçoamento, originaram-se todo o direito, hoje encontrado nos nossos códigos.

sombras”. “ O direito de família é menos que a família e seus direitos e é mais que o mero espelho “juridicizado” de um modo de conviver. É uma opção, por ações ou omissões, de um modelo social, cultural. Político e religioso. Daí por que o “grau de parentesco” entre o “direito familiar” e o “fato familiar” é complexo, plural e nem sempre pleno de interação. No direito positivado fotografa-se um instante de uma realidade mutante. Adequado e imperativo seria, ao menos, um contato com algumas informações históricas sobre o surgimento da família, sob pena de produzir um estudo confinado.

⁶⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 297-298.

⁶¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 144 e 145. “A Lei das XII Tábuas, que estão estudando em Direito Romano, e é um documento fundamental do Direito Ocidental, também se caracteriza por ser uma consolidação de usos e costumes do povo Lácio. A lei não se distinguia do costume, a não ser por este elemento extrínseco, de ser escrita: apenas esculpia para conhecimento de todos, aquilo que o poder anônimo do costume havia revelado. E só com o decorrer do tempo, através de uma longa experiência científica, que a lei passa a ter valor em si e por si, traduzindo a vontade intencional de reger a conduta, ou de estruturar a sociedade de modo impessoal e objetivo”.

Tendo os romanos distinguido o direito da moral e da religião, e, por esta razão eles se destacaram juridicamente. Como bem se percebe da história, Roma não só doutrinou o direito, bem como o vivenciou de forma ostensiva.⁶²,

A Lei da XII Tábuas, era aplicada somente entre os romanos, sendo precedido pelo *Corpus Iuris Civilis*, de Justiniano, cujo aperfeiçoamento pelos pretores e juristas romanos consagrou o início do direito europeu e conseqüentemente do latino-americano.

Na sua origem, consuetudinária e jurisprudencial, o direito em Roma a princípio era sagrado, somente de conhecimento dos *pontífices*, a quem competia à aplicação, modo pelo quais os plebeus consideravam-se ameaçados, pois nada sabiam sobre o direito ao qual estavam submetidos.

O julgamento era por assim dizer, realizado mediante os critérios morais, não tinham até então como parâmetro a *ratio júris*, que somente veio a ser utilizada como base para aplicação do direito, quando da decadência do direito clássico ocorrida com a do império romano, surgindo destarte, a lei propriamente dita, viabilizada através do processo legislativo em detrimento do processo jurisdicional até então utilizado como meio de aplicação do direito.

O caráter sagrado do direito romano, obviamente que teve sua origem na religiosidade, crença praticada na época da sociedade antiga, pois nos primórdios, bem como no início da formação social, diferente do que hoje se impõe o instrumento fortalecedor determinante para a vida em sociedade era a religião e não o direito. Temendo a “Deus”, os homens observam normas, costumes que se

⁶² Ibidem.

estabeleciam em forma de culto ao ser superior o que de fato era encarado como obrigação na família.

Segundo Fustel de Coulanges “da religião tirou a cidade os seus princípios, as suas regras, os seus costumes, a sua magistratura”.⁶³: Observando-se o episódio histórico das antigas crenças, especialmente quando a alma e a morte, o culto aos mortos, do fogo sagrado e a religião doméstica, citadas por Fustel, impõe-se a certeza da importância que a religião exerceu sobre a formação da sociedade e principalmente no que confere à estrutura familiar.

Miguel Reale, reportando-se a natureza dos costumes primitivos, assevera que:

A família romana, por exemplo, era primordialmente uma instituição religiosa, a tal ponto que o parentesco não se fazia segundo imperativos de sangue, mas segundo razões do culto. A mulher era admitida a fazer parte da família do marido porquanto passava a cultuar os deuses “lares” de uma casa. Deuses “lares” eram aqueles que tutelavam determinada família ou estirpe. Ainda permanece na língua portuguesa a marca da tradição romana dos deuses” lares “: a lareira e o lar doméstico. Foi o culto aos mortos o laço primordial de ligação entre os cônjuges, entre pais e filhos e todos os seus descendentes. Através do culto aos mortos a civilização foi se aperfeiçoando e se burilando, adquirindo valores morais e espirituais.⁶⁴

Portanto a família romana representava uma sociedade religiosa que tinha seu culto e suas festas, sobre as quais os pontífices apenas exerciam vigilância, sendo todos os atos ali realizados, de inteira responsabilidade do *paterfamilias*, a quem competia julgar os membros da família quando estes cometiam falhas.

⁶³ COULANGES, Fustel de. *op. cit.* p. 8

⁶⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146-147.

2.2 O STATUS FAMILIAE NA SOCIEDADE ROMANA

Na família romana todas as pessoas estavam condicionadas ao que os romanos determinaram de *status familiae*, ou seja, a condição que a pessoa tinha dentro da própria família.

Deste modo, uma pessoa era considerada *sui júris* (não subordinada a ninguém, com isso, livre para praticar qualquer ato inerente à vida civil). Em geral estas pessoas eram aquelas que não tinham ascendente do sexo masculino, podendo ser também cidadãos liberados do poder paterno, cuja realização ocorria através da emancipação.

Já na condição *alieni júris* (quando estava sob a autoridade familiar, ou seja, era necessário consentimento para o exercício de qualquer ato na sociedade), eram considerados relativamente incapazes, os menores e as mulheres, e não tinham o direito de contrair matrimônio sem o consentimento do *paterfamilias*, e, os bens eventualmente adquiridos, incorporavam-se ao patrimônio do chefe familiar.

2.3 AS RELAÇÕES DE PARENTESCO EM ROMA

Para definir o parentesco, os romanos conceberem dois sistemas, o primeiro, denominado agnação, que constava a Lei das Doze Tábuas, tendo sido introduzido não por um princípio material, mas sim, pelo culto religioso, cujo ritual era em forma

de reverência aos mortos através do oferecimento de um banquete fúnebre ⁶⁵, originário da religião que era neste tempo denominada de doméstica.

Porém, com o enfraquecimento religioso, dado a evolução intelectual humana, surge a segunda espécie de parentesco, a *cognação*, totalmente independente de regras da religião doméstica, que segundo Fustel:

À medida que esta antiga religião enfraquece, a voz do sangue fala mais alto e o parentesco pelo nascimento surge reconhecido em direito. Quando se lêem os juriconsultos, desde Cícero a Justiniano, vêem-se os dois sistemas de parentesco rivalizando-se entre si e ambos a disputarem –se no domínio do direito. ⁶⁶

O fato é que para os romanos nada era mais sagrado do que as crenças religiosas, de onde se originavam todas as regras jurídicas.

As relações de parentesco instituídas pelos romanos, assinaladas por Luiz Antonio Rolim ⁶⁷, classificadas pelas duas categorias: A *agnação*, que era o parentesco determinado em razão de sujeição da pessoa a um mesmo *pater familias*, que nada tinha a ver com a relação de sangue.

⁶⁵ COULANGES, Fustel de. *op. cit.* p. 46-47. Cf. o autor, este banquete fúnebre era oferecido aos mortos pelo chefe de família, o que ocorria duas vezes por mês e, observando esses ritos é que os romanos mediam o parentesco. Neste culto o chefe oferecia um bolo aos *manes* de seu pai, um outro ao seu avô paterno, e um terceiro ao seu bisavô paterno. Era um sistema onde não se permitia o parentesco pelas mulheres. A continuidade da oferta que era sempre da quarta linha em diante da ascendência, sofria daí por diante uma redução, eis que o banquete compunha-se apenas de água e grãos de arroz. “ Este o banquete fúnebre; e é pela observância desses ritos que se mede o parentesco. Quando dois homens, embora oferecendo separadamente os seus banquetes fúnebres podem, seguindo cada um deles a linha de seus ancestrais, encontrar nesta um antepassado comum, dizem-se parentes entre si. Chamam-se *samanôdacas*, seu antepassado comum é daqueles a quem se oferece apenas a liberação de água; sapindas iria até o sétimo grau e a dos *samanôdacas* até o décimo - quarto. Em um como em outro caso, o parentesco reconhece-se pelo direito de oferecer os sacrifícios ao mesmo antepassado comum; e está-se vendo como neste sistema não se pode admitir o parentesco pela mulheres”.

⁶⁶ COULANGES, Fustel de. *op. cit.* p. 48.

⁶⁷ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p 157et seq. Em esclarecimento às modalidades de parentesco entre os romanos, destaca que: “ O *jus civile* – modalidade de Direito Romano que vigorou durante os períodos da Realeza e da República – considerava parentes para efeitos civis somente os *agnatos*.

Nesta categoria estavam incluídos os parentes por afinidade, tanto os que estavam na linha de ascendente (sogro e sogra, padrasto e madrasta), bem como aqueles da linha descendente (genro e nora, enteado e enteada), destacando-se ainda a linha colateral em que se achavam cunhados e cunhadas do chefe de família.

Na outra categoria, a dos parentes *cognatos*, considerados parentes naturais, ligados ao *pater familias* por laços de sangue, os quais em linha reta se resumiam em filhos, netos, bisnetos, trinotos, bem como os avós, bisavós e trisavô e, eram ainda considerados parentes desta mesma forma os da linha colateral identificados como tia e tios paternos e maternos e por fim os primos.

2.4 O CASAMENTO ROMANO COMO INSTITUTO FAMILIAR E SEUS EFEITOS

O casamento romano por ter sido a primeira instituição social estabelecida pela religião doméstica teve igualmente os seus efeitos e a sua dissolução a esta vinculada, de tal sorte que todos os atos em celebração ao matrimônio tinham os aspectos de crença e devoção.

O fato de uma jovem, mediante o casamento passar para a família de seu esposo era razão suficiente para que também passasse a cultivar um novo deus, estes, pois, eram cultuados cada qual de forma diferente.

O casamento obrigava a mulher a abandonar o lar paterno que de certo modo significava uma mudança religiosa, ou seja, a mulher que passava para outra família, agora deveria cultuar outro deus, praticar outros ritos ⁶⁸.

Esta formalização religiosa do casamento, denominada *confarreatio* que os romanos tradicionalmente mantinham muito se assemelhava ao casamento grego ⁶⁹.

Conforme informação de Sebastião José Roque ⁷⁰:

O casamento é instituição bem anterior a Roma e devia ser regulamentado pelos mais primitivos códigos. É o caso do Código de Hamurabi, da antiqüíssima Babilônia, que punia severamente as transgressões aos deveres matrimoniais, geralmente com morte. Contudo, o casamento ocidental tem sua primeira regulamentação jurídica na antiga Roma. Como acontece com o Direito de Família, o casamento era um ato jurídico complexo e não instantâneo como o atual, não bastava o “sim” dos nubentes, mas o comportamento deles após as bodas, compatível com a condição de casados. Só assim o matrimônio se completava.

Das formas de casamento existentes no direito romano, conforme aponta Caio Mário da Silva Pereira ⁷¹:

⁶⁸ Cf. COULANGES, Fustel. *op. cit.* p. 35. A mulher tinha que abandonar o deus da sua infância para se colocar diante de um novo deus que antes não conhecia. “ Não espera permanecer fiel a um, honrando a outro, porque nesta religião é princípio imutável a mesma pessoa não poder invocar dois fogos sagrados, nem duas séries de ancestrais.” A partir do casamento, diz antigo escritor, a mulher nada mais tem de comum com a religião doméstica de seus pais: passa a sacrificar aos *manes* do marido”.

⁶⁹ COULANGES, Fustel de. *op. cit.* p. 37-38. A *confarreatio* um dos atos do casamento grego, seguida pelos romanos, era uma espécie de matrimônio patrício, sua celebração dava na presença do pai de família quem detinha a maior autoridade. Cf. o autor: “1º A jovem deixa o lar paterno. E como a mulher não está ligada a esse lar por direito próprio, mas apenas por intermédio do pai de família, também só a autoridade deste pode desligá-la daquele. A tradição constitui, pois formalidade imprescindível. 2º A jovem é conduzida à casa do esposo. Como na Grécia, vai velada, leva a coroa e um archote nupcial precede o cortejo. Canta-se ao seu redor, antigo hino religioso. O cortejo para em frente à casa do esposo. Aí apresentam à jovem fogo e água: o fogo, emblema da divindade doméstica: a água, sendo a água lustral que serve a família em todos os atos religiosos. Para a donzela entrar na casa é necessário, como na Grécia simular um rapto. Os dois esposos como na Grécia juntos comem o bolo de flor de farinha”. Deste modo sob os olhares das divindades da família, está constituída a união entre o marido e a mulher. E a mulher passa então da autoridade paterna à autoridade do marido.

⁷⁰ ROQUE, Sebastião José. *Direito de Família*. São Paulo: Ícone Editora. 1994. p. 23.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.* p. 38.

Ao lado da *confarreatio* (matrimônio de cunho religioso) praticava-se a *coemptio*⁷² (casamento civil), menos sacramental, posto que solene, representando uma venda (*ficta venditio*), em reminiscência das práticas adotadas entre tribos bárbaras, de que remotamente provinha o povo romano. E, finalmente, conhecia-se e praticava-se o *usus*, casamento plebeu, que pouco distanciava do concubinato, e tinha por idéia central a posse a consolidar a situação jurídico-material pelo decurso de um ano, a não ser que se interrompesse a continuidade da coabitação por três noites consecutivas (*usurpatio trinoxium*).

Das três formas de casamento *cum manu*, segundo escreve Carlos Celso Orcesi da Costa⁷³ a primeira a ingressar no direito romano escrito, foi a *confarreatio*, em seguida adotou-se o casamento com *usus*, sendo por fim inserida a *coemptio*. E, para corroborar seu pensamento o autor justifica-se apontando no seguinte sentido:

Quando não existia qualquer direito escrito e a família genérica não se encontrava devidamente estruturada, justo admitir-se que o simples *usus*, a simples convivência com intenção de casamento, o *usucapião*, transformasse a relação conjugal em verdadeiro e justo matrimônio. Daí resultaria que o *usus* teria sido mesmo a forma primitiva inicial, enquanto o direito escrito teria cuidado inicialmente da *confarreatio*, que melhor representa a forma solene que a classe nobre outorgava às uniões entre os seus. A querela interessa exatamente pelo fato de ilustrar a evolução das instituições romanas.

Para a consumação perfeita do casamento, os romanos impunham a observação de dois requisitos fundamentais: o *affectio conjugalis* e o *honor matrimonii*. O *affectio conjugalis*⁷⁴ baseava-se no amor, na intenção do casal em

⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Doutrina Civil. Primeira Seção. Casamento de fato e concubinato atual: influência do casamento romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17. Esclarece que: “A *coemptio* é o casamento privativo dos plebeus, em que a manus se concretiza pela venda simbólica da mulher ao marido pela cerimônia que se assemelha pela forma, não pelas palavras, à *mancipatio* (modo solene de transferir a propriedade). Ensina José Cretella Junior (Curso de direito romano. 8. ed. Rio de Janeiro:Forense. 1983. p. 120). E que “a própria mulher é que se vende, que se emancipa ao marido na presença de cinco cidadãos púberes e de um porta-balança (*librepens*), sendo certo que a *coemptio*, aduz ainda, lembra a certos autores os primitivos costumes em que o marido comprava realmente a mulher, mediante pedaços de metal oferecidos ao pai”.

⁷³ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio. Constitucionalidade, invalidade, dissolução*. 1º v. São Paulo: Saraiva. 1987. p. 38.

⁷⁴ Cf. ROQUE, José Sebastião. *op. cit.* p. 23: “Ainda sob o impacto do machismo romano, era também chamado de *affectio maritalis*, pois só ao marido era reservado o sentimento do amor, já que a mulher era pouco considerada”.

unirem-se e mutuamente ajudarem-se, cujo objetivo deveria ser a procriação e o crescimento familiar. Já o *honor matrimonii*⁷⁵ resumia-se no conjunto de atos sociais do casal, cuja revelação prendia-se na demonstração de que unidos, estavam, igualmente integrados na sociedade conjugal⁷⁶.

Assim, revendo o modo pelo qual a família foi objetivada pelo direito romano, nota-se que toda essa construção jurídica acerca dos direitos e obrigações inerentes ao casamento, ocorreu por intermédio dos costumes das crenças religiosas, regras de condutas sociais mais tarde convertidas em normas jurídicas.

Normas estas que, muito embora tenham sido criadas em tempos do passado, até hoje refletem com fidelidade a característica intrínseca do aspecto publicístico do casamento. Assim, como hoje ainda é, naquela época o casamento revestido do caráter bilateral, era igualmente de interesse do Estado romano⁷⁷.

Do ato solene, formal que se revestia o casamento, os romanos não podiam prescindir, pois, a noiva conduzida pelo *pater familias*, era pelo noivo recebido em cerimônia aberta a toda coletividade e, sem motivo justo ninguém podia ser excluído, o casamento que era de interesse público⁷⁸.

⁷⁵ Elemento essencial para a configuração do casamento entre os romanos, que obrigava a realização da cerimônia religiosa como parte imprescindível do ato solene.

⁷⁶ Como demonstração de que o casal estava honrando o compromisso assumido com o casamento, tinham como exemplo que se apresentarem publicamente juntos. Como casal estavam obrigados a participarem das atividades sociais e públicas. Enfim este requisito do *honor matrimonii*, devia ainda ser manifestado com o ato da procriação, pois o ato de gerar e criar filhos demonstrava a verdadeira intenção de duração matrimonial.

⁷⁷ Cf. ROQUE, José Sebastião. *op. cit.* p. 24: “A sociedade romana não só aprovava e apoiava, mas dele participava como um acontecimento nacional. Roma tinha em mente dominar o mundo e, para esse domínio, necessitava de soldados. Esses soldados seriam frutos do casamento, razão por que só podia o casal evitar filhos se houvesse comum acordo entre marido e mulher. A recusa unilateral poderia resultar no *repudium* ou no *divortium*”.

⁷⁸ Cf. se observa da atual situação normativa, neste aspecto a lei se manteve fiel ao espírito da lei imposta no passado aos romanos. No direito contemporâneo, inclusive no Código Civil Brasileiro atual, no que diz respeito à celebração do casamento, artigo 1.534, o legislador determina que: “A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo

Enfim, das espécies de casamento vigente entre os romanos, casamento *cum manu* (*Confarreatio, coemptio e usus*), estas de subordinação da mulher ao marido e *sine manu*, em que a mulher não estava condicionada ao marido ou a outro membro qualquer da família, eis que, continuava subordinada à sua família de sangue, pois, o vínculo estabelecia somente os deveres e direitos recíprocos.

Portanto, não havia subordinação e exigia-se ao contrário do casamento *cum manus*, apenas o *affectio maritalis*, ou seja, o amor entre os cônjuges. Espécie esta de casamento que conforme consta da informação dada por Luiz Antonio Rolim ⁷⁹, foi no século III depois de Cristo substituída pelo casamento *sine manu* ⁸⁰.

2.5 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO ROMANO

As causas de dissolução do casamento foram enumeradas de acordo com a constatação de três realidades distintas: a morte, a incapacidade superveniente e o divórcio, aquelas consideradas involuntárias e esta última voluntária. Com a morte estava resolvido o vínculo matrimonial, com a incapacidade superveniente, perdia-se a liberdade ou a cidadania, o incapacitado tornava-se impedido de manter-se casado.

menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutra edifício público ou particular”. Evidentemente que aqui devemos resguardar as devidas distâncias existentes entre uma e outra época dos fatos sociais.

⁷⁹ ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.* p. 163.

⁸⁰ *Ibidem*. Ao contrário do casamento *cum manu*, onde além da relação de subordinação da mulher à família do marido e da integralização dos bens ao patrimônio da família do marido, quem passava a administrá-los; no casamento *sine manu*, embora geralmente celebrado com separação de bens, se fosse à mulher *sui iuris* (não subordinada à sua família de sangue), podia, através de um tutor

Conforme Álvaro Villaça Azevedo⁸¹, o fato de um dos cônjuges caírem prisioneiro do inimigo, era causa de dissolução do casamento, eis que este sofria na realidade a chamada *capitis deminutio máxima*, acarretando, deste modo à perda da liberdade, somente resgatada através do *postliminium*, que restituía todos os direitos então perdidos.

Esta restituição não fazia renascer o casamento, conforme assevera o ilustre autor:

Realmente, dissolvido o casamento por essa situação de cativo, não se restabelecia pelo *ius postliminii*, não restando aos cônjuges outro recurso que o de realizarem novo casamento. Também, por impedimento superveniente, poderia existir qualquer situação que viesse a constringer os cônjuges.

No que diz respeito ao sentimento de prejuízo para um dos cônjuges, pelo direito romano ao prejudicado era autorizado repudiar o outro, pois, dado ao fato da separação tratar-se de uma atividade privada, dispensava-se a determinação desta por intermédio de decreto vindo do magistrado.

E, sendo o casamento um fato, para que tivesse durabilidade, independente do consentimento dos esposos ou da convivência, ressalta Álvaro Villaça, necessário se fazia à característica da continuidade⁸². Citando Emilio Albertario, prossegue em seu ensinamento: “Continuidade essa não materialmente compreendida, mais socialmente considerada”.⁸³

Assim, do mesmo modo que o matrimônio romano era considerado uma relação de fato, eis que estes permaneciam ligados um ao outro, apenas enquanto

administrar os que já possuía antes do casamento (bens chamados de parafernais), sendo aqueles adquiridos com o casamento, administrados pelo marido.

⁸¹ AZEVEDO. Álvaro Villaça. *Casamento de fato e concubinato atual: Influência do Casamento Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 21.

persistisse à vontade, o divórcio também se efetivava livremente, bastando somente à manifestação das partes em conjunto ou isoladamente no sentido de realização do ato que dispensava a intervenção do Estado. Esta exigida somente em circunstâncias transitórias.

A liberdade natural do casamento romano, conforme aponta Carlos Celso Orcesi da Costa ⁸⁴, representava um elemento fortalecedor da manutenção do conceito familiar, eis que uma vez eliminadas as relações infelizes e mal conduzidas, a família fazia-se elevada em sua concepção.

Deste modo, acrescenta o autor que: “A pureza dos costumes romanos fez com que durante longo tempo o divórcio apenas se verificasse raramente. Tanto assim que causou espanto e escândalo a atitude de Spurio Carvilio ao repudiar a mulher por causa da esterilidade”.

Frise-se, repúdio no clássico direito romano muito se assemelhava do divórcio.

Quando o divórcio estabeleceu-se entre os romanos como direito não só do homem, mas também da mulher, surgiu igualmente à possibilidade para marido, já que essa situação nos primeiros tempos de Roma, segundo aponta Luiz Antonio Rolim ⁸⁵, era privilégio apenas dos homens, que em raros casos, conforme o *jus civile* podia repudiar suas esposas, ou seja, nos casos em que houvesse o adultério,

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ COSTA. Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do Casamento e do Divórcio. Constitucionalidade, Invalidez, dissolução*. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 1. p. 60. Cf. Esclarece o autor: “O repúdio se efetuava da mesma forma que o divórcio, mas não podia ser feito *sponte própria* pela própria mulher sujeita ao pátrio poder. Caso o matrimônio houvesse sido realizado através da *confarreatio*, dissolvia-se mediante uma *difarreatio*, caso realizado através de uma forma de *mancipatio*, mediante uma *remancipatio* e assim por diante”.

fosse praticado o aborto criminoso, ou ainda, quando a mulher fosse dada ao consumo de bebida alcoólica, acarretando para si a embriaguez.

Mas, dados os costumes da época, o divórcio nos primeiros tempos de Roma era um tanto raro, o que de fato com o passar dos tempos foi se modificando, houve certa inversão nos valores morais e religiosos, fazendo com que o divórcio se tornasse mais corriqueiro.

Situação esta que obrigou o Estado romano a tomar atitudes mais severas em relação às separações dos casais ⁸⁶.

2.6 A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO NA APRECIÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

O direito canônico que se acha definido como conjunto de normas gerais e positivas, cuja ocupação é a regulamentação da vida social no âmbito da igreja católica, por assim ser tornou-se entre nós, conforme aponta Paulo Dourado de

⁸⁵ ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.* p. 169.

⁸⁶ Cf. ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.* p. 170. “Com intuito de diminuir o número de separações, foi inicialmente instituída a denominada *Nota Censória*, uma censura pública àqueles que se divorciavam sem razão. Visando a restauração dos valores da família e também a incrementar o aumento demográfico, o imperador Augusto fez aprovar um verdadeiro “código matrimonial”, contido na *Lex Julidae maritandis ordinibus*, em 18 a. C. e *Lex Julia et Papia Poppaea* que obrigavam todos os homens de 25 a 60 anos e as mulheres de 20 a 50 anos a se casarem e terem filhos. Essas leis fixaram severas penas aos infratores, tais como: os que permanecessem solteiros ficavam impedidos de adquirir quaisquer bens por herança (*incapacitas sucessória*); os casais sem filhos somente teriam direito à metade da parte que lhes cabia na herança, cedendo a outra parte a outros herdeiros que tivessem filhos e, na falta destes, ao fisco romano.” Leis estas que também, se impunham às viúvas e aos divorciados quando não se casavam novamente. E, por estas duas leis aqueles que se casavam e tinham filhos, podiam ainda ocupar cargos públicos. Observa o autor que estas leis vigoraram para os romanos até 540 d. C. e somente foram revogadas por Justiniano, que deu ao divórcio classificação diversa.

Gusmão ⁸⁷, um dos direitos que concorreu para a formação do direito privado medieval e conseqüentemente do direito europeu.

Evidentemente que a este discurso deve-se acrescentar que dada sua natureza, conjunto de regras sociais, de maneira bem clara e objetiva, entre outros seguimentos sociais, também exerce importante influência sobre as relações familiares, mormente no que tange ao instituto do casamento e suas conseqüências.

Edson Luiz Sanpel, escreve que o direito canônico revela a postura real do seguimento eclesiástico, cuja presença impõe-se pelo simples fato da ocorrência do fenômeno social. “Tanto a sociedade civil quanto a eclesial perseguem o bem comum. Aliás, é vã qualquer pretensão de criar uma dicotomia entre as duas sociedades,” como se os crentes não fossem também cidadãos. “O fim do direito canônico é a salvação das almas”. ⁸⁸

Diante da valorização sacramental instituída ao espírito do indivíduo, é que através do direito canônico, torna-se imperioso que uma vez sacramentada a união dos indivíduos, tem-se igualmente a unificação de suas almas, estas que para encontrarem salvação devem permanecer unidas, ou seja, o matrimônio é para os canonistas sempre indissolúvel. ⁸⁹

⁸⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *op. cit.* p. 359.

⁸⁸ SAMPEL, Edson Luiz. *Introdução ao Direito Canônico*. São Paulo: LTR, 2001. p. 16 et e seq.

⁸⁹ CF. SAMPEL, Edson Luiz. *op.cit.* p. 28 “ O matrimônio, para os católicos, é sempre indissolúvel. Trata-se, com efeito, de injunção expressa de Jesus (Mt. 19, 1-9; Lc 16, 18 e Mc 10, 1-12). O direito da igreja, portanto, não poderia acutilar um preceito de natureza divina. Entretanto, a justiça eclesiástica, composta de juízes e defensores do vínculo, notários e advogados canônicos, ao apreciar o matrimônio que lhe é submetido, manifesta-se tão-somente acerca de sua validade, isto é, verifica, no curso de um processo judicial, se, à época do matrimônio *in fieri* (matrimônio-ato) estiveram ou não presentes os pressupostos necessários para a validez do negócio jurídico”.

Em apresentação ao trabalho de Mieczyslaw⁹⁰, o padre Jesus Hortal Sanchez, ao referir-se sobre a importância das leis canônicas, não só lembrou celebre frase contida no Direito Canônico⁹¹, bem como mencionou a existência dos sistemas jurídicos como forma de transmissão de segurança e proteção aos oprimidos.

Deste modo, procurou com sua tese, justificar a importância da igreja no processo de aplicação das normas sociais, bem como a real necessidade do conhecimento dos sistemas jurídicos. Daí, concluir-se que do mesmo modo com que Fustel cita a família como fonte de surgimento para a cidade, também, da crença e da religiosidade, o homem pode extrair o direito.

Segundo Carlos Celso Orcesi da Costa⁹², foi com a divisão do poder político, em que a igreja ao assumir o poder de mando sobre Roma, limitando de certo modo a soberania política feudal, igualmente passou através da ordem jurídica a reger a sociedade.

Por força da existente divisão do poder político, a igreja passou então a legislar sobre o direito de família, “trazendo para a sociedade sua visualização sublime do matrimônio e constituição da família, elementos fundamentais de sua filosofia”. “O casamento passa, portanto do âmbito da legislação estatal para

⁹⁰ TLAGA.Mieczyslaw. *Aplicação de Penas Canônicas*. Justiça Com Caridade. Tradução do autor. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2003. p. 13 et seq.

⁹¹ TLAGA. Mieczyslaw. *op.cit.* p.13. “...respeitando-se sempre a equidade canônica e tendo diante dos olhos a salvação das almas que, na igreja, deve ser sempre a lei suprema”. “Esta frase, com a qual o cânon 1752 fecha o Código de Direito Canônico de 1983, surpreende, quando citada, os detratores do sistema jurídico da Igreja Católica. A verdade é que dificilmente se poderia pensar num ordenamento legal mais humano, com maiores salvaguardas dos direitos das pessoas, mas conservando sua finalidade pastoral de forma explicita. Infelizmente, tal sistema é grandemente ignorado, não só pelos simples fiéis, que carecem de estudos eclesiásticos, mas inclusive por aqueles que deveriam aplicá-lo, os responsáveis pela cura pastoral”.

⁹² COSTA. Carlos Celso Orcesi da. *op. cit.* p. 65.

competência exclusiva da igreja, e como tal é disciplinado e entendido como sacramento, tal a importância de que se reveste”.

3.7 O MATRIMÔNIO NO DIREITO CANÔNICO

Dentre os vários institutos do direito canônico, o direito matrimonial é sem dúvida um dos seguimentos de grande importância que se impõe ao estudioso do direito de família. Neste aspecto é o ensinamento de Edson Luiz Sampel ⁹³, quando escreve: “As cortes eclesiais são praticamente tribunais matrimoniais, vale dizer, noventa por cento das causas dizem respeito ao sacramento do matrimônio. Só por este fato estatístico, já se compreende a importância do estudo do direito matrimonial para a canonística”.

Neste sentido, deve-se lembrar que o direito canônico no que se refere ao matrimônio, embora tenha reservado algumas características do direito romano, quando, foi finalmente, levado a efeito através do Concílio de Trento em 1563, sofreu nesta ocasião radicais modificações ⁹⁴.

⁹³ SAMPEL, Edson Luiz. *op. cit.*, p. 28.

⁹⁴ CF. COSTA. Carlos Celso Orcesi da. *op. cit.* p. 66. “Doutra parte, na vida prática, através de paulatina evolução de costumes, compareciam os nubentes ao templo para consolidarem sua união. No final do domínio do Império Romano, já os casais compareciam ao templo após seu casamento civil, para receberem do padre bênção. No século X, ao menos na Itália e na França, origina-se o costume de celebrar a primeira parte do matrimônio, ato inteiramente temporal, sob o pórtico da igreja. Logo esse ato foi seguido de uma missa nupcial, já propriamente no interior do templo. Por volta do século XII, a cerimônia se torna solene, dirigida pelo padre. Iniciava-se fora do templo e posteriormente seguia-se a entrada dos noivos ao interior da igreja, quando se realizava a missa”. “No século XIII o padre passa a ser figura indispensável ao matrimônio, possuindo função de dirigir palavras e conselhos ao casal, eliminando-se os temores e o abençoando. A Cerimônia que então era puramente civil e privada, depois da lenta evolução que dura mil anos, se torna assunto espiritual da Igreja, transformando-se de ato exclusivo da vontade dos cônjuges em ato eclesial por excelência”.

Para possibilitar tais mudanças foram apresentados quatro importantes projetos, cujo teor do primeiro fazia referência à questão dos casamentos clandestinos que naquela época já causava certa inquietação. Mais tarde com o segundo projeto superou-se a questão do casamento clandestino o que ocorreu mediante a contestação da igreja que por fim acabou por reconhecer a validade de tais casamentos. Também viabilizou este projeto a possibilidade de invalidação de casamentos sem o mínimo de três testemunhas e os casamentos de homens menores de 20 anos e mulheres menores de 18, sem que houvesse o consentimento dos pais ou bispo, impedimentos estes que repercutiram em nosso direito até os dias de hoje.

Inclusive destaca-se, ainda, foi por obra do Concílio de Trento a determinação quanto à validade do casamento que ficava condicionada à cura com o objetivo de coibir casamentos clandestinos e assim deter o seguimento do matrimônio como matéria de dominação da igreja, veja-se neste aspecto o que pontua Eduardo de Oliveira Leite:

As decisões do Concílio de Trento são claras e não dão margem à dúvida a respeito das posições da Igreja sobre a matéria matrimonial. A doutrina clássica é retomada, quase que integralmente e reafirmada numa manifestação de nítida reação à proposta da Reforma: reproduzindo a idéia indiscutível de que o casamento é um contrato, o concílio afirma o princípio da monogamia e da indissolubilidade do casamento.⁹⁵

Observa-se que o Concílio de Trento foi de grande importância para a instituição e manutenção do matrimônio fazendo com suas edições provocar no instituto do casamento o vínculo obrigacional que se acha definitivamente qualificado nas relações contratuais que o casamento passou a representar.

⁹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit. p. 245.

Estas modificações, consideradas responsáveis pelo domínio da Igreja Católica no campo do direito matrimonial, resultaram da mistura da teoria religiosa e da filosofia patrística e, trouxeram para o direito canônico a verdadeira dominação das relações matrimoniais. Porém, observa-se que nem tudo foi assim tão pacificamente construído, mormente no que se refere à questão do divórcio cuja efetivação encontra uma posição dicotômica quando posto para discussão mediante a população sacerdotal, em quem as opiniões se mostram de formas um tanto divergente.

Não se pode olvidar que para se reafirmar o instituto do casamento, praticamente em boa parte do mundo, o Concílio de Trento, principalmente onde foi publicado, teve imediata vigência e conseqüente validade, fato este que pode se dizer ter repercutido em nosso país até o advento da república quando então foi enfraquecido em razão de normas instituídas civilmente as quais cominaram com a isenção para os católicos de realização do casamento mediante normas eclesiásticas.

Note-se ainda que não se pode igualmente ignorar a expressividade em matéria de casamento que representou entre nós a Constituição do Arcebispado da Bahia, onde as normas ditadas pelo clero dispunham em tese regras que além de considerar o casamento como sacramento, obrigava o cumprimento de suas finalidades, mediante a observação de conduta impeditiva relacionadas à menoridade dos nubentes e inclusive punição ao adultério que entre outras imposições era punido severamente.

2.8 O DIVÓRCIO NO DIREITO CANÔNICO

Na doutrina canônica, o matrimônio, que é concebido como sacramento, tem por esta razão decretada a sua indissolubilidade.

O problema da dissolução do vínculo mediante o divórcio apresenta-se para os canonistas em forma de conflito, pois o considera um “instituto contrário à própria índole da família” capaz de afetar inclusive aos interesses dos filhos. “Sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podia os homens dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*”. De sorte que encontramos tanto no velho como no novo testamento a referência de constituição em só carne entre marido e mulher ⁹⁶. “(Gênesis, 2,24 e Evangelho de São Mateus, 19,6)”.

⁹⁶ Cf. WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família. Curso de Direito Civil Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. op. cit. p. 27. “ Numa primeira fase, no próprio seio da Igreja a indissolubilidade do casamento não foi aceita de modo pacífico. É o próprio Evangelho de São Mateus que admite o divórcio no caso de adultério da mulher, enquanto os textos de São Marcos e São Lucas negam a possibilidade de dissolver o vínculo qualquer que seja o motivo alegado (comparar Evangelho de São Mateus, 19,7-9 e 5, 31-32 com São Marcos, 10, 11-12 e São Lucas, 16-18). Diante da divergência dos textos , a doutrina canônica se firmou no sentido de interpretar o divórcio referido por São Mateus como sendo a separação de corpos sem direito de convolar novas núpcias. Após longa

3. A RECEPÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA NO BRASIL

3.1 A FAMÍLIA NO BRASIL COLONIAL E AS ORDENAÇÕES DE PORTUGAL

A família brasileira no início da colonização do Brasil, dado ao fato cultural herdado do sistema ocidental de organização familiar e tendo em vista a nossa colonização pelos portugueses, tinha por esta razão, o sistema familiar revestido de características patriarcal. Ainda nesta ocasião, o poder eclesiástico era muito forte e até mesmo se confundia com o Estado. Portugal que era um país basicamente católico acabou por influenciar a então colônia.

Ao tempo do descobrimento do Brasil, as leis que vigoravam em Portugal eram as Ordenações Afonsinas, de 1446 que foram precedidas pelas Ordenações Manuelinas, de 1521 e posteriormente surgem as Ordenações Filipinas de 1603. Esta que foi dentre toda a mais significativa, vez que teve sua vigência no Brasil, em matéria civil, o que durou até o dia 31 de dezembro de 1916, quando então no dia 01 de janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil Brasileiro, atualmente revogado.

97
,

hesitação dos Concílios, somente no século XI é que a indissolubilidade se tornou geralmente acatada”.

⁹⁷ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de Direito de Família*. São Paulo: Editora de Direito Ltda., 2000, p. 32. “As Ordenações Filipinas não traziam no seu bojo quaisquer disposição sobre o casamento, a não ser quanto à proibição de casamento sem licença “Del Rei”, às mulheres que tinham bens ou recebiam rendas originárias da Coroa, e a proibição aos julgadores temporais de se casarem com mulheres de sua jurisdição. No primeiro caso, trata-se de disposição relativa às mulheres que, por sucessão hereditária, houvessem recebido de seus antecessores bens dados pela Coroa, ou que desta recebessem qualquer vantagem pecuniária, sob pena de perda daqueles bens ou vantagens. A outra proibição tinha como objetivo evitar os incômodos naturais do casamento de um juiz com mulheres residentes na sua jurisdição, o que poderia resultar em prejuízo ao exercício da judicatura”.

Antes da codificação, conforme acha-se no decorrer deste trabalho, a direção da família cabia exclusivamente ao marido, restringia-se ao máximo o poder da mulher, que para praticar qualquer ato dependia da autorização do marido.

