

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

**EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA DO DIREITO DE
FAMÍLIA E FILIAÇÃO NO BRASIL**

CRISTIANE ESTEVES SUZUKI

SÃO PAULO – SP

2014

CRISTIANE ESTEVES SUZUKI

**EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DO DIREITO DE
FAMÍLIA E FILIAÇÃO NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenadoria Geral de
Aperfeiçoamento e Especialização da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – COGEAE, como requisito final
para obtenção do título de Especialista
na matéria de Família e Sucessões,
orientada pela Professora Maria Lígia
Coelho Mathias Archanjo.

SÃO PAULO

2014

AVALIAÇÃO:.....

ASSINATURA DO ORIENTADOR:.....

***“Educai as crianças hoje, para não precisar
punir os adultos de amanhã.”***

Pitágoras

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que acompanharam minha evolução, em especial à minha querida mãe pelo apoio, compreensão e dedicação incondicional em todos os momentos. Ao meu noivo, pelo incentivo e carinho durante todo trajeto, e aos amigos e professores da PUC-COGAE, e à minha Professora orientadora Maria Lígia Mathias Archanjo.

RESUMO

Pretende-se por meio do presente trabalho mostrar a vivência de um processo histórico evolutivo importante através da transformação da ideologia patriarcal impulsionada pela revolução feminista onde a família, apesar de ter sofrido variações do modelo tradicional, continua sendo, conforme Rui Barbosa dizia *a célula mater da sociedade*, ou seja, a base para que uma sociedade cresça e evolua, sendo possível, a partir daí (da família), estabelecer todas as outras relações sociais.

De maneira clara e sucinta, mas sem o intuito de esgotar o tema, busca-se demonstrar a evolução histórica e legislativa, tanto do Direito de Família quanto da filiação no Brasil, até chegar nos tempos atuais onde muito se discute sobre a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo e famílias compostas por mais de uma mãe ou mais de um pai, revelando ainda uma forte resistência de se enxergar e regularizar as tantas situações que ocorrem envolvendo esse tipo de relação.

Diante de tais fatos sociais estaria nossa justiça preparada para decidir questões familiares sob este novo enfoque? Serviria apenas aos costumes e a nossa pacificadora jurisprudência para atender os novos reclames sociais? São questões como estas que serão abordadas para uma reflexão.

Palavras-chaves: Evolução Histórica, Direito de Família, Filiação e Atualidade.

OBJETO E OBJETIVO DO TRABALHO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar as modificações no que tange ao Direito de Família e apontar a evolução legislativa e social do conceito de família, bem como o de filiação, utilizando-se por base o Direito Romano e as legislações que fizeram parte do ordenamento jurídico brasileiro. Compreendendo a necessidade de adequação das leis conforme os diversos modelos de família formados através dos costumes e comportamentos.

Visa mostrar inclusive a grande evolução constitucional e comportamental do papel feminino no cotidiano profissional e familiar fazendo um comparativo direito dos tempos passados com o presente. E, por conseguinte a mudança do homem nas relações profissionais e familiar frente a evolução da mulher.

Busca expor a alteração da ideia inicial preexistente de não aceitar como família as entidades formadas por homossexuais, mostrando que formação de caráter e respeito não está ligada a orientação sexual de cada pessoa, bem como a introdução constitucional de um novo conceito que antes era chamado de concubinato e hoje assume uma nova forma de constituição de família, a União Estável.

Em meio tantas modificações de fato pela sociedade, evolução para uns e retrocesso para outros, houve a necessidade imperiosa de adequação das normas brasileiras para regular tais relações sociais hoje tão presentes.

SUMÁRIO

Introdução	09
1. Breve Cenário Histórico Evolutivo do Direito de Família: Conceito e Origem	11
2. Direito de Família: Código Civil de 2002	16
<i>2.1. Conceito de Família no Código Civil de 1916</i>	17
3. Direito de Família nos Tempos Atuais	18
4. Breves Considerações Sobre a Interferência Estatal no Direito de Família	23
5. Decisões Atuais que Contrariam a Realidade	25
6. Novos Modelos de Família	26
<i>6.1. Modelo de Nuclear, Unilinear, Monoparental, Eudemonista ou Sociológica</i>	26
<i>6.2. Homossexualidade e a Figura da Entidade Familiar</i>	27
7. Filiação: Conceito e Evolução Histórica	28
<i>7.1. Presunção Legal de Paternidade</i>	29

7.2. Ação Negatória de Paternidade	29
7.3. Provas de Filiação	31
8. Critérios Jurídicos da Filiação: Biológico e Afetivo	32
8.1. Critério Biológico	33
8.2. Critério Afetivo	34
9. Noções Sobre as Espécies de Filiação Existentes	35
9.1. Filiação Socioafetiva	35
9.2. Filiação Socioafetiva na Adoção	36
9.3. Filiação Sociológica no Filho de Criação	36
9.4. Filiação Socioafetiva na Adoção à Brasileira	37
9.5. Filiação Socioafetiva na Reprodução Humana Natural	37
9.6. Provas para o Reconhecimento do Filho Afetivo	39
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a evolução histórica vivenciada por meio do Direito de Família, tendo como marco inicial a antiguidade até chegar aos dias atuais.

Sabemos que é reconhecido como entidade familiar o casamento civil, a união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, isso, segundo a Constituição Federal de 1988, artigo 226, parágrafos 1º, 3º e 4º. Porém, salienta-se que atualmente já se reconhece a juridicidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Porém, etimologicamente falando a palavra família, advém do latim *família* e significa o conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do pater famílias. Com sua evolução tornou-se sinônimo de *Gens* que seria o conjunto de agnados, os submetidos ao poder em decorrência do casamento e os cognados parentes pelo lado materno.

Entretanto os diversos arranjos familiares e a forma de organização tem alterado profundamente a estrutura interna e afetiva da família aqui no Brasil. Essas mudanças que ocorrem nesses novos núcleos domésticos levam a uma nova figura dentro do Direito de Família, por exemplo, a filiação socioafetiva, a qual se suscitou diversos questionamentos.

Essas relações podem surgir da convivência entre um dos conviventes e os filhos biológicos do outro. E, apesar desses vínculos serem estabelecidos peça afinidade, não há como negar que não se limitam a esses, pois podem emergir a maternidade ou a paternidade sociofativa. Desta forma, revela-se como proeminente dentro desse novo paradigma, avaliar não somente o aspecto jurídico, mas também o afetivo, tendo como objetivo estabelecer quem realmente assume o papel de pai ou de mãe dentro desse novo conceito de lar.

Logo, pode-se entender que o pai ou mãe é aquele que, mesmo sabendo que não é o pai ou mãe biológica, proporciona em favor da criança ou do adolescente, atitudes de real afeto.

A respeito do tema, o Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de haver o reconhecimento da filiação socioafetiva ao dispor que: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Em vista disso, a doutrina se posiciona no sentido de que, quando o dispositivo se refere “outra origem”, insere a socioafetividade do parentesco, isto é, aquele orientado pelo amor, carinho, respeito, afeição, mesmo que a relação existente não advenha de parentesco biológico, o qual era considerado o único capaz de gerar efeitos sociais e jurídicos antigamente.

Além de estarem reconhecidas pela sociedade, essas relações socioafetivas estão intimamente ligadas e protegidas pelo Direito, visto que delas surgem direitos e deveres que devem ser exercidos e respeitados, por isso precisam ser estudados e compreendidos a partir de sua evolução legislativa que, por sua vez, está intimamente ligada com a evolução histórica.

1. BREVE CENÁRIO HISTÓRICO EVOLUTIVO DO DIREITO DE FAMÍLIA: CONCEITO E ORIGEM.

Primeiramente devemos tomar por base o Direito romano já que o ordenamento jurídico brasileiro baseia-se nos ensinamentos de Roma. No Direito romano a família fundava-se na autoridade de um chefe, este era o soberano, formando assim, uma família de cunho patriarcal.

