

ANDRÉ CLEÓFAS UCHÔA CAVALCANTI

**FAMÍLIA, DIGNIDADE E AFETO: possibilidades e limites jurídicos  
para o estabelecimento de múltiplos laços parentais**

Direito

PUC/SP

São Paulo, 2007

ANDRÉ CLEÓFAS UCHÔA CAVALCANTI

FAMÍLIA, DIGNIDADE E AFETO: possibilidades e limites jurídicos para  
estabelecimento de múltiplos laços parentais

Tese apresentada à Banca Examinadora  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
como exigência parcial para obtenção do título  
de Doutor em Direito, sob orientação da Prof.<sup>a</sup>  
Doutora Regina Vera Villas Bôas.

Direito

PUC/SP

São Paulo, 2007

## BANCA EXAMINADORA

---

---

---

---

---

À minha mulher, Sani, e  
aos meus filhos André, Vitória  
e João Pedro

Meus sinceros  
agradecimentos aos  
Professores João Soares de  
Lima, Lênio Streck, Luis  
Gustavo Grandinetti Castanho  
de Carvalho, Marcelo Machado  
Costa Lima, Paulo de Barros  
Carvalho, Rogério Gesta Leal,  
Regina Vera Villas Boas e  
Vicente Barreto pelas  
contribuições na realização do  
trabalho.

*É comum os laços de parentesco e as relações sexuais serem considerados um domínio além do alcance da justiça distributiva. São julgados de outra maneira, ou nos ensinam a não julgar.*

Michael Walzer

## RESUMO

Este trabalho busca investigar as mutações enfrentadas dentro da família no decorrer da História e como tais mudanças podem possibilitar a idéia de multiparentalidade, isto é, a existência de múltiplos pais e mães com relação a uma criança. A investigação está limitada pela tradição ocidental contemporânea e, apesar de sua pretensão transdisciplinar, o trabalho estará mais ligado à Filosofia, Sociologia, Política e Direito (e, dentro das disciplinas jurídicas, Direito Constitucional e Direito Civil, em especial, o Direito de Família). Dogmaticamente, o trabalho terá como matéria prima o ordenamento jurídico brasileiro atual, e a hipótese que o orienta é a de que é plenamente possível, por meio da utilização adequada dos princípios, especialmente os da dignidade e do melhor interesse da criança, a adoção de novos critérios de vinculação entre pais e filhos, inclusive de modo múltiplo. Assim, o Direito poderá reconhecer e normatizar as novas situações geradas no seio da sociedade do século XX, atenuando, assim, o fechamento cognitivo específico de certos ramos do Direito, como o Direito de Família.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais – Parentalidade – Melhor Interesse da Criança.

## ABSTRACT

This work intends to investigate the mutations faced inside the families in history's, and how this changing may open the idea of multi kinship; on other words, the existence of a plurality of fathers and mothers on its relationship with a child. The investigation here is delimited by a western contemporary tradition, and, despite its transdisciplinary pretension, the work will be related mostly to Philosophy, Sociology, Politics and Law (and in the Law discipline, Constitutional Law, Civil Law, and specialy Families Law). Technically, the work will have as a basis the contemporary juridical legal order in Brazil. The hypothesis goes on the sense that is completely possible, using the principles adequately – mainly the dignity and child's best interest principles - the uprising of new criterion about the link between children and parenthood, including in a multiple way. In this line, the Law may recognize and ordinate the new situations generated in society's core in XX century – softening the cognitive closing specific of certain Law domains, like de Family Law.

Key Words: Constitutional principles – Parenthood – Children Best Interest.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 A FAMÍLIA: ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b>	
1.1 CONCEITO .....	21
1.2 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA OCIDENTAL .....	28
1.3 A HISTÓRIA DA FAMÍLIA NA CONTEMPORANIEDADE E NO BRASIL .....	44
1.4 FORMAS DE ESTRUTURAÇÃO DA FAMÍLIA: DA ANTROPOLOGIA AO DIREITO.....	54
<b>2 O DIREITO, A CONSTITUIÇÃO E A FAMÍLIA: INTERVENÇÃO DO ESTADO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO</b>	
2.1 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	65
2.2 DIREITO DE FAMÍLIA: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO .....	75
2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA .....	83
2.4 A INTERVENÇÃO DE ESTADO NO(A) (DIREITO DE) FAMÍLIA.....	99
2.5 REFLEXOS DAS NOVAS ORGANIZAÇÕES FAMILIARES NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO .....	111
<b>3 A PARENTALIDADE E OS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO</b>	
3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS ACERCA DA PARENTALIDADE .....	118
3.2 O CRITÉRIO NUPCIALISTA COMO DEFINIDOR DA PARENTALIDADE .....	128
3.3 CRITÉRIO BIOLÓGICO OU GENÉTICO .....	143
3.4 CRITÉRIO SOCIOAFETIVO .....	148
3.5 A FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....	154
<b>4 POSSIBILIDADES PRINCÍPIOLÓGICO-NORMATIVAS NA DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIO À AFERIÇÃO DA PARENTALIDADE</b>	
4.1 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA. ....	162
4.2 OS CRITÉRIOS NUPCIALISTA E BIOLÓGICO: REGRAS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS? .....	171

4.3 AFERIÇÃO DA PATERNIDADE: PELA HARMONIZAÇÃO DA PARENTALIDADE JURÍDICA – PRINCÍPIOS (CONSTITUCIONAIS) EM CONFLITO.....	177
4.4 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E A CRÍTICA POSTERIOR.....	198
<b>CONCLUSÃO</b> .....	205
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	213

## INTRODUÇÃO

O tema desta tese de doutoramento pretende discutir as possibilidades de estabelecimento de múltiplos laços parentais no âmbito do direito de família e também criticar o estado atual da filiação e as capacidades de adaptação do Direito a estas novas temáticas.

O Direito estabelece um complexo regramento de filiação, atribuindo um vínculo jurídico a pais e filhos. Este vínculo parental se caracteriza por uma idéia de unicidade, isto é, a criança vincula-se a apenas um pai e a apenas uma mãe. Obviamente que tratamos aqui de um vínculo *jurídico*, pois os vínculos afetivos são muito mais ricos que as meras formalidades do Direito.

Entretanto, certas realidades se impõem de maneira tal que o intérprete se vê obrigado a tensionar ao máximo o Direito. É o caso, por exemplo, das relações sociais em que efetivamente existem apenas duas mães, dois pais, ou mais, que comungam, tanto afetivamente quanto socialmente, de um *status* de filiação. A criança, por exemplo, pode se reconhecer filha de dois pais (pai biológico e padrasto), e estes se reconhecerem como pais e efetivamente praticarem atos relacionados com tais *status*. Quando isto ocorre, normalmente a sociedade também assim os reconhece.

Este é, portanto, o problema que move este trabalho: a admissão pelo direito da multiparentalidade. A hipótese desta tese é no sentido afirmativo. Para comprovar nosso entendimento, será necessário responder às seguintes questões:

- a) É da natureza humana que a estruturação da família ocorra somente pelo casamento?
- b) A multiparentalidade é ou já foi aceita em outros grupos sociais?

- c) Em que medida os princípios constitucionais limitam ou libertam os conceitos de família e os papéis representados pelas pessoas dentro dela?
- d) O fenômeno da Constitucionalização do direito influenciou o direito de família?
- e) Em que medida a Teoria da Ação comunicativa de Habermas contribui para a aceitação da multiparentalidade?
- f) É o Estado que deve impor como a família deve se estruturar, ou seria a sociedade a ditar para o direito as formas a serem acolhidas?
- g) Os critérios nupcialista e biológico devem ser os únicos a orientar o caminho do reconhecimento da parentalidade?
- h) A Constituição de 1988 trouxe princípios colidentes relativamente à parentalidade?
- i) No caso de haver conflitos, a teoria nos oferece caminho para solucioná-los?

A Constituição, dada sua principiologia e sua inserção no Estado Democrático de Direito, move-se em vista dos princípios da liberdade, da dignidade e do melhor interesse da criança. A conjunção destes princípios, em um processo de aplicação da razão prática, leva à inevitável conclusão de que sim, é possível, diante da normatividade do texto constitucional, considerar-se conforme o ordenamento a multiparentalidade.

O trabalho está delimitado temporalmente pela experiência ocidental da família. Examina as concepções históricas que surgiram na família ocidental, em período de tempo que vai desde a Antigüidade até o Brasil dos dias atuais.

Especialmente, apesar de preocupar-se com os problemas brasileiros, não deixa o trabalho de abordar, também pelo aspecto histórico, as diferentes possibilidades de família surgidas na história da civilização ocidental.

Sob o aspecto disciplinar, esta tese, sem dúvida alguma, configura-se como interdisciplinar. Não só o Direito de Família deve se mesclar com outros ramos do Direito, mas também o próprio fenômeno jurídico é observado pelos mais diversos

ângulos. A História é utilizada para a reconstrução de como se configurou e se apreciou juridicamente a família no tempo da civilização ocidental. A Sociologia ajuda a fazer a leitura desta História, demonstrando como compreendê-la e como apontar quais são os fenômenos de fundo que embasam as diversas concepções de família e suas mudanças. A Filosofia, finalmente, lança os aportes teóricos não só de compreensão do Direito, mas também de crítica do instituído, permitindo novas construções, as quais poderão levar à tão desejada justiça que a Constituição Republicana de 1988 impõe ao poderes públicos e à sociedade em geral.

Justifica-se socialmente tal empreitada diante da ocorrência destas situações práticas em todo o Brasil. Dia a dia, juízes vêem-se compelidos a apontar um único pai a determinada criança, quando a situação fática claramente faz vislumbrar que é do seu melhor interesse que, no final das contas, ela tenha dois pais (ou duas mães). Uma mudança de atitude por parte da doutrina e por parte dos poderes públicos teria muitas repercussões sociais, implicando desfazer muitas injustiças e frustrações por parte dos cidadãos.

Justifica-se cientificamente por fundamentar uma possibilidade jurídica latente na Constituição, que, porém, não veio à tona devido ao fenômeno da baixa constitucionalidade que enfrenta neste momento o Direito brasileiro. A ciência jurídica brasileira, fortemente influenciada que é pelo Direito Romano, não se permite inovar em sede de Direito Civil. A pouca inovação que existe dá-se quando a diferença entre realidade social e norma é insuportável. Mesmo o direito dos contratos parece evoluir mais rapidamente que o Direito de Família.

Neste sentido, a possibilidade da multiparentalidade é uma consequência de uma realidade que se impõe e que deve ser cientificamente tratada e regulamentada.

O objetivo geral do trabalho é justamente responder de maneira adequada à indagação presente no problema, verificando se a hipótese será satisfatoriamente corroborada ou não.

Os objetivos específicos são:

- analisar as origens e evolução histórica da família no ocidente e no Brasil;
- verificar as formas de estruturação da família;
- estudar a família no Direito brasileiro;
- apreender como se dá a constitucionalização do Direito Privado em sede de Direito de Família;
- apreciar criticamente até onde vai, ou pode ir, a intervenção do Estado no Direito de Família;
- conceituar filiação;
- decodificar as diversas formas de critérios de aferição de filiação;
- visualizar a filiação na reprodução assistida;
- enunciar quais são os princípios aplicáveis à espécie;
- dissertar sobre as possibilidades de solução quando os princípios parecem entrar em conflito;

O primeiro capítulo versará sobre as origens e evolução histórica da família. A família sempre foi entendida como um grupamento que compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma determinada linhagem, ou um grupo de pessoas sob um mesmo teto ligadas por algum laço qualquer. Apesar de a família ser um grupo ligado por laços de sangue, pode, como veremos, ser mais do que isto.

Analisar-se-á, neste capítulo, também a questão da evolução da família no contexto ocidental. A família sempre esteve às voltas com o conceito de poder do pai, ou do ascendente comum vivo mais velho. Este poder compreendia direitos e

responsabilidades. O leque de direitos era amplo: incluía até o direito sobre a vida e morte dos demais componentes do grupo. Toda a evolução da família ocidental pode ser resumida em uma conseqüente retirada de poder deste *pater*, à medida que questões familiares atingiam a esfera pública. Esta tendência à publicização só é relativizada na guinada liberalizante do Renascimento, impondo, novamente, um caráter privado às relações familiares.

A afetividade dentro do casamento e da família sempre esteve em um plano secundário: o dever de ter uma prole para servir a Deus, à pátria e à própria família sempre se impuseram como o *telos* natural de se ter uma família.

Estudar-se-á que o desenvolvimento jurídico ocidental levou a uma concepção de família, envolvendo um líder e pessoas unidas por um matrimônio legítimo que gerará seres em relação de consangüinidade com seus pais – tudo isto em torno de um patrimônio em comum e das garantias de sua transmissão.

No Brasil não é diferente, com as ordenações e códigos consagrando tal modelo familiar, inclusive com o aplauso de uma sociedade que, a despeito de suas diferenças, é tomada como sinônimo de sua casta mais alta, o modelo pequeno-burguês. Ao contrário do que a distância da metrópole poderia supor, o modelo brasileiro caracteriza-se inclusive por uma radicalização do conservadorismo e do patrimonialismo, sendo um dos últimos países a permitir o divórcio, por exemplo.

As mudanças vão-se impondo. E isto é estudado no ponto 1.3. Novos comportamentos surgem, e, com eles, os modelos prontos de família vão sendo questionados à medida que sua generalização alcança todas as classes. Não há mais casta imune à mudança. As mudanças giram, em um primeiro momento, principalmente em torno das modificações do papel da mulher. Esta, de submissa, passa a ter papel ativo tanto na sociedade quanto na família.

Neste contexto também o próprio papel do Estado se modifica. O Estado já não é mais liberal, mas sim social – carregando, consigo, o germe da mudança. Isto é ponte para que o que será visto no ponto 1.4.

Torna-se um consenso a idéia de que a família, de alguma forma, está mudando. Alguns falam, inclusive, de crise na família. Sua função e constituição passam por um processo de transformação. A família não se constitui só de um matrimônio legítimo, e tampouco serve para passar adiante sangue e patrimônio. Famílias diferentes das do ocidente são prova disto.

Por ser a família um fenômeno social de relevo, não poderia ficar de fora da regulamentação do Direito. Dentro desta temática, o capítulo 2 descreverá a regulamentação do Direito de Família no Brasil, que, naturalmente, refletia a sociedade brasileira da época, em especial aquela casta a que era concedida a cidadania, a pequeno-burguesa.

O Direito de Família era marcado pela preocupação com o destino do patrimônio e de como ele deveria ser administrado. As disposições não-patrimoniais refletiam todo um cuidado em manter a família legítima, representada pela paradigma da ideologia pequeno-burguesa da época. Esta preocupação, por sua vez, redundava em novos e redobrados cuidados para que os bens não caíssem nas mãos de outras pessoas que não integrassem o modelo padrão.

Surgem os reflexos jurídicos do Estado social no Brasil, em conjunção com o avanço dos costumes. O papel da mulher se altera, como também a percepção da sexualidade, fragilizando as relações familiares: divórcio e filhos “ilegítimos” são situações que, de uma forma menos dolorosa e preconceituosa, passam a integrar a rotina das pessoas.

Em 1988, é promulgada uma nova constituição, que, embora atual e inovadora em muitos aspectos, foi concebida numa época de grandes turbulências e, por isso, não poderia, compreensivelmente, abarcar as várias mudanças por que passava a sociedade e suas repercussões. Assim, reconheceu a união estável como organização familiar e consagrou o princípio do melhor interesse da criança, mas não avançou em outras áreas em que hoje uma posição constitucional mais clara poderia evitar os mal-entendidos advindos da baixa constitucionalidade em um Estado que se pretende seja Democrático de Direito como o Brasil.

A conjunção de Estado social agora é somada às idéias de uma Constituição principiológica e dirigente, inaugurando o Estado Democrático de Direito, um Estado que, ao mesmo tempo fortemente vinculado a uma práxis democrática, não abandona, por outro lado, os direitos fundamentais, garantindo-lhes o maior alcance possível.

Esta práxis democrática com garantia dos direitos fundamentais liga-se a um *ethos* local, configurando-se como um novo pacto, um contrato social em que se perseguem determinados objetivos. Trata-se da versão brasileira do *We the people*, isto é, o que o povo deseja *enquanto* povo. Estes objetivos encontram-se no texto constitucional, vinculando poderes públicos e sociedade, em forma de princípios.

Esta ideologia jurídica inaugura uma nova visão acerca do Direito, mormente o Direito privado, que passa a ser lido à vista dos princípios, e é justamente este o objeto do item 2.3 do presente trabalho: demonstrar a razão e a operacionalidade da constitucionalização do Direito Privado, que não é meramente maior incidência do Direito por sobre a família. É uma operação qualitativa que objetiva ver qual o melhor Direito a ser aplicado. Para que melhor se compreenda essa interferência da Constituição no direito de família, próprio seria localizar, anteriormente, este ramo do direito dentro dos esquemas privatístico e publicístico, assunto tratado no item 2.2.

O item 2.4 do trabalho aponta os perigos de uma excessiva burocratização do mundo da vida das pessoas que fazem parte da família. Trata-se, aqui, de uma colonização do mundo da vida, na leitura de Habermas.

As novas possibilidades que emergem das transformações a que nos referimos, como aquelas advindas do reconhecimento da homoafetividade, bem como as que envolvem as descobertas de combinações genéticas a partir da segunda metade do século XX, serão analisadas no tópico 2.5 deste trabalho.

Todas as considerações traçadas até aqui são fundamentais para introduzir a questão nuclear do trabalho, que é a parentalidade, a vinculação entre pais e filhos, objeto de análise do capítulo 3. Nele serão estudadas não somente as formas

tradicionais de vinculação parental, mas também as novas formas que se vislumbram.

De fato, grandes possibilidades surgem neste momento da História. Pode a família construir o seu tempo – tempo este caracterizado pela afetividade e luta pela formação de uma identidade em um contexto que, ao mesmo tempo é fluido, sem papéis definidos, e também intersubjetivo, exigindo que as vinculações sociais ocorram a partir de determinados critérios que constituirão novas formas de parentalidade.

Dentro de uma visão tradicional, o primeiro critério de parentalidade é o nupcialista, aquele que advém do casamento, que será discutido no ponto 3.2. Será filho de um pai ou de uma mãe específica aquele que nascer dentro de um contexto de um casamento. Há, aí, uma presunção: se o pai e mãe estão casados, o filho gerado será do pai casado. Durante muito tempo este fora um critério quase absoluto.