Quanto aos filhos, segundo a ótica do direito pré-codificado, aqueles concebidos em justas núpcias qualificavam-se de maneira distinta. Aos que advinham de relações fora do casamento, eram marcados pelo preconceito da exclusão. Tanto assim que apenas aos filhos havidos dentro do casamento, estavam reservados por lei amplos direitos com relação aos seus genitores.

Da determinação do direito no Brasil colonial, em relação à filiação, observa-se que durante a vigência das Ordenações Filipinas, era permitidas o reconhecimento do filho ilegítimo, no entanto, vedava-se a sucessão legítima, mas não a testamentária. Os filhos naturais concorriam juntamente com os legítimos, à herança do pai plebeu e que, à falta de filhos legítimos, eram os ilegítimos herdeiros universais. “Marcante era, então, a distinção que havia entre os próprios filhos ilegítimos, quer fossem filhos de nobres, quer de plebeus”.⁹⁸

Quanto aos filhos incestuosos e adúlteros, reservava-se o direito de pleitear investigação de paternidade, cuja finalidade se destinava apenas para a fixação de alimentos e nenhum direito sucessório era garantido.⁹⁹

⁹⁸ BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de Filiação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 61.

⁹⁹ Cf. BOSCARO, Márcio Antonio. *op.cit.* p. 61. Merece destaque os comentários do autor alicerçados em Gilberto Freire: “ O sistema patriarcal vigente durante o período colonial brasileiro, dada sua complexidade, teve sua base biológica superada pela configuração sociológica, em que a mulher mais de uma vez, tornou-se sociologicamente homem, para os efeitos de dirigir a casa, chefiar família e administrar fazenda. Um sistema em que o mestiço, por sua posição, tornava-se branco para todos os efeitos sociais, inclusive os políticos. Em que o afilhado, ou o sobrinho, igualmente tornava-se filho, para os mesmos efeitos: tanto os indivíduos biologicamente filhos de padres nada sofriam nas suas oportunidades sociais sob a designação apenas de etiqueta , de afilhados ou sobrinhos . Em o genro superava às vezes o filho biológico nos privilégios sociais de descendente do chefe da casa ou

Por seu turno o instituto da filiação antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916, portanto, à época do Brasil colonial e antes da proclamação da República, teve em razão dos filhos que aqui se encontravam o regimento instituído nas Ordenações Filipinas em que para a atribuição de direitos já se impunha o método da discriminação.

O casamento, que por regra era religioso celebrava-se por outro modo, não católico, quando assim fosse necessário ¹⁰⁰. Porém, com a separação ¹⁰¹ temporal e espiritual, foi instituído o casamento civil e algumas regras foram modificadas.

Com o casamento buscava-se uma estabilidade familiar e o respeito social, fundamental o que ocorria no caso dos homens brancos de qualquer crença, estratégico, portanto, no caso de escravos, forros e mestiços. A construção de uma família representava a possibilidade de escravos terem acesso a maior autonomia e à posse de casa individuais que lhes permitiam recriar ritos de origem africana.

A presença de uma família constituída de homem e mulher, pelo menos, e, principalmente, com filhos, entre livres, era condição para melhorias na vida material, incluindo o acesso à mão-de-obra escrava, e para a estabilidade, em particular para pobres com atividades agrárias. Já para os mais ricos, arranjos

da família (...) Em que o padrinho ou a madrinha superava o pai ou a mãe biológica, tornando-se assim mais uma vez o afilhado ou afilhada não só completo substituto de filho ou de filha para o casal estéril, como substituto de esposo ausente ou de esposo morto”.

¹⁰⁰ Cf. Decreto nº 1.114, de 11 de setembro de 1861, que previa para os não católicos, a união conforme o rito religioso dos nubentes cuja ementa assim dizia: “Faz extensivo os efeitos dos casamentos, celebrados na forma das Leis do Império, aos das pessoas que professam religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e óbitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os pastores de religiões toleradas possam praticar atos que produziram efeitos civis”.

¹⁰¹ Cf. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que criou o casamento civil, considerado como legítimo nos termos do Código Civil Brasileiro de 1916.

matrimoniais visavam ampliar ou manter fortunas. Os objetivos extrapolavam a finalidade religiosa do matrimônio que seria a de sacralização da procriação.

No Brasil, conforme se depreende da Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988, o casamento religioso tem efeitos civis ¹⁰². Foi com a proclamação da República que o Estado passou a reconhecer somente o casamento no civil.

Porém, pela lei constitucional ao realizar-se o matrimônio canônico, tornou-se possível converter os seus efeitos para o matrimônio civil, o que até então por não ser reconhecidamente recebia outra interpretação, ou seja, a união com base apenas religiosa ou canônica tinha perante a lei, apenas conotação de mero concubinato. E, conforme aponta Edson Luiz Sampel ¹⁰³: “De certa forma, essa posição radical do Estado propiciou a criação do hábito entre brasileiros – na maioria católicos – de celebrar o casamento civil (único válido para o Estado) e o religioso (único válido para a igreja)”.

Decretado vigente o Concílio Tridentino e a Constituição do Arcebispado da Bahia, todos os párocos estavam autorizados a receber os noivos para o matrimônio. Pela Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, os casamentos clandestinos deveriam ser punidos, bem como, obrigava-se a prova dos casamentos, mediante certidões extraídas dos Livros Eclesiásticos. E, somente em meados do século XIX é que surgiu no Brasil uma legislação específica reconhecendo o casamento dos que não eram católicos ¹⁰⁴.

¹⁰² Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 226, § 2º. “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”. Sobre os efeitos civis do casamento religioso, ver também Lei 1.110, de 23.05.1950 e artigos 71 a 75 da Lei n. 6.015, de 31.12.1973.

¹⁰³ SAMPEL. Edson Luiz. *op.cit.* p. 69.

¹⁰⁴ Cf. WALD. Arnold. *op.cit.* p. 35. Esta lei é a de nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, que deu os efeitos civis aos casamentos realizados entre as pessoas que não eram católicas, isto, desde que

Mas, tendo em vista a desvinculação do Estado e da Igreja, na primeira Constituição da República, ficou definido o reconhecimento do casamento civil e sua gratuidade na celebração. E, por força do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, sob a autoria de Rui Barbosa, foi abolida a jurisdição eclesiástica e em consequência instituído o casamento perante a autoridade civil como sendo a única forma de casamento reconhecidamente válida ¹⁰⁵.

Deste modo, considerando-se a evolução do direito Brasileiro, no tocante ao casamento legalmente considerado, nosso ordenamento jurídico, respeitando-se a sua estrutura de forma amplamente estabelecida, vem mantendo como base para o reconhecimento jurídico do matrimônio a mesma posição então adotada, ou seja, o casamento de direito no Brasil é aquele realizado perante autoridade constituída de poder para tal e obedecendo-se as imposições de ordem legal.

Considerando-se que de um lado estava a imposição do Estado mediante normas específicas que impõem a competência para celebração do matrimônio e de outro a Igreja exigindo o respeito pela sua competência religiosa, oportuna se faz à lição de Edson Luiz Sampel:

A solução para esta dupla competência, alvitrada por muitos especialistas, seria o reconhecimento cabal do matrimônio celebrado no grêmio da Igreja. No Brasil como dito acima, há muito que o direito estatal confere efeitos jurídicos ao matrimônio-canônico. Ocorre, que há entre os compatriotas o costume de celebrar, digamos, os dois casamentos. ¹⁰⁶

estivessem devidamente registrados. “O decreto de 1863 manteve os impedimentos dirimentes do direito canônico, mas reconheceu a competência das autoridades civis para conhecer da nulidade ou qualquer outra questão referente ao casamento dos acatólicos (artigos 9º e 10º)”.

¹⁰⁵ O Decreto 181 de 24 de Janeiro de 1890, de autoria de Rui Barbosa, não só acabou com o casamento canônico, instituindo apenas como válido o casamento civil, bem como permitiu que a separação de corpos por justo motivo ou mediante consenso do casal fosse também realizada. O que não se deu por conta deste Decreto, foi à indissolubilidade do vínculo conjugal, o que só veio a ocorrer por força da Lei 6.515/1977. Porém, com relação aos impedimentos matrimoniais, o Decreto 181, manteve as mesmas normas utilizadas pelo direito canônico.

¹⁰⁶ SAMPEL, Edson Luiz. Ob. Cit. p. 71

De certa forma, do ponto de vista jurídico, o Estado reconhece plenamente a validade do matrimônio canônico. O problema passa igualmente pela questão da cidadania e consciência dos direitos.

Na medida em que houver uma maior cidadania, tanto no âmbito estatal como no eclesial, certamente não haverá problemas desse tipo. Ao católico compete o mister de dar extrema relevância ao matrimônio celebrado na Igreja, colocando-o em destaque em face do mero contrato realizado no âmbito civil.

3.2 A REFERÊNCIA DA FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil Brasileiro de 1916,¹⁰⁷ de elaboração influenciada pela sociedade individualista existente àquela época, representa para a história das instituições familiares um verdadeiro marco na organização da sociedade brasileira contemporânea.

Muito embora não tenha feito qualquer referência ao que especificamente seja a família, foi por intermédio das normas ali estabelecidas que durante quase um século, a família brasileira considerada legítima se manteve protegida e conseqüentemente pode se projetar juridicamente.

Mesmo não tendo conceituado da família, o Código Civil Brasileiro de 1916 tratou com minúcias os diversos aspectos atinentes às relações familiares. Conforme se vê da sua estrutura, toda a movimentação que circunda os assuntos relacionados à família, detidamente, foram projetados com base no casamento civil.

¹⁰⁷ Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

Deste modo, infere-se que a preocupação do legislador da época ao disciplinar a questão da família, foi logo demonstrada, quando este assegurou direito e impôs deveres relacionados à instituição familiar a partir do casamento civil.

Esta foi de fato uma condição ressaltada que deixou transparecer a importância do matrimônio como preliminar das reações familiares ¹⁰⁸, pois com determinação, o legislador inseriu no primeiro artigo ¹⁰⁹, do capítulo I, a exigência de formalidades preliminares para o casamento, fazendo, deste modo, com que o observador da norma pudesse deduzir que a família protegida pelas regras ali inseridas refere-se àquela oriunda da relação matrimonial com vistas ao cumprimento de mandamentos normativos. Instituiu, evidentemente, a família legítima e desta passou a cuidar, estabelecendo regras para a sua evolução.

Em linhas gerais, considerando-se a sistemática do Código Civil Brasileiro de 1916, tem-se que ao conceder uma parte especial para as relações familiares, o legislador distribuiu no livro I, os seis títulos relacionados ao direito de família, os quais se acham assim denominados: I – Do casamento; II – Efeitos jurídicos do casamento; III – Do regime dos bens entre os cônjuges; V – Das relações de parentesco; VI – Da tutela, da curatela e da ausência ¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cf. Código Civil Brasileiro de 1916, Parte Especial – Livro I (que se inicia com o art. 180 e prossegue até ao art. 484, regulamentando as relações familiares) - Do Direito de Família – Capítulo I – Das formalidades Preliminares.

¹⁰⁹ Idem. Art. 180, que trata da habilitação para o casamento, cujo enunciado, ocupa o primeiro momento em que o legislador refere-se à família.

¹¹⁰ Cf. se vê do conteúdo normativo, O Código Civil Brasileiro de 1916, distribui a matéria nos seus artigos que vão desde o artigo 180 até o artigo 484. Devemos levar em conta que a estes artigos da lei material, outras leis especiais se juntam para a total proteção da família brasileira.

Em razão do sistema adotado no Código Civil em exame, projeção maior do direito de família, Carlos Alberto Bittar acrescenta-nos que a família foi projetada sob a dimensão de três planos:

“o da regulamentação do casamento e de seus efeitos (no denominado Direito Matrimonial); o da disciplina das relações de parentesco (no chamado Direito Parental) e o da regulação dos institutos complementares da assistência (no Direito Assistencial), os primeiros referentes a relacionamentos no seio da família, e o último, em situações substitutivas impostas por exigências sociais”.¹¹¹,

Desta projeção destacou Bittar as seguintes definições:

“No Direito Matrimonial, são disciplinados o casamento, formalidades preliminares, celebração, fins e efeitos; relações entre marido e mulher nos planos pessoal e patrimonial, com destaque para o regime de bens; terminação da sociedade conjugal e dissolução do vínculo e suas conseqüências”. “[...]No Direito Parental são regulados, basicamente, os liames naturais e afins, a filiação natural ou por adoção e os institutos do pátrio poder e dos alimentos, sob a idéia central da assistência recíproca entre parentes”.¹¹²

No Direito Assistencial são versados os institutos complementares de proteção a incapazes e ausentes, com a tutela, para menores; a curatela, para outras categorias de incapazes; e curadoria na ausência, para pessoas desaparecidas, definindo-se também os respectivos efeitos, incluídas a administração de seus bens e a sucessão provisória (embora, a rigor, a ausência melhor se situe na Parte Geral do Código, dentro dos direitos da pessoa, como bem entende o projeto de Código Civil).

Neste mesmo compasso que diz respeito ao conteúdo normativo das relações familiares, Caio Mário da Silva Pereira¹¹³, diz que:

Conforme, pois, a sua finalidade ou o seu objetivo, essas normas ora regulam relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes ou entre parentes fora da linha reta; ora disciplinam as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo: ora finalmente assumem direção de relações

¹¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 3-4.

¹¹² BITTAR, Carlos Alberto. *op.cit.* p. 4.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op.cit.* p.22.

assistenciais, e novamente têm em vista os cônjuges entre si, os filhos frente aos pais, o tutelado em face do tutor, o interdito diante do seu curador.

Contudo, entende-se que independentemente da apresentação da ordenação normativa familiar, estas são em regras gerais postas à disposição para a orientação das relações de ordem tanto pessoal como patrimonial e assistencial dos indivíduos condicionados na relação familiar.

De conformidade com a ordem cronológica, o casamento é o primeiro instituto familiar apontado no código pelo legislador, isso se deve a sua importância, abrangência e efeitos para as relações familiares. Segundo aponta Caio Mário da Silva Pereira:

É através do casamento que são produzidas originariamente a relação familiar. O casamento é, pois, o centro e, conseqüentemente, o foco de onde irradiam as normas básicas do Direito de Família. Ele é estudado em todos os seus aspectos: conceituação, formalidades antecedentes, concomitantes e subseqüentes à sua celebração.¹¹⁴

A propósito desta idéia de expansão de normas provocadas a partir do casamento é que igualmente surgem outras fontes de relacionamento familiar e principalmente aquelas que dizem respeito à filiação e sua conseqüente posição, bem como o parentesco e seus graus de estabelecimento.

3.3 O CASAMENTO COMO FORMA DE INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

A família protegida no Código Civil Brasileiro de 1916 é aquela que provém do casamento, também regulado por normas do mesmo diploma. Assim, com o

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.* p. 23.

casamento, a família, ao encontrar a sua origem, assenta-se igualmente em bases sustentadas juridicamente.

E, por meio do compromisso público e solene o casal unido pelo matrimônio, cuja presença da autoridade representante do Estado se impõe, assumem um novo estado. Os nubentes deixam a casa paterna e seguem em busca da construção do seu próprio lar, cuja evolução oportuniza a geração de filhos e em consequência a obrigação de educá-los e protegê-los, e a comunhão deve prosseguir duradoura, tanto na vida material como no lado espiritual. Esta é em síntese a proposta das normas que regem a família à luz do referido diploma legal.

As normas jurídicas em relação à família no citado diploma legal norteiam-se a partir do casamento, instituto que significa na mencionada codificação a base geradora da família e que conforme definiu Hermes Lima:

Do ponto de vista jurídico, o que funda a família é o casamento, ato consagrador perante a lei da união entre o homem e a mulher. Sem casamento não há, pois, família no sentido legal. O casamento confere à união entre o homem e a mulher um *status* legal provocando uma série de consequências reconhecida e garantida pela lei

¹¹⁵

Observa-se, deste modo, que o sistema matrimonial e seus respectivos efeitos encontram-se na codificação mediante a seguinte temática: as formalidades preliminares ¹¹⁶, os impedimentos, a prova, as regras sobre o casamento nulo e anuláveis e as disposições penais aplicáveis ao casamento.

¹¹⁵ LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S/A. 2002. p. 281

¹¹⁶ Cf. Código Civil Brasileiro de 1916, para a realização do casamento são exigidos documentos, os quais comprovam a capacidade nupcial e a inexistência de impedimentos para efetivação do ato (artigos 183 XI, 188 e 196), tratam todos de documentos necessários para a formalização do casamento. São em tese exigidos de conformidade com o referido diploma legal: Certidão de idade ou prova equivalente; Declaração do estado, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus

E, no que diz respeito aos efeitos jurídicos do casamento (arts. 229 a 255), são definidas disposições gerais e normas sobre direitos e deveres do marido e da mulher. Em seguida vem o tratamento ao regime dos bens entre cônjuges (arts. 256 a 314), em que, colocadas as disposições gerais, são tratados os regimes da comunhão universal, comunhão parcial, separação, regime dotal e doações antenupciais. Finalmente, estão disciplinadas a dissolução da sociedade conjugal e a proteção da pessoa dos filhos (arts. 315 a 329).

3.4 VALIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO

O casamento tem como pressuposto a liberdade e a vontade dos nubentes; porém, para que esta iniciativa seja considerada válida, pela lei impõe-se o que o legislador denominou de formalidades preliminares, que na definição de Carlos Alberto Bittar ¹¹⁷, são aquelas que antecedem à efetivação do casamento, por meio das quais se emite a autorização oficial para realização do ato matrimonial.

Consistem estas em processo de formação de habilitação, acompanhado de documentos necessários, cuja presença dos pressupostos legais, permite-se a expedição de certidão respectiva, concedendo aos interessados o prazo para o casamento.

pais, se for conhecidos; autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou estranhos, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento, que os iniba de casar; certidão de óbito do cônjuge falecido, da anulação do casamento anterior, ou do registro da sentença de divórcio. Assim o oficial do registro não publicará os editais sempre que a documentação for insuficiente, irregular ou de outro modo houver impedimento matrimonial.

¹¹⁷ BITTAR. Carlos Alberto. *op. cit.* p. 96

São formalidades preliminares: “a habilitação, a publicação dos editais e o registro de editais; são concomitantes: a presença simultânea dos contraentes, a declaração solene e a participação do celebrante na formação do vínculo”.¹¹⁸

O processo preliminar ou preparatório tem caráter administrativo e desenvolve-se de forma administrativa, portanto, perante o oficial do Registro Civil, do local de residência de qualquer dos nubentes. Tem o processo de habilitação além da previsão legal no comentado diploma legal, também seu respaldo na Lei nº 6.015 de 31.12.1973, artigos 67 a 69.

Destina-se esse procedimento a controlar de forma prévia, a existência de condições de validade ao casamento que se pretende realizar, bem como justifica-se no relevante interesse social que o ato matrimonial representa.

Ainda, conforme escreve José Lamartine Correia de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz:

A lei considera relevante, porém, que o consentimento dos nubentes obedeça a determinadas formalidades para protegê-los em sua liberdade, para defendê-los contra a sua própria precipitação, aqui especialmente perigosa, e ainda facilitar a prova do ato, uma prova que seria bem difícil se o casamento fosse como foi durante séculos, um negócio consensual¹¹⁹.

Esse conjunto de formalidades preliminares exigidas no Código Civil Brasileiro de 1916, conforme consta, tem origem no direito canônico, pois a igreja na sua luta contra os casamentos clandestinos criou diversas formas para dar

¹¹⁸ Ibidem. p. 97

¹¹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Correia de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 141

publicidade ao casamento, fazendo surgir deste modo, os proclamas, que remontam ao Concílio de Latrão do ano 1215.

Pelos sacerdotes era determinada a prévia publicação do casamento com a finalidade de conhecerem qualquer impedimento que tornasse impossível a concretização do ato matrimonial ¹²⁰. Para Sebastião José Roque:

O excessivo formalismo adotado para o casamento revela os cuidados legais para tutelar uma instituição que transcende ao próprio interesse jurídico. É o reconhecimento legislativo de que o casamento representa importante fundamento da felicidade individual e da paz coletiva. Dá-se, pois a conexão entre o direito divino e o humano”, na expressão de modestino.¹²¹.

De conformidade com o pedido formulado e devidamente acompanhado dos documentos indicados no art. 180 do mencionado diploma legal, mediante a publicidade determinada, após o prazo de 15 dias da publicação, não havendo qualquer imposição, encerra-se o procedimento de habilitação e os interessados, devidamente habilitados, mediante certidão do oficial de registros poderão dentro do prazo de três meses celebrar o casamento, pois de outro modo, se não houver a concretização matrimonial, o respectivo processo perde sua eficácia e novo procedimento será necessário para que o ato possa se realizar.

Contudo, haverá dispensa do procedimento de habilitação¹²², conforme assegurado na lei, caso haja a necessidade de urgência na sua celebração, podendo deste modo ser inclusive dispensado o celebrante oficial fazendo-se posteriormente a averiguação da existência de impedimentos.

¹²⁰ OLIVEIRA. José Lamartine Correia de e outro. *op. cit.* p. 141-142.

¹²¹ ROQUE, Sebastião José. *op. cit.* p. 27.

¹²² Cf. artigo 199 do Código Civil Brasileiro de 1916, que cuida das modalidades de celebração do casamento em consequência de excepcional urgência na sua celebração, dispensando-se o processo

3.5 A IMPOSIÇÃO DA ÉTICA EM PRESERVAÇÃO DO CASAMENTO

As circunstâncias que dificultam o casamento referem-se àqueles fatos que ferem os requisitos para que seja realizado o matrimônio e, se presentes, acarretam sanções que poderão resultar até mesmo no casamento nulo. Segundo o que determina a lei civil estes impedimentos seguem uma ordem que pode caracterizar-se como mais grave e às vezes de menor gravidade, sendo os seus efeitos apresentados de maneiras variáveis, conforme se acham previstos no artigo 183¹²³ do Código Civil de 1916.

Infere-se do dispositivo em apreço, que o objetivo do legislador na elaboração do texto legal, foi evitar a realização de casamentos em desacordo com a ordem moral e os bons costumes da família brasileira, bem como, inseriu esta disposição pensando em dar o máximo de proteção às relações conseqüentes.

Da exposição a título de impedimento matrimonial diz-se que este significa a ausência de requisitos para o casamento, cuja existência, impede, portanto, a sua realização de forma válida, tornando-o passível de anulação caso realizado de forma proibida¹²⁴.

preliminar. Essas modalidades intituladas pela doutrina de casamento nuncupativo, (art.199, II e parágrafo único).

¹²³ Cf. artigo 183 do mencionado diploma legal que distribui nos seus incisos os motivos mediante os quais a lei impõe restrições para o casamento. E, que a doutrina distingui esses impedimentos em duas categoria, primeira que é a dos impedimentos denominados *dirimentes*, estes que implicam na invalidade do casamento (casamento nulo ou anulável), e em segunda categoria estão os impedimentos *impedientes* que sujeitam os infratores a penalidades de ordem econômica.

¹²⁴ DINIZ. Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67 e 68.

Pontes de Miranda ¹²⁵ ao definir os impedimentos no código descrito, apresentou a seguinte conclusão: “Impedimento matrimonial é a ausência de requisito ou a existência de qualidade que a lei articulou entre as condições que invalidam ou apenas proíbem a união civil”.

Sílvio de Salvo Venosa referindo-se ao sistema adotado no código civil argumenta que:

A lei civil absorveu o sistema, partindo do pressuposto de que todas as pessoas são aptas para o casamento; as exceções devem ser descritas. Por exceção, não podem casar-se os que se encontram nas situações de proibição expressas. Os impedimentos estão, portanto, taxativamente enumerados e não podem ser ampliados por via interpretativa. ¹²⁶

Conforme acham-se descritos no Código Civil de 1916, os impedimentos matrimoniais, os quais no total de dezesseis, destes, os primeiros são absolutamente dirimentes, pois induzem o ato do casamento à nulidade. Os subseqüentes são considerados relativamente dirimentes, pois, tornam o casamento anulável.

Os demais restantes são os impedimentos chamados proibitivos ou impedientes, estes que não fazem o ato nem nulo e nem anulável, porém, sujeitam os nubentes a uma punição, como, por exemplo, a separação obrigatória de bens.

Nesta ordem, os impedimentos absolutos somente podem ser opostos pelo oficial do Registro Civil que, em caso de omissão fica sujeito às penalidades da lei

¹²⁵ MIRANDA, Francisco Pontes de. *op. cit.* p.85.

¹²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família, Coleção Direito Civil.* São Paulo: Atlas, 2001. v. V p. 69.

¹²⁷ por aquele que estiver presidindo o ato do casamento, conforme relação e determinação legal ¹²⁸.

Os impedimentos relativos e os proibitivos são de interesse apenas das pessoas ligadas aos nubentes pelo parentesco, portanto, o Código Civil, enumerou somente os parentes em linha reta, os consangüíneos ou afins e os colaterais em segundo grau também consangüíneos ou afins.

Em conclusão aos impedimentos para o casamento, Arnaldo Wald, ensina que:

Enquanto os impedimentos dirimentes relativos protegem a livre vontade dos nubentes e de quem deve consentir no casamento, estabelecendo ainda a idade mínima para o casamento, os impedimentos impeditivos visam resguardar situações econômicas, evitando que sejam prejudicados com o segundo casamento os filhos do primeiro leito. Impedem que as pessoas investidas de certas funções (curador, tutor, juiz, escrivão) se aproveitem das mesmas para realizar um casamento, obtendo vantagem com o mesmo e, enfim, obstam a *turbatio sanguinis* (mistura de sangue) que pode ocorrer no caso de pessoa viúva ou de casamento anulado ou declarado nulo, que fosse casar novamente logo após a dissolução da sua sociedade conjugal anterior, dando margem a dúvidas quanto à paternidade do filho que nascesse decorridos nove meses do fim da primeira sociedade conjugal e do início da segunda ¹²⁹.

Deste modo, apresentada a oposição para impedir o casamento, a lei faculta aos nubentes a apresentação de provas contrárias, cuja validade das mesmas obriga o julgamento improcedente da oposição e torna obrigatória a responsabilização dos oponentes de má-fé ¹³⁰.

¹²⁷ Cf. Código Civil Brasileiro de 1916: “ Art. 227 que prescreve as punições para o oficial que deixar de observar o mandamento da lei”. Observa-se ainda que esta é uma obrigação imposta ao oficial, para tanto, basta apenas que esteja ciente do impedimento para o cumprimento da lei.

¹²⁸ Cf. disposição dos artigos 189 e 228 do Código Civil de 1916, que enumera as pessoas obrigadas a denunciar o impedimento.

¹²⁹ WALD, Arnaldo. *op. cit.* p. 68.

¹³⁰ Cf. artigo 191 do Código Civil Brasileiro de 1916. Os impedimentos opostos por má-fé obrigam os responsáveis a responderem civil e criminalmente pelos atos em relação praticados. Para melhor

4.6 DA RELEVÂNCIA SOCIAL DO CASAMENTO

O legislador pátrio reservou o capítulo IV e V do Código Civil de 1916, para enunciar as regras pertinentes à celebração e as provas do casamento civil ¹³¹.

A solenidade que impregna o ato matrimonial é característica marcante da cerimônia que conforme já observou-se, vem reiterando-se praticamente ao longo das relações familiares; de geração em geração tende a modernizar-se, porém, sem com isso deixar de evidenciar as formalidades que lhe são decorrentes, ao que se entende ser da própria natureza do ato matrimonial que vem desde a sua criação.

O casamento, ato impregnado de solenidade, que para Sílvio de Salvo Venosa a nenhum outro pode ser comparado, pois, segundo sua afirmação:

Em nenhum outro ato da vida são necessários tantos formalismos e solenidades como no casamento. Os sentimentos humanos do amor, afeto, do desejo de vida comum, gerados pelo casamento, denominado estágio de transcendência entre o humano e o divino, representam definitivamente a importância do casamento na construção e manutenção da família gerada a partir do mesmo. ¹³²

As solenidades exigidas para o casamento, bem como a imposição legal das formalidades antecedentes da habilitação, justificam-se segundo Venosa em mais de um aspecto:

Impedem que decisões apressadas levem os nubentes a um ato superficial do qual possam arrepende-se; obrigam os interessados a meditar sobre o novo estado familiar no qual pretendem ingressar, realçando as responsabilidades; e contribuem para a vitalidade da instituição e da família perante a sociedade que dele toma público conhecimento. ¹³³

interpretar a questão da oposição de impedimentos ver também a Lei dos Registros Públicos (art. 67, que trata do assunto).

¹³¹Cf. Código Civil 1916, artigo 192 até 206 que cuidam detidamente das regras da celebração do casamento e das formas pelas quais se pode provar a sua existência. Note-se dos referidos artigos o quanto são incisivas questões como, por exemplo, de publicidade do ato, bem como aquelas referentes à documentação que devem ser devidamente apresentadas por meio de certidões.

¹³² VENOSA. Sílvio de Salvo. *op. cit.* p. 82.

¹³³ *Ibidem*.

Logo, o formalismo de que se reveste o matrimônio, tem sua melhor explicação justificada na letra da lei civil ¹³⁴, cujo rigorismo se impõe pela necessidade de chamar a atenção pública para a relevância do acontecimento social.

Assim, não só os nubentes estão condicionados, bem como terceiros que são testemunhas ou que de forma indireta presenciem a celebração da cerimônia, possam sentir a importância da solenidade.

Considerando-se as exigências para realização do casamento inseridas no Código Civil Brasileiro de 1916, depreende-se dos artigos pertinentes que estando os nubentes presentes, as testemunhas exigidas, o juiz oficiante, mediante a indagação sobre a persistência dos noivos no sentido de efetivarem o casamento de forma livre e espontânea, diante da resposta afirmativa dos mesmos, por meio de rituais próprios, o juiz declara contraído o matrimônio.

E, após o ato de declaração de expressa vontade em contrair núpcias, procedida à leitura do assento do casamento, passa este a constar do livro de registros, onde constam todas as informações necessárias à comprovação da cerimônia e realização do casamento.

Assim, em última análise quanto á celebração e as provas do casamento, impõe o respectivo diploma legal que a comprovação do casamento a rigor é feita por meio da certidão de registro feita ao tempo da celebração.

¹³⁴ Cf. Código Civil Brasileiro de 1916, Artigos 192 a 206, que tratam da celebração e das provas para

3.7 O CASAMENTO SEM RESPALDO LEGAL.

Ao desenvolver as normas que tratam da invalidade do casamento, o legislador pátrio de 1916, assegurou para situação de casamento sem observância legal, as possibilidades jurídicas de nulidade e anulabilidade do ato, razão pela qual no capítulo VI do referido diploma legal, inseriu os competentes dispositivos ¹³⁵, referentes ao casamento nulo e anulável.

As causas de nulidade do casamento descritas no código ocorrem por infringência de impedimentos absolutamente dirimentes ¹³⁶, ou por incompetência do celebrante ¹³⁷.

Assim, é nulo o casamento contraído pelo ascendente com os seus descendentes, não importando se o parentesco é legítimo ou ilegítimo, natural ou civil; dos afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo; do adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante; dos irmãos, sejam estes legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e dos colaterais legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau; do adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva; das pessoas casadas; do cônjuge adúltero com seu co-réu, por tal condenado e do cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente em homicídio, ou tentativa de homicídio contra seu consorte.

a realização do casamento.

¹³⁵ Cf. Código Civil Brasileiro de 1916, artigos 207 ao 224 que estabelecem a ordem para o casamento resultar em nulo ou anulável.

¹³⁶ Cf. constam do artigo 183, I a VIII, do Código Civil de 1916, estes impedimentos dirimentes compreendem as práticas do incesto, bigamia, adultério e do homicídio, cujo princípio esta estatuído legalmente.

¹³⁷ Cf. descrição do artigo 208 do Código Civil de 1916, o casamento torna-se nulo quando a autoridade que o realiza é incompetente para o ato praticado.

É nulo igualmente, o casamento quando realizado perante autoridade que a lei considera incompetente. Nulidade esta que segundo Arnaldo Wald ¹³⁸, pode ser sanado, caso não seja alegada no prazo de dois anos, contados da celebração do ato, nulidade, portanto, *sui generis*, que conforme o princípio do favorecimento do matrimônio, convalida-se, fazendo válido o casamento após o decurso do prazo de dois anos.

A lei, ao estabelecer o rol de impedimentos, conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, ¹³⁹ confere aos nubentes uma condição de subordinação proibitiva, quando deixa claro no artigo 183 a referência daqueles que não podem se casar, pois o matrimônio realizado com infração dos impedimentos *dirimentes* públicos é nulo e a ação que é ordinária pode ser intentada por qualquer interessado ¹⁴⁰.

A sentença que dispõe sobre a nulidade do casamento, produz efeitos retroativos à data da celebração do casamento, pois nulo o casamento deixa de produzir seus efeitos naturais.

Dada a complexidade do casamento, da inobservância de regras próprias para a sua realização é que defluem também as orientações jurídicas tendentes à proteção da pessoa envolvida, cujo cuidado é promover, igualmente, a anulação do ato.

Deste modo, de alcance diferente da nulidade, pretende a anulabilidade atingir situações de interesse privado, ou seja, nesta os impedimentos são *dirimentes* relativos, ou pertinentes ao erro essencial quanto à pessoa do cônjuge diverso ¹⁴¹.

¹³⁸ WALD, Arnaldo. *op. cit.* p. 69.

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *op. cit.* p. 93.

¹⁴⁰ Cf. artigo 208, § único, n. 1, do Código Civil Brasileiro de 1916.

¹⁴¹ Cf. artigos 209 a 281, que tratam dos requisitos da anulação do casamento. Os motivos são em síntese os enumerados no art. 183, n. IX a XII.

São assim, anuláveis os casamentos contraídos com infração dos impedimentos *dirimentes* relativos cuja ação anulatória pode ser intentada pelo coato, pelo incapaz ou por seus representantes legais; se por incapaz poderá ser ratificado quando este atingir a capacidade plena.

De outro modo, em se tratando a anulação do casamento de homem com menos de 18 anos ou de mulher menor de 16 anos, autoriza a lei, o pedido pelo cônjuge menor, pelo representante legal do mesmo ou por parentes afins em linha reta de qualquer grau ou em linha colateral de segundo grau.

Mas a lei proíbe, de acordo com o artigo 214, a anulação do casamento caso este tenha sido celebrado com o objetivo de evitar imposição de pena criminal ou caso, conforme estabelece o artigo 215, sobrevenha gravidez.

Pela manifestação de Caio Mário da Silva Pereira ¹⁴²:

Todos os casos são de consentimento defeituoso: coação, rapto, menoridade, incapacidade para manifestar o consentimento, erro quanto à pessoa do outro contraente. Vale dizer: da manifestação volitiva imperfeita ou viciada de interferência estranha. Estas razões que determinam a anulabilidade justificam-se no interesse da defesa individual dos consortes.¹⁴³

Carlos Alberto Bittar ¹⁴⁴, em referência comparativa aos sistemas da nulidade e anulabilidade do casamento, descreve que:

Com efeito, enquanto o sistema das nulidades ganha relevo social, o das causas de anulação prende-se mais a questões de ordem privada dos envolvidos. Apresenta, pois, interesse mais restrito ao círculo pessoal e familiar das pessoas relacionadas com o enlace. Daí, as diferenças básicas que a doutrina aponta: a anulabilidade relativa, é decretada a requerimento do ofendido, vale dizer, da pessoa frustrada no casamento, pelo erro em relação ao outro consorte, ou pelo vício havido, em sua declaração de vontade; há prazos peremptórios para arguição do vício; pode haver convalidação do enlace, se não alegada e provada, na ação própria, a causa

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.* p.96

¹⁴³ *Ibidem.*

¹⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *op. cit.* p. 175.

determinante; pode haver expressado ratificação do ato, mediante posterior declaração livre de vontade; não se admite pronunciamento de ofício pelo juiz; e não se confere legitimação para a ação senão a pessoas determinadas do grupo familiar envolvido. Mas, como essa temática encontra-se na mesma teoria geral, pontos de encontro mantêm com a nulidade, alguns realçados por expresse na codificação vigente¹⁴⁵.

Quanto à ação de anulação do casamento, esta tem por fim desfazer o ato matrimonial que evidentemente realizou-se eivado de vícios. Sua natureza é de cunho ordinário e exige para ser proposta a iniciativa do defensor do vínculo, requerendo inclusive a apresentação de provas que possam corroborar os fatos relevantes para a determinação da anulabilidade.

Para a anulação do ato do casamento, segundo determina a lei civil, fica autorizado em princípio o lesado, ou o ofendido, que conforme aponta Carlos Alberto Bittar¹⁴⁶, a iniciativa é da “pessoa que sofreu a ação turbadora, ou resultou enganada com o enlace, diante das qualidades do outro consorte”. De conformidade com o código a seleção destas pessoas é mais detalhada¹⁴⁷.

Com a anulação rompe-se o vínculo entre os cônjuges, porém, fica assegurada a proteção dos filhos, tendo como legítima a prole proveniente do casamento anulado (artigo 217 do comentado diploma legal). Do mesmo modo, estabelece a lei de conformidade com o artigo 178 o prazo de seis meses para a ação de anulação de casamento da menor de 16 anos e do menor de 18 anos, prazo que é contado do dia em que o menor atingiu essa idade, por outro modo, se a ação é de iniciativa deste,

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *op. cit.* p. 176.

¹⁴⁷ Cf. Código Civil Brasileiro de 1916, artigos 209 a 220, 221, 223 e 224, as pessoas autorizadas são detalhadas em diferentes condições, ou seja, conforme o grau de interesse no relacionamento alcançado, bem como são os fatos que determinam quanto aos prazos para a propositura da ação. Para melhor compreender o assunto, ver nestes artigos os que estão efetivamente legitimados para a ação de anulação de casamento.

de seus representantes legais ou pelos parentes designados no artigo 190, conta-se o prazo a partir da data de realização do ato do casamento.

Finalmente, com a sentença que anula o casamento dá-se a separação pessoal e material dos cônjuges, adquirindo cada qual sua liberdade de condução de vida. Com a averbação da sentença, produzem-se efeitos semelhantes ao da nulidade, incluindo-se na anulação¹⁴⁸, provável declaração de casamento putativo.