O poder familiar (*pater família*) ficava concentrado nas mãos do chefe, exercendo sobre os filhos o direito de vida e morte, desse modo, a mulher jamais iria elevar-se à posição de *pater família*, ficando sempre subordinada às vontades do marido. Representava um relacionamento de total submissão por parte da mulher, a qual representava o papel de mãe e de esposa.

Antes disso, em tempos primitivos, o homem era subordinado à natureza, vez que não existia a figura do afeto no relacionamento entre homem e mulher sendo que o único objetivo visado era a procriação e por vezes a sobrevivência.

Na antiguidade, com o advento do Código de Hammurabi, os casamentos entre diferentes camadas sociais eram diferenciados e a forma de ver a família também, pautando-se para o patrimônio e contrato, sendo que o código regulava especificamente a herança dos filhos nascidos desses ‘relacionamento regular’¹.

Podemos dizer então que a ideia de família surgiu muito antes do Direito e dos códigos, pois, trata-se de um a uma mutação continua de relações, ou seja, muda no tempo de sua constituição e consolidação em cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração.

Na Idade Média, as relações familiares passaram a sofrer grandes influências do Cristianismo, essencialmente da Igreja Católica, e, a família por sua vez passou a ser fundamentada no casamento religioso, representando além do acordo de

¹ Relacionamento regular é a família formada por um homem (pai) uma mulher (mãe), unidos por matrimônio, e que dessa união nasce os filhos, compondo uma família tradicional, nuclear ou elementar.

vontades, um sacramento. Além disso, a esposa passou, timidamente, a ter direitos sobre parte do patrimônio do marido, no entanto, este ainda exercia o pátrio poder², porém, mais restrito e menos autoritário.

Não podemos deixar de dizer que a ideia inicial da configuração de família está intimamente atrelada ao casamento monogâmico, ao modelo patriarcal e a propriedade privada.

Apenas para citar um exemplo dessa família patriarcal, no Código de Manu, foi reiterada a incapacidade da mulher de sozinha se reger, e menos ainda reger a família, a figura do divórcio também era diferente, era possível a separação desde que a deficiência fosse da esposa, porém, era o marido quem decidia sobre a manutenção ou não do casamento e ainda o compromisso da fidelidade no casamento era regulado e exigido por lei a qual previa como pena a morte para o adúltero.

Com o transcorrer do tempo, o patriarcalismo entrou em decadência, principalmente após as revoluções modernas, como a Revolução Industrial e a vitória da liberdade de pensamento presente nos países democráticos.

Na pós-modernidade, muito embora ainda possamos enxergar algum ranço preconceituoso, já é possível aceitarmos a família como sendo um conjunto de indivíduos unidos por laços de afetos, sem qualquer restrição.

O Código Civil de 1916 considerava o casamento constituído pelo matrimônio como a única família legítima, onde se impedia sua dissolução e fazia distinções entre seus membros, apresentava ainda qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação.

Felizmente esse comportamento foi afastado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, os quais equipararam a união estável ao casamento e igualaram a situação dos filhos.

A Professora Maria Helena Diniz explana que com a chegada da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), ocorreu o

² O pátrio poder está relacionado à figura do homem, o qual detinha o posto de chefe da família e senhor das decisões familiares. Denominado sistema patriarcal ou patriarcalismo.

rompimento do patriarcalismo, uma vez que não reside mais no ordenamento jurídico pátrio qualquer forma de desigualdade entre os filhos e os direitos e deveres dos cônjuges ou companheiros, isto é, foi estabelecida a completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais.

A contar da Constituição de Federal de 1988, a evolução da família, passou a ser composta não apenas pelo casamento, mas também pela união estável, prescrita no artigo 226, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, e ainda pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sendo essa a família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, eudemonista³ ou socioafetiva, prevista no artigo 226, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988, baseando-se em uma comunidade formada pelo afeto, em que os membros se unem por um sentimento de solidariedade, o que a separa de toda coletividade, e é a chamada família sociológica.

O Direito de família contém normas jurídicas relacionadas com a estrutura, organização e proteção da família. Está relacionado diretamente com a convivência familiar e com as obrigações e direitos decorrentes dessas relações.

A família representa uma formação social, um lugar-comunidade, destinado à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes, de modo que exprime uma função instrumental para uma melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.

Este é entendido como o mais humano de todos os direitos, protetor do ser humano desde antes do nascimento, ao longo de toda sua vida e até mesmo depois de sua morte. E para consecução de tal objetivo busca proteger e dar segurança ao ser humano, inserindo-o em uma família e se comprometendo com o respeito da sua dignidade. (DIAS, 2010, p.81).

³ Eudaimonismo (do grego: eudaimonia - felicidade) ou eudemonismo. É uma doutrina segundo a qual a felicidade é o objetivo da vida humana. A felicidade não se opõe à razão, mas, é a sua finalidade natural. O eudemonismo era a posição sustentada por todos os filósofos da Antiguidade, apesar das diferenças acerca da concepção de felicidade de cada um deles. Dessa forma, diz-se que a família eudemonista é um conceito moderno que se refere à família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pela comunhão de afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuos entre os membros que a compõe, independente do vínculo biológico.

Em virtude das enormes mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais da sociedade, surgem novas formas de convívio, acarretando assim uma completa reformulação do conceito de família nesta realidade mundial globalizada.

Segundo os autores, Maria Berenice Dias e Pietro Perlingieri, o elemento caracterizador da família atual não deve estar relacionado ao casamento, às relações de sangue, e muito menos na diferença de sexo do par e sim, na comunhão espiritual e de vida verdadeira que une as pessoas com mesmo objetivo de vida e comprometimento mútuo.

Atualmente o casamento e a união estável são entidades familiares com a mesma aparência jurídica, de acordo com a Constituição Federal de 1988, logo, passaram a valorizar a relação afetiva e amorosa na relação entre casados, conviventes, pais e filhos, marginalizando-se a desprezível hierarquia do casamento, revelando o início de uma nova linha de pensamento.

Entretanto, há quem afirme que exista diferença entre o casamento e a união estável, sendo esta em relação à prova, na medida em que aquela possui uma prova pré-constituída, qual seja, certidão de casamento enquanto que neste a prova é pós-constituída.

Então, no sentido de equiparar ou não a união estável ao casamento duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais integra o ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a primeira corrente preza pela equiparação da união estável ao casamento, embasada na Constituição Federal, nas Legislações esparsas e no Código Civil de 2002, sendo outorgado aos membros da união estável todos os direitos e deveres do casamento; já a segunda, prega a tese de desigualdade familiar, em que possui como parâmetro o prescrito pelo artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição Federal de 1988, elucidando que, caso houvesse equiparação, constaria na lei e não apenas a menção de conversão da união estável em casamento.

Independentemente dessa discussão não se pode olvidar em reconhecer que tanto a união estável quanto o casamento são entidades familiares, e, nelas são construídos os mesmos sentimentos: amor, o carinho, o respeito, a fidelidade, a assistência mútua, o companheirismo, o afeto, a convivência, a paz familiar e, por fim, a intenção de construção da família.

Na tentativa de equiparar a união estável ao casamento, o professor Orlando Gomes afirma que:

A união estável é uma família, inundada pelos mesmos propósitos do casamento, porque os conviventes, ou são solteiros, separados judicialmente, divorciados, viúvos, ou, ainda, separados de fato, possuem relação jurídica com outra sociedade conjugal. O que importa na união estável é o reflexo do casamento, com comunhão plena de vida entre os conviventes, pois as uniões estáveis devem ser constituídas “à imagem e semelhança do casamento” (...) e “importa menos o ato solene de constituição da família do que a vontade contínua de manter os vínculos afetivos que sustentam a conservação do grupo familiar”.