O critério nupcialista relativizou-se diante das novas tecnologias que permitiram a identificação do DNA. Atualmente, é possível apontar, com elevado grau certeza, o pai biológico de quem quer que seja, a partir de um simples. A era das presunções no Direito de Família se enfraqueceu, e com ela toda uma tradição que remontava à Antigüidade romana, em que a incerteza da paternidade impõe ao Direito, para a solução de conflitos, o estabelecimento de certezas artificiais. O critério biológico de aferição da filiação será analisado no ponto 3.3.

A Constituição de 1988 abre caminho, por meio de determinados princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da paternidade responsável, do planejamento familiar, da afetividade e do melhor interesse da criança, para novas organizações familiares. Não durou muito tempo a ilusão de que conhecer a filiação biológica adiantaria para alcançar-se uma resposta satisfatória. Fez-se necessária a presença de um novo elemento, o elemento socioafetivo. Este leva em conta tanto os elementos afetivos quanto sociais de uma relação que pode se constituir como de filiação. Isto é o que será estudado em 3.5.

De todo modo, a questão não é resolvida, pois, mesmo assim, vigem critérios rígidos que ligam uma criança a um só pai ou a uma só mãe. E toda esta situação se torna ainda mais complexa diante de fatos concernentes à reprodução assistida, tais como “barriga de aluguel”, inseminação artificial e reprodução *in vitro*.

Todas estas novas situações só poderão ser melhor solucionadas com a assunção de uma matriz teórica capaz de impulsionar a atualização do Direito, o que deve ocorrer a partir da interpretação dos princípios postos na Constituição, ou seja, da permanente construção de uma hermenêutica constitucional. Esta matriz é objeto de estudo do capítulo 4.

No item 4.1, serão estudados o conceito e a evolução histórica dos princípios, vistos como ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas. São preceitos básicos da organização constitucional. Como mandamentos nucleares do sistema, inicialmente eram apenas tidos como simples orientações de interpretação. Hoje, tal caráter tornou-se ainda mais intenso. Entretanto, a este caráter foram somadas novas atribuições: normatizar, regulamentar e impor comportamentos. Agora, têm os princípios, também, conteúdos verdadeiramente normativos que se aplicam sempre, e não meramente na hipótese de uma lacuna normativa, como antes se interpretava o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil

Da atual percepção que se tem dos princípios, advém uma nova postura perante a Constituição, que passa a ser vista não unicamente como documento político, mas, também, como documento normativo, que se presta a prescrever comportamentos. Este movimento é caracterizado por alguns como pós-positivismo.

Como os princípios são normas abrangentes, acabam, em determinadas situações fáticas, por se encontrar em pontos de intersecção, em que não se pode facilmente vislumbrar qual deles deve prevalecer. O fato de o Direito reconhecer ou não a multiparentalidade passa pela análise da colisão de princípios tradicionais com os novos, encampados todos pela Constituição de 1988.

Há, entretanto, uma pergunta que se impõe em trabalhos que buscam este tipo de solução: qual é a distinção entre regras e princípios? Princípios caracterizam-

se pela sua possibilidade de aplicação através de uma ponderação em que cada um, devido ao seu conteúdo legítimo *prima facie*, não perde validade no sistema, quando em conflito com outro. A colisão de regras, diferentemente, implica o afastamento imediato de uma delas do sistema. Ver-se-á que os princípios possuem pesos diferentes, podendo uns serem gradualmente afastados em favor de outros, ou mesmo combinados em benefício de uma determinada tese, o que não existe nas regras.

Toda esta problemática que envolve os princípios permite a invasão de valores no Direito, alijados que foram com a predominância das idéias do positivismo jurídico. O Direito já não é mais mera técnica, mas é também zetética. E isto os princípios permitem vislumbrar.

Apesar dos problemas que estas teorias enfrentam hoje, são consideradas, de todo modo, adequadas para os fins deste trabalho.

Nos itens 4.2 e 4.3, apresentam-se os princípios constitucionais em conflito e as ponderações para que seja encontrada uma resposta satisfatória.

A ponderação de princípios, presente no ponto 4.4, parte do material construído pela doutrina neste novo paradigma, em que finalmente houve o rompimento com o positivismo, em uma reviravolta copernicana, cuja importância, no Direito, se compara à reviravolta lingüístico-pragmática de meados do século XX. Nele será estudada a adequação da teoria dos princípios de Robert Alexy e a crítica posterior a ela

O método utilizado nesta pesquisa é o bibliográfico, faz-se, portanto, uso de uma metodologia de abordagem teórico-reflexiva e não empírica. Já a metodologia de procedimento limitou-se à leitura, fichamento, análise e reflexão com base nas obras citadas.

Ainda com relação ao método, tem-se a questão da matriz teórica. Apesar de ser conhecido do autor a idéia de que a Hermenêutica Constitucional não é um

método, de todo modo as reflexões e conclusões advindas desta matriz teórica orientaram a produção do texto, fazendo-se presente nas conclusões e reflexões deste trabalho.

Finalmente, esta tese vincula-se à linha de pesquisa escolhida por satisfazer as condições teóricas e reflexivas necessárias, presentes neste programa de pós-graduação, utilizando-se, para tanto, de um ferramental teórico, como a Hermenêutica, mas buscando resultados práticos na mudança de posições na práxis forense, visando permitir a multiparentalidade.

## 1. A FAMÍLIA: ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

### 1.1 CONCEITO

No campo do direito, família, *lato sensu*, é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, compreendendo os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, inclusive os do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins.

Atualmente, conhecemos, ao lado da família em sentido amplo – conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, ou seja, os descendentes de um tronco comum - a família em sentido estrito, abrangendo o casal e seus filhos legítimos, legitimados ou adotivos. Alguns doutrinadores incluem no grupo familiar os domésticos que vivem no lar conjugal.

Os lineamentos históricos da família mostram que ela, antes de ser um fenômeno jurídico, é um fenômeno sociológico. No curso das primeiras civilizações, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo dos pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar<sup>1</sup>.

Roberto Lisboa ensina que *Família é a palavra de sentido equívoco que, no decorrer dos tempos, foi empregada de várias maneiras.*

Entre os gregos, família representava, fundamentalmente:

a) o grupo de pessoas que se reunia pela manhã e ao cair da tarde, em um lar (do grego *epistion*), para a realização do culto aos seus deuses; e

b) os cônjuges e seus descendentes.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 6. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 17-21.

A noção de família tem variado através dos tempos, e numa mesma época, a palavra tem sido usada em acepções diversas. No direito romano, não apenas significava o grupo de pessoas ligadas pelo sangue, ou por estarem sujeitas a uma mesma autoridade, como também se confundia com o patrimônio nas expressões *actio familiae erciscundae*, *agnatus proximus familiam habeto* e outras. Assim, em Roma, considerava-se família:

- a) os descendentes de um tronco ancestral comum (*gens*);
- b) todos os sujeitos unidos por laços de parentesco, inclusive por afinidade;
- c) os cônjuges e os seus descendentes, mesmo os de gerações posteriores à dos filhos;
- d) os cônjuges e, tão-somente, os filhos menores;
- e) o grupo de pessoas que vivia sob o sistema de economia comum, tendo como moradia o mesmo lugar, em outras palavras, um conjunto de pessoas e um acervo de bens; e
- f) o grupo de pessoas que se reunia diariamente em torno do altar doméstico, para cultuar os deuses, à semelhança do modelo grego anteriormente citado.<sup>3</sup>

Posteriormente, a expressão “*família*” também passou a designar:

- a) o grupo de pessoas ligadas entre si por consangüinidade; e
- b) núcleo constituído pelo casamento, do qual não resultou prole.

Para Fustel de Coulanges, a família antiga era “um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer a refeição fúnebre aos mesmos antepassados”.<sup>4</sup>

Sob um *ângulo sociológico*, família é um grupo integrado pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular. Essa noção, sempre atual e freqüentemente reconhecida pelas legislações, coincide com a clássica posição do

---

<sup>2</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. v. 5. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 34-35.

<sup>3</sup> WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 3.

<sup>4</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 37.

*pater familias* do Direito Romano, descrita no Digesto por Ulpiano. Esse jurista romano definiu família como o grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo direito, vive sob o poder de outra.

Etimologicamente, a palavra vem do latim *familia*, que por sua vez deriva de *famulus* (servo, escravo)<sup>5</sup>, que significava a reunião de servos, de escravos pertencentes a um só indivíduo ou vinculados a um serviço público<sup>6</sup>. O significado foi estendido, posteriormente, para abranger todas as pessoas, parentes ou não, senhores ou servos que viviam sob o mesmo teto, submetidos ao poder do *pater*.

Esta raiz no direito romano é um dos vários fatores capazes de explicar o caráter autoritário presente na família ocidental, notadamente a brasileira, envolta que sempre fora com a figura dominante masculina, a qual, embora não tivesse todos os poderes do *pater familiae* de outrora, a este em muito se aproximava, ao decidir a vida dos menores e das mulheres, comandando-os. A noção atual de família nas civilizações ocidentais, entretanto, afasta-se cada vez mais da idéia de poder e supremacia da vontade de um membro, igualando os direitos familiares. É fato, porém, que persiste a noção de poder e supremacia do chefe familiar em várias civilizações atuais, inclusive naquelas em que as mulheres sofrem restrições de direito e de fato<sup>7</sup>.

De outro lado, como explica Lévi-Strauss, análises antropológicas definem família como uma unidade de reprodução biológica e social, criada por laços de aliança (sejam firmados pelo matrimônio ou não), vínculos de descendência e elos de consangüinidade.<sup>8</sup>

No esforço por encontrar um denominador comum para conceituar “família”, para além de todas as particularidades que essa possa apresentar nas diferentes

---

<sup>5</sup> CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 348.

<sup>6</sup> ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 335.

<sup>7</sup> VENOSA, op. cit., p.16.

<sup>8</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. Trad. Robert Coracy e Joanna Coracy. In: SHAPIRO, Harry L. Homem, cultura e sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 1980, p. 40-50.

sociedades ao longo dos séculos, o antropólogo Claude Lévi-Strauss<sup>9</sup> afirma que a família ideal teria basicamente três características:

- a) a origem no casamento;
- b) a formação marido-mulher e filhos daí oriundos; e
- c) a união de todos por laços legais, obrigacionais, religiosos, econômicos, sexuais e de sentimentos psicológicos, como o amor, afeto, respeito e reverência.

A compreensão ocidental de família não é restrita, portanto, a um mero agrupamento de pessoas ligadas por laços de sangue e, desde o início, abrangeu outras referências, como as legais, econômicas e afetivas, mas também, e principalmente, as de cunho sagrado. De algum modo, este tabu sagrado impõe-se nos preconceitos acerca da família, se fazem presentes no imaginário popular e no sistema jurídico brasileiro e cristalizam-se em estruturas que impedem o surgimento do novo modelo democrático de família, oferecido pela nova ordem constitucional.

Desde os gregos até hoje, as sociedades passaram por transformações que fizeram restringir a antiga concepção de família. Assim, a noção atual da família ocidental nuclear aproxima-se mais da definição expressa no dicionário Littré: *Ela une pessoas do mesmo sangue, que vivem sob o mesmo teto, especialmente o pai, a mãe e os filhos*<sup>10</sup>.

A seu turno, Leib Soibelman define família em sentido lato como grupo de pessoas ligadas por consangüinidade<sup>11</sup>. Em sentido estrito, os cônjuges e a prole.

Desta forma, as idéias de “pessoas do mesmo sangue” e de “ascendência”, “linhagem” e “estirpe” nos remetem ao fundamento biológico<sup>12</sup>, apropriado pelas diferentes sociedades diante da necessidade de sobrevivência e preservação não apenas da espécie, mas também de seus bens e conquistas, e dão suporte ao conceito de família em sentido amplo.

---

<sup>9</sup> LÉVI-STRAUSS apud SHAPIRO, *ibid.*, p. 361.

<sup>10</sup> ARNAUD, *op. cit.*, p. 336.

<sup>11</sup> SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1996. p. 165.

<sup>12</sup> Pontes de Miranda ensina-nos que, “biologicamente, família é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, ou seja, unidos por laços de sangue. Em sentido estrito, a

As noções de “cônjuges e prole”, ou “mãe, pai e filhos”, por seu turno, nos conduzem à percepção do núcleo familiar ou de família nuclear, em sua expressão mais simples, e fundamentam o conceito em sentido estrito, de unidade familiar lastreada no casamento<sup>13</sup>.

Como se pode notar, não se afigura correta a idéia de que família é tão-somente o núcleo constituído pelo casamento, embora quisesse assim fazer parecer todas as constituições brasileiras anteriores à de 1988<sup>14</sup>. No direito positivo brasileiro atual, a expressão “família” é a entidade constituída:

- a) pelo casamento;
- b) pela união estável;
- c) pela relação monoparental; e
- d) pela adoção.

Percebe-se que o critério mais comumente adotado para a determinação da família no campo legislativo parece ser o da modalidade de sua constituição, isto é, do seu móvel constituidor. Todavia, esta é apenas uma das vias para fixação de critérios visando à caracterização da família, que, como se vê, desconsidera o afeto como fator de sua constituição.

Em vista das sucessivas legislações brasileiras, como é possível notar a partir dos textos constitucionais, a família é considerada base da sociedade e, por esta razão, merece amparo e proteção do Estado. A dúvida que se apresenta é se ela poderá ser “regulada” ou “tutelada” pelo Estado, em um viés mais limitador da liberdade, ou se a família pode estruturar-se movida pelo sentimento de seus atores, com o que deve, ao contrário, o Estado conformar-se. Esta questão será respondida no transcorrer do trabalho.

---

família representaria o grupo formado pelos pais e filhos”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 456.

<sup>13</sup> Esta estruturação familiar representou (e talvez ainda represente) um ideal burguês e simboliza “um jeito certo de se viver”, constituindo-se, portanto, num valor.

<sup>14</sup> Vide artigo 72, § 4º da Constituição de 1891, art.144 da constituição de 1934, artigo 124 da constituição de 1937, artigo 163 da constituição de 1946, artigo 167 da constituição de 1967 e artigo 175 da Emenda nº 1(1969) à Constituição de 1967.

A família pode ser formada a partir de diversas espécies de entidades ou unidades rubricadas como “familiares”. Segundo Diniz, existem três acepções sobre o termo família:

a) *Amplíssima*: abrange todos os indivíduos ligados pelo vínculo de consangüinidade e afinidade, incluindo estranhos (CC, art. 1.412, § 2º; Lei nº 1.711/52, art. 241).

b) *Lata*: restringe-se aos cônjuges e seus filhos, parentes da linha reta ou colateral, afins ou naturais (CC, arts. 1.591 e s.; Dec.-lei nº 3.200/41 e Lei n. 883/49)

c) *Restrita*: compreende, unicamente, os cônjuges ou conviventes e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716) qualquer dos pais e prole<sup>15</sup>.

E a autora prossegue conceituando família em sentido técnico:

Família é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção.<sup>16</sup>

Vislumbra-se, pois, que diversas são as possíveis conceituações da expressão “família”, dependendo, assim, da ciência através da qual seja percebida, da época e da sociedade a ser examinada. A única congruência teórica entre antropólogos, sociólogos, psicólogos e juristas parece residir no fato de a família ser uma instituição variável no tempo e nas culturas.

Todos os conceitos até aqui passados em revista, por mais atuais que sejam, vão parecendo insuficientes quando cotejados com a realidade fática. Na medida em que se sucedem e se bifurcam as novas gerações, ocorre uma descaracterização da família. Em outros termos, são enfraquecidos os laços familiares, de modo que, a partir de um determinado momento, não mais podemos percebê-la em toda sua amplitude, muito embora existam remotos vínculos de consangüinidade.

---

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

<sup>16</sup> Idem, *ibid.*, p. 15.

De outro lado, rendidos aos fatos sociais, os ordenamentos jurídicos das sociedades ocidentais passaram a admitir como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes ou apenas pelo casal (sem prole), tornando mais restrito ainda o núcleo familiar.

Não terminam neste ponto as perplexidades acerca do termo. Ao mesmo tempo que o conceito aparece cada vez mais restringido, como se demonstrou, surge, todavia, de modo ampliado, quando vincula pessoas apenas por laços afetivos, como no caso da adoção e dos “filhos de criação”, ou quando quer abarcar a união de pessoas do mesmo sexo como ponto de partida para a construção de uma nova família, o que já ocorre em algumas sociedades.

Note-se, desta maneira, que as categorias jurídicas parecem cada vez mais fluidas, à medida que a evolução social vai proporcionando novos horizontes para a leitura da realidade. É um conflito entre uma realidade que vai se impondo com cada vez mais força e uma cultura que resiste à mudança, arraigada que está às suas antigas tradições.

Weltzer, com propriedade, afirma que:

as leis de parentesco são um banquete antropológico, maravilhosamente diversificado e muito bem-temperado. Há mil maneiras de perguntar e responder a pergunta distributiva fundamental – Quem... com quem? Quem pode dormir com quem? Quem pode casar-se com quem? Quem comemora com quem? Quem deve respeitar quem? Quem é responsável por quem? As respostas a essas perguntas constituem um sistema minucioso de leis, e é característica das mais antigas interpretações do poder político que os chefes ou príncipes que violam tais leis são tiranos<sup>17</sup>.

O psiquiatra Sérgio Telles (*on-line*), em resenha ao livro *A família em desordem* (da também psiquiatra Elizabeth Roudinesco), assim expõe:

Pouco resta da antiga família patriarcal, imutável, regida por um pai autoritário, quando olhamos para as famílias de hoje – rompidas e recompostas muitas vezes. Mais ainda, cortando todos os laços com os costumes anteriores, pares homossexuais passaram a pleitear a adoção ou mesmo a paternidade ou maternidade, usando os novos recursos que prescindem da prática natural do coito entre homem e mulher. A despeito da grande quantidade de estudos e das diferentes formas de organização a ela atribuídas, a família parece ter sido, ao longo da história,

---

<sup>17</sup> WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Martins Fontes: São Paulo, 2003, p. 312.

a primeira instância responsável pela construção da identidade do ser humano, em seus múltiplos aspectos.

Esta idéia permite que se passe ao item seguinte, qual seja, o relacionado ao modelo de família ocidental e seu histórico.