3.8 AS CONSEQÜÊNCIAS PUNITIVAS ORIUNDAS DO CASAMENTO

O casamento realizado com infração aos impedimentos impedientes, reserva aos cônjuges infratores conseqüências que, embora diversas da nulidade e da anulação, implicam também em punição.

As disposições penais previstas na lei incidem sobre os cônjuges, o juiz e o oficial.

Pelo conteúdo do artigo 225, o cônjuge viúvo, que pretender casar-se novamente, antes da realização do casamento, tem a obrigação de fazer o inventário e dar a partilha aos filhos do leito anterior, pois, do contrário perderá o direito de usufruto dos bens desses filhos. Impõe a lei o rigor do regime da separação total de bens, nos casamentos contraídos com infração ao artigo 183, incisos XI a XVI, de forma que, mesmo sendo outro o regime de bens escolhido, tal disposição não terá efeitos desejados pelos cônjuges.

¹⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *op. cit.* p. 181.

Por imposição do Código Civil Brasileiro de 1916, o oficial do registro civil e o juiz de paz estão sujeitos às sanções previstas nos artigos 227 e 228, tendo ainda, em consequência que responder penalmente por prática de crimes contra o casamento.

Em nota conclusiva, infere-se do estudo realizado, que o principal efeito jurídico do casamento protegido pelo Código Civil de 1916, é seguramente a criação da família, esta que aos olhos do legislador da época resumia-se essencialmente em família legítima, a qual ficou definida a partir do casamento.

Ficando claro e evidente que a forma de constituição familiar em nosso diploma adotada, revestida de excessivo rigor, teve na verdade o intuito de preservar o instituto familiar dentro da mais extrema condição preliminar da sua existência.

Sem tantas formalidades legais, o casamento em outros tempos, revestido de importância religiosa, característica da cultura da época, era na verdade um grande indicador da continuidade e preservação da sociedade. E, graças a essa evolução que procurou manter os traços característicos do antigo casamento, acredita-se que na história da humanidade, o homem pode, diante da sua expectativa e ambição, buscar a sua própria construção.

E, claro que nos dias hodiernos, a constituição da família atende a outras formas, porém, é ainda a primeira intuição do ser humano, quando pensa em constituir a sua família, buscar nas suas origens através de comportamento demonstrado, a milenar forma que é ainda por ato do casamento.

4. A ENTIDADE FAMILIAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL ATUAL

4.1 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA

A Constituição, como lei fundamental do Estado, tem, entre outras, a finalidade de retratar o perfil ideológico de uma população, ocupante de determinado território, submetido à autoridade instituída, com objetivos determinados e precisos no que tange à vida em sociedade, cujo propósito é a regulamentação dos aspectos primordiais da vida em comum.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma do seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado¹⁴⁹.

Dentre o rol das matérias descritas nos textos da constituição, encontram-se questões relacionadas à estrutura do Estado, à organização dos poderes, ao modo de exercício do poder e garantias do homem.

Diante deste caráter genérico identificador das funções de uma Constituição em que se incluem as necessidades dos cidadãos, buscou o legislador constituinte, gradativamente inserir no contexto das matérias a proteção da família brasileira.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 37-38.

Verifica-se, portanto, que a preocupação em tutelar os direitos inerentes ao ser humano, ultrapassa a esfera do Direito Público e se estabelece igualmente no âmbito do Direito Privado.

A propósito da diferenciação do conteúdo constitucional, se material ou formal, em outras épocas relevantes, acrescenta Guilherme Calmon Nogueira da Gama ¹⁵⁰, que o assunto hoje não é mais significativo, pois, o critério de forma dos preceitos constitucionais, atualmente é uno, sendo para todos, indistintamente, válidas as normas materiais ou formais.

Assim, desde 1934 observa-se que a Constituição Federal vem preocupando-se com a família brasileira, a despeito das críticas relacionadas à natureza da matéria: extrapola o âmbito de norma materialmente constitucional.

Dando maior consistência ao assunto, cumpre ressaltar que a Constituição de 1891 ¹⁵¹, a primeira da República inseriu no seu texto o casamento, cujo objetivo era somente, assegurar o reconhecimento do casamento civil, previsão mais tarde, reiterada na Emenda de 1926.

Verificando-se que as Constituições brasileiras retratam fases da história vivida pela sociedade e que segundo nos consta, estas reproduzem em relação à instituição familiar o trânsito de um Estado liberal para um Estado Social, impõe-se deste modo dizer que a Constituição de 1824, dado o individualismo na época existente, nenhuma referência faz à família.

¹⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Companheirismo – Uma espécie de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 40.

Mas, toda a movimentação social, política e econômica do país, razão maior do crescimento da sociedade, determinada em princípio pela estrutura familiar, numa imposição natural levou o legislador moderno a não só se preocupar com a família, vinculada pelo casamento, bem como acabou por admiti-la e protegê-la também a partir da “união estável”, consagração esta resultante de norma que facilita a conversão desta em casamento ¹⁵².

Das Constituições brasileiras instituídas, algumas não tiveram a preocupação de inserir a família em seus textos.

Foi, a partir da Constituição de 1934 que a família passou a ser objeto de expressa referência no texto constitucional. Tomou o legislador da época, sob o título “Da família, da educação e da cultura”, a providência de cuidar da família que em consequência era constituída pelo casamento indissolúvel ¹⁵³.

¹⁵¹ Cf. OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.35. “Essa constituição republicana também não trouxe um capítulo específico dedicado à família”.

¹⁵² Cf. Constituição Federal de 1988. Artigo 226, § 3º que diz: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

¹⁵³ Cf. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, que em seu artigo 144 prescrevia: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único: “ A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo”. “Artigo 145: O casamento regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do país”. Sobre o casamento, pronunciava ainda, o artigo 146: “ O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo de oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para transgressão dos preceitos atinentes à celebração do casamento”. Parágrafo único: Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os juizes criminais ou de menores nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas”. A referida constituição tratou também do reconhecimento dos filhos naturais: Artigo 147: “ O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos”.

Em análise à Constituição de 1934, José Sebastião de Oliveira ¹⁵⁴ assevera que por ocasião da elaboração da referida Constituição, não se interessou o constituinte da época em elaborar de forma substancial o que de fato seria a família, ateve-se somente no sentido de dizer que com o casamento indissolúvel estava constituída a família, e quanto ao divórcio, este não se admitia a vínculo.

Observa-se que do texto constitucional em referência, ficaram atribuídos efeitos ao casamento religioso, desde que para o mesmo fossem adotadas certas formalidades com a posterior inscrição no Registro Civil.

Na Constituição de 1937, prosseguiu-se com a sistemática adotada no texto imediatamente anterior, pois, novamente a família naqueles moldes alvejada, obteve do legislador constituinte proteção de cunho moral, mantendo-se a indissolubilidade matrimonial e nada dispendo sobre o casamento religioso. ¹⁵⁵

Em prosseguimento à criação da ordem constitucional, foi promulgada a Carta Magna de 1946, esta que mais uma vez ao cuidar da família, retratou em seu artigo 163, *caput*, texto que assentou o princípio da indissolubilidade do casamento,

¹⁵⁴ OLIVEIRA, José Sebastião. *op. cit.* P. 48.

¹⁵⁵ Cf. Constituição dos Estados Unidos do Brasil decretada em 10 de novembro de 1937, no seus artigos 124 *usque* 127, sob o tema “ Da Família”, esta ficou assim referenciada: Art. 124: “ A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”. Art. 125: “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. ”Art. 126: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos áqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”. Art. 127: “A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades”.

perante o qual passava a família a constituir-se e em consequência a gozar da proteção do Estado¹⁵⁶. Diferente do que ocorrera na constituição de 1937, a Carta Constitucional de 1946 tratou em suas linhas do casamento religioso, fazendo, destarte, a previsão da possibilidade de sua equiparação ao casamento civil, caso fossem preenchidos os requisitos exigidos pela lei, para a realização deste.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1967 cuidou o legislador da época em prescrever igual tratamento às questões pertinentes à família. Assim, nas palavras de José Sebastião de Oliveira¹⁵⁷ o novo texto¹⁵⁸, nenhuma modificação apresentou acerca da forma pela qual a família brasileira era considerada em seu modo de constituição.

Por esta razão, que para os efeitos de proteção jurídica, apenas eram consideradas as famílias constituídas pelo casamento. Casamento este celebrado na conformidade da lei e, portanto, indissolúvel. Deste modo, a família ali deduzida dava ensejo àquela legítima. E, do conteúdo textual não se reconhecia um conceito do que de fato era uma família.

¹⁵⁶ Cf. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946 que diz no referido artigo: “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro público. § 2º, “O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante autoridade competente”.

¹⁵⁷ Cf. OLIVEIRA, José Sebastião. *op. cit.* p. 66.

¹⁵⁸ Cf. Constituição Federal, promulgada em 24 de janeiro de 1967. Art. 167: “ A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. §1º O casamento é indissolúvel. § 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro público. § 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. § 4º A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência”.

Com o advento da Ementa nº 1, promulgada em 17 de outubro de 1969, nenhuma alteração substancial a reforma apresentou em relação à família ¹⁵⁹, pois o casamento continuou sendo o elemento formador e legitimador da família. Neste sentido, José Sebastião de Oliveira nos situa dizendo que as pequenas alterações foram “de forma e não de fundo” e, o que de fato ocorreu foi uma limitação ao que anteriormente já existia.

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional de nº. 9 de 28 de junho de 1977, que davam nova redação ao §1º do artigo 175, substancial alteração se apresentou. Desta vez, o texto dispunha acerca da permissão da dissolução do vínculo do casamento, nos casos previstos em lei, desde que houvesse a prévia separação judicial por mais de três anos, fato este, objetivado por interesse maior, que foi devidamente regulamentado pela Lei Ordinária de nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a denominada Lei do Divórcio, então acolhida em nosso ordenamento jurídico, adotando, destarte, o instituto do divórcio, como forma de dissolução do vínculo matrimonial.

De ideologia eminentemente conservadora, as Constituições Brasileiras, até o advento da Emenda nº. 9 de 1977, portadora de sensíveis modificações, seguem-se umas às outras, em ritual visivelmente desvinculado da realidade fática, eis que, a essa altura do desenvolvimento da sociedade, no que se refere às relações familiares, e principalmente, ao instituto do casamento, há muito se desejava uma atitude legal para a atualização do direito familiar, que dada às circunstâncias da vida hodierna,

¹⁵⁹ Para corroborar esta afirmação da autora, ver na íntegra o artigo 175 da referida Emenda Constitucional.

bem distante se encontrava da realidade social no passado objetivada pelo legislador constituinte.

Em consideração ao grande avanço referido na história constitucional da família brasileira é oportuna a referência de José Sebastião de Oliveira ¹⁶⁰ quando diz:

Sem sombra de dúvidas que a possibilidade da incorporação do instituto do divórcio ao nosso direito positivo, permitida pela emenda constitucional n.º 9/77, foi um marco de fundamental importância para o início da modernização do direito de família, que se encontrava um tanto desatualizado e arcaico.

Esse se tornou o único fato digno de registro, sob o aspecto do direito constitucional, direcionado tão somente para a família legítima, na vigência do texto constitucional de 1969.

4.2 A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A REPERSONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Tendo sido considerada a Constituição da cidadania brasileira, a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, indiscutivelmente, é também um grande marco na evolução do direito de família.

Em seu texto assinala a democratização e difusão da justiça social, fazendo crer que em matéria de família, a sociedade brasileira está amparada pelo direito constitucionalizado. A nova ordem constitucional é informada a partir dos direitos fundamentais da pessoa humana, a considerar o princípio da dignidade, cláusula

¹⁶⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. *op. cit.* p. 71.

geral de tutela dos direitos da personalidade que se encontra expressamente prevista no texto constitucional, assinalada como um de seus fundamentos.

O conteúdo do novo pensamento jurídico constitucional demonstra em tese que o legislador sem receio de inovar, fixou definitivamente diretrizes básicas para a proteção da família brasileira, mormente no que confere ao aspecto da equiparação familiar relativa ao modo de convivência entre homens e mulheres.

Foi, também, objeto de igual providência a situação da filiação, até então almejada pelo ordenamento jurídico de forma desigual, fazendo naquelas condições uma nítida diferença entre os poderes inerentes à condição de marido e mulher, bem como entre os filhos, considerados legítimos e ilegítimos.

A repersonalização das relações de família, nos termos deduzidos na Constituição Federal está bem evidenciada, cabendo ao interprete do texto legal apenas observar os parâmetros ali estabelecidos e invocá-los para que os efeitos possam aparecer na sociedade familiar. Sem mencionar qualquer restrição à forma de constituição familiar e nem mesmo qualificar a instituição, o Estado chama para si a proteção da família, que deste modo deixa de ser padronizada na conformidade daquela anteriormente tida como família legítima e passa a ser constitucionalizada.

Para Paulo Luiz Neto Lobo:

O Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. A família hoje representa muito mais do que possa ter representado no passado, antes de ser uma entidade protegida em razão do patrimônio em prol do fortalecimento do Estado, o grupo familiar deve se edificar mediante condições que permitam a realização pessoal e afetiva das pessoas envolvidas.¹⁶¹

¹⁶¹ LOBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*. In: BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo:Saraiva, 1989. p. 74.

Nas atuais formas de apresentação da família, é possível constatar a significativa expressão na satisfação dos personagens envolvidos, valores resgatados a partir da Carta Política de 1988, que certamente teve como fonte produtora de suas normas a realidade social estabelecida pelas mais variadas formas de construção e reconstrução familiares. Deste modo verifica-se que pela evolução apresentada, o marco decisivo para o desenvolvimento e estabelecimento destas famílias consideradas contemporâneas, deu-se efetivamente após a década de 70 em que o advento da Lei do divórcio em muito contribuiu.

Obviamente que não se pode negar que toda mudança no comportamento da sociedade representa, em tese, a necessidade de produção do direito, ou seja, de regras éticas que possam regulamentar as relações sociais. Há neste aspecto a evidente preocupação do legislador em buscar na própria existência da sociedade familiar a referência para o estabelecimento de normas reguladoras que venham de encontro aos anseios da sociedade, que neste sentido, foi deixando evidenciar o interesse maior de se ver protegida em razão do ser e não apenas do ter.¹⁶²

Definitivamente a família mudou e muito, e distante se acha hoje da família idealizada pela lei do passado, em que toda a construção do direito de família perfazia o seu círculo em torno mais do patrimônio do que do sujeito da relação familiar.¹⁶³

Enfim, ultrapassada esta fase de preocupação com o objeto do direito, visão antiga do idealismo político da época, repensar o direito de família como uma

¹⁶² Ibidem. p. 80.

¹⁶³ Para perceber esta verdade jurídica legal, não precisa muito mais que uma breve leitura dos artigos do Código Civil de 1916, quando a referência se der em torno da proteção da família.

questão moderna sob o influxo do desenvolvimento desenfreado da sociedade como um todo é no mínimo uma necessidade para a preservação e manutenção da instituição familiar.

Não mais condizem com a realidade moderna os métodos do direito antes objetivados, é preciso que sem prejuízo do elemento objetivo da norma, estabeleçam-se regras fortes e impositivas no sentido de garantir a proteção do elemento subjetivo das relações familiares, sem o qual não se justifica a existência do direito, mormente quanto ao fato de sua natureza cambiante.

A família é notadamente a célula maior da sociedade, equiparada a um sistema que possui vida, cujas transformações são inevitáveis.

As mudanças operadas nas relações familiares obrigam de certo modo as adequações de regras orientadoras que possam satisfazer os sujeitos envolvidos nas relações jurídicas, ainda que estas impliquem rupturas dos paradigmas do passado.

O direito na ótica da doutrina jurídica, analisado sob o ângulo da tridimensionalidade, deve acompanhar os fatos, que por sua vez valorizados ensejam a produção da norma jurídica a qual posta para ser observada, torna-se eficaz na sociedade.¹⁶⁴

Tomando como referência as transformações ocorridas na família, Michelle Perrot, ao descrever a história da família, considera que o percurso é acidentado e longo, onde as rupturas ocorrem sucessivamente.¹⁶⁵

Conseqüências maiores das reconhecidas mudanças operadas na família, transparecem com evidência as insatisfações impostas pelo modelo padronizado, cuja

¹⁶⁴ REALE. Miguel. *op. cit.* p. 99 et seq.

realidade em que se acha a família atual, obriga o legislador repensar e reconstruir o direito de família, sobre novas bases.

Assim, diante da justificada necessidade de reconstrução do direito de família, e invocando os princípios fundamentais de direito do indivíduo é que a nova Carta Política traduz em seu texto a repersonalização do instituto familiar.

Em referência ao tema, com grande acerto observou José Sebastião de Oliveira:

A Constituição Federal vigente aportou em nosso sistema jurídico as diretrizes mais modernas em tema de família. O constituinte inaugurou uma nova ordem jurídica informada pela liberdade e afetividade. O Código Civil e as legislações esparsas devem ser vistos e examinadas sob os influxos dos vetores constitucionais. O direito de família atual preocupa-se com a felicidade nos lares. O elemento patrimonial está em segundo plano. É, por isso que se diz que as relações familiares estão repersonalizadas pelo elemento afetividade, as famílias só dependem deste elemento para garantirem o sucesso de sua felicidade e a manutenção de sua estabilidade.¹⁶⁶

Sem dúvida as relações familiares na atualidade têm conteúdo afetivo, deste modo, é indispensável que o direito confira a devida proteção à família, núcleo essencial da nação e assim igualmente aos membros que a integram.

4.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A família patriarcal, considerada pela crítica em franca decadência, teve seu espaço invadido pela família moderna considerada contemporânea, restando do modelo apenas referência histórica que asseguram o seu grau de importância, o qual serviu de origem à atual.

¹⁶⁵ PERROT, Michelle. *O Nó e o Ninho. In Reflexões para o futuro*. São Paulo. Ed. Abril, 1993, p.75.

Para compreender as transformações ocorridas nas relações familiares, impõe-se como preliminar condição o conhecimento dos fundamentos norteadores das mudanças ocorridas na evolução da instituição familiar, basicamente verificadas na cultura histórica e política da sociedade.

Ao tempo em que a família foi objetivada pelo direito, ainda na sua fase antiga, para verificação de normas jurídicas capazes de direcionar os assuntos familiares, os parâmetros utilizados variavam em consonância com a época de estruturação e o grau de evolução sofrido pelas famílias. Esta noção de construção jurídica das relações familiares foi contemplada até o advento da nova Constituição Federal, quando então novos rumos foram dados à família brasileira¹⁶⁷.

No contexto da elaboração do novo direito de família estão inseridas as verdadeiras cláusulas de proteção da pessoa, estas que são consideradas o ponto de partida para a tutela da família atual, as quais devidamente expressas na Constituição Federal de 1988 cumprem o papel que lhes é dado na função de nortear e alimentar toda a matéria relativa aos assuntos de família.

Os princípios encartados na Lei Maior são de extrema importância na preservação da dignidade dos membros de uma família, representando neste aspecto o centro de toda a movimentação do moderno direito de família.

¹⁶⁶ OLIVEIRA.. José Sebastião. *op. cit.* p. 250-251.

¹⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *op. cit.* p. 56 e 57. “Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu: religiosa, política, econômica, procriativa, jurídica, afetiva.” Destaca o autor que na família atual não existe traços de cunho religioso e nem político e que a típica família nuclear pouco tem em comum com a do tipo patriarcal, cuja estrutura serviu de modelo para o legislador ordinário. A função econômica antes existente, não mais se leva em conta. Quanto a hierarquização na forma organizacional da família atual, o que leva em consideração são interesses de ordem afetiva. Outra função antes relevante, a da procriação, também está enfraquecida, haja vista, a expressiva quantia de casais que hoje vivem sem a presença de filhos. Sem dúvida que a função social da família atual, alberga-se na busca da afetividade, fato que o

Em observação à importância dos princípios primordiais de uma determinada ciência, José Cretella Junior ensina que estes são básicas condicionam e fortalecem as estruturas subsequentes aos fundamentos de uma ciência, neste caso as ciências jurídicas.¹⁶⁸

No sentido literal de bases edificantes da sociedade humana, verificando-se o grau de importância no estabelecimento de regras para a conduta da vida familiar, é oportuno reconhecer e identificar no texto constitucional os denominados princípios fundamentais, cuja referência aproveita-se aquela apresentada por José Sebastião de Oliveira, que em sua obra “Fundamentos Constitucionais do Direito de Família” assim referiu-se:

São princípios constitucionais do Direito de Família previstos na atual Constituição Federal: proteção de todas as espécies de família (art. 226, *caput* CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º, CF); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, *caput*, I, e art. 226, 5º, CF); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º, CF); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º, CF); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, §8º, CF); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direito inerente à sua personalidade (art.227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º CF); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art.227, § 6º, CF); respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los, e destes de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenha uma velhice digna integrada a comunidade (art. 230 CF).¹⁶⁹

legislador moderno não mais pode deixar de observar e no momento da elaboração da norma deixar ignorado.

¹⁶⁸ CRETILLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v.X, p. 18.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, José Sebastião. *op. cit.* p. 273. Quanto aos princípios previstos na Constituição, o professor nos esclarece que no conteúdo da mesma, no seu artigo 5º, podem ser encontrados outros princípios fundamentais para a segurança nas relações familiares, os quais “podem ser inferidos como princípios implícitos. E, para demonstrar sua exegese aponta como referência, o respeito, a afetividade, a igualdade, bem como, o subprincípio da liberdade, que se estabelece em razão do princípio da igualdade”.

Em análise ao conjunto dos princípios constitucionalmente estabelecidos, conclui-se que o direito de família está hoje tutelado mediante a regência de três princípios básicos: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade.

Como se pode observar, não é por acaso que a Carta Constitucional de 1988 foi considerada a Constituição da Cidadania, haja vista sua larga preocupação com o bem estar social das pessoas que de um ou outro modo, em suas existências estão sempre presentes e envolvidas nas relações de ordem familiar.

Por mais que a família em sua individualidade tenha uma boa referência social, no seu aspecto universal são inevitáveis situações que obrigam a observação de regras de conduta capaz proporcionar aos cidadãos uma convivência familiar mais justa em que a felicidade venha a ser realmente conquistada.

Destacando-se a importância desta promoção do bem estar social, a propósito tem-se Jacqueline Filgueras Nogueira, quando verifica o assunto sob o enfoque da prática da justiça em razão da tutela familiar, veja:

A nova Carta Magna se identifica com o Estado do Bem-Estar Social, sem dúvida demonstra uma imensa preocupação com as questões sociais, que se verificam na maior intervenção do Estado em busca da justiça social, principalmente na esfera familiar onde houve um aumento das situações tuteladas pelo Estado, que anteriormente não existiam, como a igualdade entre o homem e a mulher e a conseqüente igualdade entre os cônjuges, a tão esperada igualdade de todos os filhos, independentemente da relação jurídica de seus pais, a garantia constitucional do divórcio, e elegendo a criança como prioridade maior.¹⁷⁰

Tutelada sob os dogmas da previsão constitucional, a família descentralizada, moderna, democratizada, enfim de referência plural no cenário jurídico-social, para

¹⁷⁰ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A Filiação Que Se Constrói: O Reconhecimento do Afeto Como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 46.

realmente alcançar a pretendida proteção do Estado, terá por sua vez na sua qualidade de pessoa de direito, que se submeter ao império dos critérios intrínsecos da ordem legal, em outras palavras, a família deverá se estruturar a partir da realização pessoal de cada um dos seus membros.

Para o amparo legal das formas ampliadas de famílias, não basta que estas se apresentem constituídas sob o influxo da liberdade na atualidade permitida, pois ao Estado interessa ver em tudo isso um comprometimento familiar evidenciado nos laços da afetividade entre os seus personagens em que se possa verificar o reflexo dos ideais contidos nos princípios fundamentais orientadores da instituição.

Neste sentido está o ensinamento de Teresa Arruda Alvim Pinto.

A 'cara' da família moderna mudou. O seu principal papel, ao que nos parece, é o de suporte emocional do indivíduo. A família de hoje, que não mais se consubstancia num grão de areia, praticamente carente de identidade própria, que vai juntar-se ao grupo familiar mais extenso (tios, avós, primos etc.), foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercâmbio de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos¹⁷¹.

Referindo-se ao ensinamento da autora, conclui-se que a razão maior da família contemporânea, acha-se fundamentada na realização individualizada das pessoas, cuja pretensão é a satisfação de suas necessidades pessoais, ou seja, busca se na família o ideal de vida, uma formação mediante a relação afetiva que possa ser traduzida em estabilidade emocional, uma relação mais digna e segura, capaz de produzir seres com personalidade e caráter bons, elementos indispensáveis para a efetiva felicidade humana.

¹⁷¹ PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. *Um novo conceito de família*, In TEIXEIRA, Sálvio de Figueredo. *Direito de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.83.

4.4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO CLÁUSULA GERAL DA TUTELA DA PERSONALIDADE

De expressivo significado, o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷², princípio fundamental de direito constitucional e de direito de família¹⁷³, é fundamento da República Federativa do Brasil, e como tal deve informar todas as relações jurídicas e estas sob o seu comando a legislação infraconstitucional¹⁷⁴.

Tomando-se por base a dignidade assegurada à pessoa humana, resta claro e indubitável que na família a tutela deve ser assegurada não só no curso das relações familiares, mas também diante de seu rompimento, devendo o direito oferecer os instrumentos necessários para impedir que este valor maior para o ser humano venha sofrer qualquer tipo de violação.

O princípio da dignidade da pessoa humana, considerado no texto constitucional como fundamental para a constituição do Estado Democrático de Direito, tem neste aspecto a função de cláusula geral de proteção da tutela da personalidade do indivíduo. E, neste aspecto, ao ordenamento jurídico cabe

¹⁷² Cf. Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. “a dignidade da pessoa humana”.

¹⁷³ Cf. Artigo 227 da Constituição Federal que diz: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Note-se que do rol de deveres que se impõem por força do citado artigo, é visível o fato de que o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, sem dúvida a sólida base da comunidade familiar, em que conforme já demonstramos em nosso trabalho, pelo mesmo está garantido o pleno desenvolvimento e a realização de todos os membros da família, sobretudo está priorizada a realização da criança, esta que é o início da verdadeira formação familiar, cuja qualidade de filho dentro da instituição, deve se efetivar dentro da máxima observação da imposição da dignidade.

¹⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil Constitucional Brasileiro*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 47-48.

providenciar a pretendida tutela na exata medida da consagração dos valores pessoais estabelecidos.

Ao conteúdo da dignidade deve se precisar à realização do indivíduo presente na relação jurídica, aspecto este que foi bem observado por Viviane Girard em seus estudos sobre a família contemporânea, em que ao abordar o exercício da paternidade ou maternidade via adoção por pessoas de orientação homossexual, exaltou o fato do requisito necessário para a adoção em defesa da realização pessoal daqueles que pretendem se tornarem pai ou mãe por meio do instituto¹⁷⁵.

Reafirmando seu entendimento sobre a aplicabilidade do direito em função da dignidade, prossegue a autora, o que se entende ser oportuno evidenciar:

Decorrente da impossibilidade de se aferir quais seriam os direitos que, uma vez assegurados juridicamente, realizaram a personalidade de todos os indivíduos, o mecanismo legal disponível para a concretização da possibilidade de reivindicação dos direitos individuais de personalidade dá-se por meio da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, como cláusula geral a recepcionar e tutelar todo e qualquer direito relacionado com a realização pessoal de cada pessoa¹⁷⁶.

O direito a ser tutelado nas relações familiares, vem neste cenário cada vez mais demonstrado por intermédio da realização das pessoas que ali se acham envolvidas, fato que se evidencia mediante a manifestação do elemento da afetividade, hoje essencialmente requisitado como valor de máximo interesse das pessoas que se organizam em distintas formas familiares admitidas.

¹⁷⁵ GIRARD, Viviane. *Famílias Contemporâneas, filiação e afeto: A Possibilidade Jurídica da Adoção Por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 56.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 56.

A família como formação social é valor constitucional garantido e conforme nos explica Pietro Perlingieri, este valor está relacionado na intensidade da conformação da família, e o interesse da Constituição deve ser a realização das exigências humanas, cujos valores não devem ser contrariados em especial aqueles que nas relações jurídicas correspondem à dignidade humana.¹⁷⁷

No tocante à tutela do direito de família, considerando-se o alcance que é dado à dignidade em sua condição de clausula genérica, nesta se acham intensificados os valores dos direitos da personalidade os quais incondicionalmente devem ser objetivados.

Em atenção à questão que se impõe da realização desses valores evidenciados em razão da personalidade, afirma Pietro Perlingiere que:

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.¹⁷⁸

Neste contexto axiológico do direito de personalidade, observa-se que o ordenamento jurídico, face ao respeito da dignidade humana, estende de forma igualitária a todos indistintamente aquilo que é considerado essencial à natureza humana, fazendo deste modo, com que a tutela dos direitos inerentes à personalidade

¹⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 243-244. Em justificativa à importância da dignidade, enquanto valor humano a ser protegido, acrescenta o autor que: “ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e a promoção daqueles que a pertencem”. Para proteger-se de eventuais interpretações errôneas em função do seu ponto de vista, Perlingieri, prossegue sua orientação dizendo que a concepção apresentada não deve ser considerada como uma perspectiva anarquista e que nada tem de mesquinho individualismo, pois, segundo se entende, reconhecer por meio de normas este valor expressivo do ser humano, é sem dúvida reafirmar dentro da família outros valores imprescindíveis ao bom desenvolvimento social. Prossequindo ilustra o seu pensamento nos afirmando que: “O sangue e os afetos são razões autônomas para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”.

seja ampliada ao máximo, podendo assim, atingir o maior número possível de situações postas pelos sujeitos de direito em busca da proteção e satisfação pessoal.

4.5 DA LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO, REALIZAÇÃO E EXTINÇÃO FAMILIAR.

O princípio da liberdade constitucional é por sua natureza mais um dos princípios norteadores do direito de família, que possui neste aspecto em conformidade com o princípio da dignidade uma verdadeira relação de dependência, pois não se pode deduzir que a pessoa, sujeito de direito, seja contemplada com o benefício da liberdade, sem a observância da dignidade que tem na sua qualidade de cláusula geral da tutela de direitos o conteúdo de base fundamental, cujo maior objetivo está na direção da realização da personalidade.

A família sob a ótica dos princípios constitucionais, argumenta que com o princípio da dignidade da pessoa humana origina a liberdade e responsabilidade.

A liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres não tanto o limite, mas, sim, a função, o fundamento da sua própria titularidade.

Na conformidade que se acha o princípio da liberdade no texto constitucional é dado concluir que o seu reconhecimento normativo volta-se em favor da formação social da pessoa humana.

Em outras palavras, interpretando-se as diversas previsões da liberdade como fundamento de direito, conclui-se que o legislador na construção da fonte maior de

¹⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 155-156.

previsão da tutela jurídica, bem como da própria estruturação social da família, de maneira intrínseca pontuou o assunto dentro de uma perspectiva autônoma.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, esta autonomia está assegurada em função do livre poder de escolha:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral¹⁷⁹.

O livre poder de escolha de construção familiar instituído a partir do princípio da liberdade, tem como premissa maior à comunhão da vida familiar, seja pelo casamento, como durante séculos ocorreu em nosso universo jurídico, ou seja, pela união estável, então admitida, e deve acontecer sem qualquer imposição ou restrição do Estado, admitindo-se incluir nestas formas de construção, outras que embora não estejam descritas, por ordem do próprio princípio, acabam por receber a tutela desejada, pois do contrário, não faria sentido a proposição da liberdade enquanto princípio centralizador do desenvolvimento da família que hoje deve ser vista como organismo plural e não mais singularizado.

José Sebastião de Oliveira vê nesta forma de condução livre da família, uma liberdade constitucionalmente flexibilizada:

O objetivo da Constituição Federal foi o de explicitar que a família como célula de uma sociedade pluralista, deve avançar cada dia mais na busca de maior coesão, ao mesmo tempo em que seus integrantes ganhem maior liberdade de diálogo e de

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2006.

desenvolvimento de suas aptidões pessoais. O fortalecimento da família, como se vê, não é refratário à inevitável liberdade que seus membros ganham a cada dia que passa.¹⁸⁰

Do conjunto de liberdades concedidas à família em suas relações, além das previsões que indicam a instituição da família, outros seguimentos que dizem respeito a estas relações estão igualmente albergados, como é o caso da livre decisão no planejamento familiar, livre aquisição e administração de patrimônio familiar, opção por regime de bens, liberdade de escolha referente ao modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole e liberdade de conduta mediante o respeito da integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.¹⁸¹

O princípio da liberdade na Constituição Federal, em matéria de família, segundo Paulo Luiz Netto Lobo, está contemplado de maneira difusa e pode ser encontrado em vários dispositivos, mediante duas vertentes: “liberdade da família diante do Estado e da sociedade, na preservação de seu próprio espaço; e liberdade de cada membro diante dos outros e da própria família”.¹⁸²

No contexto das relações familiares o princípio da liberdade pode ser entendido sob duas vertentes, que segundo Fabíola Santos Albuquerque, envolve além da relação afetiva de filiação, também a relação conjugal, tanto no seu aspecto de construção, como de extinção, veja-se:

De um lado, a liberdade subjacente à relação de afetividade entre pais e filhos. De outro, a liberdade conferida ao casal de construir ou não relação conjugal, bem como

¹⁸⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. *op. cit.* p. 276.

¹⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

¹⁸² LÓBO, Paulo Luiz Netto. *op. cit.* p. 76.

de extinguir ou dissolver visando contrair novas núpcias, ou estabelecer outra união estável respectivamente.¹⁸³

Assim, no que tange ao conteúdo da liberdade, prossegue a autora dizendo que a maneira pela qual se tem liberdade para formar nova família, nada tem em comum com o poder familiar, devendo se entender as duas vertentes de forma distinta uma da outra.

Na relação que se estabelece entre pais e filhos, está implícito o princípio da liberdade com base no poder familiar. Liberdade reconhecida que cada integrante da família possui em relação ao outro, como por exemplo, emitir opiniões participando de decisões da ordem familiar¹⁸⁴.

Com relação à liberdade que é conferida aos pais no sentido de extinguir uma relação conjugal ou até mesmo uma união estável, cumpre a estes o direito de uma nova composição familiar. Esta recomposição que pode ou não ocorrer, bem como a dissolução pela separação ou divórcio, ou ainda a opção por ficar só, sem estabelecer nova relação, encontra-se igualmente fundamentada por imposição do princípio da liberdade¹⁸⁵.

Para Gustavo Tepedino cabe aos pais a decisão quanto à composição ou dissolução da família, vez que o mais importante é a realização destes e não a

¹⁸³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder Familiar Nas Famílias Recompuestas E O Art. 1.636 DO CC/2002*. (Coord.) PEREIRA, Rodrigo da Cunha, In Afeto, Ética, Família E O Novo Código Civil, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 165.

¹⁸⁴ Ibidem. p. 166 . A autora destaca em seu texto que: “A Constituição (art. 227) consagra no rol dos direitos da criança e do adolescente o direito à liberdade. O mesmo se verifica no plano infraconstitucional mediante o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Este além de fazer uma reprodução exata do artigo do texto constitucional supracitado (art. 4º, ECA), alçou aquele direito à categoria de direito fundamental”.

¹⁸⁵ Ibidem. P. 168.

manutenção de qualquer que seja a espécie de relação familiar, concessão esta que se estabelece em decorrência do direito fundamental de liberdade.¹⁸⁶

Sob essa ótica reconhece-se na doutrina que o direito de liberdade se insere nas relações familiares de modo muito transparente, haja vista que a nova morfologia da família está pautada sob os laços da afetividade, fazendo com que cada membro da família, possa participar das decisões familiares e, deste modo exercitar o direito de realização pessoal que lhes é assegurado por lei.

Assim, no que diz respeito à realização individualizada dos sujeitos da relação familiar, com o cuidado de preservar a dignidade da pessoa humana, é que por força de previsão na Constituição Federal, está assegurado aos filhos igual direito de liberdade na participação das decisões familiares.

Como se vê, o direito conferido em razão da preservação da dignidade da pessoa, visa na sua essência, assegurar a ampla tutela dos direitos da personalidade, estando assim, estabelecidos de forma a objetivar não só a integridade física dos componentes da família, bem como a formação psicológica.

Em conclusão ao tema da liberdade familiar, tanto a Constituição Federal¹⁸⁷, bem como a legislação infraconstitucional¹⁸⁸, indicam com clareza os aspectos relevantes a serem observados em função da formação da personalidade dos filhos,

¹⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 395.

¹⁸⁷ Cf. Constituição Federal de 1988, que no artigo 227, consagra no rol dos direitos da criança e do adolescente o direito à liberdade.

¹⁸⁸ Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em seus artigos 3º, 15º, 16º, que respectivamente tratam dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, fazendo crer que de fato a tutela dos direitos fundamentais se impõe à pessoa humana, dando neste aspecto à criança e ao adolescente o seu desenvolvimento físico e moral, de forma que estes possam desfrutar nas suas relações interpessoais, aquilo que é considerado a maior preciosidade para o ser humano, ou seja, o seu caráter e a sua formação social, enfim a realização da sua personalidade.

os quais por determinação consumada em lei estão amparados a uma convivência familiar personalizada.

4.6 DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL ASSEGURADA AOS CÔNJUGES

Embora nossas Constituições passadas tenham sempre reconhecido em seus textos o princípio de igualdade da lei para todos os cidadãos¹⁸⁹, na legislação ordinária, por longos anos, as regras estabelecidas foram marcadas pelas desigualdades entre as pessoas, atitudes estas que desde os tempos da antiguidade eram tomadas como forma de exercício do poder de uns em detrimento da própria liberdade de outros.

Atualmente a igualdade representa uma conquista, no passado significou uma acentuada discriminação de ordem social.

Seres de mesma espécie, humanos, portanto, eram reduzidos como se fossem objetos, elegiam-se como critérios de diferenciação, além do poder patrimonial, também a condição de sexo em que homens e mulheres recebiam tratamentos desiguais, e não era diferente o que se estabelecia em razão da procriação humana, em que os seres concebidos estavam nesta ordem sujeitos às exclusões.