Por outro lado, o mesmo autor supracitado, apresenta outro argumento para os que não admitem a igualdade entre o casamento e a união estável:

Outro argumento apresentado pelos que não admitem a igualdade entre casamento e união estável é que no casamento há família legítima e, com a igualdade, estar-se-ia desprezando essa Instituição, promovendo cada vez menos o matrimônio, na medida em que na união estável há menos burocracia e deveres a serem suportados.

Apesar das discussões e divergências esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento.

Dizendo-se assim que o Direito de Família possui o condão de estudar as relações conjugais de pessoas unidas pelo matrimônio, bem como os que convivem em união estável; além de analisar as relações entre pais e filhos e a proteção legal destes perante o direito brasileiro.

Destarte, a família é uma instituição que trata de uma união associativa de pessoas em torno de um núcleo comum. É um grupo de pessoas em interação no grupo doméstico na relação extra patrimonial, personalíssima, irrenunciável, intransmissível,

não admitindo condição ou termo. As normas que predominam são de ordem pública, por isso não podem ser contrariadas por convenção entre as partes.

Não representa apenas os laços sanguíneos, pois as mudanças impostas pelo tempo, pelas necessidades e pelos costumes afetaram diretamente a ordem jurídica estabelecida.

Ademais, a evolução legislativa demonstra as necessidades mais pungentes da sociedade em cada época, por exemplo, a Constituição de 1824 não fazia qualquer menção relevante à família, havendo como determinante, somente o casamento religioso.

O Código Civil de 1916 admitia unicamente o casamento civil como elemento formador da família, muito embora a doutrina, jurisprudência e leis especiais já passassem a reconhecer uniões estáveis.

Enfim, a evolução do Direito de Família é compreendida como um benefício para as pessoas, na qual são abandonados valores antigos e abraçados outros, tais como: uma nova reformulação da instituição do casamento e da família na contemporaneidade, entendendo a afetividade como elemento indissociável da família atual.

2. DIREITO DE FAMÍLIA: CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 vem modificar a visão patrimonialista e patriarcalista do Código de 1916, buscando, segundo Clóvis Bevilacqua, imputar ao novo códex os traços consentâneos com a realidade do momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira.

Hoje nos deparamos com uma legislação que passou por inúmeras transformações, em todas as áreas, mas em relação à família, nos dizeres de Teresa Ventura, "... é hoje um espaço emocional à procura de novos equilíbrios e que pode

revestir as mais diversas formas. Nos últimos anos sofreu grandes modificações: o aumento do número de divórcios, o planejamento familiar, a mudança do papel da mulher, a valorização do amor...”.

O direito por sua vez não poderia permanecer à margem, sem adaptar-se aos anseios de uma sociedade oprimida pelas regras de outrora. Sendo necessário uma renovação da vasta legislação das relações familiares.

Podendo-se constatar que o Código de 2002 adveio com uma visão mais amplificada dos aspectos primordiais do Direito de Família à luz dos princípios e normas constitucionais, arriscando-se dizer até que o ‘novo’ código civil nasceu com uma visão constitucionalizada.

2.1. Conceito de Família no Código Civil de 1916

O Código de 1916 tratou o Direito de Família em três grandes temas: o casamento, o parentesco e os institutos de direito protetivo (tutela, curatela, ausência).

De acordo com Gustavo Tepedino o Código Civil de 1916 é fruto de uma doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código Napoleônico e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro, quando na virada do século, redigiu o primeiro Código Civil.

Não se pode deixar de mencionar que o Código Civil desse período, diferenciava filhos legítimos, ilegítimos, filhos naturais e adotivos, e, consequentemente, diferenciava também as formas de sucessão de cada um.

Contudo, esse sistema (1916), foi um marco relevante, pois, o sistema brasileiro, em especial na área de família, passou a ter suas próprias regras, excluindo assim as regras do período colonial.

Nessa época a família possuía perfil peculiar que se mantinha conservadora, visando ainda a instituição do casamento como indissolúvel. Apesar de ainda não existir

o instituto da União Estável, já havia pessoas convivendo como marido e mulher sem terem casado, que eram contempladas pelas decisões judiciais, como concubinato⁴.

Já o constituinte de 1988 não realçou que a entidade familiar deveria ser, por exemplo, necessariamente composta pelo casamento, pelo contrário, foram expressamente admitidas como entidades familiares a união estável⁵ e a comunhão formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁶.

Assim, diversas mudanças, em especial jurisprudenciais, foi sedimentado um novo conceito, para além da legislação estacionada do antigo Código, até chegarmos ao advento da Constituição de 1988, que se tornou um marco frente a todas as manifestações que a própria sociedade já demonstrava.

3. DIREITO DE FAMÍLIA NOS TEMPOS ATUAIS

Entender a evolução da família na história é entender a mudança dos paradigmas sociais modernos, e as motivações de suas pretensões resistidas no direito de família atual.

Nos tempos atuais é muito questionado o limite de intervenção do Estado sobre as questões tão íntimas e particulares como aquelas que temos no Direito de Família, questiona-se se o Estado não estaria intervindo de forma excessiva na vida privada do cidadão ao estabelecer, por exemplo, que existe um culpado, ou não para o

⁴ Até a Constituição de 1988 no Brasil, havia duas formas de concubinato, o puro e o impuro ou adulterino. No puro, um homem e uma mulher livres, sem nenhum vínculo impeditivo como o casamento iam morar juntos sem, entretanto, se casarem formalmente com o intuito de formar família. O concubinato impuro ou adulterino é aquele em que um dos dois é casado e como tal, não pode se vincular a um outro relacionamento afetivo, sem romper o casamento ou a convivência com a esposa, através da separação de fato em que o casado abandona o lar conjugal sem, entretanto, se separar da esposa ou se divorciar. A Constituição de 1988 tratou o concubinato puro como união estável, com os mesmos requisitos do casamento civil. Já a relação caracterizadora do concubinato adulterino passou a ser chamada simplesmente de concubinato.

⁵ Constituição Federal, Artigo 226, §3.

⁶ Constituição Federal, Artigo 226 §4.

fim do casamento. Ou, estabelecer que relação afetiva só pode ser regularizada se se tratar de homem e mulher, ou ainda estipular que o sistema deva ser monogâmico sob pena de ser considerado infrator criminal.

Por isso se indaga tanto se poderia o Estado regulamentar detalhadamente as relações afetivas das pessoas que optam por manter uma relação amorosa sem o ‘selo’ de oficialidade do casamento. Não seria uma invasão à privacidade daqueles que não desejam a intervenção do Estado em sua vida privada?⁷

O fato é que o retrato atual não reflete mais o modelo clássico, pois, aquele que parece ser o pai pode ser o padrasto, ou simplesmente é o “*novo*” amigo da mãe; a moça com uma criança no colo nem sempre é a mãe, mas uma meia-irmã mais velha, fruto de um casamento anterior de seu pai ou de sua mãe; os três jovens que dividem o mesmo teto são um casal e uma amiga, ou filhos de casais distintos ou ainda irmãos unilaterais que agora vivem com um dos pais.

Enfim, essa nova roupagem é resultado das conjunturas sociais e econômicas próprias dos dias atuais, realizando a mudança familiar, que transforma os tipos conservadores, em várias formas de se ver e perceber a formação destes modos de constituir e refazer as *teias familiares* ⁸, que vão se afastando do núcleo e ganhando novos níveis estruturais com mais e distintos componentes.

Em razão desse cenário é que esse momento é considerado importante e fértil para a reflexão e entendimento da triste incapacidade da Justiça de compreender o seu papel institucional e social.

O aparato judicial, da forma como organizado e estruturado, não consegue mais sustentar a Justiça idealizada pelo Direito, por outro lado, sabemos que não é

⁷ A doutrina moderna vem entendendo que não cabe ao Estado estabelecer paradigmas e conceitos fechados de família. Não cabe ao Estado invadir e sufocar a seara familiar, ou seja, não cabe ao Estado a delimitação dos relacionamentos, podendo cada um, escolher o que achar melhor para si. Sobre o assunto, vide matérias sobre ‘O Princípio da Intervenção Mínima no Direito de Família’.