## 1.2 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA OCIDENTAL

Estudos especializados apontam a existência de inúmeras estruturas familiares, ora privilegiando a mulher, ora o homem, representadas por vínculos poliândricos, polígamos ou monogâmicos. Destas diferentes maneiras de organização resultavam relações de filiação também distintas. Todavia, os registros não nos dão a segurança necessária a uma correta cronologia do desenvolvimento da família, nem demonstram ser as estruturas dependentes ou constituir pré-requisitos umas das outras.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, fato certo e comprovado pelos apontamentos históricos, movimentos literários e fragmentos jurídicos é que a família ocidental viveu largo período sob a forma patriarcal, reconhecidamente pelas civilizações mediterrâneas, divulgada pela documentação bíblica e encontrada nas pesquisas históricas de Mommsen e Fustel de Coulanges. A família romana surgiu, então, como padrão desse tipo de organismo no Ocidente, tendo deixado marcas nos costumes até o último século, inclusive na sociedade brasileira.<sup>18</sup>

Fustel de Coulanges é enfático ao afirmar que “o que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento, a força física: é o culto ao deus Lar e aos antepassados”. Nas casas, na capela (*lararium* ou *sacrarium*) doméstica do *atrium*, havia um altar em que ardia o fogo sagrado, divindade central da religião doméstica. Entende-se assim, que a religião é a força

---

18 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 19. COULANGES, op. cit., p. 63.

motriz da família. Tanto que aquele que renuncia ao culto não mais será considerado membro da família.<sup>19</sup>

No início da República Romana, do quinto ao segundo século a.C., o casamento refletia o padrão grego e era respeitado como instituição voltada para o aumento da prole e os cuidados do lar. Nesse contexto, preencher os desejos da alma do companheiro não era sequer levado em conta. Por muito tempo, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição era um dogma de continuidade da religião doméstica. Sobre este tema, afirmou Foustel de Coulanges:

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associar-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto.<sup>20</sup>

Os casais assumiam a dupla responsabilidade de perpetuar o nome da família do marido e de gerar filhos homens para a nova República, que dependia de soldados para se manter. Os cidadãos romanos eram encorajados a procriar como parte de suas obrigações cívicas.

Lisboa, referindo-se à evolução histórica da família, reitera que gregos e romanos tiveram, basicamente, duas concepções acerca da família e do casamento: a do *dever cívico* e a da *formação da prole*. Inicialmente, a união entre o homem e a mulher era vista como um *dever cívico*, principalmente no âmbito da procriação, pois a criança gerada viria, mais tarde, a servir ao exército, defendendo territórios e buscando riquezas para o Estado.<sup>21</sup>

Durante o último século da República romana e no início do Império, quando as famílias aristocratas estavam sendo extintas por causa das guerras, algumas leis foram introduzidas para estimular o casamento e a procriação. Augusto (imperador de 27 a.C. a 14 d.C.) ofereceu prêmios aos que tivessem muitos filhos,

---

<sup>20</sup> COULANGES apud VENOSA, op.cit., p. 19.

<sup>21</sup> LISBOA, op. cit., p. 27-32.

especialmente aos pais que tivessem três, pois, segundo ele, representava o ideal de uma família bem constituída<sup>22</sup>.

Com o decorrer do tempo, tal noção foi sendo paulatinamente substituída pelos ideais de *continuidade* da entidade familiar, concebendo-se a família e o casamento para os fins de perpetuação da espécie, com o nascimento de filhos.

Em Roma, a família era organizada com base no princípio da autoridade e abrangia a todos quantos a ela estivessem submetidos<sup>23</sup>. As famílias eram extensas e embasadas em microrreligiões, em que cada qual venerava seus próprios deuses, seus próprios antepassados, e o *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Ele comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía a justiça, exercendo sobre os filhos direito de vida e de morte, podendo impor-lhes pena corporal ou vendê-los.

Arnoldo Wald ratifica, na sua concepção, o histórico da família no decorrer dos tempos. Afirma que, em Roma, a família era constituída por um conjunto de pessoas que estava sob a *patria potestas* do ascendente comum vivo mais velho, independentemente de laços de consangüinidade. O *paterfamilias*, o pai de família, o chefe da casa, é o homem que não tem ascendente masculino vivo ou que, embora o tenha, é emancipado. É pessoa *sui iuris*, isto é, independente. Exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Inicialmente, havia um único patrimônio comum, administrado pelo *pater*, pois somente ele adquiria bens, exercendo poder sobre o patrimônio familiar como decorrência da autoridade sobre a mulher e os filhos. Numa fase mais evoluída do direito romano, surgiam patrimônios individuais, como os pecúlios, geridos por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> YALOM, Marilyn. *A História da esposa*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 51-52.

<sup>23</sup> PEREIRA, op. cit., p. 20.

<sup>24</sup> WALD, op. cit., p. 26.

O *pater* administrava a justiça dentro dos limites da casa, e, na primeira fase do direito romano, a família era uma unidade política, constituindo-se o Senado pela reunião dos chefes de família (*patres conscripti*). Ao lado da família, existia a *gens*, que alguns consideram como subdivisão da cúria e outros como um agregado das famílias oriundas de um tronco comum. A *gens* compreendia o conjunto de pessoas unidas entre si pela comunidade de culto e de nome e que primitivamente teriam vivido na mesma aldeia. A *gens* criava entre os seus membros direitos sucessórios e exercia importante função política, tendo território próprio e chefe – o *pater gentis*.

A mulher vivia totalmente subordinada à autoridade marital, e nunca adquiria autonomia, pois passava, com o casamento, da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade. Esperava-se dela comportamento de acordo com as ordens do *pudicitia* – um código rígido de moralidade que incluía o significado literal da palavra castidade. Ela não tinha direitos próprios e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

A família era organizada em função da religião e a sucessão, portanto, não tinha fundamento econômico, muito embora gerasse repercussões nesta área. O *pater*, ao falecer, deixava vaga sua função de gestor da família, de que se incumbia o primogênito. De acordo com o princípio da primogenitura, recolhia o filho mais velho a totalidade da herança, como instrumento de continuidade dos antepassados e dos deuses domésticos<sup>25</sup>, subordinando os demais filhos do defunto à sua autoridade econômica e social<sup>26</sup>.

Nesse sentido, a ausência de descendentes era entendida como uma condenação dos membros e antepassados pela não-perpetuação de seus cultos<sup>27</sup>. Silvio Rodrigues<sup>28</sup> cita, também, Foustel de Coulanges para destacar que essa foi a

---

<sup>25</sup> PEREIRA, op. cit., p. 25.

<sup>26</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. VI. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 3.

<sup>27</sup> A sacra privata só poderia ser exercida pelos membros da família. Logo, a ausência de membros levaria à sua extinção.

<sup>28</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 6 . 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 332.

origem do instituto da adoção na Roma Antiga, consolidada de duas formas principais: a *adrogatio*<sup>29</sup> e a *adoptio*<sup>30</sup>.

A evolução da família romana foi no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo-se o parentesco agnático pelo cognático. Mais tarde, porém, durante a República Velha e o Império, um ideal mais igualitário dentro do casamento se fez presente, enfatizando a parceria do homem e da mulher, o que se revelou na substituição do casamento *cum manu* (“com mão”) pelo casamento *sine manu* (“sem mão”). No casamento *cum manu*, a mulher passa da dependência do chefe de sua família para a dependência de seu marido e do pai deste. Tal transferência supõe um ato chamado *conventio in manum* ou aquisição da *manus*, isto é, de um poder do marido sobre a mulher. No casamento *sine manu*, a filha, mesmo casada, continua sob o poder de seu *paterfamilias*, em vez de se tornar, como antes, propriedade do marido<sup>31</sup>. A mulher casada *sine manu* continua sob o pátrio poder do seu ascendente e, se não tiver mais antepassados vivos do sexo masculino, fica sob a tutela de um agnado. No fim da República, a tutela, nestes casos, perde a sua importância, desempenhando um papel exclusivamente formal.

As mulheres da aristocracia romana, por volta dos anos 50 a.C., já desfrutavam de uma situação que na Grécia Antiga seria inaceitável: podiam manter a propriedade herdada de suas famílias, dispunham de educação particular, podiam participar de eventos públicos, como banquetes e espetáculos (mesmo as casadas), e seus dotes eram devolvidos em caso de divórcio. Se um marido fosse enviado para a batalha ou para o exílio, a mulher assumia seu papel, tomando conta da família e da propriedade<sup>32</sup>.

Com as leis demográficas de Augusto, o primeiro imperador romano, ficam, outrossim, isentas de tutela as mulheres que são mães de três ou mais filhos, e, bem

---

<sup>29</sup> Adrogatio, segundo RIBEIRO, Simone Clos Cesar. As inovações constitucionais do direito de família. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192). Acesso em: 5 out. 2004. Era firmada em praça pública, contando com um representante do Estado, o ad-rogante e o ad-rogado, que firmavam seus objetivos e pretensões.

<sup>30</sup> Adoptio, segundo Adrogatio, conforme RIBEIRO, ibid. Constituía a alienação dos direitos do genitor em prol do adotante, em um ato mais complexo.

<sup>31</sup> YALOM, op. cit., p. 47.

mais adiante, na época de Adriano, a mulher não necessita mais de assistência do tutor para praticar os atos jurídicos.

Destaca-se, desde essa época, a existência do concubinato, formando um quase-casamento. À concubina, que não apresentava o *consensus nuptialis* ou *affectio maritalis*, não eram garantidos todos os efeitos e direitos decorrentes do casamento, muito embora fosse assegurada a regularização da prole daí oriunda.<sup>33</sup>

Na época imperial, a mulher goza de completa autonomia, participando da vida social e política, não se satisfazendo mais com as suas funções exclusivamente familiares. O feminismo se revela então na vida esportiva que levam as mulheres, comparecendo e participando de caçadas e de outros esportes. Corresponde a essa fase a dissolução da família romana, corrompida pela riqueza. Os adultérios e os divórcios se multiplicam.

Neste momento da história, a idéia romana do casamento é diferente da dominante em nossos dias. Para os romanos, desta época, a *affectio* era um elemento importante para o casamento, que não devia existir apenas no momento da celebração, mas enquanto perdurasse o relacionamento. Assim, a ausência de convivência e o desaparecimento da afeição eram suficientes para a dissolução do casamento.

A partir do século IV, com o Imperador Constantino, instala-se no direito romano a concepção da família cristã<sup>34</sup>, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Por influência do cristianismo, o concubinato foi rebaixado a instituto inferior ao casamento, formando-se nítidas diferenças entre os filhos do casamento e os da relação concubinária. Os filhos das concubinas, na forma do pensamento cristão, apenas adquiriam o direito de serem alimentados e de herdarem na ausência do que era considerada “prole legítima”.

---

<sup>32</sup> HAMER apud YALOM, *ibid.*, p. 56.

<sup>33</sup> O termo “concubina” era aplicado às mulheres que mantinham relação marital com homens já casados ou com os quais não poderiam se casar, por impedimentos – como plebéia e nobre, por exemplo.

<sup>34</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 21.

A seu turno, o imperador Justiniano (527 a 565 d. C.), visando a reconhecer a realidade fática da larga existência das concubinas e adequar-se às imposições da Igreja, buscou dar fim aos impedimentos matrimoniais – que acabavam por estimular a existência de relações ilegítimas – de forma a regularizar o concubinato como casamento.

Justiniano tentou restringir a casos especiais as causas de divórcio. Pouco tempo depois, entretanto, voltava a ser admitido em Roma o divórcio por consenso mútuo. A mesma vontade que fizera o casamento, pensavam os romanos, podia desfazê-lo.

Mesmo com a queda do Império Romano, suas normas continuam a exercer profunda influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges e, especialmente, quanto ao dote. É relevante, também, a importância crescente de certas normas de origem germânica. A razão disto é óbvia, uma vez que se deve ter em mente que, após a queda do Império, são justamente as tribos germânicas que passam a dominar o cenário militar europeu, e, conseqüentemente, o político, o econômico e o familiar.

Assim, durante a Idade Média, as relações de família se regem exclusivamente pelo direito canônico, sendo que, do século X ao século XV, o casamento religioso é o único conhecido. Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação ao infieis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado.

Nesta época o divórcio era considerado um ato contrário à própria índole da família e ao interesse e a formação dos filhos. Sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus: *quod Deus conjunxit homo non separet*.

É importante mencionar, por outro lado, a existência de uma divergência entre a concepção católica atual do casamento e a concepção medieval. Enquanto para a

Igreja, em princípio, o matrimônio depende do simples consenso das partes, a sociedade medieval reconhecia no matrimônio um ato de repercussão econômica e política para o qual devia ser exigido não apenas o consenso dos nubentes, mas também o das famílias a que pertenciam. Era, deste modo, um ato complexo, que envolvia diversas vontades, sendo a preponderante justamente aquela alheia às relações de afeto que necessariamente envolvem o casamento.

Nesse período, o fortalecimento crescente da influência da Igreja, que chegou mesmo a se confundir com o Estado, trouxe características de normas estatais àsquelas estatuídas pelo alto clero. Marcou, essa época, o Concílio de Trento, realizado entre 1543 e 1563, ocasião em que a natureza sagrada do matrimônio, já francamente aceita desde o século VIII, tornou-se lei canônica. Assim, combatendo tudo que pudesse enfraquecer as instituições religiosas e comprometer a ordem social, o casamento foi legalizado como indissolúvel e o aborto, o adultério e o concubinato, práticas reprováveis e puníveis.

Nesse momento histórico, o casamento religioso passou a ser o único reconhecido pelo Estado. Somente eram considerados casados aqueles que buscavam as bênçãos divinas de união monogâmica eterna, semente da família legítima. A Igreja, assim, adquiriu forte influência em todos os aspectos matrimoniais, a começar pelo leito conjugal. Pregava-se que as esposas copulassem apenas com o intuito de procriação, condenando o chamado “pecado original” e enaltecendo a “virgem pura e casta” e a “esposa submissa”, na esteira do modelo bíblico.

Essa posição, tomada pelos chefes da Igreja no século XIV, tornou-se um dogma na Idade Média. A maioria dos casais foi levada a acreditar que o sexo, mesmo dentro do casamento, carregava a mancha do pecado original. Relações sexuais pelo simples prazer de copular foram veementemente condenadas. As mulheres eram instruídas a evitar intimidades com seus maridos<sup>35</sup> e as relações sexuais consideradas um débito conjugal, uma obrigação solene que cada cônjuge devia ao outro com o fim específico da procriação.

---

<sup>35</sup> YALOM, op. cit., p. 79. A autora afirma, ainda, que esta discussão se deve a dois ensaios de Georges Duby: “Le Mariage Dans la Societé du haut Moyen Age” e “L’amour em France au XIIe siècle”.

Veja-se que, àquela altura, a teologia medieval insistia que o prazer da carne era coisa do mal e que o matrimônio constituía-se, na melhor das hipóteses, um mal necessário. Teólogos cristãos apresentavam a vida de casado como um *status* inferior ao da viuvez ou da virgindade, já que viúvas castas e as virgens faziam abstinência de sexo.

As esculturas de muitas igrejas erguidas depois de 1100 glorificavam as santas martirizadas, exibindo suas feridas e segurando suas cabeças decapitadas nas mãos<sup>36</sup>. Representavam “pecadoras”, “Evas”, aqueles seres que trouxeram para o mundo o pecado. Phillippe Áriès, sobre essas esculturas, afirmou: “A análise iconográfica leva-nos a concluir que o sentimento de família era desconhecido da Idade Média e nasceu nos séculos XV-XVI, para exprimir com vigor definitivo no século XVII”.<sup>37</sup>

Neste sentido, a maternidade era um estado desejado, como cumprimento de um papel dado por Deus à mulher. Além da perpetuação da família do marido, os filhos eram bem-vindos para o trabalho no campo.

A Igreja combatia todas as formas de contracepção, sendo o coito interrompido e o aborto considerados pecado masculino e feminino, respectivamente. Sem controle, as mulheres tinham muitos filhos: sete ou oito eram números comuns. A mãe, considerada impura num período de até seis semanas após o parto, era proibida de freqüentar a igreja, segundo regra do Velho Testamento<sup>38</sup>.

Por ser o casamento indissolúvel, a doutrina canônica estabeleceu, preventivamente, um conjunto de motivos para impedir a sua própria realização: impedimentos dirimentes absolutos (justificando a nulidade) e impedimentos dirimentes relativos (justificando a sua anulabilidade). Estes impedimentos fundamentavam-se em causas baseadas numa incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), num vício de consentimento (dolo para

---

<sup>36</sup> Idem, *ibid.*, p. 81

<sup>37</sup> ÁRIÈS, Phillippe. *História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 143.

obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) ou numa relação anterior (parentesco, afinidade).

A Igreja, mais tarde, se limitou a exigir, para a validade do casamento, o *consenso dos nubentes* e as *relações sexuais voluntárias*, relegando para um plano secundário o consentimento paterno e entrando em choque com o direito civil leigo, que, por motivos de ordem política, considerava-o como um dos requisitos essenciais para a realização do casamento e sua validade.

Afinal, ficou vencedor no seio da Igreja o ponto de vista segundo o qual o divórcio não deve ser concedido mesmo no caso de adultério, de ausência ou de cativo. O direito canônico, então, construiu uma teoria das nulidades e, com base nela, criou a regulamentação da separação de corpos e de patrimônios (*divortium quoad thorum et mensam*), que extingue a sociedade conjugal, sem todavia dissolver o vínculo.

Fortalecendo-se a autoridade do rei e voltando esta figura a predominar nas organizações políticas mundo afora, pela segunda vez (na primeira vez na época do direito romano, a segunda na do Renascimento), o Estado reivindicou a competência para julgar as questões referentes ao direito de família.

Os Estados que aderiram à Reforma tiveram de elaborar uma legislação própria para o direito de família e exerceram, assim, importante influência sobre aqueles que, não tendo recepcionado as decisões do Concílio de Trento, viram-se, mais adiante, na contingência de criar novas normas para a matéria.

O grande problema que surge, especialmente após a Reforma, é o conflito entre os tribunais civis e religiosos, inicialmente quanto a certos aspectos patrimoniais do direito de família e, em seguida, em relação aos seus efeitos pessoais.

---

<sup>38</sup> YALOM, op. cit., p. 94-95.

O acordo entre a Igreja e o Estado se realizou na luta comum contra os casamentos clandestinos, na exigência de uma publicidade prévia e da presença de testemunhas no ato, conquistas que se incorporaram definitivamente ao direito moderno.

Tanto nos países católicos como nos protestantes, o poder civil legislou moderadamente no tocante ao direito de família, embora, pouco a pouco, a competência das autoridades eclesiásticas tivesse sido absorvida pela autoridade civil, seja como órgão originariamente competente, seja como tribunal ao qual as partes podiam recorrer das decisões eclesiásticas.

Passou a dominar assim modernamente a concepção leiga do casamento, vitoriosa na maioria das legislações vigentes, sem prejuízo do reconhecimento do casamento religioso, caso das minorias não católicas, que levou o Estado a admitir, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído na França em 1767.