¹⁸⁹ Cf. Constituição Federal de 1824, estabelecia em seu artigo 179, inciso XIII, que: “a lei será igual para todos, quer proteja e quer castigue...”; Constituição de 1891, artigo 72, § 2º, assegurou que: “todos são iguais perante a lei...”; A Constituição de 1934 no seu artigo 113, § 1º, estatuiu que: “não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de sexo...” ; Nas Constituições de 1937 e 1946, nos seus artigos 122, § 1º e artigo 141, § 1º, respectivamente, estabeleceram que: “todos são iguais perante a lei...”; A Constituição de 1967 em seu artigo 150, § 1º preceituou que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo...”, igual texto foi reafirmado pela Emenda nº 01 de 1969, no seu artigo 153, § 1º.

A esse fenômeno da realidade familiar e social, Luiz Edson Fachin em sua crítica ao direito de família, acertadamente, chama-nos a atenção quando se refere ao sujeito de direito apenas como um mero expectador da norma do direito, submetido neste aspecto à condição de inferioridade no que diz respeito aos considerados elementos subjetivos do direito.

E, prosseguindo na sua tese acerca da desigualdade então estabelecida, assegura que o “regime de exclusão se funda num assento tripartite que une sexo, sangue e família, e propicia que as formulações jurídicas privadas modelem as relações de direito sob um padrão social de interesses dominantes”.¹⁹⁰

Esse condicionamento imposto ao ser humano de forma inexorável, gera sem dúvida uma multiplicidade de necessidade que em razão das insatisfações nas relações desiguais, obrigam as mudanças fazendo emergir um novo mecanismo que instrumentalizado possa reger os valores magistras da sociedade e do homem enquanto centro das atenções do direito, assim considerado uma ciência social devendo, portanto, ocupar-se desta tarefa, haja vista a sua qualidade de ciência cambiante no tempo e no espaço.

Os tempos mudaram e certamente com as transformações, o ser humano que se acha em constante evolução com objetivo de adaptarem-se às mudanças das mais variadas ordens, naturalmente procura o equilíbrio e a harmonia nas relações da sua coexistência. Diferentemente da clássica época em que a desigualdade se fazia aflorada, hoje, já não mais se justifica admitir que esta oposição se estabeleça na convivência familiar.

A igualdade está estabelecida e a razão maior da festejada paridade entre os cônjuges, é fundamento maior da nossa Constituição Federal, imposta pelos princípios básicos da dignidade que inspira o da liberdade, sem dúvida subsídios para todos os demais fundamentos inseridos no texto da nossa Carta Maior, orientadores das relações familiares.¹⁹¹

Apostando no fato consumado da igualdade entre os cônjuges, Arnaldo Rizzardo em referência ao tema nos ensina que: “Mais do que nunca nos tempos atuais se impôs a igualdade total entre o homem e a mulher no casamento”.¹⁹²

Em observação ao conteúdo do artigo 226, § 5º da Constituição Federal, preceito tradutor da igualdade entre homens e mulheres, no que diz respeito aos seus valores humano e social, Rizzardo, acrescenta que:

A igualdade de tratamento da lei para o marido e para a mulher está igualmente recomendada em relação aos direitos e deveres dos mesmos, sendo que no conteúdo da lei ordinária especificamente no artigo 1.511 do Código Civil, referido princípio se acha devidamente apoiado. E, que em consequência da recepção deste princípio fundamental, pelo direito material, estabelece-se em função do direito positivo a certeza de que os demais dispositivos jurídicos eventualmente existentes que possam contrariar a tese da igualdade, sem dúvida estão revogados¹⁹³.

¹⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 15-16.

¹⁹¹ Cf. OLIVEIRA, José Sebastião de. *op. cit.* passim.

¹⁹² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família – Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27.

¹⁹³ *Ibidem*. Para melhor compreender a necessidade de mudanças no direito de família e qualificar a importância da adoção de valores consagrados constitucionalmente, empresta aqui a ilustração feita pelo autor onde o mesmo aponta dispositivos da lei civil passada, atitude aliás, bastante oportuna, já que este método comparativo do direito é sem dúvida uma forma muito válida como crítica que se estabelece em torno da estruturação da lei em sua função regulamentadora da vida em sociedade. Com isso, nos é dado perceber o quanto são significativas às transformações operadas pelo direito, sem dúvida valiosas para o aprimoramento e a felicidade nas relações familiares, bem como a realização do bem comum, fim maior do direito, senão vejamos: “Artigo 186, que dava preferência à vontade paterna para o consentimento no casamento de menores então de vinte e um anos, se discordassem entre si o pai e a mãe. (não se pode olvidar o fato de que a participação da mulher-mãe, na questão do consentimento para a mudança de estado civil do filho que gerou e viu crescer, seja menos satisfatória que para o homem-pai, haja vista, a diferença apenas de graus de importância nas funções de um e outro progenitor, mais que a missão de ambos é de vital relevância para a continuidade da felicidade do filho). “Art.233, que colocava o marido como chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. – Inc. I do referido que atribuía a ele a representação legal da família. – Inc. II, do mesmo cânone, que lhe conferia a administração dos

Deste modo, pensar e repensar o direito de família sob a ótica constitucional atualizadora destas relações, obriga sem dúvida rebuscar no passado, desde a primitiva ocupação jurídica com a família, mormente nas de elaboração no século passado vigentes até bem pouco tempo em que a legislação visava regular a família matrimonializada, patrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual.¹⁹⁴

Fato social é que a família desvencilhada do passado deixou de existir por estas formas preconizadas e sob o comando da igualdade nas relações, os laços hoje estabelecidos se fortalecem e se edificam a partir de vínculos não mais do matrimônio que divide na esfera das uniões conjugais o seu espaço com outras formas asseguradas na Lei Maior.¹⁹⁵

A família está também despatrimonializada, pois a relevância jurídica está no sujeito da relação e não mais no objeto proposto, o elemento subjetivo do direito está ressaltado, enquanto o objetivo se coloca para a lei em segundo plano de valorização, é o “ser e não o ter”, que faz as normas se erguerem para a observação da vida em sociedade familiar.

Do regime patriarcal, restou apenas a referência histórica perpassada com a nova ordem constitucional, fazendo desaparecer a figura do chefe absoluto e incontestável e em consequência a hierarquização foi definitivamente banida da orientação familiar, quer no seu aspecto social ou no jurídico.

As pessoas que circulam sob o mesmo teto, com a finalidade familiar, ou seja, aqueles que se consideram marido e mulher, cuja união pressupõe a existência dos

bens comuns e particulares da mulher, incumbindo ao marido dita administração em virtude do regime matrimonial adotado. – Inc. III, também do art. 233.

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. passim.

filhos, não importando para tanto a origem destes, bem como a forma pela qual a união conjugal se estabelece, estão deste modo, albergadas em suas relações que graças o advento da Carta Política atual, no que diz respeito à hierarquia familiar lhes garante a total e irrestrita igualdade de tratamento pelo ordenamento jurídico, cuja tutela está garantida, independentemente da verificação de poder e de hierarquia.

Não se discute o fato de que os predicativos de indicação das formas familiares retro mencionados estão transformados em razão do princípio da igualdade garantido constitucionalmente, porém com relação à característica da heterossexualidade na formação familiar, o preceito constitucional mostra-se claro em não admitir esta garantia da igualdade de tratamento às entidades familiares homossexuais, denominadas relações homoafetivas, que na conformidade da exigência do artigo 226, §3º e § 5º, da Constituição Federal de 1998, a igualdade assegurada diz respeito somente às relações familiares estabelecidas entre homens e mulheres.¹⁹⁶

4.7 DA IGUALDADE NA RELAÇÃO DA FILIAÇÃO

Na grande reforma ocorrida no direito de família ensejada pela Constituição Federal Brasileira de 1988, dentre os três eixos básicos responsáveis pelas

¹⁹⁵ CF. Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁶ CF. Constituição Federal de 1988, que sobre a igualdade diz em seu Artigo 226, §3º, que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

transformações das relações familiares, notadamente verifica-se a alteração do sistema da filiação.

Os filhos para todos os efeitos legais passaram a receber do Estado a tutela jurisdicional, com base no princípio instituidor da igualdade e garantidor da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, restou decretada a proibição discriminatória, em razão da averiguação quanto à legitimidade ou ilegitimidade e em igual grau de importância restou consumado idêntico tratamento aos filhos naturais, espúrios ou adotivos, outrora individualizados em razão da proteção legal.¹⁹⁷

Com a decretação do fim das adjetivações da filiação, estabeleceu-se com base no princípio da dignidade da pessoa humana para a efetivação do estado de filho, apenas o elemento determinante da afetividade.

A igualdade na caracterização do estado de filiação nada tem de específico em relação à sua origem biológica, que pode no caso representar um laço de sangue, sem, entretanto, configurar meio exclusivo de filiação, fato este que se acha consagrado em nossa Constituição Federal de 1988, cuja interferência neste sistema demonstra o sentido da figura do filho de forma mais próxima da realidade familiar.

Paulo Luiz Netto Lobo, referindo-se ao tema da filiação ensina que:

O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abrange aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies

¹⁹⁷ Cf. Constituição Federal que em seu artigo 227, §6º que estabelece: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Ver Lei 8.560 de 29.12.1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, dando direcionamento a todas as providências, cuja expressão transparece proibição taxativa com relação às anotações efetuadas no registro de nascimento no que confere à natureza da filiação, (art. 5º e 6º, § 1º), garantindo deste modo, a dignidade nas relações da filiação, objeto maior assegurado na Constituição Federal.

a filiação biológica e a filiação não biológica. Daí, é de se repelir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude de fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigo generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre o outro.¹⁹⁸

A julgar que a família concebida no afeto e no amor, ingredientes ímpares para o estabelecimento de sua existência harmônica e equilibrada, a Constituição Federal, com interesse na felicidade recíproca dos membros que compõem a família, passou em seus artigos 226 a 230, com total determinação a exercer o seu papel de guardião do núcleo básico do Estado, resultando, destarte, a queda de uma estrutura milenar fundada na ideologia da família patriarcal que em conseqüência fez nascer à família do terceiro milênio, formada não só pelo casamento, mais também pelas uniões estáveis, e pela comunidade formada por qualquer dos pais e o filho.

Neste cenário o que se viu surgir de modo até bem expressivo foi a desenfreada família moderna, atualizada nas suas denominações sob os predicativos de família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, eudemonista ou sócio-afetiva, todas respectivamente asseguradas nas entrelinhas do texto constitucional, em observação aos interesses da afetividade e dignidade, fazendo consumir o princípio da igualdade.

Assim, estabelecida constitucionalmente a família afetiva, não mais assiste razão discutir a filiação do ponto de vista da biologia, bastando apenas aos operadores do direito a interpretação da letra da Carta Maior, que conforme

¹⁹⁸ LÔBO. Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma Distinção Necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v1, n.1, p. 133/ 156, abr./jun. 1999. Ressalta o autor: “Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socio-afetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que

recomendado por Luiz Edson Fachin, a busca pela tese biologista analisada em relação da socio-afetiva, deve ser referência apenas para a convivência familiar, mesmo porque à sociedade não interessa o desaparecimento da biologização, “clara e estampada na superação do modelo patriarcal codificado e nas estruturações de novos paradigmas para a família na constitucionalização”¹⁹⁹.

Sem olvidar que a instituição da filiação tem hoje conteúdo mais afetivo do que biológico, torna-se cada dia mais comum à defesa de questões dessa natureza, mediante propostas de indução que levam ao desafio de uma decisão fundada na valorização da pessoa humana, buscando, assim a verdadeira adequação do direito a ser aplicado.

Uma adequação de norma abstrata ao caso concreto que possa satisfazer os ideais da realidade social e em consequência cumprir os fundamentos impostos pela ordem constitucional.

Neste contexto Eduardo de Oliveira Leite, identifica sua orientação no sentido de que:

As indagações doutrinárias mais recentes têm insistido, de formas cada vez mais freqüentes e firmes, que a filiação não é somente fundada sobre os laços de sangue; o vínculo sangüíneo determina, para a grande maioria dos pais, um laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos. Logo, a vontade individual é a seqüência ou o complemento necessário do vínculo biológico²⁰⁰.

Assim, consubstanciado que se acha o princípio constitucional da igualdade de todos os filhos, conteúdo do artigo 227, §6º da nossa Carta Magna, torna-se

derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se constituiu”.

¹⁹⁹ FACHIN, Edson Luiz. *Paternidade e ascendência Genética*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade. DNA como meio de provas da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 172.

²⁰⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 203.

inadmissível a distinção entre filiação, exigindo-se para tanto, a dedução de que filho é apenas e tão somente filho, e, todos são iguais, independentemente de sua origem.

A adoção como escolha afetiva, estabelecida no artigo 227, §§ 5º e 6º, do diploma constitucional, em preservação da igualdade de direitos, firmou-se como sistema único da filiação.

Da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, por determinação do artigo 226, § 4º, infere-se a aplicação do princípio da dignidade e da afetividade em detrimento do princípio biológico que a pura a origem da filiação.

Está no preceito do artigo 227, *caput*, o direito de convivência familiar para a criança e o adolescente, não importando para a lei a origem de ordem genética.

A solidariedade na família é igualmente uma característica da lei constitucional que respectivamente se acha assinalada nos artigos 229 e 230, cuja imposição é feita a todos os membros da família, em que o dever de um se estabelece em função do outro, ou seja, pais e filhos estão reciprocamente obrigados. E de igual modo todos em relação aos idosos que com certeza, em tese, no futuro representaram os filhos e pais de hoje.

Os fundamentos constitucionais que informam a nova ordem na tutela do instituto da filiação, estes, vistos de forma há muito tempo desejada, corrigem injustiças antes praticadas em função da legislação à época existente.

A família atual constituída sob o comando do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é sem dúvida mais harmônica e equilibrada, está

fortalecida pelo amor, e a afetividade gera nestas relações uma estrutura de maior compreensão, fortalecendo as relações no sentido da estruturação familiar.

4.8 DA FAMÍLIA NO ATUAL SISTEMA DO CÓDIGO CIVIL

No universo jurídico pertencem ao direito de família as relações jurídicas estabelecidas entre as pessoas que de uma ou outra forma se unem e mediante interesses recíprocos, encontram razão suficiente para o convívio que na atual conjuntura recebem a denominação de família. Evidentemente que para esta concepção, impõem-se a observação da ordem jurídica maior onde se encontram deduzidos os conceitos indicativos da família para fins de proteção pelo direito.

De acordo com a evolução filosófica do conceito de família, o Código Civil aprovado pela Lei nº. 10.406 de 10.10.2002, tratou de incorporar as mudanças que ao longo do tempo foram ocorrendo, deste modo, no que dizem respeito ao instituto familiar, todos os seus dispositivos foram adaptados aos princípios fundamentais devidamente inseridos no texto da Constituição Federal de 1988.

Na ordem do contexto do direito civil, infere-se da sua disposição normativa que a vida familiar contemporânea está legalmente objetivada a partir da constatação do modelo social evoluído em que a família não mais se encontra estabelecida por uma única forma, pelo contrário se expressa mediante conduta plural o que definitivamente, demonstra sua incorporação ao avanço social de modo geral,

fazendo denotar o seu rompimento²⁰¹ absoluto com o passado, pois “atualmente estar e permanecer em família é muito mais um ato de vontade do que uma imposição do meio social”.²⁰²

Reconhecer no atual sistema de codificação da família, a realização pessoal de cada indivíduo é sem dúvida avançar em direção a modernidade que conforme já se observou, muito distante está do passado, em que a realização pessoal não representava parâmetro para a elaboração da norma, cujo conteúdo refletia apenas e tão somente os interesses da menor parcela representativa da sociedade ao que devemos considerar, a expressão por imposição.

Carlos Roberto Gonçalves, reconhece na atual sistemática do Código Civil, a importância da adaptação do direito aos fatos valorizados pela sociedade:

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.²⁰³

Adaptando-se à evolução social e aos costumes da época, a matéria sobre o direito de família, foi introduzida no Código Civil atual de maneira bem abrangente em que muitas alterações necessárias foram feitas. Incluíram-se disposições

²⁰¹ Cf. PERROT, Michelle. *op. cit.* p. 75. Em que sobre o passado rompido assinala em seu texto a seguinte conclusão: “As rupturas que assistimos hoje são a cumulação de um processo de dissolução iniciado há muito tempo. Ele está ligado em particular ao desenvolvimento do individualismo moderno do século XIX. Um imenso desejo de felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava a idéia da Nova Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida – apoderou-se de cada um”.

²⁰² GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p.24.

²⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p .5. Prossegue o autor em suas justificativas dizendo que: “As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade”.

normativas de ordem de leis especiais, como por exemplo, separação, divórcio, união estável e reconhecimento de filhos havidos fora do casamento.

Contudo, deixou o legislador de se ocupar com determinados pontos de extrema relevância para a atualidade científica como é o caso da reprodução assistida, forma de filiação hoje em evidência na constituição familiar²⁰⁴.

Mas de modo geral o atual sistema adotado em razão do Direito Civil de família, demonstram-nos o cuidado que teve o legislador em não se distanciar da ordem normativa máxima em matéria de estruturação de regras para conduzir a sociedade familiar e neste sentido às reformas foram bem introduzidas.

No que consta de todo o elenco de normas pertinentes ao instituto familiar, o Código Civil manteve-se fiel aos princípios fortalecedores da entidade familiar, os quais recomendados possuem em essência a base filosófica da família contemporânea.

Como se sabe, o fenômeno da transformação familiar é fato consumado, tanto assim que, conforme analisado no decorrer deste trabalho, a definição e o conceito de família, juridicamente falando estão alterados, cuja permissão é dada pela implementação de uma ideologia moderna à qual preferem os literários

²⁰⁴ OLVEIRA, Euclides de. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Do Direito de Família*. In Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.) DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001. p. 5-6. Merece citação a explicação dada em nota pelos autores: “Na verdade o que se dá com todo esse evoluir legislativo é o indispensável acompanhamento (que nem sempre ocorre a passo certo) das profundas modificações sociais e científicas que se observam no mundo da composição familiar, atingindo especialmente as novas formas de filiação, que exigem uma análise da bioética no campo do direito. Basta lembrar os novos modos de reprodução assistida, pela fertilização *in vitro* e inseminação artificial, sem falar na mais complexa situação da possível e aventada clonagem de seres humanos. A esse respeito, no entanto, cumpre registrar que o novo Código Civil não se manteve de todo omissivo. Ao enumerar os casos de presunção da concepção na constância do casamento, seu artigo 1.597 incluiu, nos incisos III a V, os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial

denominarem de “laços da afetividade”, elemento valorizado em razão da realização da personalidade, tendo como base o tríptico conteúdo da dignidade, liberdade e igualdade.

E foi com esta visão e dedicação que nos parece ter sido elaborada a codificação atual do direito civil, dedicado neste aspecto aos assuntos relacionados à família.

Assim, faz-se oportuno e de grande valia citar aqui o conteúdo inserido por Ricardo Fiuza, quando em sua introdução ao Código Civil brindou com tão expressiva referência:

Em todos os dispositivos atinentes ao direito de família, o novo Código procura assegurar a completa igualdade entre os cônjuges, chegando inclusive, a substituir a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, a ser exercido igualmente pela mulher e pelo marido; defini a união estável como instituto intermediário entre o concubinato e o casamento; com relação à filiação acaba com a desigualdade entre os filhos, que passam a ser totalmente equiparados, inclusive os adotivos; suprime o texto que hoje em dia consta do inciso IV do art. 219 do Código Civil de 1916, que permitia ao marido pedir a anulação de casamento se descobrisse que a mulher não era mais virgem. São isentas todas à custa do casamento para as pessoas que se declararem pobres (art. 1.512). Também o marido poderá acrescentar o sobrenome da mulher; a direção da sociedade conjugal compete a ambos os cônjuges, sendo que as divergências serão resolvidas em juízo; a guarda dos filhos na separação não fica necessariamente com a mãe, mas com quem tiver melhores condições de exercê-la; o regime de bens, que era irrevogável, pode vir a ser alterado no curso do casamento, por decisão judicial. Não só o casamento, mas também a união estável e o concubinato da pessoa que recebe alimentos, faz cessar a obrigação alimentar. Amainamos os efeitos da culpa na separação litigiosa, permitindo que mesmo o cônjuge declarado culpado possa, em alguns casos, continuar a usar o sobrenome do outro. Modernizamos o instituto da união estável, permitindo que se constitua mesmo entre pessoas impedidas de se casar, desde que separadas de fato, ao mesmo tempo em que erigimos o companheiro a um patamar quase igual ao do cônjuge. Demos também nova conformação ao casamento, cujo objetivo deixa de ser apenas a constituição da família, que pode ser formada de outras formas, mas passa a ser o de estabelecer uma comunhão de vida entre os cônjuges. Proibimos o Estado de intervir na família, salvo para sua proteção e para propiciar recursos educacionais e científicos, a exemplo do planejamento familiar, que será, entretanto, livre decisão do casal, mesmo porque o Estado não tem o direito de tutelar os sentimentos e as relações íntimas dos Indivíduos.²⁰⁵

homóloga” e os “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido”.

²⁰⁵ FIUZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. (coord), texto retirado das páginas pré-textuais, In Introdução. São Paulo: Saraiva, 2002, passim. Merece destaque a complementação da idéia do autor: “A abordagem legislativa da família tem de ser clara no estabelecimento de princípios e na

Do conteúdo representativo das matérias retro citadas, resultou o conjunto normativo que deu origem ao novo direito de família codificado, cuja localização se verifica no Livro IV, sob a identificação “Direito de Família”, representado especificamente pelos 273 artigos a iniciar pelos 1.511 indos até o 1.783. Neste livro o legislador dividiu a matéria em quatro títulos onde estabelecendo normas para a regulamentação das relações familiares, cada um, respectivamente recebeu a seguinte rubrica: “Direito Pessoal, “Direito Patrimonial, “Da união Estável” e “da Tutela e Curatela”.

Assim, o conteúdo do direito material familiar imprimido ao longo dos citados artigos, cada qual na ordem de sua titulação, representa, em tese, a regulamentação dos direitos e deveres a serem observados em forma de concessão e imposição normativa imprescindível para a organização da vida familiar, bem como dos demais interesses daí resultantes.

Da disposição da matéria sobre a família no Código Civil atual, observa-se indubitavelmente o cuidado no atendimento aos fundamentos do direito de família, haja vista inclusão das variadas vertentes hoje destacadas nas relações familiares, devidamente abordadas pelo legislador na elaboração da norma ordinária. Não nos resta dúvida de que a norma constitucional, na sua qualidade de lei maior se encontra

definição de institutos e seus conteúdos, sem, contudo, apresentar fórmulas hermenêuticas que desconhecem a dinâmica social. Quando o legislador pretende imiscuir-se nas relações íntimas dos membros da família, corre o risco de ser até obsceno, sem qualquer vantagem de ordem prática. Existe uma barreira ética, para a qual o legislador deve estar atento. Ultrapassá-la pode representar constrangimentos e desagregação do mais importante organismo social”. São bem lembradas as referências de Fiuza, quanto ao cuidado na interpretação do direito, mediante a observação das mudanças no comportamento social. Pois, levando-se em conta a questão ética, não se deve jamais em grau de comparação equiparar esta ao direito. Nossos ensinamentos quanto a estas questões tão intrincadas, estiveram sempre apontados para o fato de que a ética é mais ampla que o direito e tem

refletida na condução da norma material, ou seja, na conformidade do nosso sistema jurídico legal, houve a perfeita incidência de valores daquelas sobre estas.²⁰⁶

A incidência dos valores normativos constitucionais nos dispositivos do Código Civil consolida definitivamente a transformação do direito de família, atualizando por sua vez, as relações familiares, causando aos componentes de todas as formas de organização, uma verdadeira sensação de bem estar, pois assistidos com consciência axiológica pelo sistema atual, os indivíduos, sujeitos do direito, se projetam com mais segurança e equilíbrio nas suas relações sociais e via de regra o resultado maior é a harmonia e paz social, finalidades maiores para o direito.

Deste modo, por imposição do tratamento igualitário e livre estabelecidos em função da proteção familiar, no atual diploma legal, a família está amparada, tanto do ponto de vista da sua constituição, como também da sua desconstituição, bem como nos demais seguimentos decorrentes desse estado de comunhão. Das disposições constantes resulta uma ordem plural, que na visão de Euclides de Oliveira e Giselda

por sua vez dimensão maior do que a moral, o que de fato há em comum é que ambas se classificam como regras de conduta social, cada qual com suas peculiaridades.

²⁰⁶ Embora, o Código Civil tenha, se referido ao casamento em sua primeira inserção sobre a família, art. 1.511, não deve esse fato servir de interpretação errônea, fazendo entender que ainda persiste a idéia de formação familiar com base no casamento, ou, conforme longa duração da lei material, que a família se institui com base no casamento, ou como ainda persistiu a doutrina, referindo-se ao casamento como um instituto por onde se iniciava a família. Esclarecendo sobre este assunto, Ricardo Fiúza, em seu Novo Código Civil Comentado, abordou o histórico do citado artigo, em que fez referência ao texto original inicialmente aprovado, que continha o seguinte teor: “O casamento estabelece comunhão plena de vida com base na igualdade dos cônjuges e institui a família legítima”. Alterado o texto passou a conter: “O casamento estabelece comunhão plena de vida com base na igualdade dos cônjuges institui a família”. Observe que mesmo diante da alteração, ainda não preenchia as exigências da Lei Maior. Foi então, mais uma vez modificado. Pois segundo se vê. O texto trazia ainda a idéia de constituição familiar apenas pelo casamento, cuja natureza demonstrava-se preconceituosa. Deste modo, para a verdadeira adequação aos ditames da Constituição, o texto do artigo inaugural do livro da família, sofreu revisão e foi reestruturado, passando a dispor somente sobre o casamento e suprimindo a idéia de família, no que resultou mais acertado, pois do outro modo, pretendido, com certeza estaria divorciado dos interesses estabelecidos na ordem maior das regras de condução da família. Assim ficou a expressão somente quanto ao casamento. Artigo 1.511 que diz: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos

Maria Fernandes Novaes Hironaka, ficou assim resumida: “Compõe-se, o novo Código, por disposições relativas à vertente matrimonial, à vertente não matrimonial, à vertente parental e, ainda à vertente assistencial, pela inserção dos institutos da tutela e da curatela”²⁰⁷.

5. A FILIAÇÃO E SUA RELAÇÃO NA ESTRUTURAÇÃO DA FAMÍLIA

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Todo ser humano tem um progenitor, ainda que seja ele produto de inseminação artificial, logo a relação de filiação é de relevante importância para o direito, haja vista que essa é um fato jurídico que passa a ter efetivamente interesse para o direito civil por implicar em inúmeros efeitos, sejam eles patrimoniais ou pessoais.

Etimologicamente, “filiação é o ato de perfilhar, vínculo que a geração cria entre os filhos seus genitores, geração de parentesco entre os pais e seus filhos, considerada na pessoa dos últimos”.²⁰⁸

Esse conceito mostra a amplitude do instituto, tendo em vista a evolução que a sociedade vem sofrendo bem como as diversas formas de se estabelecer à filiação e principalmente essa em relação à pessoa dos pais. Embora, bem consolidado dito

cônjuges”. Note-se que deste modo, o texto do referido artigo, finalmente restou completo em questão de atendimento ao disposto no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Euclides de. *op.cit.* p. 6.

²⁰⁸ FERREIRA, Holanda Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986. p. 778.

conceito, não é demais, observar-se o surgimento de novos elementos e novas discussões acerca de suas abrangências e dos efeitos decorrentes do reconhecimento da filiação.

Também é importante destacar a relevância do instituto da filiação nas relações familiares, analisando se o mesmo sobre a perspectiva do direito de família contemporâneo, bem como aos novos elementos que gradativamente vem se incorporando ao seu conceito no decorrer dos tempos, principalmente em função dos atuais conceitos que a ele estão sendo agregados, como a filiação sócia afetiva e família monoparental.

Igualmente o seu estudo a valorização e o respeito ao consagrado princípio constitucional da igualdade. Princípio este que traduz efetivamente a transformação do direito civil rumo à constitucionalização, mediante a valorização do indivíduo no contexto social.

O sentido que importa agora não é mais apenas o patrimonial que teve o seu espaço outrora privilegiado nas diversas modalidades do direito e principalmente no direito de família refletindo de forma direta sobre o instituto da filiação. Na atualidade ocupando o primeiro lugar na escala de valores é o indivíduo, que destacadamente passou a ser o elemento fundamental nas relações jurídicas e em consequência dessas relações, tornou-se o centro para o mundo jurídico.

A filiação quanto a sua acepção jurídica não sofreu muitas alterações em função do tempo, sendo que seus elementos essenciais são tratados pela doutrina em geral de forma bastante uniforme, havendo apenas por parte dos doutrinadores variações quanto à riqueza de detalhes que o permeiam.

Paulo Dourado de Gusmão em seu Dicionário de Direito de Família conceitua filiação como: “Vínculo jurídico natural que une uma pessoa às que a geraram, ou as que a adotaram. Do vínculo jurídico resultante da filiação (natural ou adotiva) decorrem deveres e direitos, dentre os quais, enquanto perdurar a menoridade, ou cessada a mesma, se ocorrer incapacidade, o direito a alimentos”²⁰⁹.

Da filiação também resultam direitos sucessórios, bem como o parentesco. Com base nesse conceito percebe-se que não há grande discrepância entre o contexto jurídico e o contexto etimológico, sendo que o primeiro apresenta-se apenas mais amplo e detalhado, enquanto o segundo ocorre de forma genérica e simplificada a noção do que vem a ser a filiação.

Embora a doutrina traga inúmeros conceitos de filiação, observa-se que os elementos básicos são sempre os mesmos, variando apenas alguns desses elementos, ou seja, a presença do filho na relação familiar é em tese tida como uma ligação de comprometimento parental.

Neste sentido escreve Silvio Rodrigues: “Filiação é uma relação de parentesco consangüíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se as tivessem gerado”²¹⁰.

Nessa mesma esteira temos Maria Helena Diniz²¹¹, que em seu Curso de Direito Civil, cita o mesmo conceito do professor Silvio Rodrigues. Detalhe relevante acerca desse conceito é que embora seja o mesmo um tanto quanto condensado, é possível dele aferir-se que mesmo antes da Constituição Federal de

²⁰⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 594.

²¹⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 281.

1988, a doutrina já percebia a necessidade de uma interpretação mais ampla do instituto ampliação essa que se tornou imperiosa nos dias hodiernos e que de acordo com Clóvis Beviláqua, filiação:

É a relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores, quando considerada, ascencionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; paternidade, quando considerada, descencionalmente, dos pais para o filho; e maternidade, quando ainda descencionalmente, se tem em mira a mãe face do filho.²¹².

Essa relação apontada por Beviláqua, também é do mesmo entendimento de Sílvio de Salvo Venosa, para quem, “o termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram”.²¹³

Neste particular, considerando-se a evolução das relações familiares, é importante que a doutrina além desses elementos já tradicionais e indispensáveis, também considere a possibilidade de estabelecer a filiação de outras formas que não só através da adoção ou da concepção natural, uma vez que a ciência já permite aqueles que não podem ter filhos, alternativas, como por exemplo, a reprodução em laboratório.

Rui Ribeiro de Magalhães apresenta um conceito de filiação nos seguintes termos: “O termo filiação indica a relação de parentesco resultante da procriação, fruto da união de um homem e de uma mulher”²¹⁴.

²¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p. 321.

²¹² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro. 1976. v. 6. p. 309.

²¹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.265-266.

²¹⁴ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de direito de família*. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2000. p. 21.

O conceito esboçado pelo referido autor só peca em não mencionar a possibilidade da filiação através da adoção, uma vez que ao referir-se aos seus genitores restringe o instituto apenas a filiação natural, o que hoje não se coaduna com a nossa realidade, haja vista a evolução da ciência neste campo, possibilitando outras formas de concepção além daquelas convencionais, que possam refletir a filiação não só do ponto de vista biológico, mas também a partir da afetividade.

Além de nos trazer um conceito bastante amplo de filiação, Caio Mario, ainda destaca que este instituto é de grande importância para o direito, uma vez que dele decorrem várias outras situações, bastante relevantes para as relações familiares.

Segundo o autor, “filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais”²¹⁵. Relação essa referenciada pelo código Civil de 1916 em que o legislador ao elaborar o capítulo que trata da família, basicamente projetou-se a partir do nascimento dos filhos, reafirmando mais uma vez a importância desses para toda a estruturação da sociedade.

Dessa forma é incontestável que o conceito de filiação encontra-se consolidado em nosso ordenamento jurídico, fato aceito pela doutrina sem maiores discrepâncias. Do conceito estabelecido, o que ocorre, são em verdade, formas diferentes de explicitação, sendo umas mais amplas, com grande riqueza de detalhes e outras mais resumidas, atendo-se apenas aos elementos essenciais, no entanto, o conteúdo, ou seja, a idéia central é sempre a mesma.

Assim as discussões não mais encontram-se no campo da sua caracterização e sim quanto a sua evolução no ordenamento jurídico bem como em relação às

²¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *op. cit.* p. 191.

situações decorrentes do vínculo entre pais e filhos, esses são alguns aspectos polêmicos do instituto, já que o seu conceito está efetivamente consolidado.

Efetivamente, após a Carta Constitucional de 1988, resultou garantido o tratamento igualitário aos filhos independente de serem esses advindos ou não de relações matrimoniais, essa igualdade, aliás, derrubou definitivamente a tradicional classificação entre filhos legítimos e ilegítimos. Classificação essa que atualmente tem apenas papel didático não mais sendo considerado para fins legais e nem para a proteção da tutela jurídica.

Ressalte-se desta conclusão que a efetiva garantia de igualdade permite aos filhos o exercício amplo dos seus direitos de personalidade devidamente deduzidos em legislações pertinentes ao amparo da pessoa cujo maior propósito é resguardar a dignidade da pessoa humana.

5.2 DAS DE LIMITAÇÕES DE ORDEM HISTÓRICA SOBRE A FILIAÇÃO

Para delinear os aspectos históricos da filiação, em linhas gerais, são apontadas algumas características pertinentes à família como um todo, principalmente no que diz respeito à sua formação e a influência do direito romano-germânico.

Assim, não se pode desprezar o fato de que a filiação é em tese a mais evidente geração de tudo que diz respeito ao instituto familiar. Pois é ela a base de todas as relações concernentes à família.

Acerca do tema Eduardo de Oliveira Leite, assevera que:

Anterior ao surgimento do Estado; anterior ao próprio Direito, que tenta apreender e regulamentar um fenômeno tão antigo quanto o homem; anterior à Igreja, que o dominou e subjugou por um largo período, através do temor hierárquico, da noção de culpa, da noção de pecado, a família acompanha a história da humanidade a partir de dois instintos fundamentais à natureza humana: o de conservação e de reprodução²¹⁶.

Embora sua origem seja alvo de muitas controvérsias, a família será referência para qualquer estudo que trate do envolvimento entre pessoas que nos seus interesses esteja presente o desejo de realização mediante a manifestação da comunhão como demonstrativo de convívio.

Convivência essa que não se pode deixar de destacar, vem ao longo dos tempos sendo caracterizada e assim considerada em suas mais variadas modalidades como família. De uma ou outra forma, seja ela oriunda do casamento ou não, tem se destacado no cenário jurídico como um verdadeiro divisor de águas em matéria de filiação.

Para a doutrina majoritária, indiscutivelmente, a família tem seus primórdios na civilização Romana, e segundo, aponta Guilherme Calmon: “Na época clássica de Roma, a estrutura familiar fundava-se no modelo tipicamente patriarcal, tendo como figura principal da família romana o *pater familias*, (...)”.²¹⁷ Esse detinha todo o poder sobre os ascendentes não emancipados bem como sobre as mulheres²¹⁸ casadas com *manus* com os descendentes.

²¹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: Origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 4. Ainda acrescenta o autor em seus escritos: “O homem, como ser bissexuado que é, une-se à mulher, reproduz-se, e procria. Da união do homem com a mulher surgem os filhos. E da união de todos esses elementos, acrescidos de permanência ou duração prolonga e da coabitação, surge a família, (...)”

²¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: Uma espécie de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 24.

²¹⁸ Quanto as mulheres, ressaltamos que essas desde a Roma já carrega a presunção de *mater semper certa*, referida presunção continua presente em nosso direito até os dias atuais.

Ainda a respeito da origem da família e seguindo a mesma esteira de Guilherme Calmon, está o entendimento de Helder Martinez Dal Col, que em sua obra aponta os dois tipos de parentesco existentes em Roma.”(...) A *agnação*, consistente no vínculo entre pessoas sujeitas ao mesmo *pater*, mesmo que não fossem consangüíneos e a *cognição*, que era o parentesco sem sujeição ao mesmo *pater*”²¹⁹

Destaca ainda, que o *pater*, “(...) possuía direito de vida e morte sobre os filhos e a mulher, além de poder vendê-los como se fossem objetos ou animais”. Além disso, o *pater familias* detinha a titularidade do *jus naxae dandi*, que consiste no abandono reparatório do filho em favor da vítima que houvesse sofrido prejuízo com a prática pelo filho de um ilícito privado (*nox*a). Ainda era permitido ao *pater* exercer o *jus vendendi*, que consistia na faculdade de alienar o filho, mediante *mancipati* a outro *pater familias*²²⁰.

Isso nos demonstra de forma inequívoca que nem sempre foi dado aos filhos o direito de liberdade e de escolha que hoje lhe é assegurado e que referida conquista foi se consumando de forma gradual e até mesmo muito lenta, em função de toda a conjectura social que a família detinha na antigüidade. Comenta ainda Helder Martinez que:

Por força da evolução que se verificou na família romana, o *pater* foi perdendo poder e autoridade, ganhando a mulher e os filhos maior autonomia. Em função dessa autonomia, deixou de existir o direito de vida e de morte, os filhos passaram a

²¹⁹ DAL COL, Helder Martinez. *A família à luz do concubinato e da união estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.24.

²²⁰ Referida situação dos filhos também ocorria na Grécia antiga, onde segundo CRETELLA JUNIOR, João. *Curso de direito romano: O direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. “(...) Aos homens era dado o direito de vida e de morte dos filhos; de rejeitá-lo ao nascer abandonando-os (...), sendo que referido abandono ocorria geralmente em função de defeitos físicos e deformidades”.

administrar algumas partes do patrimônio, o direito de vender os filhos foi substituído pelo de aplicar penas moderadas. A emancipação dos filhos, que antes era considerada uma penalidade, passou a constituir um favor, conservando o emancipado os direitos sucessórios²²¹.