⁸ Entende-se por teia familiar ou teia relacional a composição de elementos que tornam as relações unas, mas ao mesmo tempo diferentes de todas as outras, sendo esta a maior diversidade, pois é composta por uma complexidade e multiplicidade de relações e dimensões, que assentam sobretudo, na reestruturação dos modelos vivenciados na família de origem. O sistema de teia familiar pode ser composto pelo todo (grupo familiar) ou pelas suas partes (cada elemento), que se relacionam entre si, através de interações constantes, numa complexa teia de relações.

possível democracia sem Justiça e não existe Justiça sem os aparelhos do Estado funcionando.

E, dentre os males causados pela morosidade do Judiciário, não se pode deixar de apontar um aspecto especial na Justiça, que são os processos ligados ao Direito de Família. Nunca é demais repetir que é justamente aí, na família, que residem, nascem e morrem todas as questões mais fundamentais do ser humano, é aqui que se funda e se estrutura o sujeito, transitando a afetividade, o amor fraternal, conjugal e até social.

Quando ocorre um conflito na família e chega às portas de um tribunal, o cidadão se depara, na maioria das vezes, com esse outro grande problema, que é a lentidão do Judiciário, talvez maior que o próprio problema originário, pois, a justiça tardia, não poderia ser considerada justiça.

Dessa forma, o problema das injustiças ocasionadas pela lentidão do poder de Estado, esta vinculado também à sua própria concepção. No caso específico da justiça da família, os procedimentos e regras processuais, sistemática de recursos são ainda os mesmos de um processo civil comum, onde se discute, por exemplo, a dissolução de uma empresa, ações comerciais, possessórias entre outras.

Sendo que a função da sistemática dessas ações aplica-se também às ações relacionadas ao Direito de Família contribuindo para inviabilização de se fazer justiça nessa seara, pois, se pensarmos que uma ação de pensão alimentícia, geralmente, leva o mesmo tempo e serve das mesmas regras de que qualquer cobrança comercial entenderemos por que uma execução de alimentos transforma-se quase sempre em um calvário ao alimentando.

Esta mudança social é realizada com uma velocidade incompatível com o sistema legislativo atual, incapaz de acompanhar esta rapidez com que as mudanças se apresentam, desfavorecendo a tão desejada celeridade processual, e mais, estagnada pelos pré-conceitos, sem a reflexão necessária para entender que a mudança de nossas estereotipadas famílias apresentam-se de modo extrínseco.

Conforme bem coloca Silvia Maria Schafranski (SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli. *A Lei n.º 9.278/96, a família e o direito – conceitos gerais*):

A relevância da instituição familiar e da vida em família como pilar de sustentação da formação sócio-cultural humana jamais poderá ser contestada. Porém, não há como ignorar que a família brasileira contemporânea em muito difere dos padrões clássicos através dos quais inicialmente se estruturou, o que reflete as mudanças que veem ocorrendo na sociedade em seu processo de evolução histórica. E este processo necessariamente em eterna metamorfose cria novos agentes, novas relações e novos conflitos. Em destaque, para as pessoas sem vínculo consanguíneo, mas de afinidade, que podemos caracterizar como todas aquelas que frequentam e se relacionam dentro do ambiente familiar, na territorialidade da residência ou extraterritorialidade familiar, mas de convivência comum, no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. O antigo padrão secular de família existente no Brasil colônia, por exemplo, onde a vida dos indivíduos girava em torno de agregados familiares vastos, submetidos à autoridade patriarcal, foi paulatinamente cedendo lugar a um tipo de família cada vez mais urbanizada e reduzida a um núcleo geracional integrado apenas por pais e filhos, e modernamente falando, tendo na matriarca a sustentação moral e financeira da família pós divórcio do casal, ou mesmo no pós-separação, mormente nas famílias atuais, em sua maioria, são formadas por casais surgidos simplesmente pela união estável, inclusive naqueles de pessoas do mesmo sexo.

Alguns autores consideram que o mito da grande família "*unida e de sólidos princípios*", de antigamente, representa apenas um estereótipo, fruto de valores idealistas, uma vez que não eram raras já em épocas passadas as uniões tidas pela sociedade como "*imorais*" e pela legislação como "*ilegais*", mas que hoje não só se mostram como perfeitamente normais, no conceito moral, como amparadas legalmente, no Brasil.

A reflexão acerca do novo cenário da família atual se faz necessária para trazer à tona a necessidade de se ter um entendimento interdisciplinar sobre a temática, observando a mudança de comportamento dos membros familiares ao longo dos tempos e a análise da sexualidade humana, pois se mostra imprescindível a harmonia das

Ciências para que sejam rompidos os obstáculos para o reconhecimento dos direitos a estes novos arranjos familiares.

Por isso que devemos considerar a importância da interdependência das ciências jurídicas com a sociologia jurídica⁹, de tal sorte que esta é inseparável daquela, não podendo separá-las um milímetro sob pena da aplicabilidade injusta e tardia.

Aliado a isso, o enorme número de ações interpostas no Judiciário versando sobre os novos relacionamentos familiares, retira qualquer dúvida acerca da importância do estudo dessa temática, para esclarecer devidamente em que consiste a família atual, sua estruturação, os deveres e direitos dos seus membros e, para dar a solução mais acertada e justa a estes novos questionamentos.

Imprescindível reconhecer que a grande transformação estrutural ocorrida na família influiu de forma muito positiva para sua evolução, o que pode ser verificada através das muitas conquistas que trazem uma realidade familiar diferente, mais aberta e descontraída.

Embora pretenda-se enfatizar a evolução da instituição familiar e mostrar as inovações benéficas trazidas com a Constituição Federal de 1988 para o âmbito do Direito Civil, não significa afirmar que o Direito de Família não esteja ainda carente de reformas e atualizações.

Diante disso, o Direito de Família em direção a um novo perfil alerta para a necessidade de uma reformulação metodológica do Direito Civil para ver concretizado o reconhecimento dos novos relacionamentos familiares que despontam no ordenamento jurídico brasileiro.

Necessita de um o reconhecimento e a legitimação do reconhecimento dos novos relacionamentos familiares, em prol da resolução das inúmeras controvérsias relativas ao âmbito familiar, do bem-estar psíquico e social das pessoas, do respeito ao Estado Democrático de Direito e também ao princípio da dignidade humana.

⁹ A sociologia jurídica é aquela que procura saber exatamente em que condição se dá à relação feita entre a sociedade e o direito, de que maneira a sociedade é impactada pelo próprio direito, pelas leis e pela eficácia menor ou maior da leis nas relações sociais.

4. BREVE COMENTÁRIO SOBRE A INTERFERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Em decorrência de todas as mutações ocorridas na sociedade, já mencionadas, o papel do Estado contemporâneo foi redesenhado. Sendo fato que ele ainda continua a se valer da antiga ideia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e deste modo, portando-se como protagonista permanece, interferindo indevidamente, segundo alguns, no tocante ao exercício da autonomia privada na vida familiar das pessoas.

Mesmo após reformulação de vários conceitos, o Estado atual ainda continua muito influente na sociedade, situação às vezes não muito condizente com o atual Estado Democrático de Direito, cujas propostas giram em torno da não existência de separação entre Estado e sociedade, sendo aquele constituído pela sociedade para promover e salvaguardar os direitos dos seus integrantes.

De acordo com Sarmiento (2005, p.27), a incoerência do princípio da supremacia do interesse público no sistema jurídico brasileiro atual justifica-se no risco e entrave que este representa aos direitos fundamentais.

Sendo assim, entender pela supremacia do referido princípio significa dar azo ao predomínio de resquícios conservadores e autoritários que remontam ao Código Civil de 1916, os quais não são mais compatíveis com o sistema jurídico brasileiro guardião dos direitos fundamentais e que convive, cada vez mais, com a complementaridade existente entre o direito público e privado em virtude da interdependência entre ambos.