A situação da mulher no seio da família, entretanto, não sofreu grandes mudanças nem mesmo com a Reforma Protestante, no início da Idade Moderna. Ao mesmo tempo em que Lutero, pai do movimento reformista, se opôs à ortodoxia, enaltecendo o casamento mesmo para os padres<sup>39</sup>, ele não divergiu da visão da Igreja Católica da mulher como ser inferior. Para ele, ela tinha sido criada para reprodução, para servir ao homem<sup>40</sup>. Em suas “Cartas abertas para a nobreza cristã da nação germânica”, Lutero conclui com três afirmações, dentre as quais: “nem todo padre pode arrumar-se sem uma mulher, não apenas por conta da fraqueza da carne, mas muito mais pelas necessidades do lar”.<sup>41</sup>

Até nos países protestantes, era intolerável insultar a dignidade do casamento. O adultério, embora comum, era condenado veementemente, principalmente o feminino, considerado, em 1650, como pecado capital.

---

<sup>39</sup> Visto que muitos clérigos viviam com concubinas, Lutero considerava melhor estarem casados a viverem no pecado.

<sup>40</sup> YALOM, op. cit., p. 123.

<sup>41</sup> LUTERO apud YALOM, op. cit., p. 122-123.

Para a mulher, o casamento representava, por um lado, *status* e proteção, pois, na melhor hipótese, teria um provedor econômico e uma companhia afetuosa, além de ser-lhe autorizada a prática sexual sem o peso do pecado. Por outro lado, contudo, significava o casamento desistir da liberdade, subordinar-se ao marido, aos seus caprichos e, por vezes, às suas ameaças. Muitas mulheres possuíam distúrbios mentais pela opressão que sofriam como filhas e esposas.

Vale ressaltar que, a partir do século XIV, de acordo com Philippe Ariès baseados em estudos de M. Pelot (1955), assistiu-se ao desenvolvimento do que este chamou de “família moderna”, com uma progressiva perda de poder da mulher no lar, até tornar-se incapaz (século XVI) e totalmente dependente do marido, fortalecido por sua degradação.<sup>42</sup>

Nessa época, foram se enfraquecendo os laços de linhagem, a autoridade do marido dentro de casa tornava-se maior e a mulher e os filhos se submetiam a ela mais estritamente. Passa-se, portanto, a atribuir-se à família nuclear o valor que outrora se conferia à linhagem. Essa se torna, então, célula social, a base dos Estados, o fundamento do poder monárquico.

Compreende-se, assim, que as conveniências sociais e econômicas preponderavam, sempre, sobre a afetividade, embora seja ela uma necessidade humana.

O curso histórico trouxe o “Século das Luzes”, alterando substancialmente concepções e impingindo ideais de contestação. Marilyn Yalom chegou a afirmar: “Algo de novo foi acrescentado à identidade das mulheres no século XVIII: uma consciência política”. De acordo com a autora, elas descobriram que estavam envolvidas nos acontecimentos nacionais da mesma forma que seus maridos, ainda que o termo “mulheres” deva ser interpretado como esposas. Os esposos, por seu turno, continuavam a se manter no topo da pirâmide hierárquica da família. Somente a eles cabia processar ou serem processados, fazer testamentos e contratos, comprar e vender propriedades, mesmo aquelas que tinham pertencido às esposas.

---

<sup>42</sup> ARIÈS, op. cit., p. 145.

Tanto para os americanos, como para os franceses e ingleses deste período, a mulher era o sexo frágil, inferior ao homem, criada para servir ao marido e nutrir os filhos.<sup>43</sup>

Assim, Jean Jacques Rousseau, no livro *Émile* publicado originalmente em 1762, dizia:

O homem deve ser forte e ativo; a mulher deve ser fraca e passiva [...] elas devem aprender desde cedo a submeter-se às injustiças e a sofrer com os erros que lhe forem atribuídos por seu marido ou companheiro.<sup>44</sup>

Do mesmo modo, no livro *A Father Legacy to his Daugther* (1774), John Gregory aconselhava as esposas a esforçarem-se mais para agradar aos maridos do que apenas para servi-los<sup>45</sup>.

No que diz respeito à criança, vale lembrar que, nas épocas anteriores, na Grécia e em Roma, havia um rito de passagem entre a infância e a idade adulta, realizada por meio da iniciação ou de uma educação. A civilização medieval não fazia esta distinção. O marco distintivo entre a Idade Média e a Moderna, segundo Philippe Ariès<sup>46</sup>, foi o reaparecimento da preocupação com a educação. As ordens religiosas, como os jesuítas, passaram a dedicar-se ao ensino dirigido às crianças e não mais aos adultos e mendicantes da Idade Média. Procuravam difundir a mensagem de que os pais eram guardiões espirituais, responsáveis perante Deus pelo corpo e pela alma de seus filhos.

Foi na Idade Moderna que se passou a admitir que as crianças deveriam preparar-se para a vida adulta e esse cuidado com elas inspirou novos sentimentos de afetividade. A moral da época impunha aos pais proporcionar a todos os filhos, e não apenas ao mais velho, como antes, uma preparação para a vida, assegurada pela escola. Deste modo, a família deixa, assim, de ser uma instituição de direito privado que transmite um nome e bens, assumindo uma função moral e espiritual.

---

<sup>43</sup> YALOM, op. cit., p. 173-174.

<sup>44</sup> ROUSSEAU *apud* YALOM, *ibid.*, p. 175.

<sup>45</sup> GREGORY *apud* YALOM, *ibid.*, p. 176.

<sup>46</sup> ÁRIÈS, op. cit., p. 194.

A família e a escola retiram a criança da sociedade dos adultos em que antes vivia de uma forma “integrada” a partir dos sete anos de idade, aproximadamente. A escola, cumprindo o papel de “educar”, confinou uma infância outrora livre num regime disciplinar cada vez mais rigoroso: *infligiu-lhe o chicote, a prisão, em suma, as correções reservadas aos condenados das condições mais baixas*<sup>47</sup>.

Destaque-se, ainda, que essa sensibilidade exacerbada pela infância resultou no fenômeno do controle da natalidade, surgido no século XVIII, em um momento em que a família acabava por se reorganizar em torno da criança e na qual se delimitavam, com maior nitidez, os contornos entre o público e o privado.

No cristianismo fortaleceu-se o casamento, colocando-se em segundo plano a relação sexual para fins únicos e imediatos de procriação. Com isto, adquire a mulher uma situação menos desigual diante do homem. Evoluiu mesmo a idéia da renúncia às relações sexuais em favor do casamento.

Na época precedente à Revolução Industrial, a família exercia, em conjunto, a sua atividade de trabalho. Ao redor do chefe da família que, na maioria das vezes, praticava o artesanato, estavam como colaboradores a mulher e os filhos.

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a sua composição, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser a unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. Com a introdução das máquinas, o trabalho artesanal, tipicamente familiar, não foi suficiente para concorrer com a produção fabril, motivo pelo qual os membros da família, que auxiliavam o artesão, passaram a procurar outra fonte de renda, trabalhando nas fábricas. Em suma, o homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho.

Tal acontecimento acarretou a desagregação do trabalho familiar e a derrocada das diferenças de funções entre os seus integrantes. Com o passar do tempo, o

---

<sup>47</sup> idem, *ibid.*, p. 194-195.

papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher alcança os mesmos direitos do marido. Com isso, transfigura-se a convivência entre pais e filhos.

Com a era das codificações, foram sistematizadas as regras referentes às relações familiares, cristalizando-se à luz do individualismo jurídico:

a) a estatização da regulação das relações familiares, a partir do casamento civil, com a introdução de normas jurídicas de ordem pública;

b) a qualificação da família legítima;

c) a proscricção do concubinato;

d) a fixação de diferentes estatutos normativos dos direitos e deveres do homem e da mulher;

e) a categorização dos filhos, preferindo-se os legítimos aos demais; e

f) a indissociabilidade do vínculo familiar.

Nas relações familiares em geral prevaleceu historicamente o patriarcado, isto é, o regime familiar cuja autoridade é exercida pelo ascendente mais idoso do sexo masculino.

A chefia da sociedade conjugal quase que invariavelmente foi exercida pelo homem, que, com o passar do tempo, passou a ter um poder de decisão mais limitado sobre a mulher e os filhos.

O patriarcado foi exercido, em diversos períodos da história e em várias partes do mundo, mediante a *poligamia*, que paulatinamente foi decaindo, sendo substituída pela sociedade da *monogamia*.

Em poucas regiões do mundo e em curtos períodos de tempo preponderou o regime matriarcal ou *matriarcado*. Constatou-se a existência do matriarcado em alguns clãs africanos, americanos e da Oceania. No entanto, tal regime proporcionou o enfraquecimento das tribos, causado pela *redução da fecundidade da mulher*, decorrente do fato segundo o qual ela se unia invariavelmente a vários homens (poliandria). Mesmo o patriarcado veio a perder sua força nas sociedades ocidentais, com o passar dos anos.

Os movimentos de emancipação e de liberação social da mulher e dos jovens, a partir do final do século XIX, trouxeram conseqüências consideráveis sobre as relações familiares em geral, fazendo-se sentir, um século após:

- a) a aceitação das uniões informais entre o homem e a mulher;
- b) uma maior condescendência da chamada “moral pública”;
- c) a possibilidade de extinção do casamento por motivos outros, além da morte ou do adultério;
- d) uma maior proteção para a mulher, consagrando-se o princípio da igualdade entre o homem e a mulher;
- e) uma maior proteção para os filhos, consagrando-se o princípio da igualdade entre os filhos, pouco importando a sua origem; e
- f) a nova personalização das relações familiares, buscando-se o asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família.

No Brasil, esta história apresenta alguns contornos peculiares que devem ser observados.

### 1.3 A HISTÓRIA DA FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE E NO BRASIL

Na Idade Contemporânea, a família é marcada, principalmente, pela revolução sexual, iniciada a partir dos métodos contraceptivos e de uma mudança de percepção da sexualidade na relação marido e mulher. Esta sexualidade, antes vista como mero instrumento de procriação, passa a ser encarada como uma intimidade prazerosa, capaz de estreitar o relacionamento do casal.

O conhecimento sobre os métodos anticoncepcionais surgiu na sociedade americana na década de 1820, com o movimento de controle de natalidade iniciado na Inglaterra. A partir de 1850, reformistas sociais publicaram livros, panfletos e folhetos divulgando métodos de se evitar a gravidez indesejada.

Contraceptivos eram divulgados amplamente em jornais tablóides e revistas de saúde e, desde a descoberta da borracha vulcanizada, em 1830, os preservativos tinham se tornado extremamente populares.

Os métodos comumente utilizados, em 1860, eram o coito interrompido, esponjas vaginais, duchas, preservativos e o período seguro, todos listados na obra *Book of Nature*, de James Ashton<sup>48</sup>.

Além desses, também o aborto era amplamente praticado, inclusive por mulheres casadas, e somente era tido como crime o praticado após a fase do despertar, considerada como a que precede os quatro meses de gravidez.

Esta onda de liberalidade gerou movimentos de resistência em muitas camadas da sociedade, tanto nos Estados Unidos como na Europa. Ativistas puritanas atacaram a acessibilidade às técnicas de contracepção, por mancharem a imagem do lar e da família, pois presumiam sua relação direta com a prostituição e

---

<sup>48</sup> ASHTON apud YALOM, op. cit., p. 330-332.

promiscuidade. O esforço resultou na edição, em 1873, de uma lei, aprovada pelo Congresso Norte-americano, que proibiu a distribuição de qualquer artigo ou coisa destinada a evitar a gravidez ou provocar o aborto<sup>49</sup>.

Por volta das últimas décadas do século XIX, entretanto, a maioria dos casais da classe média estava familiarizada com alguma forma de contracepção. A principal justificativa para a reprodução limitada era a de que preservava tanto a mulher quanto o filho.

Logo após a I Guerra Mundial, vai ganhando terreno uma nova ética sexual, lastreada na concepção de que a mulher, livre para controlar o número de filhos, estaria mais apta a ingressar na vida pública e ajudar na resolução dos problemas emergentes da guerra, da pobreza e dos conflitos de classes.

Em 1930, bispos da Igreja Anglicana emitiram uma declaração tolerando a contracepção artificial dentro do casamento, quando os cônjuges se sentissem moralmente obrigados a limitar o número de filhos. No ano seguinte foi a vez do Conselho Federal das Igrejas de Cristo, representando 22 milhões de protestantes, formalmente endossar o controle de natalidade, encarando a contracepção como proteção para a saúde das mulheres e como obstáculo à superpopulação e à pobreza<sup>50</sup>.

A partir dos estudos de Sigmund Freud, que localizavam a repressão sexual como a maior fonte de insatisfação pessoal, e da idéia crescente de que o sexo deveria ser prazeroso (ao invés de vergonhoso), nasce a força propulsora para o casamento baseado na igualdade de direitos. Mas as sociedades americana e europeia levariam ainda algumas décadas para conquistá-la, carregando a reboque todas as demais sociedades dos países da América Latina.

Pouco antes da II Guerra Mundial, a procriação foi passada para um segundo plano e o sexo já era considerado um fim em si mesmo e um dos fatores preponderantes da felicidade. Segundo Yalom, num dos livros vastamente

---

<sup>49</sup> YALOM, *Ibid.*, p. 331.

<sup>50</sup> *idem*, *ibid.*, p. 338-339.

distribuídos *The Hygiene of Marriage* (1932), Millard Everett, da Universidade Central da Associação Cristã de Moços, escreveu: “A reprodução não é o único e nem o mais importante objetivo do casamento. Se alguém quiser atribuir outro fim primordial ao matrimônio (...) descobrirá o desejo, vital para uma perfeita comunhão sexual e companheirismo”. Embora esta imagem de união igualitária não tenha representado o pensamento de todos, muitas pessoas estavam sendo levadas a crer que a paridade completa entre os cônjuges poderia estar prestes a acontecer.<sup>51</sup>

De outro lado, contudo, a depressão econômica que estourara em 1929 e se arrastava por alguns anos seguintes refreava este início de liberação da mulher. Como a oferta de trabalho era escassa e o sentimento público censurava o trabalho feminino, não tardou para que o Estado americano decretasse leis restringindo o emprego das esposas.

No final da década de 1930, provavelmente por causa da depressão econômica, a contracepção torna-se cada vez mais comum em todos os níveis da sociedade. Acreditava-se que somente uma esposa livre para limitar o número de filhos e acomodá-los de acordo com suas necessidades poderia manter sua prole sadia. Em 1942, boa parte da população americana apostava que o controle da natalidade colaborava para a felicidade conjugal<sup>52</sup>.

Durante a II Guerra Mundial, a família sofreu um forte abalo: com os maridos deslocados para o campo de batalha, as mulheres americanas e européias, principalmente, tiveram que acumular a chefia do lar com a função de provedora da família. Podemos dizer que a Guerra acelerou uma tendência que estava em andamento, uma vez que toda a força de trabalho feminino vinha aumentando de modo constante desde a virada do século. Curioso, entretanto, é que, inicialmente, a Comissão de Força de Trabalho de Guerra não encorajou as donas de casa a procurarem emprego, mantendo aquele ponto de vista tradicional de preservação da família. Todavia, outras organizações e revistas intimaram as esposas a ocuparem

---

<sup>51</sup> Idem, *ibid.*, p. 343.

<sup>52</sup> YALOM, *op. cit.*, p. 345.

os empregos deixados pelos soldados e as vagas exigidas pela indústria de guerra<sup>53</sup>, movimento posteriormente aderido por aquela Comissão.

Mulheres de meia idade – acima de 35 anos e na maioria casadas – foram as primeiras a serem convocadas ao trabalho, uma vez que, com crianças já crescidas ou na escola, poderiam dedicar mais tempo ao serviço. As mulheres com filhos pequenos seriam absorvidas, posteriormente, pois a colaboração de todas era necessária para a ocasião. Os Estados Unidos, preocupados com o bem-estar das crianças, direcionaram agências governamentais a desenvolverem, integrarem e coordenarem programas federais para o cuidado com os filhos das mães trabalhadoras<sup>54</sup>.

Àquela altura, muitas crianças estavam sendo menosprezadas, segundo diziam artigos de revistas populares. As mães vinham do trabalho exaustas e geralmente não podiam dar aos filhos nada além dos mínimos cuidados. O desempenho profissional da mulher era, muitas vezes, deficiente, pois faltavam ou se demitiam por causa de um filho doente, por exemplo. Na Inglaterra foi desenvolvido um trabalho de meio expediente, permitindo que as mulheres casadas pudessem dar mais atenção ao lar. Por volta de 1944, um total de 1.360.000 mulheres cujos maridos estavam nas Forças Armadas trabalhava por salários<sup>55</sup>.

Com o fim da II Guerra Mundial, muitas mulheres retomaram a vida de dona de casa. A partir dos anos 1950, as esposas eram vistas como a chave para o sucesso ou fracasso de seus filhos e do próprio casamento. Alcoolismo, violência familiar e abuso contra esposa e filhos eram revelados aos médicos e padres, mas foram escondidos do público em geral. Dos homens, esperava-se bons provedores, e das

---

<sup>53</sup> Marilyn Yalom lembra que alguns cartazes do governo americano indagavam: “Sua mulher não deve ter um emprego durante a guerra?”; e destaca um anúncio de rádio de um minuto que transmitia a seguinte mensagem: “Aqui é (nome) falando seriamente para as esposas da (cidade). Eu sou dona de casa e também nunca trabalhei fora de casa até este ano. Alimentar minha família e comprar bônus de guerra não parecia ser suficiente. Então arrumei um emprego de oito horas por dia e consegui gerenciar meu trabalho em casa também. Meu marido está orgulhoso de mim e eu nunca estive tão feliz. Acredito que estou realmente ajudando para que a guerra termine logo”. Idem, *Ibid.*, p. 353.

<sup>54</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *The war and the women's employment: the experience of United Kingdom and the United States*. Montreal: ILO, 1946. Disponível em: <[www.ilo.org](http://www.ilo.org)> Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>55</sup> YALOM, op. cit., p. 357.

mulheres, esposas e mães em tempo integral. Assim, os homens não desejavam ver suas mulheres trabalhando fora, pois isto refletia a inaptidão do marido como provedor. Os maridos, neste contexto, pouco contribuíam nos cuidados com a prole, tarefa de que deveria se ocupar apenas a mulher.

A tendência da mulher se voltar para o mercado de trabalho, apesar de tudo, continuava a acentuar-se e, a partir da segunda metade do século passado, a expressão “dona de casa”, refletia um *status* depreciativo da esposa que não trabalhava.