Já no direito canônico que, aliás, regeu as relações familiares em toda a idade média observa-se uma proteção ao casamento e um conseqüente repúdio ao divórcio, como assevera Arnaldo Wald em que “os canonistas opuseram-se ao divórcio, considerando-o um instituto contrário à própria índole da família e no interesse dos filhos cuja formação prejudica”.²²²

O posicionamento referido, demonstra o intuito do legislador em proteger o instituto familiar, tanto é que o casamento, embora se admita outras formas de formação familiar, continua sendo uma indicação legal e protegida,

O instituto da filiação, dada a sua expressiva importância para o desenvolvimento familiar, foi igualmente alvo de inquietação dos estudiosos, os quais sempre preocupados mantiveram-se atentos aos fatos chegando inclusive ao flagrante reconhecimento preconceituoso, da distinção, devidamente registrado por derradeiro ainda no passado bem próximo, em que muitos de nós tivemos inevitavelmente que observar e inclusive assistir a subsunção normativa²²³.

Reconhecer a filiação no tempo das civilizações antigas, significava para a época uma imposição de extrema relevância, que de conformidade com a lei era imposta de forma restritiva e até mesmo traduzia-se de maneira exclusivista, fato este que se vê das deduções expendidas por Caio Mário da Silva Pereira:

²²¹ DAL COL, Helder Martinez. *A família a luz do concubinato e da união estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24.

²²² WALD, Arnaldo. *op. cit.* p.27.

As civilizações antigas não aceitavam, em princípio, o reconhecimento de paternidade. O filho natural não podia ser legitimado no direito grego. Em Roma, o filho nascido de uma mulher que não tinha sido associada ao culto doméstico pela cerimônia do casamento não tinha o direito de participar dos sacrifícios e solenidade ante o altar dos deuses lares, e por ele a família não perpetuava²²⁴.

Ratificando seu posicionamento acentua que a consolidação do Cristianismo fez recrudescer a severidade no tratamento aos filhos então qualificados como naturais. A igreja, mais forte, punia nos bastardos as relações pecaminosas dos seus autores.

Confirmando o posicionamento de Caio Mário no que pertine a influência do cristianismo na questão dos filhos, destaca Venosa que: “O cristianismo sempre foi muito rigoroso com a situação dos filhos bastardos, utilizando-se deles para punir as relações espúrias dos pais”.²²⁵

Em observação ao desenvolvimento histórico do sistema da filiação, Caio Mário da Silva Pereira, conclui que quanto ao tratamento dispensado aos filhos naturais, o fato se deu de forma diversificada, ora no sentido de se negar o reconhecimento, ora no de limitar os seus efeitos..²²⁶

Tendo em vista esses posicionamentos infere-se que a importância do casamento e o problema dos filhos concebidos fora deste, é bastante antiga, sendo que analisada sobre este perfil, a situação atual em que se encontram os filhos e os cônjuges, pode ser considerada uma grandiosa evolução no campo do direito de família, vez que sempre houve por parte da sociedade a declarada rejeição quanto aos filhos concebidos fora do casamento ou na ausência deste, como se os mesmos

²²³ Código Civil Brasileiro de 1916.

²²⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *op. cit.* p. 206.

²²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p. 234.

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário. *Op. Cit.* p. 203.

fossem de fato responsáveis pela sua vinda ao mundo, naqueles tempos, encarado pela sociedade como um problema e não como uma dádiva divina, como parece ser na atualidade.

No mesmo grau de importância histórica sobre a filiação, está também o desenvolvimento do instituto a partir da colonização do Brasil, cujos valores culturais, embora não tenham sido observados no Código Civil de 1916, não passaram no entanto de todo despercebidos.

Eduardo de Oliveira Leite, neste contexto observou que:

O Código Civil Brasileiro, elaborado num período de transição, com características acentuadamente monarquistas, escravagistas e paternalistas, nunca reproduziu as tendências de uma comunidade em intensa evolução e que caminha decisivamente em direção a um mundo moderno liberado das transições legadas pelo passado. O Código Civil reproduziu antes as intenções de uma elite, minoritária e refratária, do que as aspirações do povo brasileiro.²²⁷

Dada a influência da época, desde sua colonização o Brasil que já apontava tendências liberais, obteve neste sentido uma concessão, que representou certa conquista para o sistema de filiação. Conquista esta, que conforme pode-se observar inclinavam-se para atender mais uma vez a minoria da sociedade, mas que mais tarde acabou sendo almejada pela equiparação para filhos de uma e outra classe social, senão vejamos:

O Decreto da Regência, de 11 de agosto de 1.831, franqueou aos espúrios serem instituídos herdeiros testamentários, em falta de outros descendentes. Pouco depois, a Lei nº 463, de 2 de setembro de 1.847, acabou com a distinção entre filhos de nobres e filhos de peões, equiparando uns e outros quanto aos direitos sucessórios com base nas Ordenações do Livro IV, Tít. 92²²⁸.

²²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* passim.

²²⁸ PEREIRA, Caio Mário. *op. cit.* p. 204. Dispõe que: “Em nosso direito antigo dispunha as Ordenação que os filhos simplesmente”naturais” concorriam com os “legítimos” à sucessão dopai, se

Mais tarde, o Decreto nº. 3.069, de 17 de abril de 1.863, equiparou o assento de nascimento à escritura pública, em relação aos não católicos. Em seguida, por força do Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1.890, abre-se o reconhecimento dos “ilegítimos” para o Assento de nascimento ou outro qualquer autêntico emanado do pai.

Já no século XIX, as discussões versavam sobre o reconhecimento dos filhos naturais e a permissão da investigação de paternidade. Logo após as discussões e a passagem do projeto de Clóvis Beviláqua pelo Congresso, obteve-se então como resultado a possibilidade de duas formas de reconhecimento, conforme dispunha o Código Civil de 1.916, a primeira seria o reconhecimento voluntário e a segundo o reconhecimento compulsório.

A essa altura da evolução e existência da família, os filhos, achavam-se praticamente sob a égide de uma legislação preconceituosa que influenciada pela sociedade do século passado, tinha nos valores sociais da época sua fonte reveladora da construção normativa. Os interesses alheios aos aspectos da dignidade da pessoa se sobrepunham quando o problema a ser demandado envolvia o patrimônio da família.

Em particular atenção à evolução legislativa da filiação no Brasil, Yussef Cahali, ao mencionar a questão do reconhecimento da paternidade do filho havido fora do casamento, assevera-nos que a doutrina é praticamente unânime ao afirmar que a resistência ocorreu porque as pessoas portadoras de certo patrimônio financeiro

fosse esse plebeu, e na falta deles, eram herdeiros universais. Sendo o pai nobre, aos filhos “naturais”

e econômico ou que ainda detinham o poder de influência social, pensavam que resguardando as diferenças na origem da filiação estariam protegidas contra uma eventual chantagem²²⁹.

5.3 DA LEGISLAÇÃO DA FILIAÇÃO ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o objetivo de dar ao presente trabalho uma dimensão mais esclarecedora sobre as diversas modificações ocorridas na legislação pertinente ao instituto da filiação, tomando-se como ponto de referência o primeiro texto legislativo adotado no Brasil, deste título será esboçado um roteiro de textos legais que entre outros estiveram em vigência antes da Carta Política de 1988 e que para tanto apenas serão demonstrados trechos citados em obras selecionadas para consulta, onde das mesmas as que se observa é a reprodução focada no sistema da filiação.

Para a apresentação de elaboração legislativa após a Carta Magna de 1988, resguarda-se o tema para ser tratado em capítulo próprio deste trabalho.

A referência por ora apresentada tem a finalidade maior de demonstrar a verdadeira razão do estudo em pauta, haja vista que diante da radical reforma legislativa, o assunto pode parecer ter importância apenas mediante a luz da nova ordem jurídica existente, de onde se denota o fim do tratamento desigual dos filhos.

era somente reconhecido direito alimentar quando concorriam com legítimos ou com ascendentes do pai”.

²²⁹ CAHALI, Yussef. Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 661.

Porém, torna-se imperioso ao intérprete do direito que o conhecimento seja o mais amplo e irrestrito possível, principalmente com vistas ao passado, favorecendo, deste modo à compreensão do presente.

O momento vivido pelas famílias instituídas sob a influência moderna, apresenta adversidades constantes e para solução dos conflitos familiares imprescindíveis se faz ao operador do direito manter-se atualizado e diligente, porém jamais distanciado do passado, ponto de referência para o presente.

Assim, no que confere à perfilhação, a legislação existente antes da Constituição Federal de 1988, pode ser lembrada pelos preceitos legislativos citados na literatura jurídica, bem como consagrados em diferentes textos construídos desde o início da colonização, devidamente modificados com o desenvolvimento social da família brasileira.

Do desenvolvimento deste trabalho já ficou demonstrado que quanto às questões de ordem do direito, nosso ordenamento jurídico recepcionou para a solução dos eventuais conflitos decorrentes das relações familiares, leis de elaboração do reino de Portugal. Deste modo, até 1847, vigorou no Brasil o sistema do direito português.

Esta informação, aliás, nos é dada com muita propriedade por Arnaldo Wald, quando analisa o instituto da filiação:

No direito português das Ordenações, havia tratamento diferente como já vimos, para a família aristocrática, na qual o interesse do Estado impedia que se reconhecesse o direito sucessório dos filhos naturais, e para a família plebéia, na qual os filhos naturais herdavam (Ordenações Filipinas, Liv. IV, Tit. XVII). No

tocante aos alimentos reconheciam-se os efeitos da filiação natural, tanto na família proletária como na nobre²³⁰.

Naquele mesmo ano, em 1847, elaborou-se a Lei 463, que reformou completamente as Ordenações, cuja mudança ocorreu em função da semelhança que antes existia entre os filhos dos nobres e dos peões.²³¹

No ano de 1890, surgiu o Decreto nº181 de 24 de janeiro de 1890, em que se via o seguinte:

A afinidade ilícita só se pode provar por confissão espontânea nos termos do artigo seguinte, e a filiação natural paterna também pode provar-se ou por confissão espontânea, ou pelo reconhecimento do filho feito em escriptura de notas, ou no acto do nascimento, ou em outro documento autentico, oferecido pelo pai.²³²

Em 1916, por força da Lei nº. 3.017, de 1º de janeiro de 1916, ao ser instituído o Código Civil Brasileiro, abordou em seus artigos toda a sistemática referente à filiação.

Com a diferença de duas décadas, em 1937, a Constituição Federal, equiparou os filhos naturais aos filhos legítimos.²³³

Em 1941, mediante o Decreto-Lei nº. 3. 200, a filiação foi mais uma vez atingida de forma diferenciada, pois mencionado texto legal, fazia expressa proibição quanto à qualificação do filho nas certidões de nascimento, ficando a salvo se o requerimento fosse do próprio interessado ou por determinação judicial. Ainda no mesmo ano, por força do Decreto-Lei 5.213, de 21 de janeiro de 1941, foi realizada

²³⁰ WALD, Arnoldo. *op. cit.* p. 191.

²³¹ DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 373.

²³² WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre as Filiações Biológica e Sócio-afetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. *passim*.

²³³ Cf. Constituição Federal de 1937, decretada em 10 de novembro de 1937, que em seu artigo 126 preceituava: “Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.”

modificação naquele, ficando desta vez autorizado o pai, a permanecer com a guarda do filho natural, se assim o tivesse reconhecido.²³⁴

No ano seguinte às mudanças legislativas, obra do Decreto-Lei nº 4.737 de 24 de setembro de 1942, ficou consignado o direito de reconhecimento ao filho nascido fora do casamento, estabelecendo a lei que: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido, ou demandar que se declare sua filiação”²³⁵.

Em 1946, objeto mais uma vez de regulamentação legislativa, a filiação foi naquele contexto, almejada com a finalidade de se estabelecer à guarda dos filhos menores em razão do desquite judicial, em que no Decreto nº. 9.701, de 03.09 de 1946, estava assegurado o direito de visitas aos filhos.

Decorridos três anos, entrou em vigor a Lei nº. 883, de 21.10.1949, que desta vez dava aos filhos naturais o direito de reconhecimento e de investigação da paternidade, porém, do texto a exclusão ainda era observada em relação aos adúlteros, que somente podia ser reconhecidos e investigar a paternidade por ocasião da dissolução da sociedade conjugal, ou em caso de separação de fato de um dos genitores há mais de cinco anos contínuos.²³⁶

Em 1965, a Lei nº. 4.655, em direção ao instituto da filiação alcançou para efeitos de regulamentação a adoção em relação à sucessão, e neste seguimento da referida legislação passou a constar o seguinte texto: “que integrava totalmente o legitimado na família adotante, assegurando-lhe direitos sucessórios plenos”.²³⁷

²³⁴ WELTER, Belmiro Pedro. *op. cit.* p.66.

²³⁵ *Ibidem.* p. 66.

²³⁶ WALD, Arnaldo. *op. cit.* p. 180.

²³⁷ WELTER, Belmiro. *op. cit.* p. 66

Seguindo-se na elaboração legislativa, representando grande inovação do direito em matéria de família a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que introduziu no Brasil o divórcio, em seu artigo 51 fez constar o reconhecimento do filho na constância do casamento em testamento cerrado, aprovando antes ou depois do nascimento do filho, o que ficou quanto a esta parte, considerado irrevogável.²³⁸

Com o advento da Lei nº. 6.679, dois anos após as significativas mudanças, o legislador que não se aquietou, fez desta vez, uma nova revisão ao instituto da filiação onde, com a criação do Código de Menores, restou revogada a Lei nº4.655, de 02.06.1965, fazendo, destarte, instituir-se no nosso Ordenamento Jurídico, a adoção pelas modalidades simples e plena, nesta, estavam assegurados os direitos sucessórios na sua totalidade e naquela estabelecia-se o critério da concorrência.²³⁹

Assim, diante da evolução ocorrida no instituto da filiação, delimitando-se as diversas incidências legislativas sobre a situação jurídica do mesmo, obtém-se que até a Constituição Federal de 1988, os filhos em razão da inaplicabilidade dos princípios fundamentais e constitucionais hoje em absoluta evidência, eram em tese

²³⁸ Ibidem. p. 180: “A Lei n. 7.250, de 14.11. 1984, acrescentou um parágrafo ao art. 1º da Lei 883, de 21.10 1949, que ficou com a seguinte redação: “Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare a filiação. § 1º Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”. Em atenção ao assunto, prossegue o mestre em suas observações onde aponta com clareza: “ Com a Lei 883, de 21-10-1949, passamos a ter dois regimes distintos, aplicáveis respectivamente aos filhos naturais não adulterinos (nascidos quando nenhum dos pais vivia em sociedade conjugal) e aos filhos adulterinos (nascidos na vigência da sociedade conjugal de um dos pais com terceiro)”. “Os primeiros, filhos naturais, podiam ser reconhecidos e investigar a paternidade quando dissolvida à sociedade conjugal ou quando o seu genitor, ou genitora estivesse separado de fato do respectivo cônjuge há mais de cinco anos contínuos. “ Os filhos de desquitados, ou separados judicialmente, nascidos após o desquite ou a separação judicial, quando já estava dissolvida a sociedade conjugal, eram considerados filhos simplesmente naturais e não filhos adulterinos”.

²³⁹ WELTER. *op. cit.* p. 67.

designados mediante critérios que os distinguiam uns dos outros, os quais eram legítimos ou ilegítimos, fazendo daí os seus reflexos perante o sistema normativo.

De modo que vistos à luz das indicações que lhes eram atribuídas, os filhos eram legítimos se somente fossem concebidos durante a constância do casamento²⁴⁰.

Para se designarem os filhos de legitimados, leva-se em conta se estes eram havidos pelos cônjuges antes do casamento e equiparados, a partir de então aos filhos legítimos.

Por outro modo, os filhos ilegítimos, advindos de relações extraconjugais, eram tratados na categoria de filhos naturais, somente se fossem havidos de relações entre pessoas que não estavam impedidas de se casarem uma com a outra. Eram denominados espúrios se nascidos de pessoas entre si impedidas por grau de parentesco, cujo matrimônio igualmente não era permitido²⁴¹.

Por fim, aos adotados, reservava a legislação à aquisição da condição de filho legítimo apenas para determinados efeitos da lei²⁴².

Com efeito, pode se considerar que a legislação vigente antes da Constituição Federal em vigor, fazia em face do instituto da filiação de forma bem destacada a seguinte classificação: Na categoria de filhos biológicos, destacavam-se os filhos legítimos, legitimados e ilegítimos. Os filhos ilegítimos eram classificados em naturais e espúrios.

²⁴⁰ CUNHA, Maria Octávia. *Cartilha de Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. p. 117

²⁴¹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 340. Diz que a filiação espúria é resultado do incesto ou do adultério.

²⁴² Cf. WALD. Arnoldo. *op. cit.* p. 203. “No sistema primitivo do Código Civil de 1916, o filho adotivo era equiparado ao legítimo, mas em concorrência à herança com o filho legítimo superveniente, visto que o primeiro recebia a metade da cota atribuída ao segundo”.

Os filhos espúrios por sua vez, classificavam em adúlteros e incestuosos. Ao lado dessa divisão encontrava-se ainda uma outra categoria de filhos, os adotivos, examinados sob a ótica da filiação civil²⁴³.

Diante da sistemática normativa que durante séculos serviu de base para a solução dos interesses no sistema da filiação, mesmo com a evolução ocorrida, chegar ao fim das discrepâncias estabelecidas era para a edificação da família um fator de grande importância, pois se pode concluir, a desigualdade instalada, em muito contribuiu para a construção infeliz das famílias até então organizadas sob o império daquele sistema.

Impulsionadas pela formação sob a ordem biológica, as famílias praticamente se restringiam em seus sentimentos naturais de ordem afetiva, com isso afastavam-se da oportunidade de construção e reconstrução livre. Eram na verdade escravas da lei, não tinham a liberdade de escolher a forma pela qual seriam estabelecidas suas relações. Fato que foi possibilitado quando finalmente o legislador buscou mudanças não substanciais, porém radicais.

Das expressivas mudanças, observa-se que os filhos em relação à família passaram a ocupar um espaço mais assegurado dentro daquilo que o direito reserva como sendo um critério mais digno e justo relativo ao estado da pessoa, sem classificações e denominações como se fossem realmente seres desiguais.

²⁴³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas do Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 399.

5.4 CLASSIFICAÇÃO DA FILIAÇÃO E SUAS DENOMINAÇÕES

Embora a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil vigente, principais estatutos que regulam o direito sobre a filiação tenham proclamado em seus textos a total igualdade entre os filhos²⁴⁴, continua ainda, sendo um tanto comum encontrar na doutrina jurídica, referências quanto à classificação no sistema da filiação, fato este que se justifica em razão da necessária comparação para fins de estudo e compreensão da evolução ocorrida no seguimento familiar da filiação.

A diferença em relação ao tratamento dos filhos, para muitos doutrinadores fundamenta-se na proteção do instituto da família, contudo, referido cuidado está muito mais atrelado ao aspecto patrimonial do que aos interesses pessoais propriamente ditos, aliás, durante muitos anos, ou melhor, até a Constituição de 1988, a realidade do direito civil e do direito de família mais precisamente era incontestavelmente patrimonial, sendo que o indivíduo era bem pouco considerado, tinha grau de importância na escala axiológica do direito, em plano inferiorizado se assim fosse comparado ao poder patrimonial do sujeito de direito.

Quanto ao modo escolhido para a concessão de direitos familiar, esclarece Paulo Luiz Neto Lôbo que “no que se refere à filiação, a assimetria de tratamento dos

²⁴⁴ Art. 227 § 6º da Constituição Federal “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Art. 1.596 do Código Civil “Os filhos havidos ou não de relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”.

filhos, por sua condição de origem, não era inspirada na proteção da família, mas na proteção do patrimônio familiar”.²⁴⁵

Note-se que o sistema de filiação originário que repousa no Código Civil de 1916, remonta suas características aos modelos da época do Brasil Colonial que como se sabe albergava em tese a família patriarcal.

Assim, foi nesse passo, impregnado pelos interesses materiais e pelo visível preconceito dominante á época do modelo singular familiar e social que durante séculos caminhou o instituto da filiação.

Mas uma coisa é certa e deve ser observada em relação ao fenômeno ocorrido, que o fundamento maior das transformações não está somente no direito e sim decorre da própria sociedade que representa o núcleo maior de toda a conquista que nas ultimas décadas vem ocorrendo.

Ao fenômeno que representa essas mudanças e conquistas não se pode desprezar a contribuição acrescentada por outros seguimentos sociais, como, por exemplo, o da sociologia e da própria história, disciplinas sociais que auxiliam e são fundamentais para a condução harmônica e equilibrada da sociedade. De modo que é preciso lembrar que o direito enquanto ciência não se estabelece isoladamente, pois sua renovação depende da cultura e do desenvolvimento social.

Atentando-se a estes aspectos e sabendo-se que o direito é ciência social que para ser compreendida, obriga o reconhecimento de outras disciplinas, dentre as quais destacadamente se acha a história, convém, neste aspecto, que se faça uma

²⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *op. cit.* p. 64.

análise ainda que breve das anteriores formas de tratamento praticadas em razão da filiação, mormente, anteriormente a Constituição Federal de 1988.²⁴⁶

Dentre muitos que se dedicaram ao estudo do instituto da filiação, encontra-se Arnaldo Wald, com a seguinte alusão às formas classificatórias:

A filiação é natural quando resulta da procriação, podendo ser legítima e ilegítima, e é civil quando decorre da adoção simples ou plena, atos jurídicos em virtude dos quais alguém assume a situação de pai. Quanto à filiação natural ou civil evidentemente essa tem ainda muita relevância para o direito, pois são obviamente formas distintas de aquisição do estado de filho. Os filhos são considerados legítimos quando são concebidos na vigência do casamento de seus pais. São legitimados quando, concebidos por pessoa não casada uma com a outra, os seus pais, posteriormente ao nascimento convolaram as justas núpcias.²⁴⁷

Neste mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar que tece as seguintes considerações:

(...), no regime codificado, em seu texto original, as diferentes espécies de filiação eram admitidas: a legítima e a ilegítima, conforme houvesse ou não, casamento dos pais; a legitimada com o matrimônio posterior dos pais; a natural, quando existente sem casamento, mas também sem qualquer impedimento entre os pais; a espúria, quando houvesse impedimentos absolutos, distribuídos por fim, em incestuosa, quando ao parentesco a óbice; e a adulterina, quando de vínculo de casamento

²⁴⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17. ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.15-16. “A história do direito é uma disciplina jurídica que tem por escopo a pesquisa e análise dos institutos jurídicos do passado”. Para demonstrar sua importância, escreve, o mestre, que as conquistas significam um patrimônio, cujo resultado advém do esforço conjunto de gerações que somando suas experiências passadas e presente, possibilitam conquistas científicas de hoje”. Entende-se assim, justificada a necessidade de rever a filiação sob a ótica jurídica do passado, principalmente no que tange a verificação da legislação passada fonte de aplicação da norma jurídica que serviu de base à solução dos conflitos familiares até o advento da Constituição Federal, suporte máximo de alimento das demais disposições legais e jurídicas atualmente em vigência. E, como é da natureza social, a constante evolução dos fatos, não se pode olvidar que em futuro ainda próximo nossas leis venham obrigatoriamente sofrer significativas mudanças que se comparadas com as que hoje se encontram em evidência, poderão ser alvo de críticas como hoje se observa das reiteradas manifestações apresentadas pelos estudiosos do presente. Não raro se vê na literatura jurídica as formas mais variadas de expressão do assunto da família, principalmente no que diz respeito ao instituto da filiação, fato hoje consumado, mediante a equiparação de todos, independentemente de suas origens, cuja preocupação atém-se somente em verificar se existe entre os pais e filhos a relação afetiva. De modo que, se estes para todos os efeitos desejados na convivência familiar, são assim respeitados, ao direito cabe apenas o papel de fazer a adaptação da letra normativa ao caso efetivamente concreto, fazendo decorrer daí a tutela assegurada ao sujeito de direito e em consequência disso à justa aplicação da norma jurídica.

impedimento. Cada qual contava com estatuto jurídico próprio, e à exceção dos legitimados, todos sofriam restrições graves em seu complexo de direitos.²⁴⁸

Estas formas de classificação referidas pelo autor foram igualmente observadas por outros doutrinadores, entendimento majoritário que perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, servindo de parâmetro para o desfecho jurídico de inúmeras questões postas até então para a apreciação da justiça, que por imposição da legislação da época se obrigava à verificação quanto à origem da filiação que tinha nesta ordem, uma verdadeira axiologia embasada pela biologia, portanto, de só menos importância o aspecto da afetividade, elemento incrementador da concepção atual do estado de filho, filho é filho e nada mais pode ser alegado que venha desautorizar este estado.

Para Arnaldo Medeiros da Fonseca, a filiação pode ser legítima, ilegítima e adotiva. “A filiação adotiva encontra seu fundamento exclusivo na lei; é uma filiação puramente civil. Ao contrário da filiação legítima, ou da ilegítima, que decorrem do fato natural da procriação”.²⁴⁹

Em complemento ao assunto destaca ainda o autor a questão da legitimação que segundo ele: “É um dos mais belos efeitos do matrimônio, pelo qual a sombra protetora da lei se projeta sobre os filhos já existentes para fazer desaparecer qualquer vício inicial de seu nascimento”.²⁵⁰.

²⁴⁷ WALD, Arnaldo. *op. cit.* p. 156.

²⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2 ed Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.p. 213.

²⁴⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de paternidade*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1947 p. 38 et seq.

²⁵⁰ *Ibidem*.

Ainda quanto à classificação, menciona Wilson de Oliveira, que os filhos são naturais ou espúrios. Segundo ele os considerados naturais somente são aqueles havidos em razão de união entre o homem e a mulher não impedidos pela lei de contrair casamento na época em que se deu a concepção. Os espúrios são os filhos, cuja concepção ocorreu em época que os pais estavam impedidos para o casamento.²⁵¹

No mesmo sentido, quanto à denominação referente ao sistema da filiação Clóvis Beviláqua, fez a seguinte observação: “Filhos ilegítimos são todos aqueles que procedem de união sexual, a que o direito não presta seu reconhecimento”.²⁵²

Não se pode desprezar a expressiva contribuição que o sistema da filiação representou e continua a representar para o desenvolvimento da sociedade, porém é de bom tom que se tenha em mente, que quanto aos critérios adotados, estes representaram até bem pouco tempo um descompasso na realização da personalidade dos filhos, haja vista a flagrante demonstração de preconceito.

Para designar esta categoria de filhos considerados ilegítimos, visando melhor compreensão do tema, Beviláqua fez a seguinte subdivisão:

Se o pai ou a mãe, ao tempo da concepção ou do parto, se achava ligado por matrimônio com outrem, o filho se diz adúlterino; se os progenitores são, entre si, parentes de grau tão próximo, que não se poderiam validamente, casar, o filho se denomina incestuoso.²⁵³

²⁵¹ OLIVEIRA, Wilson. *Direito de família*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 207- 208.

²⁵² BEVILÁQUA. Clóvis. *op. cit.* p. 320-321.

²⁵³ *Ibidem*.

O modo pelo qual se estabeleceu no passado a classificação em razão do sistema de filiação, demonstra sem dúvida que os critérios eram em regra baseados muito mais no processo de exclusão do que na intenção da inclusão.

Dessa forma, a opinião de Maria Octávia da Cunha é bastante esclarecedora e justifica a incoerência da classificação acima mencionada, bem como a grande relevância da igualdade entre os filhos. Ela entende que, “a lei deve proteger a família, isto é pai-mãe-filho. O filho deve estar sempre sob a proteção da lei, porque a sua existência é que dá conteúdo à família. Ora, o filho é sempre legítimo. Classificá-lo como ilegítimo, porque nasceu de uma união ilegítima, é condená-lo juridicamente pelo pecado original”.²⁵⁴

O posicionamento da autora é interessante ressaltar que mesmo antes da Constituição Federal de 1.988, a igualdade entre os filhos já era uma preocupação e principalmente assunto de várias discussões doutrinárias, o que mostra que sua evolução, embora lenta e gradual, não se deu de forma aleatória e ignorada para que hoje fosse elevada a categoria de direito constitucional consubstanciada, por excelência, num princípio de importante papel na sociedade contemporânea que é o princípio da dignidade.

Este é um princípio que jamais pode figurar apenas como letra de artigo de lei, ao contrário deve sim ser invocado constantemente em prol da defesa das necessidades dos sujeitos da relação jurídica posta para a solução da justiça, haja vista, sua qualidade de cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade.

²⁵⁴ CUNHA, Maria Octávia Pereira. *op. cit.* p. 128

Maria Helena Diniz, acompanhando as inovações introduzidas pelo Código Civil vigente refere-se em sua obra, quanto à didática classificação, valendo-se inclusive de expressões mais condizentes com as diretrizes da Constituição e do Código Civil de 2002, como filiação matrimonial e extramatrimonial²⁵⁵, a autora assevera ainda que, “juridicamente, não há que se fazer tal distinção, ante o disposto na Constituição Federal de 1988, art. 227, § 6º, e nas Leis n. 8.069/1990 e 8.560/92, pois os filhos havidos ou não do matrimônio, têm os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias²⁵⁶”.

Fica irrefutável dessa forma a importância da equiparação dos filhos consagrada pela Constituição Federal, tendo em vista que a tendência moderna do direito de família está centrada na constituição, valorizando-se a cada dia o ser em detrimento do ter, logo a posição patrimonialista que vigia anteriormente não mais se enquadra às diretrizes contemporâneas do direito, em especial no direito de família que, atualmente, tem sido objeto de grandes inovações em seus seguimentos.

O conceito de entidade familiar ao longo dos anos vem se alterando, o ordenamento hoje, admite não mais apenas a família formada por pai-mãe-filho, mas também aquela formada apenas por mãe e filho ou pai e filho, logo, é de fundamental importância que o instituto da filiação também se modernize, e o fim dessa classificação discriminatória mostra que essa atualização já está começando a se tornar realidade.

²⁵⁵ Essa classificação à luz do Código Civil de 2002, será analisada de forma mais pormenorizada em item específico. A menção por ora, visa apenas comparar a atual estrutura com a anterior.

²⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5., p. 381.

Para corroborar a necessária atualização do conceito de família, basta que se tenha uma visão periférica da atual situação em que são formadas estas entidades denominadas, pela lei como “entidade familiar”, obviamente sob a expectativa de proteção e amparo legais como naturalmente ocorre em todas as etapas da evolução da família.

5.5 DA FILIAÇÃO MATRIMONIAL E NÃO MATRIMONIAL

A distinção quanto à origem da filiação se matrimonial ou não matrimonial, diante da atual situação em que se encontra regulamentado o instituto da filiação em nosso ordenamento jurídico, não mais faz sentido para determinar legitimidade ou não legitimidade dos filhos.²⁵⁷

O atual Código Civil²⁵⁸, quando prevê as hipóteses de concepção presumida da filiação se na constância ou não do casamento, tem neste aspecto apenas a finalidade de estabelecer a incidência da presunção legal de paternidade, pois nenhum um outro valor representa mais no que tange às formas classificatórias que definitivamente estão extintas pela imposição normativa maior.

²⁵⁷ Cf. artigo 1.596 do Código Civil atual, o direito que assiste os filhos é um só, não há necessidade de que estes tenham nascido em função do matrimônio dos pais, como também não é relevante o fato do nascimento sem casamento. O tratamento que a lei garante está livre de qualquer qualificação, senão vejamos : “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

²⁵⁸ Cf. artigo 1.597 do Código Civil que dispõe: “ Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida à convivência conjugal;

No entendimento de Maria Helena Diniz: “A filiação matrimonial é aquela que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo”.²⁵⁹

Esse posicionamento é justamente o que regulamenta o Código Civil vigente, sendo que neste particular apenas se diferencia do Código de 1916, em face de terminologia utilizada, sendo a atual mais condizente com o direito contemporâneo.

Já Silvio Venosa, ao invés de falar em filiação matrimonial utiliza a terminologia filiação legítima sendo assim considerados aqueles filhos havidos na constância do casamento, não importando para tanto, que o casamento venha mais tarde se tornar nulo ou ainda ser anulado.²⁶⁰

Carlos Alberto Bittar por sua vez nos informa que:

A filiação havida das relações matrimoniais, ou mesmo antes de sua instituição, ou após a sua terminação, goza de perfeita integração ao núcleo familiar, operando em seu prol a presunção de certeza quando à maternidade e à paternidade.²⁶¹

No tocante a perfeita integração mencionada, destaca-se que assim ocorre tendo em vista que o instituto da família, fruto da união matrimonializada, recebe do legislador pátrio proteção especial, sendo esta proteção mencionada tanto na Constituição Federal como no Código Civil vigente.

Com relação ainda aos filhos advindos do matrimônio, Eduardo Espíndola assevera que: “Presume-se legítimos, porque concebidos na constância do casamento”.²⁶² Esse posicionamento encontra seu fundamento no disposto no Código Civil brasileiro:

²⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 5: Direito de Família. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 375.

²⁶⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 225.

²⁶¹ BITTAR. Carlos Alberto. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 215.

²⁶² ESPÍNDOLA, Eduardo. *op.cit.* p. 490 et seq.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecido à convivência conjugal;²⁶³ II – nascidos nos 300 (trezentos) dias, pelo menos, depois de estabelecida à convivência conjugal; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, descendentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.²⁶⁴

Destacar-se que os incisos III, IV e V, não eram previstos no Código Civil de 1.916, sendo, portanto inovação acrescentada pelo novo Código, aliás, bastante oportuna tendo em vista que referidas hipóteses são bastante comuns atualmente, em face de evolução da ciência.

Segundo Maria Helena Diniz “A filiação não matrimonial é a decorrente de relações extramatrimoniais, sendo que os filhos durante elas gerados classificam-se didaticamente em naturais e espúrios”.²⁶⁵

Observe-se que embora se ache assim a definição, em virtude da Constituição Federal vigente, referida classificação é apenas didática, haja vista que não mais existe qualquer classificação jurídica neste sentido.

Silvio Venosa, por sua vez faz considerações mais profundas no que pertine a este tipo de filiação, segundo ele: “Os filhos havidos fora do casamento necessitam de reconhecimento, que pode resultar de ato de vontade dos pais ou de ato coativo (...)”.²⁶⁶

²⁶³ Quanto em esse prazo assevera Espíndola que “A legitimidade do filho nascido antes de decorrido este prazo não pode ser contestada”:

a) Se o marido antes de casar, tinha conhecimento de gravidez da mulher;
b) Assentiu-se, pessoalmente ou por procurador, à lavratura do termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade”.

²⁶⁴ BRASIL, Código civil. *Lei nº 10.406, de 10-01-2002, acompanhada de legislação complementar, súmulas e índices*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 352.

²⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *op.cit.* p. 386 e 387.

²⁶⁶ VENOSA, Silvio Salvo. *op.cit.* p. 233.

Em que pese o valor dado à intrincada questão da filiação no direito brasileiro, necessário se faz concluir que em função desta situação de filiação fora do casamento, é parte de um passado representado por um sentido completamente diferenciado do que hoje se acha consignado em lei.

O certo é que estes filhos não deixaram de existir, pelo contrário continuam sendo colocados no mundo, e os motivos de suas existências, são vários. Assim, não cabe ao direito envolver-se no assunto da ordem da existência destes, mas sim deve cuidar para que lhes sejam garantidos todos os direitos inerentes ao estado de filiação.

O instituto da filiação, conforme se verifica, perpassa o seu estágio de posição dicotômica. Os filhos antes, nascidos fora do casamento que eram tratados com diferença pela lei, possuem hoje direitos idênticos aos que nascem dentro do casamento.

O que resulta das ciências biológicas, não respinga nas ciências jurídica, a não ser com a finalidade única de imprimir responsabilidade e obrigações nas relações entre pais e filhos.

No que diz respeito ao assunto, importante é a observação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que ao rever a questão dos filhos fora do casamento, fez a seguinte abordagem:

Assim é que, modernamente, prepondera à noção de “paternidade responsável”, exatamente acolhida pela Constituição que ora vige, a dizer que toda pessoa, ao nascer, deve ser filho de alguém, daí decorrendo a obrigatória relação

jurídica do parentesco, da qual serão inegavelmente extraídos os direitos daquele, e os deveres incumbidos a este último”.²⁶⁷

De resto, cumpre lembrar que a guisa do assunto da filiação, precisar se esta é fruto do casamento ou fora deste, impõe conduta diligente ao interessado, pois, a partir da Constituição Federal de 1988, por disposição do artigo 227, § 6º, qualquer dúvida se acha descartada, pois, a certeza se dá quanto a sua absoluta aplicabilidade. De tal modo, que referida norma superveniente, reduz a aplicabilidade e faz perder a eficácia de eventuais normas infraconstitucional.

O fenômeno alcançado não visa em qualquer hipótese outra situação senão o benefício da paridade dos filhos, e acima de tudo a realização destes, cuja personalidade deve ser o objeto de valorização e proteção do direito.

Diante do concedido benefício da igualdade, o instituto da filiação que antes era traçado pelas regras de exclusão dos filhos extramatrimoniais, passou daquela medida, injusta, para uma nova dimensão jurídica, esta que é sem dúvida mais justa e equilibrada.

Não respondem mais os filhos pelos atos dos pais em relação ao dever de fidelidade conjugal, a mesma lei que não estabelecia direitos aos filhos havidos fora do casamento, hoje, dá a estes a devida proteção, não mais fazendo mister para o amparo do direito, seja imprescindível a comunhão através do casamento.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, vê neste avanço da lei, assegurados aos filhos, não somente o direito, diz a mesma que:

²⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Dos filhos havidos fora do casamento*. Disponível

De resto, compreendam-se, acima de todos os benefícios, direitos e até mesmo obrigações, que a nova ordem defere à filiação extramatrimonial, aquilo que ela mais lhe conferiu foi à retirada de tal castigo, de tal sanção, de tal vexame dos seus ombros, admitindo-a agora, como aquilo que simplesmente é: uma realidade biológica que não pode contar com o descaso do Direito e da Lei!²⁶⁸

Nesta ordem de confirmação da indiferença da lei para precisar a filiação, de um ou outro modo, passou a lei civil, obrigatoriamente a reconhecer os filhos com base apenas na necessidade de proteção e garantia dos seus direitos personalíssimos, tais como direito de ter um nome, de receber alimentos, de suceder ao patrimônio dos pais.