Devida a importância atribuída pela Constituição Federal de 88 aos direitos fundamentais de interesses e direitos mais valiosos constantes em uma sociedade, cabe ressaltar que estes, na presente conjectura, não devem ser compreendidos apenas sob o viés individualista, sendo condizente tê-los como oponíveis também aos particulares.

Valendo-se novamente das lições do autor Sarmiento (2005, p.73) no tocante ao papel estatal e respeito da autonomia privada, tem-se que:

Deve-se caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se repute mais adequada aos “valores sociais”, ou mais conforme aos interesses gerais da coletividade.

Cada vez mais, fica nítido que o papel do Estado após 1988 deve estar adstritas as hipóteses de promoção do exercício dos direitos fundamentais aos indivíduos, franqueando-lhe assim a ingerência do uso da autonomia privada em suas vidas familiares, quando atribui a estes a capacidade de escolher seus caminhos, seus projetos de vida, enfim, buscar seu bem-estar e felicidade, e isto resta extensivo as polêmicas questões familiares.

Ao passo que a Constituição Federal de 1988 situa a dignidade humana em seu centro de atenção, isto não significa, conforme Barroso (2009, p.332), atribuir valor absoluto aos direitos fundamentais, sendo estes passíveis de restrições, ponderações e observância das particularidades do caso concreto quando oportuno.

Daí que é possível se falar em Princípio da Intervenção Mínima do Direito no Direito de Família, pois a Constituição Federal teria consagrado uma cláusula inclusiva de todo e qualquer arranjo familiar e não apenas as formas anteriormente consagradas.

Sendo assim, a doutrina moderna, reconhece que não cabe ao Estado estabelecer paradigmas e conceitos fechados de família, entende pela adoção do mencionado princípio, de acordo com o qual, não cabe ao Estado invadir e sufocar a seara familiar, como é possível se observar no planejamento familiar, porém, esse tema seria motivo para muitas folhas de discussão.

Em suma, a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais é tema polêmico no ordenamento jurídico brasileiro, necessitando uma atenção especial dos constitucionalistas e intérpretes imbuídos dessa missão, pois, vê-se que encontrar um modelo que satisfaça integralmente o atual ordenamento jurídico brasileiro é tarefa dispendiosa, mas que desde já revela por parte dos doutrinadores e juristas tentativas de concretização efetiva do Direito de Família em prol do benefício da sociedade.

5. DECISÕES QUE CONTRARIAM A REALIDADE

Apesar da posição favorável aos defensores da nova concepção de família, há entendimentos opostos, em respeito aos defensores da referida corrente, fazendo menção a dois pronunciamentos como síntese de seus posicionamentos.

O Relator e Desembargador Mazoni Ferreira, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina dispõe a respeito da união homoafetiva, Ap. Cív. n. 2006.016597-1:

O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3.º do art.226 da Carta Magna e o art. 1723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher (NEIVA, 2009).

A não admissão de novos vínculos familiares repousa em idéias conservadoras e preconceituosas, as quais não admitem como entidade familiar nenhuma outra forma familiar que destoe do relacionamento tradicional entre homem e mulher.

Reforça o Relator Emame Fidélis, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Ap. Cív. n. 1.0702.04.182123-3/001:

A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas

as respectivas definições do art.226. A consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual (NEIVA, 2009, p.2).

A justificativa de falta de previsão legal das uniões homossexuais e outras formas familiares é fato inadmissível diante do recente reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo perante o STF, pois o Direito não pode escusar-se de solucionar as controvérsias que lhe são trazidas, e sim encontrar meios no ordenamento jurídico pátrio para resolvê-los em prol do respeito à dignidade humana e da mais lúdima justiça.

6. NOVOS MODELOS DE FAMÍLIAS

O modelo de família até então classicamente conhecido está cada vez menos frequente, pois, hoje temos famílias formadas não apenas por pai ou por mãe, mas também por dois pais ou por duas mães.

Nota-se, portanto, que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência relativa ao Direito de Família tem sofrido acentuada influência do espírito Constitucional. (SEREJO; 1999 p. 89)

Nesse sentido, podemos afirmar que a Constitucionalização do Direito Civil trouxe para o ramo do Direito de família diversas inovações positivas e revolucionárias.

6.1. Modelo de Família Nuclear, Unilinear, Monoparental, Eudemonista ou Sociológica.

Há quem diga que a família unilinear é aquela em que a criança, desde a sua origem, descende, apenas de uma linha, tanto biológico como afetiva, por opção do

genitor, geralmente da mãe, como por exemplo, a adoção realizada por apenas uma pessoa ou o caso de reprodução assistida de mulher solteira.

O artigo 226, parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988 estabelece que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, complementando tal entendimento, o parágrafo sétimo do mesmo artigo dispõe que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Portanto, basta a comunidade formada pelo pai e/ou a mãe e um filho biológico ou sociológico para que haja uma família, e, não existe qualquer necessidade de os pais serem casados ou conviventes, isto é, a família não é oriunda apenas do casamento, da união estável ou dos laços sanguíneos, mas também do afeto visando sempre o bem estar e a felicidade de seus membros.

6.2. Homossexualidade e a Figura da Entidade Familiar no Brasil

A doutrina elucida que são raros os juristas que dissertam sobre os direitos dos homossexuais, talvez, com base no entendimento de Pereira (1996), a razão de tão poucas referências bibliográficas acerca do tema, se deva à dificuldade com a própria sexualidade.

Muitos países já admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como por exemplo, a Dinamarca, Noruega, Islândia e Suécia. No Brasil, uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em cinco de maio de 2011, por unanimidade reconheceu a união estável entre casais homossexuais, a qual representou um marco no direito brasileiro, implicando consequências jurídicas nos mais variados campos da vida.

Logo, a Suprema Corte aplicou os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, em contraposição à discriminação, à depreciação da união estável homoafetiva e à desigualdade jurídica, ou seja, caminhado já para uma proposta de modernização entre os tribunais e a ignorada realidade praticada pela sociedade.

7. FILIAÇÃO: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A filiação trata da relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, ligando uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado (RODRIGUES, 2004, v.6). Veloso (1997) esclarece que todas as regras acerca do parentesco estruturam-se a partir da noção de filiação, uma vez que a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a estabelecida entre pais e filhos.

Gonçalves (2010, v.6) traz que a filiação em sentido estrito é a relação jurídica que liga o filho a seus pais, sendo que a filiação propriamente dita é aquela visualizada pelo lado do filho, já, ao ser encarada em sentido inverso, isto é, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo denomina-se paternidade ou maternidade. Em linguagem jurídica, entretanto, se designa por paternidade, em sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade. (MONTEIRO, 2004, v.2).

Perante a Constituição Federal de 1988 ocorreu o estabelecimento da absoluta igualdade entre todos os filhos, não se admitindo mais a distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Nesta época, devido à variedade de consequências que essa classificação proporcionava, mostrava-se essencial provar e estabelecer a legitimidade (GONÇALVES, 2010, v.6).

Gonçalves (2010, v.6, p. 305) traz os seguintes conceitos de filhos legítimos e ilegítimos. Observe:

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

No Código Civil de 1916 havia um capítulo dedicado à legitimação, sendo esta considerada como um dos efeitos do casamento. Tinha o condão de conferir aos filhos havidos anteriormente iguais direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sido concebidos após o casamento. (GONÇALVES, 2010, v.6).

Atualmente, todos os filhos, tanto os havidos na constância do casamento quanto fora do mesmo possuem direitos e qualificações iguais. O artigo 1.596 do Código Civil de 2002 reitera o princípio da igualdade dos filhos, visto que traz o seguinte entendimento: “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”. (GONÇALVES, 2010, v.6).

7.1. Presunção Legal de Paternidade

Baseado no que normalmente acontece, presume-se que o filho da mulher casada foi fecundado por seu marido. Esta presunção visa preservar a segurança e a paz familiar, evitando que se introduza, de maneira desnecessária, na vida familiar, o receio da imputação da infidelidade.