Neste contexto, a década de 1960 foi representativa. A partir de então, o *Food and Drug Administration*<sup>56</sup> aprovou um anticoncepcional oral (Enovid e Norlutin), que seria, daquele período em diante, o método contraceptivo preferido das mulheres. Em 1964, foi assinada, nos Estados Unidos, a Lei dos Direitos Civis, que proibia a discriminação sexual no emprego. Em 1966, foi fundada a Organização Nacional para as Mulheres, ocasião em que nasceu o movimento feminista.

Com o surgimento dos movimentos sociais contrários à discriminação racial, a partir do fracasso do nazismo e do fascismo, e tendo em vista a liberação feminina, as sociedades ocidentais elevaram ao primeiro plano a dignidade da pessoa, a solidariedade e a igualdade (não somente entre os sexos, mas em todos os níveis), retirando do Estado e da família tomada como legítima, constituída a partir do casamento, a posição de supremacia absoluta nos ordenamentos jurídicos liberais, ocupada até a metade do século passado.

Essa época, caracterizada pela contestação aos valores impostos, marcou a proliferação de divórcios e recasamentos. Mulheres inconformadas pelas imposições de seus maridos, pelo desconforto com casamentos frustrados e estimuladas pela participação crescente no cenário educacional (em todos os níveis), passaram a efetivamente buscar sua igualdade, já expressa no artigo 14 da Declaração

---

<sup>56</sup> Informações retiradas do site do FDA. Disponível em: <[www.fda.com](http://www.fda.com)> Acesso em: 12 jul. 2005.

Universal dos Direitos do Homem, de 1948: “os homens e as mulheres devem gozar dos mesmos direitos, não só durante o casamento, como após a sua dissolução”<sup>57</sup>.

Materializava-se, assim, o que até então era apenas uma norma programática: as mulheres destacam-se nos estudos, no trabalho e no contexto político, lutando pelo reconhecimento de suas competências, pela equiparação salarial e contra a discriminação sexual.

Neste clima de igualdade entre homens e mulheres, a participação feminina em todas as esferas de trabalho e sua contribuição financeira no orçamento familiar se acentuaram. E, na medida em que as mulheres se ausentavam do lar, os maridos, gradualmente, passavam a auxiliá-las nas ocupações domésticas, como recolher o lixo, fazer compras no supermercado, lavar pratos e cuidar das crianças, por exemplo.

Mudanças também ocorreram no âmbito da paternidade: o marido participa mais da gravidez da mulher, desde os estágios iniciais até o próprio parto, e, posteriormente, com a alimentação do filho, a troca de fraldas, a educação e a socialização. Pais passaram a carregar seus filhos em porta-bebês e em mochilas especiais, e a acomodá-los em cadeiras para automóveis ou em bicicletas, atos inconcebíveis há tempos.

De fato, o espírito igualitário que passou a pautar o relacionamento entre marido e mulher acabou por contagiar, também, o vínculo entre pais e filhos.

Nesse impulso em busca de dignidade, liberdade e igualdade, homens e mulheres passaram a assumir suas sexualidades, seja pela troca de parceiros (divórcios, separações e novas uniões), seja pela opção por parceiros do mesmo sexo.

O homossexualismo, realidade de que se tem conhecimento desde a Grécia Antiga, foi posteriormente reprimido durante séculos, por influência da Igreja

---

<sup>57</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <[www.un.org](http://www.un.org),> Acesso em: 22 mar. 2005.

Católica, e ainda hoje encontra resistências. Todavia, é inegável o incremento de sua aceitação – ou ao menos o respeito pela opção, principalmente desde meados da década de 1970 do século passado. Tanto assim que, em março de 1973, a revista *Recerches* publicava um número especial intitulado “três bilhões de perversos”, em que filósofos, escritores e psicanalistas reivindicavam para os homossexuais um direito à diferença, sublinhando que a *maquinação homossexual entra em ruptura com toda a forma de adequação possível a um pólo parental de referência*<sup>58</sup>.

Atualmente, cada vez mais homens e mulheres sentem-se livres para assumir abertamente suas opções perante a sociedade. O antagonismo existente entre a família, repressora e preconceituosa, e a homossexualidade, desejosa de liberdade de expressão, cede espaço a uma nova moral e a um familiarismo redesenhado. O acesso à igualdade dos direitos em matéria de práticas sexuais não redundou numa ruptura com a ordem estabelecida, como talvez fosse de se esperar, mas gerou uma forte vontade de integração. Assim, proliferam-se notícias, na imprensa e mesmo em conversas informais, de casais homoafetivos, termo exigido pela ética atual.

Elisabeth Roudinesco então indaga:

[...] afinal, por que homossexuais homens e mulheres manifestam o desejo de se normalizar, e por que reivindicam o direito ao casamento, à adoção e à procriação medicamente assistida? O que aconteceu nos últimos trinta anos na sociedade ocidental para que os sujeitos qualificados alternativamente de sodomitas, invertidos, perversos ou doentes mentais não apenas serem reconhecidos como cidadãos integrais, mas adotarem a ordem familiar que tanto contribuiu para o seu infortúnio?<sup>59</sup>

Verdade é que a união homoafetiva com características de família já não é mais considerada hipótese tão rara, principalmente em países como Groenlândia, Hungria, Islândia, Noruega, Suécia, Holanda e Dinamarca, sendo que esta última, inclusive, já admite a adoção de filhos do parceiro<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 18.

<sup>59</sup> idem, *ibid.*, p. 7.

<sup>60</sup> ASSIS, Reinaldo Mendes de. União entre homossexuais: aspectos gerais e patrimoniais. Disponível em: <[jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2432](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2432)> Acesso em: 5 out. 2004.

Na trilha das diferentes organizações parentais, é marco, ainda, o ano de 1978, que culminou com o nascimento do primeiro ser humano fertilizado *in vitro* (bebê de proveta) do mundo, Louise Brown, em Londres. Segundo o Professor Eduardo Pandolfi Passos<sup>61</sup>, em artigo elaborado para o *site* da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, este resultado foi precedido de estudos, iniciados no final do século XIX.<sup>62</sup>

Atualmente, diversas são as possibilidades para as mais diferentes situações e a ciência continua em ebulição, caminhando para a tão controversa clonagem: um casal pode “alugar” uma barriga e fecundá-la com sêmen de terceiro doador; um homem pode autorizar a inseminação de sua parceira por terceiro; uma mulher pode concordar com a inseminação de terceira por sêmen de seu parceiro; um casal com dificuldades para “engravidar” pode ter seu embrião fecundado em laboratório e posteriormente introduzido na mulher ou em terceira; dentre tantas outras soluções.

Atualmente, os ordenamentos jurídicos estrangeiros apresentam diversas soluções para a filiação neste contexto que engloba a família recomposta, a relação homoafetiva, a inseminação artificial e inclusive a adoção, podendo-se observar que, a despeito da realidade fática, predomina o entendimento de que cada criança pode ter apenas um pai e uma mãe: a adoção, por exemplo, “exclui” a paternidade dos pais biológicos; a inseminação heteróloga preserva o sigilo sobre a identidade do doador do sêmen; e assim em todas as hipóteses.

Vejamos como essa evolução tecno-científica e social foi incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio durante o século XX.

O Código Civil brasileiro de 1916 revela um direito “mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação”<sup>63</sup>, tendo mantido, num Estado leigo, uma técnica canônica, e, numa sociedade evoluída do século XX,

---

<sup>61</sup> PASSOS, Eduardo Pandolfi. *História da Reprodução Assistida: Lições aprendidas e desafios futuros*. Disponível em: <[www.sbra.com.br/publicacoes.asp](http://www.sbra.com.br/publicacoes.asp)> Acesso em: 12 jul. 2005.

<sup>62</sup> O uso de material genético de terceiro doador para assegurar a procriação também não é inovação do século XX: conforme já destacado, alguns artigos do Código de Manu asseguravam que, uma vez autorizada pelo marido infértil, a mulher poderia manter relações com irmão do marido, ou outro parente, para procriar.

<sup>63</sup> MIRANDA, op. cit., p. 489.

o *privativismo doméstico* e o patriarcalismo conservador do direito das Ordenações em um Brasil submetido à situação de colônia e a um reinado.

Este mesmo diploma legal aceitou os processos de direito canônico referentes ao processo preliminar de habilitação para o casamento, aos impedimentos dirimentes e impedientes, às nulidades e anulabilidades e considerou indissolúvel o vínculo matrimonial. Um viés notadamente católico, portanto, a despeito do caráter laico do Estado brasileiro.

Do ponto de vista da ordem constitucional, a família passou a ser considerada como um organismo social e jurídico de importância, a partir da Constituição de 1934, destinando um capítulo especial para o tema, que vem abrindo o título V, daquele diploma legal.

Embora o Estado tenha estabelecido a Comissão Nacional de Proteção à Família, pelo Decreto-Lei 1.764, de 10 de novembro de 1939, foi somente a partir de 1940 que surgiram leis assegurando proteção da família de forma efetiva. Foram regulados os aspectos eugênicos, morais e patrimoniais da família pelo Decreto-Lei nº 3.200, de abril de 1941. Pelo Decreto-Lei nº 9.701, de setembro de 1946, ficou regulada a guarda de filhos menores no desquite judicial. A prova do casamento para fins de previdência social ficou por conta do Decreto-Lei nº 7.485, de abril de 1945. Com a entrada em vigor da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), que a mulher deixou de ser considerada relativamente incapaz.

Outras matérias que ensejaram polêmicas e variações jurisprudenciais foram a homologação de divórcio estrangeiro, o regime de separação obrigatória de bens, o direito aos alimentos da mulher desquitada e o sentido da presunção da paternidade. A tendência dominante nos tribunais brasileiros é no sentido de fortalecer a família, permitindo, sempre que possível, a comunicação dos bens de ambos os cônjuges. Por outro lado, a tendência atual é a da ampliação e facilitação do reconhecimento de filhos e a investigação de paternidade sempre que não forem excluídos por texto imperativo e explícito em lei. Esta última proposição, contudo, só verdadeira a partir da última onda de reflexões surgidas na sociedade brasileira, uma

vez que reconhecer um filho fora do casamento, ou mesmo antes, sempre fora visto justamente como uma violação à instituição da família legítima.

A Constituição Federal de 1988 cuida, em capítulo destacado (Capítulo VII do Título VIII), da família, da criança, do adolescente e do idoso. Conservando, ainda, a gratuidade do casamento civil e os efeitos civis do casamento religioso, trouxe, todavia, inovações marcantes.

A união estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. É estabelecida a igualdade do homem e da mulher no exercício dos direitos e deveres referente à sociedade conjugal. Aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, são concedidos os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Aos filhos maiores é imposto o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Nota-se que as mudanças socioeconômicas e a maior participação popular na política, como os movimentos feministas e marcha da família contra a ameaça do comunismo e o movimento *hippie*, para citar apenas alguns exemplos, foram fatores que contribuíram decisivamente para que a família passasse por consideráveis alterações até os dias atuais.

Atualmente, a escola e outras instituições de educação, esportes e recreação preenchem atividades dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. Os ofícios não mais são transmitidos de pai para filho dentro dos lares e das corporações de ofício. A educação cabe ao Estado ou a instituições privadas por ele supervisionadas. A religião não é ministrada em casa e a multiplicidade de seitas e credos cristãos, desvinculados da fé originais, por vezes oportunistas, não mais permite uma definição homogênea. Também as funções de assistência a crianças, adolescentes, necessitados e idosos têm sido assumidas pelo Estado.

Esta soma de fatores complexos é observada a partir de uma análise negativista, permitindo que se vislumbre uma crise na família, o que, em nosso entendimento, não existe. Há, sim, o seu *redimensionamento*, como uma

conseqüência natural do desenvolvimento da história da humanidade. As influências decorrentes das mudanças socioeconômicas mundiais levaram, inevitavelmente, à *repersonalização das relações familiares*. Confere-se atualmente uma maior importância à *liberdade* e à *igualdade* entre os membros da família, em detrimento do patriarcado. Os jovens e as mulheres de hoje exercem atividades laborais externas, para a manutenção própria e em colaboração com o orçamento da família que integram.

Busca-se hoje, de acordo com os novos princípios inseridos em nossa Constituição, o asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família, pouco importando ele se é o genitor, a genitora, ou algum filho havido ou não havido do casamento.

Essas significantes mudanças constitucionais serão analisadas de forma detida mais à frente (no Capítulo 2 e seus subtítulos). No próximo tópico, serão estudadas, de maneira específica, as formas de estruturação da família no universo jurídico, principalmente o universo jurídico brasileiro.

#### 1.4 FORMAS DE ESTRUTURAÇÃO DA FAMÍLIA: DA ANTROPOLOGIA AO DIREITO

A família vem trazendo grandes desafios aos maiores pesquisadores de todo o mundo desde o seu primeiro estudo aprofundado, em 1861, por Johan Bachofen na obra *Direito materno*<sup>64</sup>. Muitos acreditam que a chamada vida “familiar” esteja presente em todas as sociedades, através dos mais diversos costumes e orientações educacionais e sexuais.

---

<sup>64</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 7.

A despeito deste entendimento compartilhado pela maioria dos estudiosos do assunto, para o antropólogo Claude Lévi-Strauss, em algumas sociedades há grupos nos quais não é possível observar a preservação de quaisquer laços familiares. Esses, entretanto, constituiriam raríssimas exceções.<sup>65</sup>

Nas sociedades que comportavam experiências de formação e convivência diversas das tipicamente familiares, conforme salienta o autor, não se permitia aos homens jovens, uma vez dedicados às atividades guerreiras, casar e constituir suas famílias, obrigados que eram a viver em organizações regimentais e autorizados a relações livres com quaisquer parceiras. Para Lévi-Strauss<sup>66</sup>, nestas sociedades, coexistiam as famílias e o que chamou de “não-famílias”.

Contando com poucos e imprecisos vestígios de tempos mais remotos, autores como Lewis Morgan<sup>67</sup> e Friedrich Engels<sup>68</sup> teciam suas idéias sobre a formação, constituição e finalidades sociais das famílias, todas fulcradas no que se chamou de “Evolucionismo Biológico”, como explica Lévi-Strauss<sup>69</sup>.

Acreditando ser o modelo moderno uma evolução de outras formações, Morgan e Engels, como outros pesquisadores, direcionaram seus esforços para comprovar que as estruturas familiares das sociedades selvagens – do início da humanidade – só poderiam tratar-se de tipos atrasados, constituindo-se em degraus inferiores da cadeia evolutiva. Afinados com a lógica evolucionista, buscavam uma justificativa à convicção estabelecida de que a evolução do instituto caminhou paralelamente ao tempo.<sup>70</sup>

Para a teoria evolucionista, em um primeiro momento, não havia normas que disciplinassem as uniões, estabelecidas sem vínculos de exclusividade entre os sujeitos. São, portanto, anteriores à figura do matrimônio, como a concebemos na

---

<sup>65</sup> LÉVI-STRAUSS. *In*: SHAPIRO, op. cit., p. 357.

<sup>66</sup> SHAPIRO, *ibid.*, p. 357.

<sup>67</sup> Autor de *Sistema de Consangüinidade e Afinidade da Família Humana* (1871) e *A Sociedade Antiga* (1877).

<sup>68</sup> Autor de *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, cuja primeira edição data de 1891. Conferir, para tanto, ENGELS, op. cit.

<sup>69</sup> LÉVI-STRAUSS. *In*: SHAPIRO, op. cit., p. 355.

<sup>70</sup> Patriarcal e baseado, em regra, no casamento monogâmico e em laços permanentes entre pais e filhos.

atualidade. Falava-se num certo estágio de promiscuidade em que viviam os homens.

Seguindo essa lógica, a obra *Direito materno*, de Johan Jacob Bachofen, lançada originalmente em 1861 e precursora dos estudos da história da família, já buscara um encadeamento histórico a partir da substituição desse desconhecido e primitivo estágio de “promiscuidade” sexual pela demonstração de que, na literatura clássica grega, havia alguns relatos sobre a existência entre os gregos e os povos asiáticos de um estado social, antes da monogamia, em que não somente o homem mantinha relações com várias mulheres (e homens também), mas também a mulher mantinha relações sexuais com diversos homens, sem violação, contudo, da moral estabelecida.

Excluída a possibilidade de precisar a paternidade, a filiação seguia a via materna. A obra destaca, então, que as mulheres, únicos genitores conhecidos da nova geração, gozavam de um “respeito absoluto” dos demais membros.

Para Bachofen<sup>71</sup>, este costume deixou vestígios, mesmo após a monogamia, ao impor à mulher, como preço à conquista do matrimônio único, a necessidade de entregar-se, durante determinado período, a outros homens. Criou-se uma espécie de compensação, portanto, representada pela posse da mulher por vários outros homens, antes do casamento.

Nesse sentido, também como prática moralmente contextualizada, em aproximadamente 1500 a.C., no Código de Manu (Índia), encontram-se artigos que asseguravam à mulher manter relações sexuais com irmão de seu marido ou outro parente, visando à procriação<sup>72</sup>. Assim, através do coito da esposa com um terceiro,

---

<sup>71</sup> BACHOFEN apud ENGELS, op. cit., p. 9.

<sup>72</sup> Transcrevemos: “art. 476. Quando não se têm filhos, a progenitura que se deseja pode ser obtida pela união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão ou com um outro parente. art. 477. Regado de manteiga líquida e guardando silêncio, que o parente encarregado desse ofício, se aproximando durante a noite de uma viúva ou de uma mulher sem filhos, engendre um só filho, mas nunca um segundo.” CASTRO, Flavia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 58-59.

o casal superava a eventual infertilidade do marido, que forçosamente deveria autorizar o “procedimento”.<sup>73</sup>

Sucessor de Bachofen, J. F. Mac Lennan desenvolve uma teoria, admitindo ter havido algumas organizações em que os homens só poderiam buscar suas esposas dentro da mesma tribo e outras, em que eles deveriam encontrá-las somente em tribos distintas das suas. Às primeiras, denomina-se endógamas e às segundas, exógamas. Para o autor, a existência da exogamia não derivava das idéias de consangüinidade ou incesto, nascidas bem mais tarde, mas em razão do costume de certas tribos de matar as crianças do sexo feminino logo após seu nascimento, resultando num excedente de homens.<sup>74</sup>

A conseqüência imediata disto seria a posse de uma mesma mulher por diversos homens e, posteriormente, a busca de mulheres em outras tribos. Conclui, por isso, que, entre as raças exógamas existiu, inicialmente, a poliandria<sup>75</sup> e que o primeiro sistema de parentesco era estabelecido pelo vínculo de sangue do lado materno. Em sua teoria, Mac Lennan reconhecia três formas de matrimônio: poligamia<sup>76</sup>, poliandria e monogamia.