5.6 DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

O caminho percorrido para que no direito pátrio fosse permitido o reconhecimento dos filhos advindos de relações não matrimonializadas, foi bastante longo, haja vista que anteriormente a Constituição Federal de 1988, o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento achava-se regulamentado na conformidade em que estes eram classificados e em consequência denominados.

Muito antes da nossa legislação, já entre os romanos, existia o preconceito e a discriminação quanto à filiação, naquele sistema os filhos nascidos de mãe que não fosse associada ao culto do marido pela cerimônia do casamento, não podiam fazer parte do culto religioso, estavam assim excluídos das cerimônias fúnebres e conseqüentemente não podiam dar continuidade à família.²⁶⁹

em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=528>>. Acesso em 30 de jan. 2006.

²⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *op.cit.* p. 7 et seq.

²⁶⁹ COULANGES, Fustel. *op.cit.* passim.

Bem mais tarde, já no direito evoluído para o nosso tempo, o direito da filiação no sistema originário dava-se mediante a incidência da presunção *pater is est*, pelo qual se atribuía ao marido da mulher à paternidade dos filhos gerados por ela, na Constancia do casamento.²⁷⁰

Esta concepção preconizava a diferenciação entre filiação legítima e ilegítima, considerados legítimos os filhos concebidos na constância do casamento e ilegítimos aqueles que eram procedentes de relações extraconjugais, as quais não estavam naquela época albergadas pela lei.

Assim, caso qualquer dos pais, ou ambos, estivessem casados não entre si, à época da concepção ou do nascimento do suposto filho, a este era dado à definição de filho adulterino. Aos filhos nascidos de pais próximos entre si, conforme era o grau de parentesco, estavam estes impedidos de se casar e, portanto, os filhos nascidos destes, eram denominados incestuosos.

De modo que na originária regulamentação da filiação, os filhos adulterinos e os incestuosos, compunham a filiação ilegítima, denominada espúria.²⁷¹ Na mesma ordem de tratamento estavam também os filhos denominados naturais, que eram aqueles nascidos de pessoas não casadas entre si, mas que também não eram casadas com terceiro e que igualmente não estavam impedidas de se casarem em razão do parentesco.

²⁷⁰ Cf. Código Civil de 1916, artigo 338 que dispunha sobre a filiação legítima presumindo estes filhos como se fossem concebidos na constância do casamento.

²⁷¹ Cf. Código Civil de 1916, artigos 332, que antes da Constituição Federal já havia sido revogado o que se deu por força da Lei 8.560/92 (Lei de investigação da paternidade) que passou determinar regras sobre o reconhecimento da filiação. No atual Código Civil a regulamentação dos filhos está no artigo 1.607. No Estatuto da criança e do adolescente (ECA), o artigo 27 estabelece que: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais os seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça”.

Assim a estes filhos era dado o direito de reconhecimento, mediante a legitimação por ocasião da posterior união conjugal dos pais.²⁷²

No Código Civil de 1916 em sua forma originária, em regra o que se achava era somente a admissão para o reconhecimento dos filhos considerados naturais. Aos filhos denominados adúlteros e incestuosos, a regra estabelecida vedava expressamente o reconhecimento.²⁷³

No entanto, conforme se acha no desenvolvimento deste trabalho, de 1916, data da elaboração do Código Civil originário, até 1942, o sistema que orientava a filiação era totalmente fechado, somente flexibilizou quando por força do citado Decreto 4.737, ficou parcialmente autorizado o reconhecimento dos filhos havidos

²⁷² Como se vê do conteúdo da legitimação, artigo 353 do Código Civil de 1916, havia a necessidade do casamento, pois o preceito vinha assim determinando: “A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho”. Neste aspecto era complementado pelo artigo 229 que dizia: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”. Do conteúdo destes dispositivos, pode ser observado, que o casamento no sistema do Código Civil passado, era de fato o divisor de águas da filiação, cujo território dos filhos vinha demarcado antes mesmo da sua chegada ao mundo. Fato este que só foi modificado com o surgimento da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 227, § 6º; que categoricamente pôs fim ao longo e duradouro episódio da discriminação, criando em consequência a festejada paridade.

²⁷³ Cf. Código Civil de 1916, artigo 358, antes de ser revogado totalmente, o que se deu por força da Lei 7.841/89. Cabe aqui destacar a apresentação das modificações ocorridas ao referido artigo: O Decreto Lei 4.737/42, possibilitou o reconhecimento, voluntário ou forçado dos filhos havidos fora do matrimônio, após o desquite. A Lei 883/49, modificou o artigo 358, passando os filhos a serem reconhecidos em todos os casos de dissolução da sociedade conjugal. A Lei 6515/77 (Lei do Divórcio), alterou dispositivos da lei 883/49, e incluiu um parágrafo único em seu artigo 1º, dando possibilidade ao reconhecimento a qualquer dos cônjuges, mesmo na constância do casamento, desde que por testamento cerrado, e no artigo 2º, igual direito aos filhos consanguíneos de qualquer que fosse a natureza. Com a Lei 7.250/84, houve alteração da Lei 883/49, ficando o cônjuge separado de fato a mais de cinco anos ininterruptos, autorizado a reconhecer o filho tido fora do casamento, desde que este não fosse residir no lar do casal sem o reconhecimento do outro cônjuge. Veio a Constituição Federal, artigo, 227, § 6º, que estabelecendo total igualdade, acabou com esta questão do artigo 358, então revogado. Daí temos que a situação passou a partir da nova lei, a se verificar observando-se no que couber, a Lei 8.060/92, Estatuto da Criança e do Adolescente e também a Lei 8.560, que neste aspecto regula a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento, que também revogou o artigo 337 do antigo Código Civil.

fora do casamento, desde que este ato fosse praticado após a efetivação do desquite.²⁷⁴

O reconhecimento da paternidade, assim entendido como reconhecimento da filiação, tem em consequência da sua natureza a característica de ato personalíssimo, mediante o qual cabe ao supostamente considerado pai, assumir formalmente o seu estado jurídico de genitor cuja relação leva ao encontro da pessoa que por determinação foi havida fora dos limites permitidos em lei, ou seja, naquelas condições do passado, era assim considerado o filho fora do casamento, que não podia livremente posicionar-se como filho. Recebia, portanto, tratamento diferenciado perante a lei, vendo sua situação visivelmente de pessoa desigual. Essa condição, sem dúvida, representava para todos os efeitos, um grande desconforto e impedia que ocorresse a realização da personalidade da pessoa, tanto do pai como do filho.

Segundo Sílvio Venosa “A igualdade de direitos dos filhos independentemente de sua origem, tal como fixada na atual ordem constitucional, representa o último estágio da problemática e traduz tendência universal”.²⁷⁵

Corroborando com esse entendimento Julie Cristine Delinski aponta que: “A reforma do instituto jurídico da filiação, com a adoção do sistema unificado da

²⁷⁴ Cf. DINIZ, Maria Helena. *ob. cit.* p. 389, que ao mencionar o Decreto –lei n. 4.737/42 que autorizava o reconhecimento do filho havido pelo cônjuge fora do casamento, mas não mencionava outras causas de dissolução da sociedade conjugal, citou como exemplo a falta de previsão em caso de morte de um dos cônjuges. De modo que em razão da lacuna, é que se criou a Lei 883/49, estendendo a mesma possibilidade de reconhecimento voluntário ou judicial em razão do filho adulterino, ou ainda, que fosse por meio de ação judicial, tivesse o filho o seu estado declarado sem a necessária especificação da causa, no que resultou a declaração da filiação em qualquer das formas de dissolução do casamento.

²⁷⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *op.cit.* p. 235.

filiação, trouxe novo enfoque à paternidade, considerada como um direito de todos os filhos”.²⁷⁶

Consumada a filiação pelo sistema único de proteção jurídica, tendo em vista as considerações já realizadas, conclui-se que o estabelecimento da paternidade jurídica é definido tomando-se como referência o fato do filho ter sido concebido dentro ou fora do casamento. De modo que, o instituto do reconhecimento judicial, precisamente investigação de paternidade, por dois modos se estabelece em nosso direito codificado.

Assim, caso os filhos sejam concebidos dentro do casamento, a paternidade, por presunção pertence ao marido da mãe da criança, ao contrário se a concepção ocorreu fora do casamento, à paternidade se estabelece por sentença judicial ou ato de reconhecimento voluntário.

Em decorrência do artigo 1.597 do atual diploma civil, a presunção naquelas condições ali determinadas, faz crer que o verdadeiro pai é de fato o marido da mãe, obviamente, aquela com quem esta se envolveu intimamente por força da comunhão estabelecida, pois se a mãe está casada com o marido e nasce o filho, há que se pensar que este advém daqueles.

Com base nesta suposição Yussef Said Cahali, registra que:

O casamento gera a presunção da paternidade – *pater is est quem nuptiae demonstrant* – por presunção da coabitação e da fidelidade da mulher, ou, por outras palavras, porque a lei supõe relações sexuais entre os cônjuges e que a mulher as tenha tido somente com o marido.²⁷⁷

²⁷⁶ DELINSK, Julie Cristine. O novo direito de filiação. São Paulo: Dialética, 1997. p. 38.

²⁷⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 595.

No que se referem aos critérios da verificação da presumida paternidade, Jacqueline Filgueiras Nogueira, sustenta que:

A incerteza da paternidade em relação à filiação dentro do casamento é afastada no interesse da segurança jurídica, vem em proteção à família matrimonializada, mesmo que , em decorrência da incidência da presunção, seja estabelecida uma paternidade falsa. Assim, o pai da criança é aquele que a lei determinar. Dessa forma, se a maternidade é constatada, a mãe sendo casada, a paternidade só pode ser presumida em relação ao marido dela.²⁷⁸

No direito pátrio à investigação de paternidade nem sempre foi permitida, sendo que durante muito tempo muitas foram às discussões acerca de sua admissibilidade ou não.

²⁷⁸ FILGUEIRAS, Jacqueline Nogueira. *A Filiação Que Se Constrói: O Reconhecimento Do Afeto Como Valor Jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001, p. 67-68. Destaca se ainda da argumentação da autora: “ Sabe-se que a normalidade das relações na esfera do casamento faz indicar que o marido da mãe deve ser o pai biológico dos filhos de sua cônjuge. Contudo a regra *pater is est* com mecanismos que independem e dificultam a descoberta da verdadeira paternidade, cria verdadeiras paternidades fictícias, pois pode não ocorrer coincidência entre a paternidade jurídica e a paternidade biológica. Mas, seguindo os termos do Código Civil pátrio, na ocorrência de dúvida entre a verdadeira filiação, do ponto de vista biológico, e a filiação presumida, se mantém esta, pois a paz familiar tem mais relevância para o direito que a verdade”.

Assim, aqueles que entendiam ser a investigação um ato proibido, fundamentavam seu posicionamento nos seguintes argumentos: “Receio de explorações e abusos, impossibilidade ou dificuldade de provas, temor de escândalos, proteção devida ao casamento e à família legítima, efeitos sociais sobre a moralidade pública”.²⁷⁹

Dos argumentos alinhavados em defesa da impossibilidade de investigação da paternidade, nota-se com evidência a sua total falta de sentido nos dias de hoje, haja vista a evolução do direito que aliada à evolução social, permite por intermédio das ciências avançadas as provas precisas e seguras quanto à determinação da paternidade.

Neste ponto a sociedade moderna encara a questão da filiação sobre outra perspectiva, muito mais voltada à valorização do ser humano, o que mais interessa é a situação justificada apenas com base na igualdade e nos laços de afeto, até então tidos como inexistentes para apurar e estabelecer a filiação.

Assim, para o direito de família contemporâneo o termo paternidade tornou-se muito mais abrangente, ampliou-se a sua possibilidade não só em função da concepção biológica, mais principalmente ganhou espaço aberto em relação ao critério da afetividade.

Para reforçar essa idéia, destaca-se a opinião de Julie Cristine Delinski, que em sua obra faz as seguintes considerações acerca da idéia contemporânea de paternidade:

²⁷⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Investigação de Paternidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 129 et seq.

Normalmente o pai é o que dá a vida é o pai que alimenta; mas essas duas paternidades podem não coincidir e a evidência natural poderá ceder juridicamente em favor da realidade cultural. Atualmente, encontra-se visível à valorização do elemento sócio afetivo.²⁸⁰

Complementando o mesmo pensamento, João Baptista Villela ao diferenciar os temas procriação e paternidade, ressalta que esses encartam situações distintas: “A origem do homem se radica na procriação, pura base biológica; entretanto a paternidade, em si mesma, não seria um fato biológico, mas um fato cultural”.²⁸¹

Para Carlos Alberto Bittar, o reconhecimento da filiação é em síntese um ato de manifestação do interessado, cuja incidência ocorre, “através do qual ingressa o interessado, espontânea ou forçosamente, (por ato do juiz), no estado de filiação, com os direitos conseqüentes, diante de seus genitores, ou de um deles, conforme a situação”²⁸²

Bastante valiosas são as colocações do professor Luiz Edson Fachin sobre a questão do reconhecimento, no sentido de que:

O reconhecimento não deveria implicar apenas em reconhecer o filho desde o momento de seu nascimento ou da concepção. É certo que juridicamente o núcleo do reconhecimento se assenta em uma declaração, donde há uma eficácia reflexa e uma eficácia direta. A eficácia reflexa projeta-se para o futuro em relação a determinados direitos, que se consumam no plano sucessório, alimentar e do estado de filho. A eficácia direta projeta-se nas alterações registras, havendo necessidade de retificar o assento de nascimento. A circunstância de extraírem-se efeitos do reconhecimento não lhe retira o caráter essencialmente declaratório²⁸³.

²⁸⁰ DELINSKI, Julie Cristine. *op.cit.* p. 33.

²⁸¹ VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 21. maio/1979. p. 401.

²⁸² BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 231.

Em conclusão ao tema do reconhecimento da filiação, destaca-se do seu conteúdo tanto doutrinário como legal, o seu caráter de ato jurídico unilateral que em consequência gera efeitos pela simples manifestação de vontade expressada pelo declarante.

No entendimento de Silvio Venosa: “Não depende de concordância, salvo com relação ao maior de idade, de vez que o art. 4º da Lei 8.560/92 exige seu consentimento”.²⁸⁴

Também neste particular, Maria Helena Diniz, ensina que o reconhecimento é ato declaratório, e por assim ser gera efeitos jurídicos, além disso, ainda reconhecimento voluntário “(...) é ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por avô ou tutor, sucessores do pai ou herdeiros do filho (...) trata-se de ato solene que obedece à forma prescrita em lei”.²⁸⁵

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, também manifesta o seu entendimento no mesmo sentido. Entende a autora que:

O ato de reconhecimento é declaratório porque, segundo a melhor doutrina apenas declara um fato do qual o direito tira uma série de consequências sem criar a paternidade. Este ato vem estabelecer, juridicamente, o parentesco biológico já presente entre pai e mãe ilegítimos e seu filho.²⁸⁶

Atentando-se para o ato do reconhecimento da filiação, pode se dizer em relação ao seu conteúdo literário que ao ser praticado, tal ato visa na verdade determinar para qualquer que seja a criança, um pai que na realidade vai de fato ocupar-se da sua milenar função, jurídica e social.

²⁸³ FACHIN, Luiz Edson. *op.cit.* p. 206.

²⁸⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *op.cit.* p. 237.

²⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *op.cit.* p. 388.

Dependendo do grau em que as relações são colocadas, em maior ou menor grau de importância, é que se adotará a forma do reconhecimento.

Assim, este resultado terá o seu desfecho, basicamente pelo modo voluntário ou do contrário, será por imposição judicial. Aquele de natureza espontânea, este de caráter obrigatório ou forçado, como preferem apontar alguns.

Destarte, por entender necessário o exposto reconhecimento dos filhos, o legislador ao atualizar o seu conteúdo, dispôs para regular a matéria, normas que ensejam as duas formas existentes para se admitir a filiação.²⁸⁷

Embora não tenha o legislador se referido expressamente sobre as formas de reconhecimento da filiação, desta tarefa ocupou-se a doutrina jurídica destacando para os efeitos as duas formas a seguir examinadas, ou seja, o reconhecimento voluntário e o reconhecimento judicial.

5.7 DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO OU ESPONTÂNEO

O reconhecimento voluntário representa em tese a livre manifestação do suposto pai que ao admitir o filho, como sendo seu, assumi em consequência do ato praticado todas as obrigações decorrentes da relação de filiação.

²⁸⁶ HRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. *op.cit.* p. 3 et seq.

²⁸⁷ Cf. Código Civil Brasileiro, a matéria quanto ao reconhecimento dos filhos, está prevista nos artigos 1.607, ao 1.117. Da interpretação que se faz ao conteúdo dos referidos preceitos, observa-se com clareza a preocupação do legislador em manter as regras ali estabelecidas, em total consonância com os princípios norteadores das relações familiares. No artigo 1.607, ficou estabelecido direito aos pais sobre o reconhecimento, sem precisar a origem da filiação, fazendo deste modo incidir o princípio da igualdade.

Esta modalidade de reconhecimento voluntário ou espontâneo, conforme Silvio de Salvo Venosa, ocorre quando: “alguém, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho”.²⁸⁸

Importante registro merece a questão da natureza do ato do reconhecimento, que no entendimento de boa parte da doutrina este é concebido como ato jurídico unilateral, em que se justifica apenas a manifestação de vontade de quem reconhece a filiação.

Mas há também por outro lado quem sustente ser o reconhecimento, ato jurídico bilateral, vez que o reconhecimento de filho menor pode vir a ser anulado caso este por meio de ação de contestação, no prazo de quatro anos a contar da aquisição da capacidade civil, manifeste interesse no sentido. Quanto ao fato legal de não se admitir o reconhecimento do filho maior sem o seu conhecimento, entende-se igualmente o caráter da bilateralidade do ato jurídico.

Para o efetivo reconhecimento voluntário da paternidade, pode o interessado valer-se das da determinação contida no artigo 1609 do Código Civil, que em tese se traduz nas seguintes orientações:

- a) No próprio termo de nascimento, caso em que o pai comparece perante o oficial de Registro Público e presta declaração sobre a descendência do registrado, assinando o termo na presença de testemunhas; b) por escritura pública, não sendo necessário que esta seja especificamente para este fim, haja vista que basta a declaração da paternidade, ou seja, basta o ato público, não necessariamente, que seja este realizado para este fim específico; c) por testamento cerrado público ou particular, o ato válido ainda que incidentalmente manifestado e mesmo sendo nulo ou revogado, o reconhecimento nele exarado vale *de per se*, inclusive se tratar de simples alusão à filiação, a menos que decorra de fato que acarrete nulidade; d) Por manifestação direta e expressa perante o juiz ou melhor, por termo nos autos, com equivalência de escritura pública, da mesma forma, não é necessário que o reconhecimento seja o único e exclusivo objeto do ato.²⁸⁹

²⁸⁸ VENOSA, Silvio de Salvo *op.cit.* p. 236.

É, ainda, da essência do mesmo preceito que o reconhecimento voluntário, pode ser admitido, mesmo antes do nascimento do filho, ou ser realizado posteriormente ao seu falecimento, caso tenha o reconhecido deixado herdeiros.

No que confere a lei, o reconhecimento voluntário é irrevogável, considerando-se para todos os efeitos, totalmente ineficaz o termo e a condição que eventualmente venham ser opostos ao ato, no sentido de restringir ou alterar os efeitos da relação da filiação.

Sua irrevogabilidade decorre da importância que representa o ato jurídico, vez que o declarante ao manifestar-se, conduz-se de maneira livre no que diz respeito à condição da efetiva paternidade.²⁹⁰

Ainda no que diz respeito ao reconhecimento voluntário, este ato não deve ser confundido com o ato praticado mediante conduta viciada ou defeituosa, como ocorre no caso em que por acreditar que o filho é realmente seu, o suposto pai o registra, caso em que se torna possível à anulação do ato, mediante ação negatória de paternidade.

²⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. *op.cit.* p. 402-403.

²⁹⁰ Cf. dispositivo legal inserido no Código Civil, artigo 1610 que assim prevê: “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”. Neste sentido é também a inteligência do artigo 1.613: “São ineficazes a condição e o termo opostos ao ato de reconhecimento do filho”. Porém no mesmo diploma, por conta do artigo 1.604, admite-se a declaração de anulação ou nulidade, somente em caso de falsidade ou erro da declaração. Note-se que embora exista em relação a prática desse ato a presunção de veracidade, não se descarta a possibilidade da alteração da verdade, caso em que, cuida a lei para que do ato realizado nestas condições não resulte o prejuízo indesejado. Tendo em vista a forma adotada para o reconhecimento voluntário, o procedimento a ser adotado em casos dessa natureza está devidamente previsto na Lei dos Registros Públicos, Lei 6015/77.

5.8 DO RECONHECIMENTO JUDICIAL OU FORÇADO

O reconhecimento judicial ou forçado é aquele que ao contrário do espontâneo, ocorre por imposição da lei, ou seja advém de decisão judicial. Assim, enquanto pela forma voluntária, o pai vai ao encontro do filho para a criação do vínculo familiar, na modalidade judicial, a relação se estabelece mediante a iniciativa do filho que para conquistar o seu espaço na família, necessita percorrer os caminhos legais em busca da paternidade.

Ressalte-se que tendo o filho sucesso na sua busca pela identidade familiar, incontinentemente à determinação judicial, estabelece-se a relação jurídica da filiação, pois, não havendo o reconhecimento da filiação pelo genitor, torna-se possível à investigação de paternidade.

A investigação da paternidade tem conteúdo de pedido de reconhecimento da filiação, que conforme se vê, e considerando é um direito personalíssimo do interessado.

Para melhor compreensão da questão do reconhecimento judicial, destacam-se os comentários de João Baptista Villela, que inicia este assunto com a seguinte indagação: “Cabe a todos o direito de investigar sua paternidade?”. Respondendo sua própria indagação, continua: “A todos que não tem pai, evidentemente. É intuitivo que a lei não iria atribuir um direito de obter, a quem já tenha ou a quem já obteve”.

²⁹¹ VILLELA, João Baptista. *O modelo constitucional da filiação: Verdade & Superstições*. Revista Brasileira de Direito de Família – n.º. 2, jul./ago./set. 99. p. 131.

Em resposta à indagação, de se concluir que antes de qualquer verificação sobre o direito de investigação, ao filho por força de lei principiológica, já está assegurado o direito de filiação, direito este que diz respeito ao condicionamento humano da pessoa, cuja, intenção da norma é sem dúvida garantir ao investigador a sua qualidade de ser humano, ou seja, a sua integridade como pessoa.

O reconhecimento judicial, conforme entendimento de Maria Helena Diniz “(...) resulta de sentença proferida em ação intentada para esse fim, pelo filho, tendo, portanto, caráter pessoal, embora os herdeiros do filho possam continuá-la”.²⁹²

Complementando esse raciocínio, Silvio de Salvo Venosa destaca que: “São legitimados ativamente para essa ação o investigante, geralmente menor, e o Ministério Público. O nascituro também pode demandar a paternidade como autoriza o art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹³(...)”.

Quanto ao reconhecimento judicial, destaca Luiz Edson Fachin, que esse se caracteriza por ser uma forma de “reconhecimento forçado que emerge da manifestação cogente derivada de uma investigação de paternidade.²⁹⁴ (...) proferido em sentença que rechaça, na ação de investigação de paternidade, a tese do investigado”²⁹⁵.

Em relação à sentença que emana do reconhecimento judicial, Maria Helena Diniz destaca que a sentença tem eficácia absoluta, valendo contra todos, ao declarar o

²⁹² DINIZ, Maria Helena. *op.cit.* p. 397.

²⁹³ Estatuto da Criança e do Adolescente – Art. 26 “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”.

²⁹⁴ Fachin ainda menciona uma terceira forma de reconhecimento: “o reconhecimento na averiguação oficiosa no qual não há voluntariedade no sentido de ser espontânea, nem é forçada, pois não implica em um decreto judicial de paternidade”.

²⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *op.cit.* p. 204 et seq.

vínculo de filiação equiparável ao da descendência matrimonial, nos seus efeitos pessoais e matrimoniais.

Com relação ao procedimento de reconhecimento judicial o Código Civil brasileiro traz as seguintes determinações

Art. 1.615 – Qualquer pessoa que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

Art. 1.616 – A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.²⁹⁶

Destaca-se que, além dos dispositivos citados, também tratam da questão do reconhecimento os artigos 1.607 e seguintes já citados quando analisada a questão do reconhecimento voluntário.

Além do Código Civil pátrio, também trata o assunto a Lei n. 8.560/92, que, aliás, conforme destaca Julie Cristine Delinski, foi uma das precursoras no sentido de “quebrar o rigor excessivo em relação ao reconhecimento da paternidade”.²⁹⁷

Também faz menção ao assunto o artigo 1º da Lei n. 8.650/1990, no que pertine ao reconhecimento por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que não seja este o único e principal objeto do ato que o contém.

²⁹⁶ BRASIL, Código civil. *op.cit.* p. 356.

²⁹⁷ DELINSKI, Julie Cristine. *op.cit.* p. 27.

5.9 DAS CONSEQÜÊNCIAS DO RECONHECIMENTO

Anteriormente a Constituição Federal de 1988, a matéria de filiação era regida por regras altamente discriminatórias, conforme já analisado ao longo desse trabalho, em função disso os direitos inerentes a filiação variavam conforme a classificação atribuída ao filho, prevalecendo uma desigualdade, hoje completamente combatida pela doutrina e pelo legislador, graças às novas regulamentações incorporadas pela Constituição de 1988, que ao contrário de outrora garante aos filhos igualdade de direitos e obrigações.

Essa situação de desigualdade de direitos era traduzida de forma altamente discriminatória pelo Código Civil de 1916, haja vista, o caráter patrimonialista que o permeavam, traduzindo interesses muito mais de cunho patrimonial do que individual e social conforme se pode observar atualmente por força do código Civil vigente, que procurou incorporar os ditames e princípios constitucionais em prol do indivíduo atendo a função social a ele atribuída.

Maria Helena Diniz transcreve alguns direitos inerentes ao reconhecimento de filho, seja esse judicial ou voluntário, fazendo inclusive menção a lei que os regulamenta, neste sentido destaca a autora os seguintes efeitos do reconhecimento da filiação:

- 1 – Estabelecer liame de parentesco entre o filho e seus pais, atribuído-lhes um *status* familiar, fazendo constar o fato no registro civil sem qualquer referência à

filiação ilegítima (lei n. 883/49²⁹⁸, art. 7º, e Dec. Lei n. 3.200/41, art 14), com menção dos nomes paterno e materno, bem como dos avós.

2 – Impedir que filhos ilegítimos, reconhecidos por um dos cônjuges, resida no lar conjugal sem a anuência do outro (CC, art. 1.611)²⁹⁹.

3 – Dar ao filho o direito à assistência e alimentos, correspondentes a condição social em que viva, iguais aos que seu genitor prestar a filho matrimonial, mesmo que não resida com o genitor que o reconheceu.³⁰⁰ (Dec. -lei n. 3.200/41, art. 15).

4 – Sujeitar o filho, enquanto menor, ao poder familiar³⁰¹ do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, e não houver acordo, sob o poder de quem melhor atender aos interesses do menor (CC, art. 1612).

5 – Conceder direito à prestação alimentícia tanto ao genitor que reconhece como ao filho reconhecido, pois os parentes devem alimentos uns aos outros (CC, art. 1694; CF, art. 229), sendo a obrigação de alimentar recíproca entre pais e filhos.

6 – Equiparar, para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza (lei n. 6.515/77, que deu nova redação ao art. 2º da Lei n. 883/49; CF, art. 227, § 6º). Estabelecendo assim direito a sucessório recíproco entre pais e filhos reconhecidos, pois tanto os ascendentes como os descendentes são herdeiros necessários; se o descendente reconhecido tem direito de herdar do ascendente, o ascendente também tem direito de suceder o descendente, já que o reconheceu.³⁰²

Assim, a legislação pátria garante aos filhos que venham ser reconhecidos alguns direitos bem como alguns efeitos, que estão elencados tanto na legislação especial, como no Código Civil pátrio, sendo que os mais importantes efeitos decorrentes do reconhecimento como pode-se concluir com base nas argumentações

²⁹⁸ Referida lei regulamenta o reconhecimento dos filhos ilegítimos, embora não mais exista essa designação, referida lei continua em vigor tendo em vista que os efeitos do reconhecimento da filiação são *ex tunc*.

²⁹⁹ Pela redação do Código civil vigente que acatou o princípio da igualdade entre os filhos não se fala mais em filho ilegítimo e sim em o filho havido fora do casamento.

³⁰⁰ Mais uma vez observa-se que mesmo antes da CF de 88 já havia preocupação e garantir direitos aos filhos, contudo após a CF de 88 tais direitos passaram a ser garantidos em igualdade de condições para todos os filhos.

³⁰¹ A expressão ‘poder familiar’, também é uma evolução em matéria de direito de família haja vista, que o Código de 1916, tratava de ‘pátrio poder’, atualmente, por força mais uma vez do princípio da igualdade, pai e mãe respondem pelo filho da mesma forma e na mesma proporção.

³⁰² DINIZ, Maria Helena. *op.cit.* p. 416 e 417.

de Maria Helena Diniz, acima transcritas, dizem respeito: ao nome, aos alimentos e a sucessão.

É exatamente a ocorrência desses efeitos que dão à clara noção da amplitude alcançada pelas relações de filiação, haja vista, que atingem os mais diversos institutos do direito de família brasileiro.

Em relação aos efeitos decorrentes do reconhecimento da filiação, Sebastião José Roque ensina que: “o reconhecimento, muda o *status* do filho (...), conquista ele direitos variados, como o uso do sobrenome do seu pai, pode requerer judicialmente o pagamento de alimentos, e é herdeiro de quem o reconhece”.

Os direitos acima elencados independem da forma de reconhecimento, uma vez que, por força da Constituição Federal de 1988, impera em matéria de filiação o princípio da igualdade. Assim, seja o reconhecimento judicial ou voluntário, os direitos dele decorrentes serão os mesmos.

Desde o Código civil de 1916, já se garantia aos parentes o direito aos alimentos recíprocos, o Código Civil vigente conservou referido dispositivo, afirmando-o em seu artigo 1696³⁰³, de onde se percebe que não fez o legislador nenhuma ressalva quanto a qual espécie de filho tem direito a pleitear os alimentos, o que nos leva a concluir que, conforme declinado anteriormente independente do modo pelo qual foi reconhecido ou se advindo de relação matrimonializada ou não, o reconhecimento da filiação implica necessariamente em prestação de alimentos na conformidade do exposto pelo Código Civil pátrio, bem como consonância com a jurisprudência de nossos Tribunais de Justiça, como a seguir destaca-se:

Ementa: Agravo de Instrumento. Alimentos Provisionais. Anulação de reconhecimento de paternidade. Pai estudante e sem atividade remunerada. Enriquecimento sem causa. Princípios constitucionais do art. 5º, LV. 1. Pendente anulação de ato de reconhecimento de paternidade por ausência de assistência ao pai relativamente capaz, não obsta a imposição de alimentos provisórios, em ação de investigação de paternidade; do contrário, ofender-se-ia a dignidade da pessoa humana, por negar condições materiais mínimas a criança que consta registrada como sua filha. 2. Ser o pai estudante e desempregado não o exime da prestação, pois é jovem e está apto a ingressar no mercado de trabalho. 3. Impossibilidade real de se imputar enriquecimento sem causa a criança com poucos meses de vida em face dos alimentos fixados serem insuficientes para cobrir suas necessidades. 4. Inocorrência de contrariedade aos princípios do contraditório, do devido processo legal e da ampla defesa quando não evidente a sua ocorrência e desprovida de maiores razões ou comprovação. 5. Afastada a preliminar das contra-razões de que ausentes documentos que embasaram a decisão hostilizada. Afastada a preliminar e agravo desprovido. Unânime. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70004722724, SEGUNDA CÂMARA ESPECIAL CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: SÉRGIO LUIZ GRASSI BECK, JULGADO EM 14/11/2002).³⁰⁴

Reforçando referido entendimento, ensina Silvio Rodrigues que: “Estabelecido o parentesco, por meio de reconhecimento voluntário ou da sentença em ação de investigação de paternidade, é obvio que o direito de reclamar alimentos se manifesta reciprocamente, podendo não só o filho o exigir do pai, como o pai, do filho”.³⁰⁵

Da mesma forma que o reconhecimento da filiação dá ao filho o direito de pleitear alimentos, também dá a esse o direito ao uso do nome do pai, aliás, o direito ao nome tornou-se ainda mais evidente com o disposto no artigo 15³⁰⁶ do Código Civil vigente, que, aliás, não foi previsto no Código de 1916, tratando-se, portanto de mais uma evolução do direito civil contemporâneo.

³⁰³ BRASIL Código civil. *op.cit.* p. 374. Art. 1696 – “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

³⁰⁴ <<http://www.tjrs.gov.br>>

³⁰⁵ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 364.

³⁰⁶ Cf. Código Civil Brasileiro, art. 16 – “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

Quanto ao direito Eduardo de Oliveira Leite faz algumas indagações bastante interessantes, considerando referido direito após a Constituição Federal de 1988:

“Se pai é aquele que gerou um filho, não podem mais vingar quaisquer restrições ao registrar filhos, sejam eles decorrentes de relacionamentos a cujo respeito exista impedimento (...). O novo texto constitucional destrói qualquer óbice à filiação. (...). Exatamente em respeito ao princípio da verdade vigente quanto ao registro dos filhos.”

Em relação à sucessão, a lei nº. 6.515/77, já cuidou de garantir a todos los filhos igualdade em relação ao direito a herança, determinando assim em seu artigo 2º que: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito a herança será reconhecido em igualdade de condições”.

Percebe-se que referido benefício é anterior a Constituição de 1988, o que, como já mencionado em outras oportunidades demonstra que gradativamente vinha se consubstanciando em matéria de filiação a tendência à igualdade entre os filhos, o Tribunal do Estado do Paraná também tem manifestado seu entendimento neste sentido:

Processo: 118617200

Origem: CURITIBA - 3a. VARA CÍVEL

Número do Acórdão: 21652

Decisão: Unânime

Órgão Julgador: 1a. CÂMARA CÍVEL

Relator: J VIDAL COELHO

Data de Julgamento: Julg: 28/05/2002

Decisão: acordam os desembargadores integrantes da primeira câmara cível do tribunal de justiça do estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao agravo para cassar a decisão agravada. Ementa: Agravo - Reconhecimento de filiação em investigatória de paternidade - decisão que não transitou em julgada - habilitação em inventario. Aquele que for reconhecido como filho do autor da herança pode habilitar-se no inventario depois de transitada em julgado a decisão de reconhecimento da filiação.³⁰⁷

³⁰⁷ <[http:// www.tjpr.gov.br](http://www.tjpr.gov.br)>

Além disso, as questões referentes a nome, sucessão e alimentos são bastante amplas, sendo necessário serem tratadas especificamente e individualmente, para que seja analisado em todos seus aspectos, o que mais uma vez destacamos, não é objetivo dessa pesquisa.

5.10 DAS ABORDAGENS CONCLUSIVAS EM RAZÃO DA SITUAÇÃO DOS FILHOS

A discriminação em relação aos filhos não matrimoniais, sempre foi objeto de grandes discussões doutrinárias, além do mais, aqueles que defendiam esta posição nunca se valeram de argumentos robustos que justificasse essa exclusão.

Valendo-se da classificação adotada pelo Código Civil de 1916, Eduardo de Oliveira Leite, tece as seguintes considerações:

Foi à igreja que, de forma sistemática e implacável categorizou os filhos, em função da existência ou não de casamento. A partir dessa caracterização decorreu a discriminação em filhos legítimos e ilegítimos, em naturais e espúrios, em incestuosos e adulterinos e assim por diante. (...) Em tratamento eminentemente discriminatório o Código Civil manifesta sua maior ou menor repulsa a aceitação dos filhos (...) ³⁰⁸

Antes da Constituição Federal de 1.988, existia entre os filhos uma classificação altamente discriminatória que, aliás, marginalizava e excluía aqueles advindos de relações não matrimoniais.

³⁰⁸ LEITE, Eduardo Oliveira de. *op. cit.* p. 122.

Assim como o direito de família, a filiação no direito brasileiro foi a princípio regulamentada pelo Código Civil brasileiro de 1.916, que retrata a família como uma comunidade de sangue fundada no casamento, fato esse que reforça a influência do direito canônico no direito pátrio, endossado neste particular pelos interesses sociais da época.

Orlando Gomes, corroborando da idéia de vinculação do legislador aos interesses religiosos, econômicos e sociais, acertadamente, escreve que:

O Código refletia ao tempo de sua elaboração, a imagem da família patriarcal entronizada num país essencialmente agrícola, com insignificantes deformações provenientes das disparidades da estratificação social. Sob permanente vigilância da Igreja, estendida às mais íntimas relações conjugais e ao comportamento religioso, funcionava como um grupo altamente hierarquizado no qual o chefe exercia o seu poder sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se chegou a descrevê-la como um agregado social constituído por um marido déspota, uma mulher submissa e filhos aterrados.³⁰⁹

Do mesmo modo em consonância com o posicionamento de Orlando Gomes, destacamos o entendimento de Julie Cristine Delinski que tece os seguintes comentários:

A família retratada como 'comunidade de sangue' tinha como fonte exclusiva o casamento, e somente os filhos provenientes dessas uniões matrimonializadas eram considerados legítimos. Havendo situações que ameaçassem a segurança da família, eram elas ignoradas pelo ordenamento jurídico (como por exemplo, os filhos extramatrimoniais), prevalecendo um único interesse: a família matrimonializada.³¹⁰

Com efeito, em função dessa situação, de *status* dado à família que se estabeleciam as distinções entre os filhos. Esse estado de coisas colocava o filho nascido fora do casamento numa situação social marginalizada, tendo assim, todos os seus direitos negados em função da forma como fora concebido, tudo isso,

³⁰⁹ GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 64.

³¹⁰ DELINSKI, Julie Cristine. *op. cit.* p. 16.

objetivando garantir a ordem e a paz familiar, que como já vimos encontrava –se alicerçada no casamento.