Os romanos mencionavam a seguinte expressão: *mater semper certa est*, já que o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre mãe e filho. Caso a mãe seja casada, esta circunstância, automaticamente, a paternidade, isto é, o pai da criança é o marido da mãe, incidindo a aludida presunção daquele com quem a mãe mantinha as nupciais, chamado de ‘*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*’.

7.2. Ação Negatória de Paternidade

O Código Civil de 2002 banuiu todas as limitações à contestação da paternidade e determinou a imprescritibilidade da ação negatória, considerando o

desenvolvimento da ciência e a possibilidade de se apurar o pai biológico com base na certeza científica, em virtude da evolução dos exames hematológicos.

No sistema de paternidade a presunção *pater is et* dava-se de modo rigoroso, visto que se o casal habitava o mesmo teto e o marido não se achava fisicamente impossibilitado de manter relação sexual com a mulher, não teria como renunciá-la, só poderia ocorrer a contestação da paternidade do filho nascido de sua mulher, caso provasse que no período gestacional, encontrava-se impossibilitado de conviver com ela ou já se encontravam legalmente separados.

Carlos Roberto Gonçalves menciona o seguinte a respeito da ação negatória de paternidade:

Conhecida também como ação de contestação de paternidade, a ação negatória destina-se a excluir a presunção legal de paternidade. A legitimidade ativa é privativa do marido (CC, art. 1.601). Só ele tinha a titularidade, a iniciativa da ação, após uma vez iniciada, passa a seus herdeiros (art. 1.601, parágrafo único), se vier a falecer durante o seu curso. Assim, entende a doutrina que nem mesmo o curador do marido interdito poderia ajuizar tal ação. Corrente mais consentânea com a realidade sustenta, no entanto, que a iniciativa do curador deve ser acolhida quando as circunstâncias evidenciam de forma ostensiva que o marido não é o pai.

Compartilhando do mesmo entendimento do autor supracitado se reconhece a possibilidade de ajuizamento da ação negatória de paternidade através de seu representante, já que seria totalmente injusto que registrasse filho havido com terceiro, em situação em que estava impossibilitado.

É legitimado passivo para a ação negatória de paternidade, o filho, no entanto, por ter sido efetuado o registro pela mãe, ela também integrará a lide, na posição de ré. Caso o filho seja falecido, ação será movida contra seus herdeiros.

Há de se ressaltar que, mesmo que o marido não tenha ajuizado a ação negatória de paternidade, reconhece-se ao filho o direito de impugnar a paternidade, embasado no artigo 1.604 do Código Civil de 2002, correspondente ao artigo 348 do

Código Civil de 1916, demonstrando, através de provas, o erro ou a falsidade do registro.

O artigo 27 da Lei n. 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece que “O reconhecimento de estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”, com o escopo de contribuir com o afastamento da presunção de paternidade existente no Código Civil de 1916.

O princípio da legitimidade exclusiva do marido para impugnar a paternidade do filho nascido de sua mulher foi mantido pelo Código Civil de 2002, uma vez que o pai presumido é o legítimo interessado na ação, não podendo nenhuma outra pessoa defender, em nome próprio, esse direito.

7.3. Provas da Filiação

O artigo 1.603 do Código Civil de 2002 estabelece que: “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”. Esse registro, o qual deve conter os dados exigidos no art. 54 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), além de provar o nascimento, atesta também a filiação, além de tornar público o nascimento e estabelecer as presunções de veracidade das declarações efetuadas (GONÇALVES, 2010, v.6).

A filiação também pode ser provada por meios de prova elencados no artigo 1.609 do Código Civil de 2002 como modos de reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora do casamento, enfatizando Lôbo (2003, v. XVI) que:

[...] o aludido art. 1.603 do novo diploma tem efeito de repristinação. Seu equivalente, o art. 347 do Código Civil de 1916 (“A filiação legítima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil”), foi expressamente revogado pela Lei n. 8.650 de 1992, que ampliou os meios de prova da filiação, em virtude do reconhecimento voluntário. A redação que veio do projeto de lei de 1975 não foi atualizada no Congresso Nacional, quando da votação final do texto do Novo Código Civil. Assim, o artigo deve ser lido em harmonia com o art. 1.609, que reproduziu os meios de prova da filiação previstos na Lei n. 8.560.

A presunção refletida do dispositivo em análise é quase absoluta, já que ninguém será admitido a impugnar-lhe a veracidade sem antes provar ter havido erro ou falsidade do declarante. Portanto, mencionados os nomes dos pais, ou o que mais seja, tem força probante enquanto subsistir o registro, cujo conteúdo é indivisível.

Apenas para constar, que a Lei n. 12.004 de 29 de julho de 2009, alterou a Lei n. 8.560, de 1992, a qual regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora da relação matrimonial, acrescentado o artigo 2º-A¹⁰.

Por fim, na realidade, em virtude do avanço da ciência e, essencialmente, do advento do exame de DNA, o reconhecimento forçado da paternidade independe de prova por escrito ou das mencionadas veementes presunções.

8. CRITÉRIOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO: BIOLÓGICO E AFETIVO

Tem-se, que a Constituição Federal de 1988 representou um marco na história do Direito, visto que engendrou preceitos básicos com o objetivo de proteger os desiguais, através de direitos inerentes a toda pessoa humana. No tocante à família, criou-se uma proteção especial pelo Estado.

Por conseguinte, as uniões estáveis, isto é, aquelas formadas somente por casais, ou por casais e filhos, sem o vínculo do casamento, bem como as famílias constituídas por pai ou mãe e seus filhos (família monoparental), alcançaram a mesma proteção concedida às famílias formadas com base no vínculo matrimonial (DONIZETTI, 2007).

Com base nos ensinamento de Gustavo Tepedino (1997, p. 48):
O conceito de família, portanto, transmuda-se após a Constituição Federal de 1988, passando a se embasar na afetividade que permeia as relações familiares, agora não mais

¹⁰ Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

adstritas apenas ao casamento. A análise dos dispositivos 226 a 229 da Constituição Federal permite entrever que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.

Atingiu-se assim, a igualdade entre os filhos, não possuindo qualquer relevância o fato de serem frutos de relação matrimonial ou de relações extrapatrimoniais.

Outro ponto de destaque é em relação ao Código Civil de 1916, cujo conteúdo era repleto de desigualdades, tanto nas relações entre cônjuges como nas relações entre filho. Foi revogado, tendo em vista que o artigo 5º. da Constituição Federal de 1988 colocou a igualdade entre os filhos no mesmo patamar dos direitos e garantias fundamentais.

No ano de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), reconhece a criança como sujeito de direitos, garantindo-lhes proteção integral e reafirmando a igualdade entre os filhos, além de disciplinar o reconhecimento voluntário e judicial da filiação. Dois anos depois, e, 1992, a Lei n. 8.560 regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento (DONIZETTI, 2007).

Por fim, Fachin (1995), indaga que as mudanças ocorridas em virtude da promulgação da Constituição Federal não representam um novo sistema da filiação, mas constituem um “passo a mais dado em favor da igualdade dos direitos” entre os filhos, o que pode ser confirmado pela Lei e pelas jurisprudências dos Tribunais Pátrios.

8.1. Critério Biológico da Filiação

O filho biológico é aquele que possui os genes do pai. Em consequência, o reconhecimento da identidade biológica entre pai e filho garante à criança alguns

direitos, como o direito de usar o nome do pai, o direito a alimentos, o direito à herança entre outros.

Logo, a facilidade trazida pelo reconhecimento dos laços de filiação oriundos da consanguinidade e resultado dos avanços da biotecnologia não propicia o estabelecimento dos laços de filiação afetivos, isto é, por mais que haja a concessão de direitos não se pode falar em uma estrutura afetiva, visto que essa pode existir ou não (DONIZETTI, 2007).