Mais tarde, Lubbock<sup>77</sup>, em *A origem da civilização*, reconheceu a existência, entre povos não desenvolvidos, de outra forma de união, o matrimônio por grupos, posteriormente ratificado com novos documentos por Morgan (1871), a partir de estudos junto a índios americanos, tribos da África e Austrália e grupos em extinção no Havai, resultando tal pesquisa na obra *Sistema de Consangüinidade e Afinidade da Família Humana*.

De acordo com Engels, devem-se ao missionário inglês Lorimer Fison as noções sobre este tipo de matrimônio. Seus estudos sobre os negros australianos do

---

<sup>73</sup> Observa-se que esta situação assemelha-se à atual inseminação artificial heteróloga, tratada mais à frente. Em ambas, homem e mulher assumem a criação, educação e socialização de prole que não é biologicamente ligada a um deles. Destarte, no caso da inseminação artificial heteróloga, o procedimento é realizado em laboratório com intervenção médica e, no caso da sociedade de Manu, a “inseminação” é natural, através do coito.

<sup>74</sup> ENGELS, op. cit., p. 10.

<sup>75</sup> Poliandria é a união de uma mulher a diversos maridos.

<sup>76</sup> Poligamia é a união de um homem a diversas esposas.

<sup>77</sup> LUBBOCK *apud* ENGELS, op. cit., p. 14.

monte Gambier indicaram a divisão da tribo em duas grandes classes: os *krokis* e os *kumites*. Eram terminantemente proibidas as relações sexuais no seio de cada uma das classes. Por outro lado, todo homem de uma delas era marido nato de toda a mulher da outra, e vice-versa.<sup>78</sup>

O casamento não se realizava entre indivíduos, mas entre classes. Não havia naquela sociedade restrições por diferença de idade ou de consangüinidade especial. Um *kroki* tinha como esposa, por direito, toda mulher *kumite*. Caso nascesse desta relação uma menina, esta seria *kumite*, pelo direito materno, e, como tal, considerada esposa de seu próprio pai. Suspeitavam, assim, os estudiosos da época que o matrimônio por grupos tivesse sido comum em toda parte, constituindo-se numa etapa da evolução da família.

Morgan, por sua vez, adotado por uma tribo dos iroqueses (estabelecida no Estado de Nova York), encontrou entre eles um sistema de consangüinidade que não correspondia aos vínculos de família por eles estabelecidos. Reinava uma espécie de matrimônio facilmente dissolúvel por ambas as partes. A descendência do casal era reconhecida por todos. Todavia, o iroquês não somente chama de filhos e filhas os seus próprios, mas, ainda, os de seus irmãos, os quais o chamam de pai. Os filhos de suas irmãs, entretanto, ele os tratava como sobrinhos, e era chamado por eles de tio. A mulher iroquesa chamava filhos e filhas os de suas irmãs, da mesma forma que os seus próprios, e aqueles como estes, chamavam-na de mãe.

Segundo Lévi-Strauss<sup>79</sup>, para provar a Teoria Evolucionista Biológica, alguns fatos e dados foram distorcidos, mal interpretados e, em alguns casos, até inventados, como a predominância de casamentos grupais e “promiscuidade” em todas as tribos e sociedades primitivas.

É possível afirmar, então, de maneira bastante simplista, que todas as formas de organização familiar diferentes do molde moderno de família (pai, mãe e filhos) foram enquadradas, pelos teóricos evolucionistas, como primitivas, retrógradas e atrasadas. Essa constatação, apoiada nos estudos de Lévi-Strauss, revela como a

---

<sup>78</sup> ENGELS, *ibid.*, p. 45

<sup>79</sup> LÉVI-STRAUSS, *In*: SHAPIRO, *op. cit.*, p. 355.

produção de conhecimentos nas Ciências Sociais e Humanas sofre influência de preceitos morais e culturais, principalmente nos trabalhos desenvolvidos durante a segunda metade do século XIX e início do XX.

É bem verdade que pouco se sabe sobre o homem do paleolítico, principalmente pela limitação de conclusões em face dos objetos achados e estudados. Todavia, levando-se em conta um período compreendido entre Heródoto e o presente, Lévi-Strauss afirma que a estrutura familiar conjugal monogâmica, estreita e permanente, é relativamente freqüente entre os povos<sup>80</sup>. Conforme seus apontamentos, é possível constatar, ao contrário do que pensavam os evolucionistas, que este padrão (monogamia, estabelecimento independente de casal jovem, relações estreitas pais-prole) foi encontrado, durante toda a história, mesmo entre povos de nível cultural mais simples.<sup>81</sup>

Sendo assim, afirma o antropólogo:

Essa maneira de abordar o problema tornou-se obsoleta quando o acúmulo de dados revelou que o tipo de família caracterizado, na civilização moderna, pelo casamento monogâmico, pelo estabelecimento independente do casal jovem, pelas relações intensas entre os pais e a prole etc., [...] é encontrada pelo menos entre aqueles que parecem ter permanecido no nível cultural mais simples ou a ele tenham retornado.<sup>82</sup>

T. B. Bottomore acrescenta:

A universalidade da família nuclear não significa que a estrutura familiar seja a mesma em toda parte. Pelo contrário, é extremamente variável (...). Podemos, porém, estabelecer uma distinção ampla entre os sistemas nos quais a família nuclear é relativamente independente e sistemas em que ela é incorporada, ou subordinada, a um grupo maior, à família polígama ou extensa.<sup>83</sup>

Podemos concluir, portanto, que, embora tenhamos registros de diversas formas de estruturação familiar ao longo dos séculos, não podemos dizer que a monogâmica seja uma resultante evolutiva das demais, nem que as demais, encontradas em civilizações menos complexas, mas ainda existentes, possam ser

---

<sup>80</sup> LÉVI-STRAUSS, *In*: SHAPIRO, *ibid.*, p. 361.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 356.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 356.

consideradas paradigmas históricos e generalizadas a ponto de constituírem verdadeiros estágios de organização.

Essa complicada análise sociológica da estruturação da família tem, ante uma visualização estritamente jurídica, sua complexidade reduzida. Vejamos então as entidades familiares reconhecidas por nosso sistema jurídico. Segundo Lisboa, elas se organizam nos seguintes tipos:

a) *casamento*, que é a entidade familiar constituída por sujeitos de sexos diferentes, de forma solene e, em princípio, indissolúvel. O casamento é a forma de constituição da *família legítima*. Por tal motivo, o casamento continua sendo o instituto de direito de família que merece maior atenção e proteção do legislador. Afinal, o casamento ainda é a forma de constituição da família que confere historicamente uma maior estabilidade e segurança às relações entre seus membros. O casamento mantém-se como o fundamento da sociedade contemporânea, apesar do descrédito que é lançado invariavelmente sobre essa instituição e da desagregação cada vez maior das famílias, deixando-se a prole sob os cuidados de um dos genitores (em regra, o cônjuge-virago), que se encontra acompanhado de um novo consorte;

b) *união estável*, que é a entidade familiar constituída por pessoas de sexos diferentes, por período prolongado e contínuo de conhecimento público, porém sem a adoção da forma solene exigida por lei. A união estável é o meio de constituição da *família natural com regulação legal*; e pressupõe, para a sua constituição, os mesmos requisitos presentes no casamento;

c) *relação monoparental*, que é a entidade familiar constituída por qualquer dos genitores e seus descendentes. A relação entre o ascendente e o descendente, sem a existência presente do vínculo matrimonial daquele com outrem, é a forma de constituição da *família monoparental*.

---

<sup>83</sup> BOTTOMORE, T.B. *Introdução à Sociologia*. Trad. Waltensir Dutra e Patrick Burglin. 9 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987, p. 166-167.

d) *adoção*, que é a forma de constituição da *família adotiva*. A relação entre o adotante e o adotado acaba por proporcionar ao filho adotivo os mesmos direitos que possuem os filhos não adotivos.<sup>84</sup>

Contrapõe-se à família jurídica a família natural ilegítima, que pode ser construída pelas demais formas possíveis, não regulamentadas por lei, como, por exemplo, o concubinato espúrio.

Outras *famílias naturais* podem ser concebidas, em que pese o constituinte reconhecer expressamente apenas as anteriormente mencionadas. Assim, os irmãos que morem sozinhos em uma casa, um tio que more com o sobrinho ou um padrasto que mora com o enteado são exemplos de configurações familiares não tuteladas especificamente pela tradição jurídica.

A Constituição Federal de 1988 cuida, em capítulo especial (Capítulo VII do Título VIII), da família, da criança, do adolescente e do idoso. Conservando, ainda, a gratuidade do casamento civil e os efeitos civis do casamento religioso, trouxe, todavia, inovações marcantes, como ensinam José Lamartine Oliveira e Francisco Ferreira Muniz:

Saliente-se, pois, que não só a família está constitucionalizada com proteção especial, como base da sociedade, mas também ao sistema matrimonial foi agregado valor especial. Isso porque se adotou o sistema do casamento civil facultativo do tipo anglo-saxão, cujo ato jurídico pode-se realizar de forma *civil* ou *religiosa*. Disso decorrem efeitos diretos à posição jurídica de cônjuge, que, segundo alguns, seria um direito de personalidade.<sup>85</sup>

Conforme o parágrafo 3º do artigo 226, a União Estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Em cumprimento à determinação constitucional, conceitua-se como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os

---

<sup>84</sup> LISBOA, op. cit., p. 35-36.

<sup>85</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família (direito matrimonial)*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 20.

companheiros como se casados fossem<sup>86</sup>. Gustavo Tepedino, explicando a evolução social captada pelo Texto Magno, aduz que:

[...] para contemplar a realidade sociológica presente, que descortinava fatos relevantes para o direito, em que o casamento não é mais a fonte exclusiva da família, o legislador pátrio reconhece também como entidade familiar (art. 226, §§ 3º e 4º), a *união estável entre o homem e a mulher, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*, chamadas famílias *monoparentais*. Foram as 'uniões livres' afastadas da marginalidade em que estavam colocadas pelo Direito Positivo, embora a construção doutrinária e jurisprudencial já lhes reconhecessem verdadeiro *status*.<sup>87</sup>

Diniz ratifica que, com a última Constituição, novas entidades familiares foram reconhecidas no corpo da lei:

Inova, assim, a Constituição de 1988, ao retirar a expressão da antiga Carta (art. 175) de que só seria família a constituída pelo casamento. Assim sendo, a Magna Carta de 1988 e a Lei n. 9.278/96, art. 1º, e o novo Código Civil, arts. 1.511, 1.513 e 1.723, vieram a reconhecer como família a decorrente de matrimônio (art. 226, §§ 1º e 2º, da CF/88) e como entidade familiar não só a oriunda de união estável, como também a comunidade monoparental (CF/88, art. 226, §§ 3º e 4º) formada por qualquer dos pais e seus descendentes independentemente de existência de vínculo conjugal que a tenha originado. (JB, 166:277 e 324). A família monoparental ou unilinear desvincula-se da idéia de um casal relacionado com seus filhos, pois estes vivem apenas com um de seus genitores, em razão da viuvez, separação judicial, divórcio, adoção unilateral, não reconhecimento de sua filiação pelo outro genitor, "produção independente", etc.<sup>88</sup>

A autora prossegue, apresentando quadro sinótico que as espécies de família, dividindo-as em:

- a) *Matrimonial*: baseada no casamento;
- b) *Não-matrimonial*: oriunda de relações extraconjugais;

---

<sup>86</sup> WALD, op. cit., p. 32.

<sup>87</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

<sup>88</sup> DINIZ, op. cit., p. 11.

c) *Adotiva*: estabelecida por adoção, que, juntamente com a guarda e tutela, configurará a família substituta (Lei nº 8.069/90, art. 28; CC, arts. 1.618 a 1.629).<sup>89</sup>

No *site* Direito de Família explica-se o que é entidade familiar:

Entidade, genericamente, equivale àquilo que constitui a essência de uma coisa. No aspecto do Direito de Família, o termo Entidades Familiares foi empregado pela Constituição para designar união estável entre o homem e a mulher, assim como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O termo foi criado para efeito de proteção do Estado.<sup>90</sup>

No mesmo *site* ainda se analisam as entidades familiares, como a união estável<sup>91</sup> e os conviventes, que também constituem um tipo de união estável:

A união estável é aquela entre pessoas (homem e mulher) desimpedidas dos laços do casamento ou separadas de fato. Para que se configure uma união estável é necessário que haja convivência duradoura, pública e contínua, constituída com o objetivo de constituição de família. A união estável, com a entrada em vigor do NOVO CÓDIGO CIVIL, passou a fazer parte do novo código, que lhe deu um capítulo.

Por outro lado, conviventes são aqueles que "convivem". Em sentido amplo, a convivência é o ato ou efeito de conviver com outra pessoa, sob o mesmo teto, de maneira familiar, mantendo ou não relações sexuais. Sob a ótica da União Estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, a convivência deve ser duradoura e contínua, com o objetivo de constituição de família.<sup>92</sup>

Bravo e Souza, em seu artigo "As entidades familiares na Constituição", abordam as entidades explicitamente contidas na Constituição:

Com a constitucionalização do Direito Civil, trazida após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o Direito de Família sofreu consideráveis modificações, passando a ser interpretado em sua relação com a Constituição e não os dispositivos constitucionais adequando-se aos dispositivos da codificação. Neste contexto, o constituinte estabeleceu parâmetros disciplinadores do reconhecimento da família como base da sociedade, disciplinou seus efeitos e as obrigações do Estado de proteção à família, bem como equiparou-lhe algum instituto, dando-lhes a designação de entidades familiares.

---

<sup>89</sup> Idem, *ibid.* p. 15.

<sup>90</sup> ENTIDADE Familiar. Disponível em:

<<http://www.direitodefamilia.com.br/Materia.asp?CodMater=46>> Acesso em: 18 fev. 2004.

<sup>91</sup> UNIÃO Estável. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=65>> Acesso em: 18 fev. 2004.

<sup>92</sup> CONVIVENTES. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=33>> Acesso em: 18 fev. 2004.

Sua enumeração se encontra no artigo 226 da Carta Magna, sendo que, em seus parágrafos, identificam-se as formas de entidades familiares: a união estável (226, § 3º), a família monoparental (226, § 4º) e no *caput*, a família decorrente do casamento.

[...]

A Constituição Federal de 1988, porém, estabeleceu nova ordem jurídica, promovendo substanciais inovações, mormente no campo do Direito de Família, especialmente no que concerne a amplitude do conceito de entidade familiar, de tal modo que, no seu bojo, foram abrigados não somente o casamento, a sociedade conjugal legalmente formada pelo homem e pela mulher, como também a união estável e a chamada família monoparental.<sup>93</sup>

No próximo capítulo, serão abordadas as noções de constitucionalização do Direito privado e como este fenômeno jurídico recente acaba por influenciar as relações no direito de família.

---

<sup>93</sup> BRAVO, M. C.; SOUZA, M. J. U. As entidades familiares e a Constituição. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

## **2. O DIREITO, A CONSTITUIÇÃO E A FAMÍLIA: INTERVENÇÃO DO ESTADO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO**

### **2.1 A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO**

Muito embora o Brasil não tenha ocupado posição de destaque como precursor dos grandes movimentos sociais que envolveram a família no mundo ocidental, a sociedade brasileira não ficou alheia aos seus desdobramentos, em razão, no primeiro momento, da colonização portuguesa, que plantou aqui a cultura familiar européia da Idade Média e Moderna, e, posteriormente, dos movimentos emigratórios da Europa, decorrentes das duas guerras mundiais que assolaram aquele continente. Isto se confirma pela análise do ordenamento jurídico nacional, fortemente influenciado pelos direitos canônico, português e francês.

Nesse sentido, as primeiras Constituições brasileiras (1824, ainda no Império, e 1891, primeira Constituição republicana) não traziam dentre seus artigos disposições acerca da família<sup>94</sup>, instituição só tratada constitucionalmente a partir da Carta de 1934.

O Código Civil brasileiro de 1916, inspirado no Código de Napoleão, espelhava uma sociedade rural do final do século XIX e tratava a família exatamente nos moldes das legislações européias da época, ressaltando o poder paterno e a submissão da mulher e dos filhos, dentro de um matrimônio indissolúvel.

A família legítima não era vista somente como um modelo legal, mas, acima de tudo, como um valor moral. Assim, a sociedade conjugal poderia apenas ser desfeita pela morte de um dos cônjuges, pela anulação do casamento ou pelo desquite

(artigo 315). A ação de desquite, por sua vez, só poderia se fundar no adultério, na tentativa de morte, no caso de sevícia ou injúria grave ou no abandono do lar conjugal por mais de dois anos (artigo 317). Os desquitados eram, portanto, fortemente discriminados, pela presunção da prática de algumas daquelas condutas desonrosas a que a lei se referia.

Pelo Código Civil então vigente, os filhos eram divididos em legítimos e ilegítimos, distinguindo-se pelo nascimento na constância ou fora do matrimônio, respectivamente. Depois de nascidos, os filhos poderiam ser legitimados, desde que seus pais viessem a se casar, constituindo a chamada família legítima. Crianças geradas a partir de relações extraconjugais eram marcadas por discriminações de toda ordem, especialmente os filhos incestuosos<sup>95</sup> e os adúlteros<sup>96</sup> que sequer podiam ser reconhecidos (artigo 358).

O pátrio poder sobre os filhos legítimos e legitimados era desempenhado pelo pai e apenas na sua falta ou impedimento cabia à mãe exercê-lo (subsidiariamente, conforme se interpreta do artigo 380). Ao contrário, os filhos ilegítimos não reconhecidos pelo pai ficavam desde logo sob o poder materno (artigo 383).

Algum tempo depois da entrada em vigor do Código Civil, nas décadas de 1930 e 1940, três Constituições vieram à luz, com propósitos e sentidos politicamente distintos. Todas elas, entretanto, refletiam o mesmo papel cultural da família à época na sociedade brasileira, seguindo a trilha do diploma civil.

A Constituição de 1934, a primeira a tratar da família, conferiu *status* constitucional à indissolubilidade do casamento e ao reconhecimento dos chamados “filhos naturais” (artigos 144 a 147).

---

<sup>94</sup> Tangenciando a família num único dispositivo, a Constituição de 1891 dizia apenas, no § 4º do artigo 72, sob o tema *Declaração de Direitos*, que a *República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita*.

<sup>95</sup> Filhos de pessoas que são parentes em grau que não admite o casamento.