Com o implemento da Constituição de 1988, esse cenário sofreu grandes alterações, e de conformidade com a observação feita por Silvio de Salvo Venosa:

A família doravante, deve gravitar em torno de um vínculo de afeto, de recíproca compreensão e mútua cooperação. A família passa a ter um conteúdo marcadamente ético e não mais econômico, e neste contexto não há lugar para discriminação.³¹¹

Em sentido complementar a idéia de Venosa, o professor Luiz Edson Fachin fez a seguinte abordagem:

Como a Constituição manteve o casamento como fonte da família, desaparece a designação discriminatória, mas permanece a distinção. Há um resíduo diferenciador sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar.³¹²

João Baptista Villela, por sua vez traz uma opinião mais crítica acerca da tão proclamada igualdade dos filhos, partindo para tanto de uma análise que tem seu início na consideração do casamento como um marco divisório da filiação:

É inevitável reconhecer que a legitimidade e a legitimação foram extintas, não ficaram sem reposição. Foram extintas enquanto portadoras de uma carga de exclusão social, mas não enquanto indicadores da origem do nascimento.³¹³

A idéia do autor traduz com perfeição a grande conseqüência da classificação dos filhos, sendo que efetivamente, não basta na opinião do autor que ocorra “uma mudança terminológica”, pois segundo ele o que houve foi apenas uma “substituição de expressão”.

³¹¹ VENOSA. Silvio de Salvo. *op. cit.* p. p. 223.

³¹² FACHIN. Luiz Edson. *op. cit.* p. 201.

³¹³ VILLELA. João Baptista. O modelo constitucional da filiação: Verdade & Superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família* – nº 2, jul./ago./set./ 99. p. 125.

Dentre tantas considerações críticas em torno da classificação da filiação, posicionamento de grande referência nos é dado por Eduardo de Oliveira Leite, que de forma bem simplificada, procura ilustrar o que efetivamente o princípio da igualdade da filiação traz em sua essência e, com total acerto observa em seus apontamentos:

Todo ser que nasce é simplesmente filho, seja qual for à natureza do relacionamento de seus pais, não importa conseqüentemente se a prole adveio de casamento ou união livre. Os direitos são os mesmos, indiscriminadamente.³¹⁴

Indiscutivelmente a filiação contemporânea deve estar focada nos fundamentos da igualdade. O fato de todos nascerem filho, conforme colocou Eduardo Leite, impõe que se garanta a todos, igualdade de direitos.

Caso se remonte no tempo primitivo para estudar o comportamento do homem em suas relações, fatalmente, deparar-se-á com a realidade da época, em que o ser humano sequer tinha ainda desenvolvido os seus sentimentos da ordem da emoção, portanto, as atitudes eram irracionais, apenas se limitavam a copiar condutas praticadas pelos animais.

Espelhando-se no comportamento assistido, uma das primeiras práticas experimentada pelo homem, foi o acasalamento, de onde viu surgir à reprodução, ou seja ali estava estabelecida a procriação, era enfim a capacidade de fazer aparecer o seu semelhante, este que com certeza não era, em razão da baixa cultura, denominado de “filho”, mais que com toda certeza, representava a única forma de continuidade da espécie humana.

³¹⁴ LEITE, Eduardo Oliveira de. *op. cit.* p. 100.

De ciclo em ciclo, parece, ter sido assim a evolução da humanidade, novos seres surgindo e dando continuidade da existência humana que em constante processo de reciclagem, foi se edificando e gradativamente aprimorando os seus conhecimentos.

Neste compasso, evidencia-se no tempo primitivo o cenário identificado pelos seres e seus filhotes, animais e humanos. Para aqueles, dada sua condição, o movimento andou em círculo, os filhotes são assim denominados, porque são frágeis e necessitam de proteção. Para estes, o tempo determinou medidas, dentre estas, regras e mais regras foram surgindo.

Assim, a posição dos filhos em comparação aos daqueles, em muito se transformou. Os “filhotes”, do passado, elevados à condição de prole, foram gradativamente perdendo a sua condição e assumindo no novo cenário papéis cada vez mais distintos da sua real condição.

Mesmo sendo estes a primeira forma de continuidade da existência humana, chegou-se ao cúmulo do desprezo em suas atenções, fazendo surgir por meio dos instrumentos legais de controle social normas tão preconceituosas como aquelas que durante séculos serviram de base para a regulamentação desta primitiva forma de vida humana, que hoje, graças à iniciativa de alguns desses seres de mesma espécie, rígidas normas estão totalmente em desuso.

O filho, mais que um descendente genético, passou a representar no cenário da vida humana, uma figura de importante revelação para a continuidade da família, desta vez não mais porque tem nas veias o mesmo sangue que corre nas entranhas dos seus progenitores, mas principalmente porque se revela mediante a comunhão de

afeto, fazendo do relacionamento cotidiano a verdadeira união de pessoas, e, assim a sociedade evoluída vê com segurança o nascimento de uma nova filiação que notadamente já esta intitulada de “filiação sócio-afetiva”.

6. DO SISTEMA DA FILIAÇÃO EM RAZÃO DA SOCIO-AFETIVIDADE

6.1 A VERIFICAÇÃO DO ELEMENTO AFETIVIDADE NO ALICERCE DA FAMÍLIA

A idéia de família instituída no passado, basicamente individualizada, hierarquizada, singular, que serviu de referencia ao sistema inserido no Código Civil de 1916, não representa na atualidade um modelo a ser seguido em continuidade do mais antigo organismo social, bem como não é mais a referência única para a satisfação pessoal de cada indivíduo que compõe o seguimento familiar.

O ideal que hoje se busca em termos de realização familiar não está preso ao conteúdo vazio da simples proteção material. Já se acha consagrado na nossa sociedade o fenômeno da transformação, cujo elemento determinante tem simplesmente a denominação de “afetividade”, que nada mais é do que o efeito do amor, carinho, amizade, dedicação, compreendidos nas relações de comunhão, incessantemente surgidas no contexto da nova verificação da família.

Jacqueline Filgueras Nogueira, em comentários sobre a transformação da família, fez importante observação quando em referência ao elemento afetividade, resumidamente explicitou: “O afeto tem um papel importantíssimo no processo de transformação pelo qual a família passou. As pessoas se unem em função da presença do afeto, e se desunem quando este conteúdo se esvazia”.³¹⁵

³¹⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *op. cit.* passim.

Dessa moderna concepção familiar o que se observa é na verdade a valorização dos novos princípios, reveladores sem dúvida da dignidade da pessoa de cada membro que compõe a família.

Conforme bem observou Paulo Luiz Neto Lobo:

A família atual está matizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade é pois, o espaço de sua realização. Assim enquanto existir *affectio*, haverá família (princípio da liberdade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade).³¹⁶

Este modelo apresentado, do ponto de vista constitucional, retrata a família ampliada e flexibilizada, a que se constrói mediante um processo de reciprocidade em que cada pessoa inserida na relação representa bem mais que apenas um ser que integra o conjunto denominado família.

Desta nova família o que se vê estampado na convivência cotidiana, é notadamente um estreitamento nas relações, que sob o aspecto da valorização, prioriza-se o que antes era secundário, ou seja, há em torno da movimentação familiar, uma preocupação bastante acentuada com a formação e o estabelecimento do vínculo da afetividade, antes considerado elemento secundário em razão da priorização dos laços de sangue.

Destituída do antigo sistema, a família denominada eudemonista, tem hoje na prática destacada importância, fato que se comprova em razão do efetivo entendimento que se alastra no direito de família, quando se coloca para apreciação a questão da filiação, em que já se consagrou preponderante a existência da afetividade em relação à formação biológica.

³¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *op. cit.* p. 54.

Nessa concepção, a família extrapola sua composição meramente biológica, deparando-se com outros valores, afetivos, emotivos e até psicológicos. “Surge a noção eudemonista de família, dando relevo à paternidade de afeto”.³¹⁷

6.2 A FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA NA FORMAÇÃO FAMILIAR

A família, como unidade centralizada, na qual os filhos cumpriam papéis predeterminados, sob a autoridade paterna servindo à economia familiar e preservando a continuidade do poder, cedeu em regra o seu espaço para a família atual que diferentemente acha-se formada por um grupo estabelecido em razão do companheirismo e da reciprocidade afetiva.

Assim, tanto na relação conjugal, como na relação da filiação, o afeto se destaca como elemento indispensável à organização familiar contemporânea. É, pois, pela consagrada afetividade que a família vai cada dia mais se repersonalizando e neste passo demonstrando a efetiva realização desejada.

Neste cenário novo, está a revelação sociológica da significativa contribuição dos filhos, que independentemente da sua origem, acarretam grande parcela para o desenvolvimento e satisfação da família redesenhada. Família esta que não mais se condiciona a uma descendência genética e flui para um novo rumo em busca da felicidade e da segurança pessoal, nem sempre alcançadas por intermédio das relações estabelecidas em função da realidade biológica.

³¹⁷ DELINSKI, Julie Cristine. *op. cit.* p. 34-35. Destaca ainda a autora: “Portanto, o fenômeno da paternidade ou da maternidade não se estabelece com o simples ato da procriação; é preciso que se formem laços de afetividade, criados pela convivência, que se fortificam dia a dia. Gérard Cornu já

O critério antes único e verdadeiro para a configuração da fonte instituidora da filiação, conforme já observou Jacqueline Filgueras Nogueira não é suficientemente eficaz para dar sentido às relações familiares, contidas no trinômio, pai, mãe e filho.

Como se verifica, num primeiro momento, a verdade era a paternidade matrimonial, pai era o marido da mãe, tutelando um princípio hipócrita de ser sempre esta a realidade biológica, mas o verdadeiro pai pode não ser aquele que a lei atribui como tal.

Num segundo momento, derrubando as verdades “verdades jurídicas”, através dos avanços científicos, à suprema veneração da paternidade biológica, dada a possibilidade de se descobrir, com certeza de quase 100%, a origem genética de uma criança, através dos exames de sangue, mais precisamente o exame de DNA.

Chega-se, assim, à verdade biológica da filiação, mas, mais uma vez, o pai verdadeiro pode não ser o que os laudos laboratoriais determinam. Por fim pergunta-se: a verdade biológica basta? Sem dúvida que não.

O verdadeiro sentido das relações pai-mãe-filho transcende a lei e o sangue, não podendo ser determinadas de forma escrita nem comprovadas cientificamente, pois tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são “invisíveis” aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não têm os olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem de alguém um “pai”: os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo.

salientava esse aspecto ao defender que “afinal a vida passa. A filiação não é apenas o nascimento; a

Pais, onde a criança busca carinho, atenção e conforto, sendo estes para os sentidos dela o seu “porto seguro”. Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem.³¹⁸

Conforme se acha instituída, a principal fonte desta autonomia na construção da família moderna é sem dúvida, a liberdade, que estabelece por sua vez a igualdade, princípio ao qual se atribui grande relevância na busca desta conformação familiar, mormente no que tange à figura dos filhos, enquanto, pessoas imprescindíveis para a designação do conteúdo familiar, não bastando para tanto a disposição da verdade biológica, mas, tendo que se valorizar a realidade sócio-afetiva.

Neste sentido encontra-se a disposição de Guilherme de Oliveira afirmando que:

O estado das pessoas, tal como o direito o considera, nunca se deixa reduzir a um dado biológico; a biologia é remodelada pelo homem. Toda a filiação contém, por isso, uma parte adoção. Deve se falar em uma nova paz da família, que procura a verdade biológica mas que também toma em consideração a verdade sociológica quando ela parece ser favorável aos filhos. Isto porque tende a não ser mais aquele que concebeu o filho, mas aquele que o protege e alimenta, aquele que o ajuda a fazer sua aprendizagem de homem.³¹⁹

família não é apenas o sangue, mas crescer, viver, envelhecer juntos”.

³¹⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. Ob. cit. p. 84. E completa a autora dizendo que: Assim, procura-se estabelecer quem é o verdadeiro pai do ponto de vista biológico, para atribuir a ele responsabilidade pela paternidade, para não deixar uma criança sem pai declarado, impondo através da lei (averiguação oficiosa da paternidade) a muitos uma filiação não desejada”. Ora, não se pode pretender que o filho nestas condições assumido, venha mais tarde se tornar uma pessoa dotada de realização e que por assim ser não venha padecer de determinados princípios inerentes à formação do caráter humano. Pois, conforme já se acha consumado em nosso universo, o ser humano para ser completo e feliz precisa ser amado, desejado, representar mais que apenas uma pessoa, precisa ser especial, sentimento que se constrói a partir da expressão concebida dos pais. Ao que sabemos, caso isto não venha a se efetivar na vida do homem, este estará predestinado ao descontentamento e às dificuldades de sua realização. De modo que, acima de qualquer valor, no momento em que se der a efetivação da qualidade de filho na organização familiar, esta terá imperiosamente que ocorrer de forma livre e espontânea, jamais por imposição de qualquer que seja a natureza, principalmente por determinação de uma análise laboratorial, onde o que efetivamente ocorre é um resultado experimental e não sentimental.

Assim, consubstanciado neste elemento determinante, a filiação sócio-afetiva, nada mais é do que aquela filiação compreendida na relação jurídica de afeto, onde se incluem os filhos de criação, o filho adotivo, aqueles filhos reconhecidos de forma voluntária ou judicial, podendo se incluir neste rol até mesmo os filhos participantes nas famílias reconstituídas, que ao serem conduzidos pelos pais que partem em busca de uma nova relação, acabam por estabelecer com o cônjuge, ou companheiro do seu pai ou da sua mãe, uma relação afetiva, podendo inclusive caracterizar neste caso em relação a um ou outro, suposto pai ou mãe, o estado jurídico de filiação.

Obviamente, que esta caracterização ocorre em razão de comprovada aparência e estado de filiação, embora no caso da reconstituição familiar a lei ainda se mostre omissa no que diz respeito aos filhos que ali permanecem, é possível que se tenha por analogia, idêntica compreensão quanto à situação destes citados filhos.

Pois, é flagrante a situação dos filhos que ao se acomodarem em lares reconstituídos, embora não tenham ligação biológica com o marido de sua mãe, ou com a mulher do seu pai, acabam por estabelecer uma relação que em tudo se identifica com aquele que se dá no caso da filiação sócio-afetiva.

Portanto, é importante sempre ter em mente que o conceito de filiação afetiva está ligado à idéia de qualidade de filho, ou seja, aparência de filho. Logo, faz *jus*, tal designação, a todos aqueles que se ligam a um pai, uma mãe ou ambos, por laços afetivos, que são externados perante a sociedade, traduzidos neste aspecto, por gestos como, por exemplo, a presença conjunta em público, nos eventos de qualquer natureza, e até mesmo num simples olhar carinhoso.

³¹⁹ OLIVEIRA, Guilherme de . *Crítério jurídico de paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 437.

No tocante à conceituação da filiação sócio-afetiva, nos termos comumente admitidos, Clóvis Beviláqua destaca que:

Quando uma pessoa, constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu as suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu.³²⁰

Esse conceito, traduz na realidade em que consiste à posse de estado de filho, e conseqüentemente dá perfeita noção do que vem a ser a filiação afetiva, pois o fundamento aqui é exatamente a aparência, que nestas circunstâncias, obviamente é incontestável, que conforme demonstra Clóvis Bevilacqua consiste no tratamento, na aparência de filho, afinal, se existe entre duas pessoas uma relação de dependência, onde uma promove o sustento da outra, ampara emocionalmente, responsabiliza-se socialmente e considera a outra como seu filho, não há como contestar a existência de um vínculo afetivo entre elas, ainda que os elementos jurídicos inerentes à filiação não se encontrem presentes, inevitavelmente, resta configurada uma relação de afeto, que deve sim ser resguardada pelo direito tendo em vista sempre, a dignidade da pessoa humana e a proteção do interesse desse suposto filho.

Corroborando essa opinião, Eduardo de Oliveira Leite, tem o seguinte posicionamento:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser uma unidade de caráter econômico, social e religioso, para se firmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, certamente esvaziaram o conceito biológico de paternidade.³²¹

³²⁰ BEVILAGUA, Clóvis. *Direito de família*. 7 ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio. 1.976. p. 55.

³²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 119.

É justamente com base nesse posicionamento que se encontra o fundamento, o cerne do instituto da filiação sócio-afetiva, que se configura no resultado da transformação social pela quais as relações familiares estão sendo submetidas nos tempos hodiernos, indubitavelmente a prova da nova roupagem do direito de família na quais os direitos individuais, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade passam efetivamente a ter maior relevância.

Para Luiz Edson Fachin, o conteúdo da sócio-afetividade tem a seguinte dimensão:

O pai pode ser aquele a quem a lei presuntivamente atribui a paternidade; essa verdade jurídica emerge da presunção *'pater is est'*, cujo caráter praticamente absoluto foi consagrado pelo sistema clássico, deve ceder à busca da verdadeira paternidade, do ponto de vista biológico.

Porém, a verdadeira paternidade pode também não se explicar na autoridade genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de formas sólidas e duradouras, capazes de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele enfim, que além de poder lhe empresta seu nome de família, o trata como sendo seu filho perante o ambiente social³²².

Assim, é nesta perspectiva que a família, demonstra seu distanciamento da formação puramente biológica e incorpora à sua formação valores afetivos, emotivos e até mesmo psicológicos, fazendo crer que o sentimento de afetividade, não se adquire somente através do tradicional nascimento da criança, mas tem tudo para acontecer em razão da convivência, com a dedicação e o cuidado dispensado pelas figuras que supostamente se colocam como pais. Pois para a configuração do amor e da dedicação, não há necessidade da ligação de sangue, o sentimento de estima e consideração pelos semelhantes pode ocorrer em função da própria coexistência, que oportuniza o conhecimento e a afeição.

Em análise ao conteúdo do elemento psicológico da afetividade, Orlando Gomes, destacou a orientação de Carbonier, que ao tratar a questão a coloca na seguinte ordem:

Por desencarnação, entende o mestre francês a substituição, em importância, do elemento carnal ou biológico pelo elemento psicológico ou afetivo e a conscientização de que na formação do homem pesa mais a educação do que a hereditariedade. Mais do que voz do sangue fala a coexistência pacífica, senão a camaradagem.³²³

Por assim entender, tem-se em relação aos dois critérios que conduzem à filiação, posições distintas, que pelo contrário, não se excluem, porém podem se completar. Na discussão que se trava em decorrência do elemento afetividade e do elemento biológico, há que entender que por ambas as formas de aquisição da filiação o que realmente importa é a disposição em busca da realização da pessoa do filho isso não quer dizer, que somente a filiação obtida pela via afetiva seja a mais indicada ou que tenha mais relevância. As duas maneiras que possibilitam o estado de filiação, ou, a posse de estado de filho, possuem valores em igual grau de importância e devem ser tratadas com a mesma intensidade.

Deste modo, independentemente de laços de sangue ou de laços afetivos, os filhos, devem ser assistidos como filhos, enquanto, aos pais cabe a missão de bem amar e cuidar para que o estado de posse represente o melhor interesse da criança, razão maior do direito e da realização da personalidade da filiação.

³²² FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 163.

³²³ Cf. GOMES. Orlando. *op. cit.* passim.

6.3 DO VÍNCULO DA AFETIVIDADE NA FILIAÇÃO ADOTIVA

A filiação sócio-afetiva compreende em tese toda e qualquer forma de filiação estabelecida a partir da ausência do vínculo biológico, que por assim dizer, é em verdade considerada aquela relação paterno-filial, onde não há qualquer herança genética, e sim, destacadamente está presente o vínculo da afetividade.

Para enumerar as espécies de filiação sócio-afetiva, Belmiro Pedro Welter, aponta quatro exemplos que considerados, representam ser os mais evidenciados pela doutrina. Admite o autor que nessa espécie de perfilhação estão incluídos os filhos adotivos, os de criação, os que são reconhecidos nas formas voluntária e judicial, tanto em relação à paternidade, quanto à maternidade e finalmente aponta a adoção à brasileira.³²⁴

Embora a adoção não seja tema específico desse trabalho, necessário se faz a sua abordagem, haja vista que a adoção é uma das formas de se perfilhar alguém. E por assim ser tem relevância para esse trabalho, além do que, conforme assevera Eduardo de Oliveira Leite:

De todos os institutos jurídicos, talvez a adoção seja o mais belo, exatamente porque envolve intimamente a figura da criança e dos pais, a quem a natureza negou a infinita alegria de ter filhos.

A adoção é praticada desde sempre e sob todas as latitudes, (...) suas finalidades variam em função do tempo e do espaço, (...) sendo que com o advento do século XX, revestiu-se de seu real papel: dar filhos a quem a natureza não favoreceu e, ao mesmo tempo, oferecer às crianças deserdadas, o lar e afeição que elas não puderam encontrar junto aos pais naturais.³²⁵

Sem dúvida as observações do autor traduzem a clara noção da importância do instituto e principalmente demonstra sua função social, que corresponde

³²⁴ WELTER, Belmiro Pedro. *op. cit.* p. 148 et seq.

indubitavelmente com a função social do direito, para as relações familiares contemporâneas.

Neste sentido ensina Silvio Salvo Venosa que a filiação adotiva: “(...) é modalidade artificial que busca imitar a filiação natural. (...). Não resulta de uma relação biológica, mas da manifestação de vontade(...)”³²⁶.

Também é bastante esclarecedora a opinião de Carlos Alberto Bittar sobre o assunto. Segundo ele: “A adoção é, pois o liame que une pessoas estranhas pelos laços do parentesco civil. Estabelece-se entre adotante e adotado relação de filiação legal, equivalente a natural, no primeiro grau da linha reta”³²⁷.

A adoção surgiu como um instituto com o objetivo de dar herdeiros a quem não pudesse tê-los naturalmente, mas também passou por transformações.

Atualmente adotar significa perpetuar laços jurídicos de filiação. Esse laço, hoje, revela muito mais do que simplesmente adquirir vínculo hereditário, tem como mola mestra à afetividade. O afeto se faz presente com grande força na adoção, uma vez que o estabelecimento dessa adoção familiar é decorrente de uma opção, é aceitar o desafio amoroso de construir um vínculo pela escolha, para a comunhão de uma vida, de idéias e de amor.³²⁸

Corroborando com as opiniões acima citadas, Maria Helena Diniz, faz algumas observações, dentre as quais se destaca a idéia de que o instituto da

³²⁵ LEITE, Eduardo Oliveira de. *op. cit.* p. 104.

³²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.* p. 257.

³²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *op. cit.* p. p. 235.

³²⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *op. cit.* p. 90 -91. Em complemento à sua definição, prossegue a autora: “ Por certo que é a adoção o instituto jurídico mais importante para acabar com qualquer sombra de dúvida que possa existir, acerca da relevância do afeto nas relações familiares, justamente porque esse vínculo jurídico é estabelecido de forma voluntária, com o intuito de formar uma família, onde o afeto deve configurar de forma recíproca entre os componentes que a integram. Dessa forma, recebem os laços afetivos inequívoca tutela jurídica”.

adoção, “é uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado”.³²⁹

As opiniões acima citadas baseiam-se em conceitos tradicionais do instituto, contudo consideramos bastante interessante o posicionamento de Tânia da Silva Pereira, que ao fazer referência ao instituto da adoção, molda sua definição aos atuais lineamentos do direito de família moderno, principalmente em face de perspectiva da repersonalização desse instituto, com que aduz a autora:

A adoção destaca-se entre as medidas de colocação familiar. Dentro de uma nova perspectiva o instituto se constitui na busca de uma família para uma criança, abandonando as concepções tradicionais, civis, em que prevalecia a sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família.³³⁰

Fica bem evidenciada ante este conceito a preocupação dos doutrinadores modernos no sentido de efetivamente proteger os filhos, principalmente no que pertine a adoção que anteriormente não dispunha de tamanho respaldo e preocupação do legislador pátrio.

Para Luiz Edson Fachin a adoção se apresenta mediante dupla orientação:

A filiação adotiva, hoje é submetida a um regime dicotômico: há adoção segundo o Código Civil³³¹ e a adoção segundo a Lei n. 8.609/90 (ECA)³³². Os dois sistemas estão submetidos a dois princípios: 1º) O Código Civil discriminava os filhos

³²⁹ Diniz, Maria Helena.

³³⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha e Dias, Maria Berenice.(coord.). Direito de família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2001. p. 126

³³¹ Cf. artigos 1.618 a 1.629 do Código Civil vigente, onde se acham previstas estas formas de adoção.

³³² Cf. artigo, 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.609/90.

adotivos, com sérias limitações no direito de sucessão. O princípio da igualdade³³³ não permite mais esta discriminação: direitos iguais para os dois tipos de adoção e para todos os filhos.

2º) Anteriormente à Constituição de 1988, exigia-se o estado matrimonial do adotante. Para que a adoção fosse plena, como previa o antigo Código de Menores, era necessário o estado matrimonial do adotante, inclusive um prazo mínimo de carência deste estado (...).³³⁴

Essas considerações nos dão uma boa noção da grande evolução ocorrida no instituto da adoção, assim como dos benefícios dali decorrentes.

Luiz Edson Fachin ainda destaca as características para cada tipo de adoção, que segundo se observa, dada à distinção de leis que regulamentam o referido instituto, ocorre em conseqüência à individualização dos seus elementos caracterizadores.

Assim, a adoção prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, implica integração completa do adotado com o adotante e seu entorno familiar, suprimindo-se a exigência do estado matrimonial.

Em relação à adoção apontada no Código Civil, esta se encontra definida como ato jurídico *lato sensu*, com natureza de negócio jurídico de caráter não patrimonial.³³⁵

Para Eduardo Leite: “A adoção é um ato de vontade e um ato jurídico que se prova e se estabelece através de um contrato ou de um julgamento, ato de vontade do juiz que supõe previamente à vontade do interessado”.³³⁶

³³³ Cf. artigo 227 § 6º da Constituição Federal – “Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

³³⁴ FACHIN, Luiz Edson. *op. cit.* p. 216 et seq.

³³⁵ Cf. FACHIN, Luiz Edson. *op. cit.* p. 217-218.

³³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 122.

Contudo, entende-se que na verdade a filiação adotiva retrata perfeitamente espécie de filiação sócio-afetiva, vez que suas características, traduzem exatamente o fundamento desse instituto, ou seja, a valorização dos laços de afeto, afinidade e o estado de filho.

O instituto da filiação sócio-afetiva representa na prática o entendimento que já se consagrou majoritário em nosso direito de família, admitindo-se quanto ao fato da qualidade de pai, que os verdadeiramente considerados são aqueles que criam os filhos sob o exposto interesse de lhes dar amor, carinho, dedicação e não os que apenas procriam estes muitas vezes apenas com a qualidade de origem biológica.

De modo que a partir da idéia de adoção, a afetividade nas relações da filiação, passou a ser igualmente expressiva nos casos em que mesmo não se estabelecendo a filiação pelo vínculo jurídico e nem biológico, há entre os supostos pais e a criança uma relação estreitada, em que o amor, o carinho, enfim os cuidados dispensados representam idêntica preocupação inerente à condição paternal, fazendo se denotar a qualidade da filiação sociológica que neste caso a criança assistida é denominada de filho de criação.³³⁷

Conforme se vê esta forma de filiação, embora represente o seguimento familiar constituído sob a influência da afetividade, carece, no entanto, de maior preocupação por parte do ordenamento jurídico, haja vista a grande incidência de casos hoje colocados para apreciação jurídica e que por descaso da lei, terminam com decisões alicerçadas apenas com base nos princípios constitucionais, que embora representem a máxima legal, muitas vezes são ainda insuficientes.

³³⁷ WELTER, Pedro Belmiro. *op. cit.* p. 148-149.

No que tange à filiação considerada eudemonista de reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade, a espécie já foi amplamente discorrida, quando se tratado assunto do reconhecimento da filiação.

Por fim, referindo-se as espécies de filiação sócio-afetiva, não se pode deixar de mencionar aquela decorrente da adoção à brasileira, cuja identificação ocorre nos casos “em que alguém reconhece a paternidade ou a maternidade biológica, mesmo não o sendo, cuja conduta é tipificada como crime (artigo 299, parágrafo único, do CP)”.³³⁸

6.4 DA POSSE DO ESTADO DE FILHO AFETIVO

A questão pertinente à posse do estado de filhos, além de ser de grande relevância, ainda é no direito pátrio, extremamente tímida, uma vez que não há em nosso ordenamento jurídico nenhuma norma que regulamente referida situação, portanto, para nós questão apenas tratada pela doutrina e pelo Tribunal do Rio Grande do Sul onde aliás referida terminologia e bastante usada, assim como muito consideradas, nas decisões do referido órgão, os aspectos afetivos nas relações de família.

Esse cenário tem como conseqüência uma maior dificuldade para o aplicador de a norma resolver os casos concretos, que em função da já mencionada mudança, pertinente a amplitude do conceito de família, tem se tornado muito comum nas relações contemporâneas.

³³⁸ Cf. WELTER, Pedro Belmiro. *op. cit.* p. 150.

Assim, a incorporação desse instituto em nossa legislação se faz urgente e indispensável, pois a partir disso as questões pertinentes ao direito de filiação poderão ser analisadas à luz da nova ideologia do direito de família contemporâneo, que atualmente funda-se eminentemente na ideologia do afeto.

A falta de regulamentação da posse de estado de filho no direito brasileiro é alvo de severas críticas por parte daqueles que entendem as relações familiares do ponto de vista afetivo, consoante opinião de João Baptista Villela, se considerarmos como fundamento da paternidade, ou das relações de filiação o elemento afetivo, então: “torna-se imperioso abrir espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no direito de família não pode ficar limitado ao âmbito da prova (...)”³³⁹

Da conclusão do autor deduz-se que uma vez caracterizada a realidade de que todos os atos manifestados em função da pessoa supostamente tida como filho, e devidamente estabelecida à relação da afetividade, descabe ao supostamente pai, demonstrar mediante provas que está estabelecida a posse de estado de filho.

Quanto ao conceito doutrinário de posse do estado de filho, José Ramos Boeira preceitua que: “Uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial em que há o chamamento de filho e aceitação ao chamamento de pai”³⁴⁰.

³³⁹ VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: Verdade & Superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte n 2, jul./ago./set. 1.999. p. 132.

³⁴⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: Posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 60.

Nota-se do conceito acima exposto que para a caracterização da posse de estado de filho, o elemento fundamental é o *status*, a aparência de filho que é externada para a sociedade.

Logo, o conceito de posse de estado de filho deve ser entendido em relação aos direitos e deveres dos filhos para com seus pais e esse em relação àqueles.

Neste particular é importante lembrar que em países como França e Portugal, a posse de estado de filho encontra-se devidamente regulamentada, de acordo com, Julie Cristine Delinski que:

A "posse de estado" exerce papel fundamental na reforma francesa, mas importa esclarecer que o sistema francês protege num primeiro momento a verdade biológica, que se refere à paternidade decorrente da procriação; contudo, ao lado dessa verdade se encontra um destaque especial ao valor das relações de afeto, buscando a coincidência da verdade biológica com a verdade sócio-afetiva³⁴¹

³⁴¹ DELINSKI, Julie Cristine. *op. cit.* p. 100.

Diante desses apontamentos, mais evidente fica, a urgência da regulamentação da posse do estado de filho, uma vez que sua inserção no ordenamento jurídico torna muito mais fácil e eficaz a resolução de questões pertinentes à filiação, além é claro de torná-las mais justas e condizentes com os ditames constitucionais e com os anseios da sociedade.

Ao tratar da posse de estado de filho, Mário Aguiar salienta que:

A posse de estado de filho apresenta-se como um reconhecimento tácito de grande valia, por constituir-se em verdadeiro estado de permanente e reiterado comportamento dos pais em relação ao filho, que valoriza o reconhecimento por sedimentação³⁴².

Já Silvio Rodrigues define a posse do estado de filho de uma forma bastante simplificada, porém, concentrando todos os elementos formadores desse instituto, o que permite uma excelente noção do que efetivamente o caracteriza, e dimensionando a posse de estado de filho que de acordo com ele:

(...) é aquela situação de fato que se estabelece entre o pretenso pai e o investigante, capaz de revelar tal parentesco. O primeiro chama o segundo de filho, e este, de pai àquele. O investigado mantém o menor, paga por suas roupas e por sua educação, trata-o com carinho com que habitualmente um pai trata o filho. Enfim, o comportamento, tanto de um como de outro, aos olhos dos vizinhos, dos amigos, e de todos em geral, parece revelar que efetivamente se trata de pai e filho.³⁴³

A caracterização da posse do estado de filho carece de três requisitos: *a nominatio, a tractus e a reputatio*.

³⁴² MOURA, Mário Aguiar de. *Tratado prático da filiação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 128.

³⁴³ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p., p. 368.

Estas são características que indicam que a pessoa deve ser tratada como se filho fosse, o suposto pai deve atender a manutenção, à educação e etc. e deve ainda haver constante consideração em relação ao filho nas relações sociais, em outras palavras, para que alguém seja considerado filho, deve a sociedade assim o reconhecer, são as pequenas situações do cotidiano que darão ao filho esse *status*, evidentemente, não necessariamente todos os requisitos, mais a presença de alguns deles, já nos dão, pelo menos o indício de uma relação de afeto.

No que respeita a caracterização dos requisitos concernentes à posse de estado de filho Eduardo dos Santos destaca que tal situação 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 o tratamento de filho”,³⁴⁴.

De forma mais simplificada Julie Cristine Delinski, ao tratar a posse de estado de filho, assegura que para a perfeita integração, são necessários os três elementos: o *nomen, o tractus e a fama*.³⁴⁵

No mesmo sentido é a opinião de José Bernardo Boeira, quando dispõe sobre a classificação dos elementos da posse de estado de filho fazendo as seguintes considerações:

Os elementos que caracterizam e constituem a posse de estado são, tradicionalmente, indicados pela doutrina como sendo, o *nome, trato e fama*, exigindo-se para tanto que o indivíduo tenha sempre usado o *nome* do pai ao qual ele identifica como tal; que o pai o tenha *tratado* como seu filho e tenha contribuído, nesta qualidade, para a sua formação como ser humano; que tenha sido constantemente, reconhecido como tal na sociedade e pelo presumido pai. Aqui a *fama* representa a exteriorização do “estado”, em que terceiros

³⁴⁴ SANTOS, Eduardo dos. *op. cit.* p. 459-462.

³⁴⁵ DELINSKI, Julie Cristine. *op. cit.* p. 43.

consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público³⁴⁶.

Observa-se que tanto em relação aos elementos caracterizadores, quanto à forma como esses se exteriorizam, não há discordância para os doutrinadores, principalmente em relação à opinião desses dois últimos autores citados, vez que ambos convergem em seus posicionamentos cujas bases possuem os mesmos fundamentos.

Tocante aos requisitos concernentes a posse de estado de filho, a doutrina moderna vem caminhando no mesmo sentido. Contudo é importante ter-se em mente que referidos requisitos não se manifestam necessariamente de maneira uniforme, sendo notado em igual intensidade seus três elementos, muito embora em alguns casos possa se observar menor evidencia em um destes elementos, ao passo que outro requisito acaba por se sobrepor.

Em relação à presença de tais requisitos, José Bernardo Boeira informa que: “A intensidade com que irá revelar-se à posse de estado de filho pode variar de acordo com eventuais impedimentos que possa ter o pai em identificar, publicamente, esta situação”³⁴⁷.

Prossegue o autor dizendo que: “Os elementos trato e fama, possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado”³⁴⁸.

Neste sentido percebe-se que a fama e o trato em muitas situações irão sobrepor-se ao nome, já que esse depende de alguns outros eventos que não a simples vontade e afinidade do suposto pai. Para que esse dê ao suposto filho seu nome, além

³⁴⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *op. cit.* p. 62-63.

do laço de afetividade e da demonstração desse é necessário que o estado conceda-lhe tal pretensão.

Conseqüentemente, não se terão presentes os três requisitos da posse do estado de filho, mas sem dúvida a demonstração inequívoca de um desses, torna o estado de filho facilmente perceptível.

Do exposto fica evidente que os requisitos supra mencionados não são taxativos, uma vez que a caracterização da posse do estado de filho nos induz a uma outra situação, que na verdade consubstancia-se numa conseqüência da caracterização desse estado.

Cabe aqui apenas fazer algumas referências, destacando principalmente que, assim como em relação à filiação biológica, a filiação sócio-afetiva também está sujeita a necessidade e de comprovação, por isso a importância da constatação dos requisitos necessária à demonstração do estado de filho.

Quanto a esse aspecto, Eduardo Leite leciona que: “A filiação sócio-afetiva pode até nascer de indício, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social”³⁴⁹.

Ante esses dizeres, resta claro que a ideologia do afeto é que permeia a filiação sócio-afetiva, sendo que diante dos elementos caracterizadores da relação entre pai e filho o fator biológico torna-se insignificante face ao caráter afetivo.

³⁴⁷ Ibidem. p. 40.

³⁴⁸ Ibidem.

³⁴⁹ LEITE. Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 84.

Esse posicionamento ajusta-se a lição de Belmiro Pedro Welter, quando esse menciona que: “a paternidade sócio-afetiva é a única que garante a estabilidade social, edificada no relacionamento diário e afetuoso, formando uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano”.³⁵⁰

Corroborando com esse entendimento, José Bernardo Ramos Boeira faz a seguinte indagação: “ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”.³⁵¹

Essa idéia que o autor traduz é igualmente deduzida por outros doutrinadores, cuja pretensão tem como finalidade destacar o ser humano e seus direitos fundamentais, fazendo deste modo, evidenciar como de menor importância o aspecto patrimonial que durante muito tempo serviu de relevo para as questões desta natureza. Deste modo, resta demonstrada a preocupação em fortalecer e enaltecer o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo-se mais importante à exploração da função social do direito em cultivar o afeto como a essência das relações familiares.

Maior destaque está justamente na evidencia do vínculo afetivo em que se consubstancia o reconhecimento da filiação sócio-afetiva, cujas bases estão j na comprovação do estado de filho, fato este que a doutrina tem seguido em direção única, valendo-se os doutrinadores dos mesmos argumentos para caracterizar e sustentar referido instituto.

³⁵⁰ Cf. WELTER, Pedro Belmiro. *op.cit.* p. 150

No Brasil, embora nunca se tenha obstado a filiação sócio-afetiva, ela tem se desenvolvido e sido mais discutida nos centros acadêmicos, bem como pelos operadores do direito que nos últimos anos muito têm se preocupado com a questão. Há por estas razões uma tendência de que com o desenvolvimento da sociedade se amplie cada vez mais o interesse em relação ao fato da filiação sócio-afetiva.