Em suma, Lôbo (2004) relata que não é razoável que o critério da filiação biológica seja suficiente para determinar a paternidade. A certeza dos dados genéticos não se equipara à identidade de filiação constituída na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói “entre a liberdade e o desejo”. É neste contexto que surge o critério afetivo da filiação.

8.2. Critério Afetivo da Filiação

A noção de família modificou nos últimos anos em virtude das diversas transformações ocorridas na sociedade. O modelo patriarcal do início do século XX (vinte), calcado na funcionalização do matrimônio, deu lugar às famílias plurais formadas por pai ou mãe e seus filhos, por tios e sobrinhos, por avós e netos, por casais homossexuais, em uma diversidade que evidencia o verdadeiro papel da família, ou seja, o de amparar moral, psíquico e economicamente os membros que a compõem (DONIZETTI, 2007).

As evoluções tecnológicas também agregaram valor às estruturas familiares a partir do instante em que foi possível identificar o liame biológico estabelecido entre pai e filho através da leitura da sequência do DNA. No entanto, ocorre que tal afirmação não é totalmente verdadeira, visto que o modelo científico não atende à pluralidade das estruturas familiares.

Pois, a relação entre pai e filho não possui mais como embasamento o conhecimento dos dados biológicos, reporta-se, ao contrário, ao campo da psicanálise, que elaborou o conceito da função paternal (DONIZETTI, 2007).

A despeito desse entendimento, Pereira (1999, p. 148), preleciona que:

A paternidade constitui, segundo a psicanálise, uma função. É essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que faz a adoção[...], enfim, aquele que exerce uma função de pai.

O caráter afetivo, portanto, adquire relevância para a identificação da filiação, visto que a paternidade biológica não consegue substituir a convivência necessária para a construção permanente dos laços afetivos (DONIZETTI, 2007).

9. NOÇÕES SOBRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

Com base em Gomes ostentar um estado de filho afetivo consiste em três elementos correspondentes para tal caracterização. Segundo ele consiste em exteriorizar a condição de filho, primeiro através de levar o sobrenome dos genitores, segundo através do ‘comportamento’ e tratamento de filho e terceiro o de ser reconhecido como filho perante a sociedade.

O que deve ser compreendido nesse tópico é que a investigação de paternidade e/ou maternidade é a ação mais relevante da filiação, possuindo como objeto acerto do estado de pessoa, seja para afirmá-lo (quando ela não lhe está na posse), seja para contestá-lo (quando um terceiro quer privá-la das vantagens de um estado em que se acha, sem a ele ter direito).

Em suma, a doutrina de um modo geral, assevera que a filiação afetiva consubstancia-se no estado, na qualidade de filho legítimo e nas prerrogativas dela derivada.

9.1. Filiação Sócioafetiva

A filiação socioafetiva engloba a relação jurídica de afeto, como a adoção judicial, o reconhecimento judicial ou voluntário da paternidade, a adoção à brasileira, entre outros.

O Código Civil de 1916 regulou a família patriarcal com parâmetros na hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre os cônjuges, ou seja, marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo. (LÔBO, 1999).

A família do terceiro milênio é constituída pelo casamento, união estável e pela comunidade formada por qualquer dos pais e o filho (família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, eudemonista e socioafetiva).

Sendo que, após, o estabelecimento constitucional da família afetiva, não existem justificativas de os juristas biólogos operem resistência à filiação sociológica, uma vez que é tempo de encontrar na tese biologista e na socioafetiva espaço de convivência, visto que a sociedade não tem o interesse de decretar o fim da biologização (FACHIN, 2002).

9.2. Filiação Afetiva na Adoção

Com base nos ensinamento de Eduardo de Oliveira Leite (1994), a adoção trata de um ato de vontade, além de um ato jurídico, que se prova e se estabelece através de um julgamento. Chaves (1995) aponta, ainda, que esse instituto não foi criado recentemente, constando no artigo 185 do Código de Hamurabi, o qual prevaleceu entre os anos de 1728 a 1686 a. C, visto que a verdade socioafetiva “é tão real como o que une o pai ao seu filho de sangue, e os efeitos que do primeiro emergem são tão reais como os que decorrem do segundo”.

9.3. Filiação Sociológica do Filho de Criação

A filiação socioafetiva ocorre, também, naqueles casos em que, mesmo não existindo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais cuidam, isto é, criam uma criança ou adolescente por opção, denominando estes por filho de criação, oferecendo-lhes todo amor, carinho, ternura e cuidado, em que se estabelece uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto (NOGUEIRA, 2001).

9.4. Filiação Socioafetiva na “Adoção à Brasileira”

Esta identificação de filiação sociológica ocorre da conhecida “adoção à brasileira”, em que alguém reconhece a filiação biológica, mesmo não existindo, cuja conduta está tipificada no Código Penal brasileiro como crime, de acordo com o artigo 229, parágrafo único, do dispositivo antes citado (WELTER, 2003).

Nesse caso, pode ser edificado o estado de filho afetivo tornando irrevogável o estabelecimento da filiação, conforme os artigos 226, parágrafos quarto e sétimo, e artigo 227, parágrafo sexto da Constituição Federal¹¹.

Portanto, a declaração de vontade para que haja o reconhecimento voluntário da filiação, admite alguém ser pai de outrem e, uma vez aperfeiçoada, torna-se irrevogável (WELTER, 2003).

9.5. Filiação Socioafetiva na Reprodução Humana Natural

A filiação socioafetiva é a única que garante a estabilidade social, arquitetada no relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano, reforçando esse entendimento, Boeira (1999, p. 53-54) certifica que “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”.

Porém, não há sequer um dispositivo legal, na Constituição Federal de 1988, que privilegie a filiação genética em detrimento da socioafetiva, ou que tenha cobrado do registro de pessoas naturais qualquer fidelidade aos fatos da biologia,

¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)[...] § 6º - 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. [...]

observando que a resistência em igualar as filiações biológicas e afetivas, consiste na doutrina.

Isso ocorre em razão de estarmos em período de transição do predomínio material por elementos afetivos, o que contraria as normas estabelecidas pelo modelo familiar Romano, ou seja, o exercício da filiação quer, no atual momento, uma dimensão mais ampla, que envolva, especialmente, o afeto.

Enfatiza-se, porém, que no fundamento do estado de filho afetivo é possível encontrar a genuína paternidade ou maternidade, a qual reside primeiramente no serviço e no amor sendo possível dizer que, nesse contexto, há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional.

Não apenas o filho biológico pode ser sujeito de direitos, mas também o filho social, porque a família socioafetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e maternidade responsável. O nascimento emocional e espiritual do filho edifica a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do coração e da emoção ocasionando o reconhecimento do estado de filho afetivo.

Então, não pode (ria) haver diferença jurídica entre filho biológico e afetivo, porquanto, em ambos os casos, são reconhecidos como filhos, que perante a Constituição Federal de 1988, artigo 227, parágrafo sexto, e o Código Civil de 2002, artigo 1.596, são iguais em direitos e obrigações.

Isso porque não há diferença na criação, educação, destinação de carinho e amor entre os filhos sociológicos e biológicos, não podendo conferir efeitos jurídicos desiguais em relação a quem vive em igualdades de condições, sob pena de ocorrer a horrenda discriminação entre os filhos, o que seria, sem dúvida, inconstitucional (WELTER, 2003).

Acerca do texto constitucional de 1988, a finalidade da família reflete na concretização, na fundação do amor e dos interesses afetivos entre seus membros, uma vez que, o afeto, como demonstra a experiência e as ciências psicológicas, não origina da biologia, isto é, os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue (LÔBO, 1999).

Com a formatação da igualdade constitucional da filiação, a não-concessão ao filho sociológico do direito de investigar a paternidade e a maternidade biológica ocasiona um injustificável retrocesso social dos direitos fundamentais.