<sup>96</sup> Filhos havidos de relações adúlteras.

Art.144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a protecção especial do Estado,  
 Paragrapho único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, havendo sempre recurso *ex-officio*, com efeito suspensivo.

Em 1937, a Constituição decretada por Getúlio Vargas manteve o sentido da antecessora, retirando o parágrafo único que se referia ao desquite. Acrescentou, entretanto, regra que conferia tratamento igualitário aos filhos naturais e legítimos e inovou com as compensações atribuídas às famílias numerosas, na proporção de seus encargos (artigos 124 a 127).

Art.124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. As famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

[...]

Art. 126. 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.

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.

[...]

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Instituída a nova Carta Política de 1946, ficaram mantidos os parâmetros e entendimentos acerca do casamento como única forma legítima de se constituir família, pressupondo a rigidez e perpetuidade da instituição. As alterações mais relevantes foram o tratamento dispensado ao casamento civil com relação ao religioso, a assistência à maternidade e a questões ligadas à sucessão de bens de estrangeiros (artigos 163 ao 165).

Art.163. 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 dêste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante autoridade competente.

[...]

Art. 164. É obrigatória, em todo território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo das famílias de prole numerosa.

Art. 165. A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício de cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do *de cuius*.

A partir da década de 1960, a sociedade brasileira passou por transformações econômicas e sociais que acarretaram a concentração da renda, a pauperização de grande parte da população e o aumento da força de trabalho infante-juvenil e feminina, estabelecendo-se novos modos de relacionamento familiar, interpessoal, afetivo e sexual.

A edição do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, marca o primeiro traço de transformação da sociedade conjugal e representa um passo para a libertação da mulher no Brasil. Como efeito deste documento, ela deixa a condição de relativamente incapaz, o que gerou uma repercussão importante na sua relação com os filhos, especialmente em caso de novas núpcias após a viuvez. Anteriormente à sua edição, um novo casamento fazia com que a mulher regressasse ao *status* de relativamente incapaz, perdendo, assim, o pátrio poder adquirido com a falta do falecido marido, como dispõe o artigo 382 do Código Civil de 1916: *Art.382. Dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente.*

Desde então, situações como o Movimento de 1964 e o chamado “Milagre Econômico” (período de 1969 até 1973) acompanharam o avanço econômico que promoveu a concentração e centralização de capital, afetando diretamente as relações e a economia doméstica. O rendimento oriundo da participação feminina no mercado de trabalho passou a ser necessário à manutenção da família, com o que a mulher redefiniu sua posição social e passou a ter maior inserção em todos os níveis de ensino, na busca de qualificação profissional.

Paralelamente, no campo da saúde, outras transformações ocorriam: a pílula anticoncepcional surgiu, realizando o corte entre “sexualidade” e “reprodução”, que

deixaram, a partir de então, de ser conceitos unidos, e o Código de Ética Médica<sup>97</sup>, de 1965, já indicava a possibilidade científica de reprodução humana por meio de inseminações heterólogas, embora vedadas pelo disposto no artigo 53, demonstrando o avanço dos estudos em genética no Brasil.

Ainda que a nova Carta Constitucional de 1967 apresentasse profundas alterações no cenário político nacional, manteve o entendimento sobre a família e o casamento, já exarado nas Constituições pretéritas. Tal situação seria modificada somente dez anos após, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, por meio da qual entrou em vigor, em dezembro de 1977, a Lei 6.515 que implantou o divórcio no Brasil, possibilitando a regularização de diversas relações nascidas em decorrência do elevado número de desquites, cada vez mais representativo a partir de meados da década de 1960. A partir de então, proliferaram os divórcios, separações e recasamentos, dando azo à recomposição de famílias formadas por pessoas separadas, mas não divorciadas; difundiram-se, também, as famílias formadas por pessoas que vivem juntas sem se casar – as uniões estáveis.

Os princípios até então sustentadores do modelo familiar deixam de ser os únicos referenciais da chamada vida doméstica, passando a vigorar uma reorganização da dinâmica do relacionamento conjugal, que passa a estar embasado em consentimento mútuo, compatibilidade, adaptação e harmonia.

A situação anterior, sem dúvida, acarretava injustiças, sobretudo para as mulheres e os filhos envolvidos em relações não acobertadas pelo casamento. Por isso, a Constituição de 1988 representou um marco na sociedade brasileira, corporificando o reconhecimento da família como grupo fundado no afeto mútuo, portanto, cada vez menos hierarquizado<sup>98</sup>. Com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade, acabou por ampliar o conceito de família, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cobrindo com o manto da lei aquelas pessoas antes desamparadas

---

<sup>97</sup> Íntegra do texto disponível no site do Conselho Federal de Medicina ([www.cfm.org.br](http://www.cfm.org.br)). Acesso em: 10 maio 2005. Este Código foi sucedido pelo Código de 1988.

pelo direito, seja por não terem se casado, seja a partir da desagregação da família nuclear tradicional (pai, mãe e filhos). A expressão “chefe de família” tornou inadequada diante de uma responsabilidade repartida entre o casal, para tornar a família uma “pequena democracia no coração da sociedade”<sup>99</sup>.

No mesmo sentido, se a Constituição selou de vez a igualdade entre os cônjuges, a Lei 8.069, de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – veio ratificar a tendência de paridade nas relações familiares, alçando os menores à posição de destaque, como futuros regentes da sociedade, conforme dispõe, dentre outros, o artigo 4º deste documento:

Art.4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação da execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Encontram-se, agora, na Constituição brasileira vários fundamentos do estado de filiação geral, que não se resumem ao biológico, senão vejamos: todos os filhos passaram a ser tratados igualmente, pouco importando sua origem (art. 227, § 6º): a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º)<sup>100</sup>; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, passou a ter a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); o direito à convivência familiar se constituiu prioridade absoluta da criança e o do adolescente (art. 227, *caput*); impôs-

<sup>98</sup> GENOFRE, Roberto Maurício. *A Família Contemporânea em debate*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 98-99.

<sup>99</sup> Expressão enfocada pela Organização das Nações Unidas em 1994. Disponível em: <[www.un.org](http://www.un.org)> Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>100</sup> A adoção, abandonada e renegada por muito tempo, retornou verdadeiramente aos costumes mundiais em meados da década de 1920. Sua aplicação foi apresentada como solução para os chamados “órfãos da guerra”, omitindo-se à sociedade a original filiação da criança e atribuindo-lhe outra, normalmente por casais estéreis. Esta omissão dos progenitores sanguíneos permitiu que a adoção passasse despercebida por anos, tendo em vista que, por muito tempo, foi considerada como uma filiação de “segunda categoria”. O segredo possibilitava esconder a ilegitimidade da criança e assegurava aos pais adotivos construir uma relação durável com seus filhos, como se biológicos o fossem. Através da ficção criada, a criança tinha apenas seus pais sociais (tidos como biológicos), novamente fortalecendo a unidade de pai e mãe.

se a todos os membros da família o dever de solidariedade, uns com os outros, dos pais para os filhos, dos filhos para os pais, e todos com relação aos idosos (arts. 229 e 230).

Art.226.[...]

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Art.227.É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à [...] convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 5º. A adoção será assistida pelo Poder Público na forma da lei que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas á filiação;

[...]

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes direito à vida.

Quatorze anos depois da edição da Carta Magna, a legislação civil contemplou os princípios desta que foi chamada “Constituição Cidadã”. Além de ter reservado diversos artigos para tratar da união estável e sua característica de entidade familiar, o Código Civil de 2002 reproduz *ipsis literis*, em seu artigo 1.596, a regra constitucional do § 6º do artigo 227 da Carta Magna , acerca da igualdade entre os filhos, retificando o antigo paradigma discriminatório da filiação legítima, fundado na consangüinidade e na matrimonialidade.

Neste novo contexto, o Código de Ética Médica de 1988, hoje em vigor, estabelece a possibilidade de fecundação heteróloga, com consentimento e esclarecimento total dos participantes<sup>101</sup>, o que hoje se encontra em conformidade com o inciso V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002.

Art.1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
[...]

<sup>101</sup> Interpretação *a contrario sensu* do artigo 68, que estabelece a vedação da técnica sem o consentimento e esclarecimento total dos participantes.

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido

Por tudo isso, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que, no direito brasileiro atual, com fundamento no artigo 227 da Constituição e nos artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do novo Código Civil, consideram-se estados de filiação: a biológica em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental; a não-biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular, ou em face daquele que adotou exclusivamente o filho; e a não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga<sup>102 103 104</sup>.

Dessas muitas possibilidades, emerge a discussão sobre a posse do estado de filho (oriunda de qualquer vínculo), da qual resulta a noção de filiação socioafetiva, a embasar todas aquelas não decorrentes da geração biológica, que tantas discussões têm despertado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em qualquer das hipóteses do parágrafo anterior, o estado de filiação poderá ser substituído, em razão de adoção superveniente do filho por outros pais, aumentando a cadeia multiparental. A respeito, Belmiro Pedro Welter, citando outros autores, assim se posiciona:

Comungamos com o mais moderno e recente pensamento jurisprudencial, isto é, de que é viável o ingresso de ação de investigação de paternidade (e não de adoção), para o reconhecimento da perfilhação socioafetiva.

[...]

Maria Helena Diniz cita um exemplo que se encaixa no inciso II desse artigo (349 do Código Civil revogado, atual 1.605), isto é, reconhecimento da filiação sociológica: "Se em companhia do casal, há muito tempo, vive um filho, ter-se-á, então, a posse do estado do filho e, nela baseada, a pessoa

---

<sup>102</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>103</sup> A hipótese prevista em seu inciso III (concepção homóloga), na qual manipula-se o material genético do casal, não representa apenas um meio diferente para o alcance do mesmo resultado (assim como na fecundação por ato sexual, finalizam com a paternidade e maternidade biológicas), mas abre a possibilidade jurídica, agora, de uma mulher ter filhos com um marido falecido. Ao presente estudo, entretanto, que pretende propor uma solução jurídica para o fenômeno da multiparentalidade, interessam as hipóteses de reprodução assistida heteróloga e de reprodução por meio das chamadas "barrigas de aluguel", por exemplo, por envolverem outros atores no âmbito da paternidade e da maternidade, que não apenas o pai e a mãe biológicos.

<sup>104</sup> Destaque-se que a III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal brasileira em 2004, enfatizou que, em caso de inseminação artificial heteróloga autorizada pelo marido, a presunção de paternidade deste é absoluta, em enunciado aos artigos 1597 e 1601 formulado pelos Doutores Francisco Cahali e Jussara Leal.

criada pelo casal poderá, apoiada em prova testemunhal, indicar em juízo o reconhecimento de sua filiação".

Luiz Edson Fachin professa, com absoluta razão, o seguinte: "Ressente-se o Brasil de um necessário movimento de reforma legislativa que, partindo de um novo texto constitucional, possa organizar, no plano da legislação ordinária, um novo sistema de estabelecimento da filiação. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação socioafetiva, aquele, enfim, que, além de emprestar o nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social".<sup>105</sup>

As uniões homossexuais, a seu turno, acirraram discussões acerca da filiação socioafetiva. A adoção por casais homoafetivos criou uma nova parentalidade constante de "dois pais" ou "duas mães" sociais (embora a jurisprudência venha conferindo a apenas um deles a adoção), a par da filiação biológica. Nesta perspectiva, a adoção, nessa circunstância, pode ser apontada hoje como um sistema de filiação que desponta como uma contradição à tradicional norma da bilateralidade exclusiva, segundo a qual cada indivíduo é colocado em posição de filho ou filha em relação a um único homem e a uma única mulher.

As uniões homossexuais, a seu turno, acirraram discussões acerca da filiação socioafetiva. A adoção por casais homoafetivos criou uma nova parentalidade constante de "dois pais" ou "duas mães" sociais (embora a jurisprudência venha conferindo a apenas um deles a adoção), a par da filiação biológica. Nesta perspectiva, a adoção, nessa circunstância, pode ser apontada hoje como um sistema de filiação que desponta como uma contradição à tradicional norma da bilateralidade exclusiva, segundo a qual cada indivíduo é colocado em posição de filho ou filha em relação a um único homem e a uma única mulher.

Nesse diapasão, levantam-se as seguintes questões, que esperamos responder satisfatoriamente nos capítulos seguintes deste trabalho:

a) Seria razoável, em toda e qualquer situação, excluir o pai biológico, uma vez reconhecido o pai socioafetivo?

b) Seria o pai socioafetivo menos pai que o biológico, considerando o laço estabelecido com a criança, o acompanhamento, a criação, o exercício concreto das funções sociais e a posse do estado de filho?

c) Seria desprezível a paternidade biológica diante da socioafetiva?

d) Seria razoável, numa relação homoafetiva, desprezar a participação de um dos membros do “casal”, sob o pretexto de que o direito exclui a possibilidade de se ter dois pais ou duas mães sociais?

A parentalidade, estudada no capítulo 3, é estabelecida por meio de vínculos biológicos e afetivos. Há hipóteses, como vimos, nas quais eles não se reúnem em uma mesma pessoa ou em um único casal, casos em que a lei e as decisões jurisdicionais os determinarão.

Belmiro Welter reflete:

Não se pode edificar diferença jurídica entre o filho biológico (de direito) e o filho de criação (de fato), pois, em ambos os casos, são reconhecidos como filhos, vivendo em ambiente familiar que os acolheu gerando a posse de estado e constituindo, conforme diz João Batista Villela, um nascimento emocional entre pais e filho. Não há diferença de criação, educação, destinação de carinho e amor entre os filhos sociológicos e biológicos, não se podendo arquitetar conceitos jurídicos desiguais em relação a quem vive em igualdade de condições, sob pena de revisitar a odiosa discriminação entre os filhos, o que seria, sem dúvida, inconstitucional.<sup>106</sup>

De fato, muitas possibilidades na esfera jurídica da filiação ainda encontram-se desamparadas, seja porque a ciência caminha velozmente com as novas técnicas de reprodução humana e a sociedade não assimila as mudanças produzidas, seja porque o direito não conseguiu extrair da sociedade as normas capazes de regular as situações que se impuseram na vida cotidiana, com as novas organizações familiares nascidas das separações, dos recasamentos, das uniões homoafetivas e da reprodução assistida.

---

<sup>105</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Investigação de paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n. 40. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

Nesse sentido, a lei não admite que convivam em harmonia pais biológicos e pais socioafetivos; em outros termos, não reconhece a multiparentalidade, deixando sempre a cargo do julgador a difícil e controversa decisão sobre quem será o único pai e a única mãe da criança. Assegura-se a igualdade entre os filhos, mas não se suprem as desigualdades entre os pais, fazendo crer que existe, inclusive, uma hierarquia entre as “espécies parentais”.

Em sintonia com os princípios constitucionais, o reconhecimento jurídico da multiparentalidade pelo nosso ordenamento jurídico alargaria a possibilidade de amparo e proteção que se pretende conferir à criança e ao adolescente.

Uma vez analisada a família no ordenamento jurídico brasileiro, caberia indagar se seria o Direito de Família uma categoria especial do Direito Privado ou parte integrante do Direito Público. É o que ora passa-se a avaliar.

## 2.2 DIREITO DE FAMÍLIA: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Na discussão sobre a pertinência do direito de família ao direito público ou ao direito privado, é de extrema importância ressaltar, desde já, o fato de que o assunto é polêmico. Discute-se não só onde ele deverá ser tratado, como também a pertinência da dicotomia entre direito público e privado, tamanha a intersecção destas áreas diante da complexidade que o direito adquiriu nos dias atuais.

Ao escrever sobre o tema, Eugênio Facchini Neto<sup>107</sup> reforça que “o fenômeno da constitucionalização<sup>108</sup> do direito privado representa, de certa forma, a superação

---

<sup>106</sup> Idem, *ibid.*

<sup>107</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Livraria do Advogado, 2003, p. 13.

<sup>108</sup> Tema já trabalhado no Capítulo 2.2 do presente trabalho.

da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público de um lado e o direito privado de outro.”

A polêmica dicotomia entre direito público e privado<sup>109</sup> surge em um contexto histórico igualmente marcado por polarizações – a separação entre Estado e sociedade, política e economia, direito e moral – e representa um reflexo desse contexto. Facchini Neto explica:

O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo da liberdade). As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os Códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo de codificações<sup>110</sup>.

Segundo Lourival Serejo, “*aprendemos, desde a faculdade, que o Direito de Família pertence ao ramo do Direito Privado, apresentando, entretanto, aspectos sui generis que o aproxima do Direito Público.*”<sup>111</sup> Mas, importa salientar que nem sempre foi assim, pois a história da humanidade, sempre intimamente entrelaçada com a história do direito, mostra outra realidade. Nos primórdios da civilização, a família possuía grande autonomia e influência, de modo que era visível sua importância para a constituição de um Estado forte. Assim, segundo Diogo Campos:

A história política e a história constitucional da Idade Antiga e da Idade Média foi basicamente a história da família. [...] e a partir do século XIII, as normas de Direito Canônico não podem deixar de se considerar integradas nos fins e nos métodos do direito público.<sup>112</sup>

Mas, segundo esse mesmo autor, a evolução da família (e sua paulatina desvinculação da política do Estado) fez com que perdesse, gradativamente, sua força normativa, característica principal de direito público, para assumir feições de

<sup>109</sup> Conforme expunha Norberto Bobbio, em sua obra, estas duas esferas (público e privado) requeriam exclusividade não permitindo que um ente compreendido na primeira esfera não poderia estar ao mesmo tempo na Segunda. BOBBIO, Norberto. *A grande dicotomia: público/privado* In: \_\_\_\_\_. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, p.13-14.

<sup>110</sup> FACCHINI NETO. In: SARLET, Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, op. cit., pág. 17

<sup>111</sup> SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 15.

direito privado, integrado que ficou ao direito civil. Com a crescente onda de novos valores a permear o direito de família, como a afetividade e a felicidade, ambos pregados pela doutrina e pelos tribunais, a esfera pública à qual a matéria pertencia se rompeu e progressivamente se observou a sua privatização.