Tratando-se de filiação sócio-afetiva surgem inúmeras indagações, algumas delas até de difícil resposta, haja vista que essas relações não dispõem de regulamentação jurídica expressa capaz de satisfazer com imediatismo às questões propostas para apreciação, fato esse que as relega à pura interpretação do operador do direito que a mercê de regras específicas e no afã de encontrar soluções, acaba tendo que usar do inevitável subjetivismo.

Assim, embora o direito brasileiro não faça referência expressa ao instituto da posse do estado de filho, tendo em vista a relevância deste para o assunto em exame, mister que se teça aqui algumas considerações.

Primeiramente, considerando-se que a posse de estado de filho, não encontra previsão expressa na legislação brasileira, diferente do que ocorre em outros países como na Alemanha onde o Código civil prevê de forma expressa o instituto da posse de estado de filho, permite-se o registro a crítica pela deficiência.

Criticando essa omissão da legislação, João Baptista Villela tece o seguinte comentário: “Se o fundamento da paternidade é de natureza afetiva e não biológica,

³⁵¹ CF. BOEIRA. *op. cit.* passim.

torna-se imperioso abrir espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no direito de família não pode ficar limitado ao âmbito da prova (...)”³⁵².

No que tange ao conceito doutrinário de posse do estado de filho, de conformidade com entendimento de José Ramos Boeira esta se caracteriza por meio de relação afetiva de natureza íntima e duradoura, demonstrada por sua reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento dado na relação existente entre o pai e o filho, onde aquele exercita o chamamento de filho em relação a este que responde em forma de aceitação”³⁵³.

Comenta ainda o referido autor, que conceito de posse de estado de filho deve ser entendido em relação aos direitos e deveres dos filhos para com seus pais e esse em relação àqueles, ainda menciona que: “Não se pode esquecer, que a posse do estado de filho se constitui na base sociológica da filiação, necessitando somente que o nosso ordenamento a eleve da categoria apenas probatória para um caráter jurídico, como já fizeram as legislações mais modernas”.³⁵⁴

Mário Aguiar salienta que: “A posse de estado de filho, apresenta-se como um reconhecimento tácito de grande valia, por constituir-se em verdadeiro estado de permanente e reiterado comportamento dos pais em relação ao filho, que valoriza o reconhecimento por sedimentação”³⁵⁵.

A explicação de Silvio Rodrigues acerca do que vem a ser a posse do estado de filho é bastante simples, mas concentra todos os elementos formadores desse

³⁵² VILLELA, João Baptista. *op. cit.* p. 132.

³⁵³ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *op. cit.* p. 60.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ MOURA, Mário Aguiar de. *Tratado prático da filiação*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 128.

instituto de onde se observa excelente noção do que efetivamente caracteriza referido estado, vejamos:

(...) é aquela situação de fato que se estabelece entre o pretense pai e o investigante, capaz de revelar tal parentesco. O primeiro chama o segundo de filho, e este, de pai àquele. O investigado mantém o menor, paga por suas roupas e por sua educação, trata-o com carinho com que habitualmente um pai trata o filho. Enfim, o comportamento, tanto de um como de outro, aos olhos dos vizinhos, dos amigos, e de todos em geral, parece revelar que efetivamente se trata de pai e filho.³⁵⁶

Parafraseando Belmiro Pedro Welter destaca-se que três são os requisitos do estado de filho afetivo: *a nominatio, a tractus e a reputatio*”³⁵⁷. Ou seja, a pessoa deve ser tratada como se filho fosse, o suposto pai deve atender a manutenção, à educação e etc. e deve ainda haver constante consideração em relação ao filho nas relações sociais. O autor contempla ainda que a doutrina majoritária dispense o requisito nome, bastando que sejam comprovados apenas os requisitos da reputação e do tratamento.

Para Eduardo dos Santos estes requisitos seriam na verdade dependentes da personalidade de cada pessoa envolvendo o seu temperamento e caráter de acordo inclusive com a sua categoria e condição social bem como situação econômica e familiar sem desprezar-se para a avaliação, o grau de educação e instrução e hábitos, isso porque não se pode chamar alguém de filho sem lhe dar o tratamento de filho³⁵⁸.

A título de ilustração tem-se o julgado gaúcho que nos dá uma ampla visão da importância do estado de filho para a caracterização da filiação sócio-afetiva:

³⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 368.

³⁵⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *op. cit.* p. 140.

³⁵⁸ SANTOS, Eduardo dos. *op. cit.* p. 459 et seq.

Ementa: Ação negatória de paternidade. Prescrição. Filiação sócio-afetiva. Ainda que consagre o atual estatuto civil à imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, imperioso, questionar a presença da posse do estado de filho, o que desautoriza a desconstituição do vínculo parental. Apelo provido.(SEGREDO DE JUSTICA) (6 FLS D.) (Apelação cível nº 70006108732, sétima câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Maria Berenice Dias, julgado em 04/06/2003)³⁵⁹

Percebe-se que o julgado primou por valorizar o estado de filho consagrado, considerando exatamente as características acima mencionadas (reputação, nome e trato), em detrimento da verdade biológica.

No que pertine a posse do estado de filho, boa lembrança é a de Julie Cristine Delinski, quando em apreço ao assunto pronuncia se: “a posse de estado, pode constituir-se pela integração de três elementos: o *nomem*, o *tractus* e a *fama*”³⁶⁰. Para ela, esses requisitos se materializam tendo em vista que: o *nomen* ocorre em função do constante uso do nome de família do suposto pai, o *tractus*, em função de o indivíduo ser criado, educado e apresentado como se filho fosse, já a *fama*, consiste no reconhecimento pela sociedade como filho legítimo daqueles que assim o apresenta.

No mesmo sentido, é a opinião de José Bernardo Boeira acerca da classificação dos elementos da posse de estado de filho, quando assim se manifesta:

³⁵⁹ www.tjrs.gov.br

³⁶⁰ DELINSKI, Julie Cristine. *op. cit.* p. 43.

Os elementos que caracterizam e constituem a posse de estado são, tradicionalmente, indicados pela doutrina como sendo, o *nome*, *trato* e *fama*. Assim, deve o indivíduo ter sempre usado o *nome* do pai ao qual ele identifica como tal; que o pai o tenha *tratado* como seu filho e tenha contribuído, nesta qualidade, para a sua formação como ser humano; que tenha sido constantemente, reconhecido como tal na sociedade e pelo presumido pai. Aqui a *fama* representa a exteriorização do "estado", em que terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público³⁶¹.

Da exposição à cerca da posse do estado de filho observa-se por parte da doutrina que tanto em relação aos elementos caracterizadores, quanto à forma como esses se exteriorizam, há uma certa tendência unitarista, o que faz do assunto perante a ótica jurídica uma matéria um tanto quanto pacificada.

Contudo é importante ter-se em mente que esta classificação não se manifesta necessariamente de maneira uniforme, sendo este aspecto observado em igual intensidade no que diz respeito aos seus três elementos, haja vista que em alguns casos observa-se, em função das circunstâncias paternas a menor evidência de um destes elementos, contudo, podendo ocorrer que outro requisito venha sobrepor-se.

É exatamente essa situação que José Bernardo Boeira considera em sua obra tecendo o seguinte comentário: "A intensidade com que irá revelar-se à posse de estado de filho pode variar de acordo com eventuais impedimentos que possa ter o pai em identificar, publicamente, esta situação" Prossegue o autor dizendo que: "Os elementos trato e fama, possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado".³⁶².

³⁶¹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *op. cit.* p. 62-63.

³⁶² *Ibidem.* p. 40.

Com base nestes comentários nota-se que a fama e o trato em muitas situações irão sobrepor-se ao nome, já que esse depende de alguns outros eventos que não a simples vontade e afinidade do suposto pai.

Para que esse dê ao suposto filho seu nome, além do laço de afetividade e da demonstração desse é necessário que o estado conceda-lhe tal pretensão.

Conseqüentemente, não se está sempre diante dos três requisitos da posse do estado de filho, mas sem dúvida a demonstração inequívoca de um desses, torna o estado de filho facilmente perceptível.

Complementando esse raciocínio, destaca Julie Cristine Delinski, “não se pode estabelecer conceitos apriorístico de *trato* e da *fama*. É necessário estudar cada caso particular. A determinação deles decorre das circunstâncias que rodeiam as situações fáticas”³⁶³.

A autora também comenta, em consonância com o posicionamento já externado que os requisitos para a posse de estado de filho não são taxativos: “pode ocorrer que o primeiro elemento não seja parte integrante e essencialmente necessária para a configuração da posse de estado”.

A caracterização da posse do estado de filho nos induz a uma outra situação, que na verdade consubstancia-se numa conseqüência da caracterização desse estado. Essa situação diz respeito ao reconhecimento da filiação sócio-afetiva.

Assim como em relação à filiação biológica, a filiação sócio-afetiva também está sujeita à comprovação, fazendo-se deste modo imperiosa a constatação dos requisitos necessária à demonstração do estado de filho.

³⁶³ DELINSKI, Julie Cristine. *op. cit.* p. 45.

Quanto a esse aspecto, Eduardo Leite leciona que: “A filiação sócio-afetiva pode até nascer de indício, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social”³⁶⁴.

A ideologia do afeto é que permeia a filiação sócio-afetiva, sendo que diante dos elementos caracterizadores da relação entre pai e filho o fator biológico torna-se insignificante face ao caráter afetivo.

Esse posicionamento ajusta-se a lição de Belmiro Pedro Welter, quando em sua obra menciona que: “a paternidade sócio-afetiva é a única que garante a estabilidade social, edificada no relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano”.

Corroborando com esse entendimento, José Bernardo Ramos Boeira faz a seguinte indagação: “ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”.

A idéia do autor, que, aliás, também é seguida pelos doutrinadores aqui já mencionados mais uma vez vem confirmar que o direito contemporâneo está muito mais voltado para o ser humano e seus direitos fundamentais, do que para os aspectos patrimonial, que dominou o direito durante muito tempo, mais uma vez observamos a preocupação em se fortalecer e enaltecer o princípio da dignidade da pessoa

³⁶⁴ LEITE. Eduardo de Oliveira. *op. cit.* p. 84.

humana, tornando mais importante à função social do direito o afeto a essência das relações familiares.

É exatamente essa valorização da ideologia do afeto que se denota patente na jurisprudência pátria, principalmente nos julgados procedentes do Tribunal do Rio Grande do Sul, assim destacamos:

Ementa: Ação anulatória de reconhecimento. parentalidade sócio-afetiva não configurada. A paternidade não é apenas um mero fato, um dado biológico, e sim, uma relação construída na vida pelos vínculos que se formam entre o filho e seu genitor. Caso em que as evidências levam à conclusão de que o reconhecimento da paternidade foi decorrente de erro, e não de decisão consciente do autor, o que o levou a afastar-se da criança, tão logo soube que não era seu filho, entre ambos não se formando a relação sócio-afetiva que deve ser preservada. Negaram provimento, por maioria, vencido o Relator. (SEGredo DE JUSTIÇA) (12 FLS D.) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000849349, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, JULGADO EM 20/08/2003)³⁶⁵

Depreende-se do exposto, que é justamente na evidencia do vínculo afetivo que se consubstancia o reconhecimento da filiação sócio-afetiva, suas bases estão justamente na comprovação do estado de filho, como já mencionamos anteriormente, e quanto a esse particular, a doutrina tem seguido um mesmo posicionamento, valendo-se os doutrinadores dos mesmos argumentos para caracterizar e sustentar referido instituto.

Em conclusão ao relevante tema da posse de estado de filho, observe-se mais uma vez a lição de Belmiro Pedro Welter, que em paráfrase a Engels, nos traz a distinção entre filiação biológica e filiação sócio afetiva.

A filiação afetiva é o elemento ativo, não permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau baixo para outro mais elevado. Já a filiação consangüínea (biológica, genética) é

³⁶⁵ <[http:// www.tjrs.gov.br](http://www.tjrs.gov.br)>

passiva, e só depois de longos intervalos registra os progressos feitos pela filiação sociológica, e não sofre a modificação substancial senão enquanto a filiação social já se modificou radicalmente. A essa situação fática e jurídica denomina-se paradigma da perfilhação biológica, que está em momento de transição com a filiação sociológica³⁶⁶.

No Brasil, embora nunca se tenha obstado a filiação sócio-afetiva, ela tem se desenvolvido e sido mais discutida nos centros acadêmicos, bem como pelos operadores do direito nos últimos anos. A tendência é que, com o desenvolvimento da sociedade se amplie cada vez mais à aplicabilidade da filiação sócio-afetiva.

Este é um fato cuja fundamentação prende-se à consumada evolução da sociedade e principalmente a repersonalização das relações familiares, que vem sendo uma tendência incontestável nas relações contemporâneas, não só naquelas pertinentes ao direito de filiação, mas também no direito de modo geral, nas quais, aliás, o indivíduo e os laços de afeto passam a ser colocado em primeiro lugar.

No âmbito da filiação sócio afetiva surgem inúmeras indagações, algumas inclusive de extrema complexidade que praticamente seriam impossíveis de serem respondidas não fosse a diligencia dos operadores do direito que em busca de soluções acabam por trilhar os caminhos da subjetividade tentando com isso obter para a sociedade uma possível solução jurídica, já que neste assunto o direito legislado apresenta-se lacunoso.

Entre os questionamentos mais freqüentes destaca-se o aparente conflito da paternidade sócio-afetiva oposta contra reconhecimento pleiteado por pai biológico.

³⁶⁶ Ibidem. p. 23.

Sobre essa questão alguns comentários de Eduardo de Oliveira Leite fazem-se pertinentes, embora não esgotem a controvérsia.

Neste sentido comenta referido autor:

A iniquidade gerada pelo exagerado apego ao elemento biológico levou o constituinte de 1988 a encarar o problema sob novo ângulo, talvez menos jurídico, mas bem mais próximo da realidade social. A inserção da noção de paternidade responsável pôs um fim, ao menos formalmente, à insustentável supremacia da paternidade biológica.

A independência entre a linha biológica e a jurídica era demais veemente para que o legislador não se apercebesse, das novas tendências.³⁶⁷

Do posicionamento do autor infere-se que a paternidade sócio-afetiva pode prevalecer em detrimento da biológica, contudo o assunto ainda carece de maior regulamentação, dando margem dessa forma a interpretação diversa da acima mencionada.

Outra questão que merece destaque é quanto à possibilidade de reconhecimento da paternidade sócio-afetiva por escritura pública, tendo em vista que nada dispõe a esse respeito o Código Civil Brasileiro, razão pela qual ideal seria a possibilidade de se assegurar tal direito haja vista a constituição que garante aos filhos igualdade de direitos.

A possibilidade de contestação da paternidade sócio-afetiva em detrimento da paternidade biológica é bastante polêmica, tendo em vista mais uma vez a falta de regulamentação expressa do assunto, contudo, parece bastante conveniente o entendimento de João Baptista Vilella que em seu artigo sobre paternidade e filiação,

³⁶⁷ LEITE, Eduardo Oliveira de. *op. cit.* p. 119.

menciona que: “Direito ao reconhecimento tem-no, entretanto, todo aquele, e somente aquele, a quem falte pai juridicamente estabelecido”.³⁶⁸

A opinião do autor traduz exatamente uma questão de extrema importância, pois a lei neste sentido propiciou uma dupla interpretação, permitindo por vezes que o direito ao reconhecimento, seja da paternidade sócio-afetiva, seja da paternidade biológica, fosse usado para fins outros que não apenas propiciar aquele que não tem pai o direito de tê-lo seja esse decorrente de vínculo biológico ou afetivo.

Entre os questionamentos mais freqüentes na seara do direito de família, merece destaque a oposição da paternidade sócio-afetiva em relação à paternidade biológica.

Referida questão, é sem dúvidas uma das mais polêmicas e relevantes, principalmente ante a falta de regulamentação expressa sobre o tema e até mesmo pela carência de jurisprudências sobre o assunto, merecendo mais uma vez destaque o Tribunal do Rio Grande do Sul, que é o único do país a tratar do tema, valendo-se das expressões, laços de afeto, filho sócio afetivo e outras pertinentes ao tema.

Sobre essa questão Eduardo de Oliveira Leite comenta:

A iniquidade gerada pelo exagerado apego ao elemento biológico levou o constituinte de 1988 a encarar o problema sob novo ângulo, talvez menos jurídico, mas bem mais próximo da realidade social. A inserção da noção de paternidade responsável pôs um fim, ao menos formalmente, à insustentável supremacia da paternidade biológica³⁶⁹.

³⁶⁸ VILELA, João Batista. *op. cit.* passim.

³⁶⁹ LEITE, Eduardo Oliveira de. *op. cit.* p. 119.

A independência entre a linha biológica e a jurídica era demais veemente para que o legislador não se apercebesse das novas tendências.³⁷⁰

Com base nessas lições, resta claro que a matéria pertinente à filiação passou a ter outra dinâmica com a proclamação da Constituição Federal de 1988, e com a consagração dos princípios constitucionais encartados na referida carta magna que o direito de família começa a se transformar especialmente no tocante as relações decorrentes da filiação.

O fato consumado das mudanças constituições representa para o direito de filiação uma definição de *status* nas relações pertinentes. Nessa nova ótica não basta apenas demonstrar a verdade biológica, há também que se considerar as questões pertinentes aos laços de afeto.

A possibilidade de contestação da paternidade sócio-afetiva em detrimento da paternidade biológica é um tanto quanto polêmica, porém não retira dos envolvidos o direito de amparo e retenção de proteção que por sua vez são concedidos nas relações da paternidade biológica.

No tocante ao reconhecimento João Baptista Vilella informa que: “O direito ao reconhecimento tem-no, entretanto, todo aquele, e somente aquele, a quem falte pai juridicamente estabelecido”.³⁷¹

Aqui surge uma questão de extrema importância, pois a lei neste sentido propiciou uma dupla interpretação, permitindo por vezes que o direito ao reconhecimento, seja da paternidade sócio-afetiva, seja da paternidade biológica,

³⁷⁰ Ibidem

fosse usado para fins outros que não apenas propiciar aquele que não tem pai o direito de tê-lo seja esse decorrente de vínculo biológico ou afetivo.

Assim, face às atribuições de qualquer que seja o interesse, cumpre o cuidado em não perder de vista o fato de que o direito de filiação tem caminhado para a aceitação dos vínculos afetivos. Mesmo diante da resistência de alguns operadores do direito no sentido de valorizar e resguardar tais situações, não se pode deixar de considerar que muito já se avançou em relação à referida matéria dando assim ênfase à importância que lhe é devida.

Corroborando este entendimento destaca-se Julie Cristine Delinsk, quando assevera acerca do desenvolvimento social e familiar bem como a busca pela verdadeira paternidade biológica, dizendo que tudo isto vive um momento de maior ênfase afetivo do que genético e o que há de fato é a preocupação com o elemento sócio-afetivo.³⁷²

Do pensamento da autora extrai-se a máxima de que não é possível analisar uma situação referente à filiação apenas sob o aspecto biológico, uma vez que muitos outros elementos certamente influenciam e formam referida relação, os quais, sem dúvida, relevantes para a convivência familiar. Elementos estes que perante a ótica dos princípios consagrados na Constituição Federal e principalmente tendo em vista a dinâmica do direito e a dificuldade do legislador em acompanhar a evolução dos acontecimentos sociais, tornam-se expressivos para a apreciação e aplicação do direito de filiação.

³⁷¹ VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: Verdades e Superstições. Revista Brasileira de Direito de Família – n.º. 2, jul./ago./set./90. p. 131.

³⁷² DELINSK. Op. Cit. p. 38 e seguintes.

Assim, é necessário que sempre se tenha em mente que a norma jurídica não foi criada para perpetuar no tempo, ao contrário, uma vez que seu papel é regulamentar os fatos sociais e esses inevitavelmente se alteram no decorrer do tempo, cabe ao legislador resguardar e regulamentar de forma mais benéfica e satisfatória os problemas eventualmente opostos para apreciação, dando neste aspecto a melhor e mais eficaz solução, aquela que realmente promova no indivíduo o bem estar e a paz desejada. Agindo deste modo terá o direito cumprido o seu verdadeiro papel, ou seja, dar neste caso aos pais e filhos, uma confortável condição de vida familiar em que ambos possam desfrutar do sentimento digno e seguro nas suas relações e a conseqüente realização pessoal.

Hoje, dentre os questionamentos mais freqüentes na seara do direito de família destaca-se a oposição da paternidade sócio-afetiva em relação à paternidade biológica, esta, sem dúvidas, uma das mais polêmicas e relevantes discussões, mormente no que se refere à falta de regulamentação expressa sobre o tema e até mesmo pela carência de jurisprudências que o assunto reclama.

Sobre essa questão Eduardo de Oliveira Leite comenta:

A iniquidade gerada pelo exagerado apego ao elemento biológico levou o constituinte de 1988 a encarar o problema sob novo ângulo, talvez menos jurídico, mas bem mais próximo da realidade social. A inserção da noção de paternidade responsável pôs um fim, ao menos formalmente, à insustentável supremacia da paternidade biológica³⁷³.

³⁷³ LEITE, Eduardo Oliveira de. *op. cit.* p. 119.

A independência entre a linha biológica e a jurídica era demais veemente para que o legislador não se apercebesse das novas tendências.³⁷⁴

Com base nessas lições, resta claro que a matéria pertinente à filiação, tem outra dinâmica com a proclamação da Constituição Federal de 1988, é a partir da consagração dos princípios constitucionais encartados na referida carta magna que o direito de família começa a passar por transformações, especialmente no tocante as relações decorrentes da filiação.

Esse fato ocorre justamente em função de que as relações pertinentes à filiação passaram a ter outro *status* em função dos princípios que informam as relações filiais, após a Carta Magna de 1.988.

Nessa nova ótica não basta apenas à verdade biológica, há também que se considerar a questões pertinentes aos laços de afeto.

A possibilidade de contestação da paternidade sócio-afetiva em detrimento da paternidade biológica é bastante polêmica, tendo em vista mais uma vez a falta de regulamentação expressa do assunto, que permite entendimentos diversos.

No tocante ao reconhecimento João Baptista Vilella informa que: “O direito ao reconhecimento tem-no, entretanto, todo aquele, e somente aquele, a quem falte pai juridicamente estabelecido”.

Aqui surge uma questão de extrema importância, pois a lei neste sentido propiciou uma dupla interpretação, permitindo por vezes que o direito ao reconhecimento seja da paternidade sócio-afetiva, seja da paternidade biológica,

³⁷⁴ Ibidem.

fosse usado para fins outros que não apenas propiciar aquele que não tem pai o direito de tê-lo seja esse decorrente de vínculo biológico ou afetivo.

Não obstante, é importante não perder de vista que a todo o momento o direito de filiação tem caminhado para a aceitação dos vínculos afetivos, mesmo diante da resistência de alguns operadores do direito no sentido de valorizar e resguardar tais situações, não se pode deixar de considerar que muito já se avançou em relação à referida matéria e que várias obras, já foram escritas buscando exatamente, enaltecer referida situação bem como tentando atribuir a matéria à importância que lhe é devida.

Em relação a tal processo, destaca Julie Cristine Delinsk que o desenvolvimento social e principalmente familiar, a busca pela verdadeira paternidade encontra-se num momento em que a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética; funda-se num elemento a mais – o sócio-afetivo.

Com essas palavras, pretende demonstrar a autora, que não é possível analisar uma situação referente à filiação apenas do aspecto biológico, uma vez que muitos outros elementos certamente influenciam e forma referida relação, e tais elementos sem dúvidas são relevantes, quando consideramos as relações familiares sob a ótica dos princípios consagrados pela Constituição Federal e principalmente tendo em vista a dinâmica do direito e a dificuldade do legislador em acompanhar a evolução dos acontecimentos sociais.

Assim, é necessário que sempre se tenha em mente que a norma jurídica não foi criada para perpetuar para todo o sempre, ao contrário, uma vez que seu papel é

regulamentar os fatos sociais e esses inevitavelmente se alteram no decorrer dos tempos e cabe ao legislador resguardar e regulamentar de forma mais benéfica à sociedade tal situação.

CONCLUSÃO

Procurou-se, diante do tema em proposição, refletir sobre o movimento que se processa no direito de família, verificando-se quanto à questão da repersonalização das relações familiares, esta importando numa tomada de sentido voltando-se para a pessoa humana e suas necessidades existenciais, fazendo-se neste aspecto concretizar-se a possibilidade de proteção aos direitos da personalidade.

Buscou-se igualmente investigar nas raízes da família, a medida do exercício do direito de cada um dos seus componentes, cuja verdade do passado, restou projetada mediante conteúdo eminentemente materialista direcionado para o grupo familiar, sem que tenha levado em conta o valor da personalidade de cada componente da referida instituição.

Muito antes de poder falar em família constituída do ponto de vista social, já se notava a presença desse milenar e mais antigo grupo de pessoas que em constante evolução foi aos poucos saltando do seu natural e rudimentar estado, perpassando fases e superando dificuldades, até finalmente chegar ao que se denominou de família ideal, retratada na atual conjuntura como sendo aquela que satisfaz e garante ao ser humano o seu mais desejado sonho de realização pessoal.

Nessa perspectiva, resultou demonstrado que o sistema jurídico atual ao abandonar a concepção de família construída no passado, baseando-se nas novas cláusulas informativas da proteção e garantia dos direitos da personalidade, alargou seu campo de abrangência e estendeu a tutela dos direitos inerentes à instituição

familiar, visando não mais o conjunto de pessoas, mas, sim o conjunto de caracteres do próprio indivíduo.

Os caminhos pelos quais se percorreu para a conquista da satisfação familiar, não estiveram livres e desobstruídos das adversidades naturais e culturais, foram sim, galgados em estreitas escalas, em que cada lance representou importante acesso à conformação da entidade familiar.

O surgimento da instituição familiar, não se pode negar, só foi possível por meio da reprodução humana, resultante do envolvimento de sangue entre um homem e uma mulher, que ao se acasalarem, viam naquele gesto, o reflexo da multiplicação da sua própria imagem e semelhança. Nesse cenário se viu surgir na coexistência da humanidade o que mais tarde recebeu da ciência a denominação de filiação.

Dessa primitiva forma de agrupamento representada em princípio pela junção do homem e da mulher e pela posterior chegada da prole, destacou-se o primeiro núcleo social consagrando-se neste passo a primitiva família de onde se fez erigir toda a formação do universo humano. Consumado este fato, a família passou então a representar uma referência para a formação e o desenvolvimento da sociedade, momento em que lhe foi atribuído o caráter de célula básica da sociedade humana.

Chegando ao seu estágio mais desenvolvido, à família não mais bastava a sua qualidade de marco representativo da evolução humana. Já se faziam necessárias algumas providências no sentido de promover a sua estrutura. Surgiram assim as regras naturais, às quais o núcleo familiar se obrigava. Regras estas que no seu primeiro momento, fundamentavam-se nas próprias necessidades de sobrevivência e proteção do grupo.

Nessa ordem, vivendo seu primeiro momento de experiência, assinalado pelo matriarcado, a família se conduzia sob o comando da figura da mulher, mais tarde substituído pelo patriarcado, regime este que se adotou em razão da representatividade da força masculina.

Num segundo momento de condução da família, em que esta já se encontrava sob o comando do patriarca, as regras que se erguiam, traduziam-se na demarcação do patrimônio e do poder que era centralizado na figura do chefe da família, a quem competia deliberadamente às decisões em relação a tudo que estava a sua volta, era assim o poder supremo em detrimento da liberdade de todos os demais componentes, que formavam o grupo familiar.

Dotado de poder e de cultura, o berço da civilização introduziu suas regras em todo o mundo das sociedades civilizadas, fez crer aos romanos que suas leis eram representativas e que por essa razão deveriam ser seguidas em proveito do desenvolvimento e da manutenção da instituição familiar.

A família que já era grande e multifuncional, na convicção do culto religioso, e das suas crenças, em prol da continuidade e da representatividade do poder, dali retirou suas próprias leis. Manter acesa a chama do fogo sagrado era forma adotada para dar prosseguimento ao culto familiar, único modo de ver perpetuada a memória dos deuses domésticos, atribuição que se confiava somente àqueles considerados filhos.

E, como somente aos homens era dado o privilégio do culto, apenas entre estes é que se estabelecia o parentesco, o que não ocorria em relação ao descendente do sexo feminino, impedido de fazer a transferência do culto familiar.

Nessa ordem de investigação dos valores plurais de liberdade e igualdade, descritos como direitos exclusivos, concluiu-se da pesquisa realizada que a satisfação desses desejos reprimidos ao longo da história familiar, resultou ao que atualmente se denomina de ofensa aos direito à integridade moral, devidamente assegurados em função da garantia da total realização da personalidade humana.

Sob o influxo da estabelecida desigualdade e da imposição verticalizada, duras penas foram instituídas, e mediante a prevalência do poder máximo, durante séculos, vigorou na sociedade familiar o princípio da discriminação marcado pela acentuada exclusão da figura feminina, mulher sem direitos e esposa submissa, situação esta que se impôs também em razão dos filhos.

Consumado o tratamento desigual entre os membros da família, até ali o que de fato existia em termos de organização familiar, traduzia em essência o domínio do poder concentrado, hierarquizado, singularizado. O império era do chefe supremo, senhorio de todas as decisões.

Nesse cenário, pelo presente trabalho verificou-se que àquela época a expressão “personalidade”, dizia respeito apenas aos indivíduos detentores de *status*, somente estes é que detinham capacidade e, portanto, personalidade, a qual tutelava-se através de manifestações isoladas.

Emoldurada na formação patriarcal a família se expandiu e durante séculos, teve como instrumento controlador das suas relações o direito de formação na crença da religiosidade.

Concebido como instituição da formação da família, o casamento representou entre nós uma verdade em termos de construção familiar, assim foi igualmente consagrado o estabelecimento do vínculo da filiação, cuja única realidade atestava-se por meio da herança genética. O filho reconhecidamente se posicionava nesse estado caso fosse concebido biologicamente, parâmetros estes que determinavam a sua condição para a seqüência familiar, tanto em preservação do patrimônio como em razão dos interesses sociais da época.

Face à disseminação cultural a família que o direito pátrio recepcionou, viveu seu primeiro momento sob a égide das normas introduzidas pelas ordenações do reino português, fato que obviamente não poderia ser diferente.

Dada a influência do direito francês, nosso ordenamento jurídico instituiu normas para o direito de família a partir do casamento, tomando como referência para todos os efeitos patrimoniais e de parentesco basicamente o processo da verdade biológica, com que se fez estabelecer normas para distinguir a filiação obtida dentro e fora do casamento.

Do evento duradouro, bem mais tarde, veio a Constituição Cidadã que deu rumos diferentes às questões dessa natureza, e da sua condição implementada por procedimento rigoroso e formal, as normas se flexibilizaram, dando assim novos contornos à concepção do direito de família.

Nesse ponto a pesquisa realizada detectou no cenário das relações familiares a normativa jurídica capaz de conter o descaso do direito quanto ao tratamento digno da pessoa frente à tutela jurisdicional, fazendo, com que fossem viabilizadas as normas baseadas na perspectiva de concretização e efetivação dos direitos fundamentais da personalidade, entendendo-se deste modo, ser possível a consagração da repersonalização das relações familiares.

Assim o casamento perdeu seu caráter de único instituidor da família e novas formas passaram a receber o cuidado da lei no sentido de constituição familiar. Com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana, foi considerado um marco da nova ordem jurídica familiar, tendo-se como razão jurídica maior, o restabelecimento da pessoa e das suas necessidades essenciais e individuais.

O instituto da filiação, de expressiva importância na continuidade familiar, igualmente tornou-se objeto de prioridade do direito e, em função da compreensão axiológica do princípio da dignidade, novas regras se ergueram na codificação atual.

Desta vez em função da determinada paridade, o reconhecimento do afeto entre pai e filho, a denominada filiação sócio-afetiva, que embora não tenha sido objetivada pela lei, face aos princípios instigantes do novo direito de família, passou a receber do direito à pretendida tutela.

Por isso, conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa humana foi pelo ordenamento compreendido e com isso, a partir da concepção de que as necessidades essenciais da pessoa humana possuem caráter de natureza jurídica de direitos de personalidade, incluiu-se na concepção do direito a existência de direitos da personalidade além daqueles positivados. Deste modo, entende-se que toda e

qualquer emanção da personalidade humana que perante o direito pretenda ser tutelada possa de o Estado receber amparo, bastando, para tanto, que se evidencie a necessidade essencial de realização pessoal.

Assim conclui-se que a atual fase em que se encontra o direito de família, faz denotar a distância que existe na contextualização das normas instituídas no passado. Há em torno da moderna estrutura normativa e da atual forma de interpretação legislativa a presença estampada da repersonalização do direito familiar que conta com a constitucionalização das regras codificadas, vez que não viu o legislador outra saída para a solução dos conflitos decorrentes das relações familiares senão a adaptação do direito material à luz do direito constitucional.

E, nesse passo de preocupação, cabe ao operador do direito de família, fazer a implantação do processo de adaptação, cuja evolução familiar requer para a consumação da verdadeira finalidade social do direito, ou seja, o bem comum que nesta ordem representa a família bem assistida e amparada.

Finalmente, ressalta-se que o tema exposto, dada a sua condição de relatividade recente no sistema jurídico, não inspira a pretensão de aprofundamento por conta de um único trabalho dessa natureza, mas que com certeza é instigante e faz aflorar o desejo de prosseguir na sua investigação para que na medida da possibilidade possa contribuir na busca de soluções dos inevitáveis conflitos decorrentes das relações familiares e sobre tudo no fortalecimento da imposição na aplicabilidade do direito com finalidade de garantia da tutela dos direitos inerentes a personalidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder Familiar Nas Famílias Recompostas*. E O Art. 1636. Do CC/ 2002. (coord) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In Afeto, Ética, Família E O Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2.ed. Trad. Dora Flksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A, 1981

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Doutrina Civil. Primeira Seção. *Casamento de fato e concubinato atual: Influência do Casamento Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais – 773, março, 2000.

COULANGES, Numa Denis. Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma*. Trad. De Jonas Camargo Neto e Eduardo Fonseca. 12ª . ed. São Paulo: Hemus, 1975.

BEVILÁQUA, Clovis. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. *Novos rumos do direito de família*. O direito de família e a Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: Posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de Filiação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CASEY, James. *A história da família*. São Paulo: Ática, 1992.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do Casamento e do Divórcio*. Constitucionalidade, Invalidez, dissolução. 1º. v. São Paulo: Saraiva, 1987.

CRETELLA, Júnior José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

CUNHA, Maria Octávia. *Cartilha de Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

DAL COL, Helder Martinez. *A Família à luz do concubinato e da união estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade* (trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro) Lisboa, Morais, 1961.

DELINSKI, Julie Cristine. *O Novo Direito da Filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Adahil Lourenço. *apud*, OLIVEIRA, José Lopes.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. 5º v. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. Trad. De Abguar Bastos. Rio de Janeiro: Editorial Calvino, 1944.

ESPÍNDOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil*.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Paternidade e ascendência genética*. In LEITE, Eduardo de Oliveira.(coord.) *Grandes Temas da Atualidade*. DNA como meio de provas da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FACHIN, Rosana. Da Filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha e DIAS, Maria Berenice (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

FIUZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado (coord.), 1ª. ed., 9. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Investigação de paternidade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1947.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O Companheirismo – Uma espécie de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2005.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD, Waldyr Filho. Famílias Reconstituídas. Novas Relações Depois das Separações. Parentesco e Autoridade Parental. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord) Afeto, Ética, Família E o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Dicionário de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. Introdução ao Estudo do Direito. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LAKATOS, Eva Maria. Sociologia Geral. Instituições Sociais

LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de direito de família: Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

_____. Temas de direito de família. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Procriações artificiais e o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA. Hermes. Introdução à Ciência do Direito. 33 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora de Direito S/A, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. O direito de família e a Constituição de 1988. Coord. . São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. v.1. p. 133-156, abr./ jun. 1999.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. In Jus Navigandi. N. 33 Internet.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Neto Antonio Luís. Sociologia Jurídica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MADALENO, Rolf. Direito de Família em pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2004.

MAGALHÃES Rui Ribeiro de. Instituições de Direito de Família. Leme. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito de Família. V. I, 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MOURA, Márcio Aguiar de. Tratado Prático da filiação. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 17ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. A Filiação Que Se Constrói: O Reconhecimento do Afeto Como Valor Jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

OLIVEIRA, Euclides de. e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In Pereira Rodrigo da Cunha (coord.) Dias Maria Berenice.

OLIVEIRA, Guilherme de. Critério Jurídico da Paternidade
Coimbra: ALMEDINA, 1998.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito Civil. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

OLIVEIRA, José Lopes. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

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

OLIVEIRA, Wilson. Direito de Família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. V. 5 . Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha e DIAS, Maria Berenice. (coord) Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha e DIAS, Maria Berenice. Direito de Família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. O nó e o Ninho. In Reflexões para o futuro. São Paulo. Editora Abril, 1993

PINTO, Tereza Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueredo. Direito de Família e do menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Lei nº. 10.406, de 10.01.2002. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. 27ª. ed. São Paulo Saraiva, ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de Direito Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROQUE, Sebastião José. Direito de família. São Paulo: Ícone Editora, 1994.

SAMPEL, Edson Luiz . Introdução ao Direito Canônico. São Paulo: LTR, 2001.

SANTOS, Eduardo dos. Direito de Família. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Américo Luís Martins. A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SOARES, Orlando. Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TLAGLA, Mieczyslaw. Aplicação de Penas canônicas. Justiça com caridade. trad. Do autor. São Paulo: LTR Editora Ltda, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Direito de família e do menor. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEPENDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil Constitucional Brasileiro. In Temas do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WALD, Arnaldo. O Novo Direito de Família. Curso de Direito Civil Brasileiro. 15ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade Entre As Filiações Biológica e Socio-afetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, a. 27, n. 21, p. 401, maio, 1979.

_____. O Modelo Constitucional da Filiação. Verdades e Superstições. Revista Brasileira de Direito de Família. n. 2, Jul./ag./set. p. 131, 1999.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)