Podemos concordar que a filiação afetiva é irrevogável, assim como o é a adoção, mas não se pode proibir que o filho conheça seus pais biológicos, até porque o filho pode ter respeitável necessidade psicológica de conhecer os verdadeiros pais.

Portanto, o filho, tendo em vista a unidade da filiação e a consequente proibição de discriminação, independente de sua origem, possui o direito de investigar a paternidade biológica¹² em qualquer espécie de procriação, uma vez que faz parte dos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, com fundamento na República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

9.6. Provas para o Reconhecimento do Filho Afetivo

Na ação de investigação de paternidade e/ou maternidade, a prova do estado de filho pode ser produzida por todos os meios em direito admitidos, por exemplo, testemunhas, documentos, perícia e depoimento pessoal.

Em outros termos, não se faz suficiente o firme propósito da paternidade e/ou maternidade por parte do pretense pai e/ou da pretensa mãe, sendo indispensável que essa convicção seja ratificada pela opinião pública; deve existir uma convicção generalizada, em certo modo da filiação, quer dizer, se o filho houver sido reputado e tratado como tal pelos pais, e de haver sido julgado como filho destes também pelo público o estado de filho afetivo se consolida como verdadeiro reconhecimento da filiação, pois tal acontecimento é um fato público.

O Código Civil de 1916 não reconheceu o estado de filho afetivo devido ao fato de sua apuração ser exclusivamente por prova testemunhal, visto que é preciso aferir efetivamente se se trata de autêntica posse de estado, ou se a conduta do investigado para com o investigador permaneceu em nível de solidariedade humana.

¹² Sobre o tema: Direito ao Pai.

O doutrinador Welter (2003, p. 161-162) elucida o seguinte:

O Código Civil de 2002 também não reconheceu, expressamente, o estado de filho afetivo. Entretanto, a filiação socioafetiva pode ser admitida com base nos seguintes artigos: a) art. 1.593, que diz: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consaguinidade ou de outra origem”. Essa outra origem de parentesco é justamente a sociológica (afetiva, socioafetiva, social, eudemonista); b) art. 1.596, em que é reafirmada a igualdade entre filiação (art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988); c) art. 1.597, V, pois o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é de filho biológico, e sim socioafetivo, já que o material genético não é do pai, mas sim, de terceiro (s); d) art. 1.603, visto que enquanto a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re) velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo; e) art. 1.605, II, em que filiação é provada por presunções – posse de estado de filho (estado de filho afetivo).

Logo, seria prudente que o processo de investigação de paternidade e/ou maternidade afetiva não fosse julgado exclusivamente com base em prova testemunhal, mas também concatenado com alguma prova documental, com o objetivo de apoiar na comprovação do estado de filho sociológico.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a família como entidade intermediária entre a sociedade e o indivíduo nunca esteve tão em discussão quanto nos últimos tempos, fazendo-se necessário afirmar que a família não existe como entidade única universal que se aplica a todas as culturas e realidades humanas.

Os conceitos e expressões tradicionais sobre família não valem mais para família moderna isso porque a família patriarcal, tradicional, com papéis masculinos, femininos, direitos e deveres claramente definidos está de fato deixando de existir.

No entanto, a família não se reduz a papéis ou funções predeterminados porque está em constante interação, sofrendo e impondo ações e reações, com os demais sistemas – como o próprio indivíduo, a sociedade, a religião, a escola e a economia.

Nesse sentido, necessário de faz mudar o olhar ao analisar a família como uma unidade objetiva, precisa, positivada, para uma noção mais complexa, sistêmica, ou mesmo pós-moderna.

A teoria familiar ensina que a família é um sistema aberto composto por subsistemas (conjugal, parental, filial e fraterno), ela subsiste através de um relativo equilíbrio, mas sofre e gera modificações em suas relações, não podendo generalizar ou querer que determinadas características de uma família seja padrão para todas.

Dessa forma, fundamenta-se a afirmação “não existe uma família universal”, se de pronto já abandonarmos o ideal de família, começamos a nos embrenhar na selva das possibilidades e de diferentes manifestações de relações familiares.

Enfim, família ainda é o lugar privilegiado de crescimento, desenvolvimento de valores, afetos e emoções responsáveis por estruturar os indivíduos e, por consequência, a sociedade.

Os últimos acontecimentos nas relações familiares, não apenas no Brasil, mas no mundo inteiro, não passa de uma primeira razão àquilo que era negado escondido e rejeitado, apontando a necessidade de (re) pensarmos nas relações

familiares não somente na ótica moral imperante, mas também das morais e sofrimentos subjacentes a ela.

Podemos afirmar que devemos pensar na família em termo pós-modernos, ou seja, contemplar a pluralidade e as complexidades das manifestações familiares, dos sofrimentos e das experiências humanas.

Somente assim poderemos começar a não apenas nos assustar com as diferentes manifestações de relacionamento familiar, mas compreender o que acontece com as múltiplas possibilidades humanas desse vínculo, e então, daí em diante, poderemos trabalhar por um relacionamento do tipo familiar mais saudável, funcional e, eventualmente, mais feliz.

Com o equilíbrio da família também teremos um Estado que não mais precisará intervir na vida familiar, onde as leis existirão para a organização do Estado, não mais como sanção, pois já estará implícita na consciência de cada cidadão.

Contudo, há algo que não podemos deixar de colocar no que tange ao Direito de Família, pois sua própria concepção precisa ser repensada e mudada: os profissionais que lidam com o direito e trabalham nessa área em específico, deveriam, obrigatoriamente, ter uma formação específica, ou pelo menos serem escolhidos entre aqueles que têm mais aptidão, vocação para tratar de assuntos tão delicados e melindrosos.

Percebo que não basta uma qualificação técnica processual, é necessário também um olhar e uma escuta diferenciada para o tratamento e julgamento das questões familiares, isso porque, a maioria dos conflitos poderia ser evitada se já estivéssemos aplicando isso, a exemplo do que já ocorre em outros países, a pouco conhecida Mediação, mas esse é outro assunto.

Uma legislação mais moderna para os procedimentos processuais também é essencial para a agilidade de resolução dos conflitos. Certamente os tribunais de família no Brasil funcionariam melhor se tivessem instrumentos e profissionais mais adequados.

Enfim, ainda estamos longe de tamanha evolução social, aliás, evolução moral, mas o que se espera é que as mudanças da lei possam alcançar as necessidades sociais e assim diminuir os conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. A INTERNET E OS TRIBUNAIS. Revista Literária de Direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, fev./mar. De 2001, p. 28.
2. ADRIOLI, Antônio Inácio. Novidades no Novo Código Civil. Revista Intelligentia Jurídica. Minas Gerais. BRV Consultoria. Ano II, nº 23, outubro /2002.
3. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
4. BITTAR, Carlos Alberto. Direito de família. 2.ed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
5. BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, 3ª ed. Revista por Eduardo C. B. Bittar.
6. FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
7. FACHIN, Rosana Amara Guardi. Em busca da Família do Novo Milênio. Ed. Renovar. 2002.
8. GONTIJO, Segismundo. União Civil de Homossexuais. Revista Intelligentia Jurídica. Minas Gerais. BVR Consultoria. Ano II, nº 27, janeiro/ 2003.
9. MARTINS, Luís. O Patriarca e o Bacharel. São Paulo: Livraria Martins Ed., 1953.
10. NEIVA, Gerivaldo Alves. A união homoafetiva na jurisprudência. Arpen Brasil. São Paulo, 2009. Disponível em: www.arpenbrasil.org.br
11. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família, 16, Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5.
12. PRADO JR. Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. São Paulo: Brasiliense, 1995.

13. RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras 1995.
14. RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 6v .
15. SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.73.
16. SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli A Lei n.º 9.278/96, a família e o direito – conceitos gerais.
17. VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: Direito de família. 5 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005, 6v.
18. WELTER. Belmiro Pedro. Igualdade entre a Filiação Biológica e Sócioafetiva. *Revista de Direito Privado*. v. 14, abr - jun. 2003.