Essa privatização crescente do direito de família diminuiu a esfera de influência e de intervenção do Estado, uma vez que o direito privado sempre foi considerado uma esfera onde o Estado não intervinha, setor deixado aos cuidados dos “costumes (direito consuetudinário), do direito canônico (casamento, família, filiação, sucessões), ou desenvolvido a partir de pareceres e escritos doutrinários, desde os jurisconsultos romanos.”<sup>113</sup>

Neste contexto surge a família democrática, baseada, conforme Sérgio Gisckow Pereira, em nove planos fundamentais:

a) o amor como valor capaz de dar origem, sentido e sustentação ao casamento; b) a completa paridade entre os cônjuges; c) igualdade dos filhos de qualquer natureza, incluído os adotivos; d) reconhecimento e proteção do concubinato; e) novo conteúdo do pátrio poder; f) menor dificuldade na obtenção do divórcio; g) adequação do regime de bens aos verdadeiros significados do casamento; h) atuação mais intensa do Estado sobre a família; i) influência dos avanços científicos e tecnológicos.<sup>114</sup>

O Direito de Família evolui, portanto, seguindo tendências representadas especialmente pela repersonalização das relações familiares e por sua conseqüente despatrimonialização. Vista dessa forma, a família também ganhava *status* de concentradora de riquezas e de poder.

Atualmente, mesmo que próximo ao direito privado, o direito familista sofre uma constante interferência do direito público, na medida em que o Estado toma para si a tarefa de proteger e resguardar os interesses dos cidadãos. Prova maior

<sup>112</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 31.

<sup>113</sup> FACCHINI NETO, In: SARLET, Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, op. cit., pág.

17

<sup>114</sup> PEREIRA, Sérgio Gisckow. *Tendências modernas do direito de família*. *Ajuris* n. 42/52-86.

disso é o fato de o Ministério Público, por seus representantes, atuar nos litígios que envolvem as relações familiares”.<sup>115</sup>

Nesse sentido, Eugênio Facchini Neto lembra que a separação completa entre o espaço público e o privado, sem a existência de pontos de interferência, nunca existiu, sendo esse apenas um modelo ideal. Salienta, ainda, que o Estado continuou a se *imiscuir na disciplina das relações jurídicas familiares (em concorrência com o direito canônico), mantendo certo controle de cláusulas contratuais, através de noções vagas como ordem pública e bons costumes*.<sup>116</sup>

Tudo isso porque o objetivo é impor limites para, assim, proteger o direito do cidadão e, conseqüentemente, manter a harmonia familiar. Exemplo clássico que pode ser veiculado aqui é aquele que diz respeito ao direito alimentar, que, justamente por ser indisponível, não pode ser renunciado, cedido, compensado ou penhorado, principalmente quando são menores ou incapazes os alimentados, conforme disposto no art. 1.707 do CC. É evidente a interferência estatal quando impõe a regra, pois objetiva a proteção da vida, que passa, impreterivelmente, pelo direito alimentar como meio de sobrevivência de todos aqueles que não podem se manter por si mesmos.<sup>117</sup>

Tais normas, que não permitem a livre disposição de alguns direitos, são conhecidas como normas cogentes, ou normas imperativas<sup>118</sup> que possuem, no direito de família, “um acentuado predomínio”. A imposição significa, assim, “que os interessados não podem estabelecer a ordenação de suas relações jurídicas familiares, porque esta se encontra expressa e imperativamente prevista na lei (*ius*

---

<sup>115</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: AIDE, 1994, p. 17.

<sup>116</sup> FACCHINI NETO, In: SARLET, Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado, op. cit., p. 19.

<sup>117</sup> Nesse sentido, ver SPENGLER, Fabiana Marion. *Alimentos – da ação à execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>118</sup> “Do latim *imperativus*, de *imperare* (mandar, determinar), assim se entende tudo que se manda ou se determina de modo irresistível... O princípio imperativo do Direito, ou a regra imperativa da lei, são *ordens* ou *imposições* que não podem ser desobedecidas. De igual maneira, mesmo em sentido genérico, o imperativo revela a condição de tudo o que não se pode deixar de ser cumprido, tal como se vê da ordem ou da vontade que manifestou a imposição ou determinou o mando.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. V. II, D – I. São Paulo, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 789.

cogens). Conseqüentemente, tais regras são normas de “interesse e ordem pública”.<sup>119</sup>

Lourival Serejo ressalta a aproximação ao direito público, afirmando que,

[...] embora os alicerces básicos do Direito de Família estejam atrelados no Direito Privado, em nosso ordenamento jurídico, a vocação publicística do Direito de Família está assentada em nossa Carta Maior, onde estão abrigados seus princípios e institutos norteadores, e firmada uma maior abrangência da tutela de proteção da família”.<sup>120</sup>

Porém, Arnaldo Rizzardo evidencia-se que a aproximação ao direito público não chega a comprometer o caráter privado do direito de família,

[...] pois está disciplinando num dos mais importantes setores do direito civil, e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão. As relações adstringem-se às pessoas físicas, sem obrigar o ente público na solução de litígios. A proteção às famílias, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado na observância ou não das regras correspondentes pelos cônjuges ou mais sujeitos da relação jurídica.<sup>121</sup>

Desse modo, é possível reconhecer um caráter híbrido ao direito de família, pois, embora próximo ao direito público por todas essas características, ele ainda se encontra atrelado ao direito privado, em face da natureza pessoal, que é o seu elemento mais marcante<sup>122</sup>. Apesar de suas normas imperativas, ele disciplina a família e, segundo Guillermo Borda,

*[...] la pretensión de desglosar la familia del derecho privado importa un desconcertante contrasentido. Pues puede concebirse algo más privado, más hondamente humano que la familia, en cuyo seno el hombre nace, vive, ama, sufre y muere? Donde sino en ella puede refugiarse la privacidad?... Las que propugnan la segregación del derecho de familia del privado, consciente o inconsciente preparan el camino hacia un intolerable intervencionismo estatal en la vida íntima de la familia.*<sup>123</sup>

<sup>119</sup> OLIVEIRA; MUNIZ, op. cit., p. 17

<sup>120</sup> SEREJO, op. cit., p. 18

<sup>121</sup> RIZZARDO, op. cit. p. 18

<sup>122</sup> “Não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. O direito de família visto como direito público prepara o terreno para um intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima, como tantos que ocorrem ordinariamente”. VENOSA, op. cit., p. 24

<sup>123</sup> BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Perrot, 1988, p. 8.

Observa-se, assim, que o direito de família atualmente possui interferência do direito público, mas encontra respaldo também no direito privado e, nessa dicotomia, continua, ainda, a suscitar contradições. Efetivamente, traz relações com ambas as esferas e, talvez, essa mesma hibridez que faz o direito de família tão polêmico, o transforma em algo tão próximo ao cidadão comum, numa evidente relação com o privado e, ao mesmo tempo, tão visado pelo Estado, que empresta àquele um condão público toda vez que interfere em conflitos familiares.<sup>124</sup>

Mas não é apenas na direção à família que o direito público avança. Ele se desloca em direção ao direito privado, para regular outros temas, como ocorre no âmbito dos interesses e direitos coletivos e difusos, da função social da propriedade e da responsabilidade civil. Outro exemplo que pode ser trazido é o da plena aplicação do princípio da proporcionalidade, advindo do Direito Administrativo, em todos os setores do Direito Civil. Mesmo no contrato de trabalho, em que a autonomia plena da vontade prevalecia, o Estado agora dirige as condições da avença. Esse fenômeno costuma ser conhecido como a publicização do direito privado.<sup>125</sup>

Se o Direito Privado está publicizado ou socializado, estará também o Direito Público "privatizado"? Consideramos que a resposta é afirmativa. Na reconstrução do Estado na pós-modernidade, viu-se o fenômeno correlato da privatização do Direito Público, como no terceiro setor e nos espaços públicos compartilhados entre a administração e seus destinatários sociais. Observa-se que, em certas áreas<sup>126</sup>, o Estado, gradativamente, abandona prerrogativas antes a ele concedidas, lança mão de institutos jurídicos de direito privado, estabelece relações negociais com os particulares e dispensa instrumentos autoritários e impositivos.

---

<sup>124</sup> Pelos sujeitos e pelo conteúdo das relações que disciplina, o Direito de Família é direito privado, mas o significado social que se vem emprestando a essas relações e a tendência para submetê-las ao controle do Estado concorrem para abalar esse juízo tradicional. Nas disposições legais concernentes à família alguns descobriram novo sentido, suficientemente marcante para a rejeição de sua natureza privatística. GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 5.

<sup>125</sup> FACCHINI NETO, In: SARLET, *Constituição...*, op. cit. p. 26

<sup>126</sup> Nesse sentido merece referência o texto de Maria Celina Bodin de Moraes que, apontando a alteração dos tempos, ressalta as modificações de significado do direito privado e do direito público afirmando que o primeiro deixou de ser o âmbito da vontade individual e o segundo não mais suscita subordinação do cidadão. Segundo aquela autora, é o fim das dicotomias. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, 1993, n. 65, p. 26.

Alguns princípios, antes vistos como de direito privado, são absorvidos pela esfera pública: o princípio da boa-fé, por exemplo, passa a ter extensa aplicação nas mais diversas matérias de Direito Público, desde licitações e contratos, até responsabilidade fiscal e funcional. Outro exemplo significativo está no contrato de parceria público-privada previsto na Lei 9790/99, que cria as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Aqui, tem-se um caso em que o Estado contrata uma pessoa jurídica de direito privado, associação ou fundação constituída por particular, para a consecução de determinado escopo público (promoção da saúde, educação, patrimônio artístico, meio ambiente, *etc.*). Rege-se o negócio, preponderantemente, pela principiologia dos contratos presente no sistema privado. Agora, tem-se um ente público agindo sob a orientação da lei privada e um ente privado exercendo funções que deveriam ser do Estado. Em síntese, tem-se o poder público agindo na esfera privada e um ente privado exercendo função tipicamente pública.

O particular está consciente de que, no mundo contemporâneo, a responsabilidade não é só do Estado, mas também sua. O compartilhamento de tarefas repercute na vida de todos, de forma que o indivíduo, ao agir por si mesmo, não apenas garante os seus direitos fundamentais de cidadão, mas também contribui para o desenvolvimento da comunidade onde vive. Trata-se de uma nova realidade, fundada na responsabilidade social.

Essa questão, que tem sido pouco discutida no Brasil, é estudada há bastante tempo por juristas europeus. Esse tema parece preocupar mais ao publicista, especialmente do Direito Administrativo, que vê seu terreno invadido pelo sistema privado. Vê-se rapidamente a proliferação de empresas geridas pelo Estado com critérios de economia que mais parecem afetos à esfera privada, o que ocorre com entes públicos que se lançam na atividade empresarial em regime de concorrência e com a participação deles em sociedades de capitais. Isto comprova que o Direito Administrativo já não está circunscrito ao campo publicista, mas recebe influência da norma privada.

E não é apenas na empresa que o fenômeno ocorre. A responsabilidade civil do Estado, oriunda de dano aos particulares, rege-se também pela norma civil, nela buscando o conceito e a sistemática do ato ilícito e das formas de sua reparação. No Brasil, se o preposto do Estado provoca dano a um particular, as normas constitucionais só serão invocadas para determinar o enquadramento da responsabilidade, no caso responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º.). Tudo o mais, como a apuração do ilícito (autoria, dano e nexos causal) e a extensão e reparação do dano (dano emergente, lucros cessantes e dano moral), será ditado pela norma civil (CC, arts. 186 e 944 e ss.).

De acordo com o pensamento de Roberto Wagner Marquesi,

a publicização do Direito Civil e a atividade de direito privado exercida pela administração pública (contratação e responsabilidade civil) tornam mais tênue e permeável as fronteiras na *summa divisio* do Direito. A asserção de que o Direito Privado estaria sendo absorvido pelo Direito Público ou a afirmação segundo a qual a divisão entre os dois ramos já não se justificaria, uma e outra idéia soçobram diante daquela constatação. Classificar o Direito, dividindo-o em ramos, é tarefa da qual não se pode furtar o jurista, que é, antes de tudo, um cientista. Não quer isso implicar o estancamento das várias disciplinas jurídicas, afinal todas elas concorrem para um mesmo fim: a dignidade da pessoa humana e o ideal da justiça.<sup>127</sup>

Ao escrever sobre o tema, Eugênio Facchini Neto<sup>128</sup> constata, por outro lado, que a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos, de um lado o direito público e de outro o direito privado, decorre do fenômeno da constitucionalização<sup>129</sup> do direito privado, que passaremos a tratar no próximo item, sob a ótica exclusiva do direito de família.

---

<sup>127</sup> MARQUESI, Roberto Wagner. Fronteiras entre o direito público e o direito privado. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/aspi?id=7788>>. Acesso em 27 fev. 2007.

<sup>128</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13.

<sup>129</sup> Tema já trabalhado no Capítulo 2.2 do presente trabalho.

### 2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

Com a evolução do modelo de Estado de uma visão liberal para uma Social e Democrática de Direito, o paradigma hermenêutico muda-se dos Códigos (notadamente o Código Civil) para a Constituição. É o que explica Júlio César Finger:

A Constituição que já era encarada como lei fundamental, fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista, todavia considerada somente como estatuto da vida política do Estado, passou a expressar essa supremacia também no campo normativo. Como consequência, o centro do ordenamento passou a ser, em vez do Código Civil, a Constituição. Esta, na qualidade de *lex superior*, é que unifica em torno de si todo o complexo de normas que compõe o ordenamento jurídico, expressando uma ordem material de valores.<sup>130</sup>

Percebe-se a íntima ligação da força normativa da Constituição com esse fenômeno de constitucionalização ou publicização do direito civil (privado). Lênio Streck revela que, nessa nova concepção, ampliada, em *terrae brasilis*, com o advento da Constituição Federal de 1988, a Carta Magna é encarada como [...] “contrato, do qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa constituição do contrato social”<sup>131</sup>.

Konrad Hesse, trazendo à baila o pensamento de força normativa do texto constitucional, confronta as idéias de Ferdinand Lassalle (que entendia a Constituição como mera folha de papel, submersa aos fatores reais de poder). O autor alemão pondera que a Constituição tem de fato uma força transformadora do *status quo*:

<sup>130</sup> FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 93-94.

<sup>131</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 244.

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.”<sup>132</sup>

Pereira ensina que tal fenômeno constitucionalizante ganha força com o II Pós-Guerra, do qual, após os horrores do nazi-fascismo, restou clara a necessidade de consagração dos direitos humanos e sua elevação à categoria superior e imutável de conquistas históricas da sociedade, surgindo, desse modo, uma preocupação constante com o público em detrimento do privado:

Consigne-se que a constitucionalização do direito privado resulta tanto da aceitação generalizada da idéia de supremacia formal da Constituição como do processo de abertura material dos textos constitucionais, que passaram a tratar de diversos assuntos que não dizem respeito à vida estatal.<sup>133</sup>

Sabe-se que o constitucionalismo surge como forma de afirmação dos direitos humanos (na esteira das inspirações iluministas dos séculos XVII e XVIII), no limiar das revoluções liberais modernas (influenciadas pelas teses contratualistas), com vistas a assegurar a *limitação do poder estatal*, no intuito de superar-se o Absolutismo, emergindo, desse contexto, uma concepção de direitos negativos (*Estado Liberal*).

A Revolução de 1789 promoveu mudanças não apenas na esfera pública (política), mas uma mudança estrutural nas próprias relações sociais. A despeito disso, no século XIX, operou-se um processo de total distanciamento entre direitos fundamentais e o direito privado.

---

<sup>132</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989, p. 21-22. Sobre Lassalle conferir LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988.

<sup>133</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In.: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

Pode-se dividir o constitucionalismo em duas concepções muito distintas: a concepção europeia e a norte-americana. Esta última adota uma visão radical de liberalismo, ou seja, a Constituição é vista como uma “[...] norma fundamental de garantia, que deixa a todas as forças em jogo e aos indivíduos o poder de definir seus fins livremente, limitando de maneira certa e segura a capacidade de influência dos poderes públicos”.<sup>134</sup>

É justamente essa visão negativista e absenteísta do Estado que se supera no século XX, especialmente, após a II Grande Guerra, quando o constitucionalismo contemporâneo surge:

Depois do 2º pós-guerra, a intervenção na economia acentuou-se. O Estado, além da compressão da autonomia privada, passou a explorar diretamente algumas atividades econômicas. Ademais, nova dimensão de direitos fundamentais foi incorporada às Cartas de Direitos, os chamados direitos de 3ª dimensão. Estes caracterizam-se pelo desprendimento e redimensionamento da titularidade dos direitos fundamentais, que antes eram eminentemente vinculados aos sujeitos, para oferecerem uma órbita de proteção a determinados grupos sociais. Daí por que recebem também a denominação de direitos de solidariedade ou de fraternidade. São normalmente citados como exemplos destes direitos os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à comunicação, à conservação e utilização do patrimônio histórico cultural. No Brasil, essa dimensão somente veio a ser incorporada, em sua plenitude, com a Constituição Federal de 1988, embora tivesse sido esboçada na Constituição de 1946 e na Carta de 1967.

No influxo gerado pela nova postura intervencionista estatal, em busca da igualdade material, o direito civil, então impregnado da ideologia liberal, e com as pretensões centralizadoras e totalizantes da codificação (completude), não apresentava mais soluções de molde a regular em contento as novas exigências sociais.<sup>135</sup>

A superação do Estado Liberal de Direito pelo Estado do Bem-Estar Social no início do século XX contribui de forma decisiva para a consolidação da importância normativa da Constituição Republicana de 1988:

Percebe-se, destarte, que os valores desta sociedade não são mais aqueles pregados pelo direito civil do Estado Liberal. Ao invés da autonomia da vontade e da igualdade formal, sobrepõem-se os interesses de proteção de uma população que aguarda providências e prestações estatais. Estes valores, que outrora estavam no direito civil, estão agora nas Constituições.

<sup>134</sup> FIORAVANTI, MAURIZIO apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In.: BARROSO, *ibid.*, p. 127

<sup>135</sup> FINGER, *A constituição concretizada ... op. cit.* p. 90-91

A Constituição, que no paradigma burguês era desinteressada quanto às relações sociais, passa a preocupar-se com elas, incorporando os valores que, ao mesmo tempo, vão sendo expressos no ordenamento. A Lei fundamental então é que positiva os direitos concernentes à justiça, segurança, liberdade, propriedade, herança, etc., que antes estavam no Código Civil.<sup>136</sup>

Desse modo, surge uma nova forma de participação do Estado nas relações sociais, além de notadas mudanças no âmbito das próprias relações entre particulares:

Esse atuar, não mais passivo, em que as relações se estabeleciam entre Estado e indivíduo, verticalmente, se fez necessário entre as relações interprivadas, horizontalmente, pois a agressão aos direitos fundamentais, em especial o direito de igualdade, no mais das vezes tinha por origem os detentores do poder social e econômico. Desse modo, inicialmente, através da interposição do legislador ordinário, como nos diplomas legais citados, começou a inflexão do direito constitucional sobre o direito privado. O Estado Social de Direito, entretanto, sofreu uma reformulação que veio acentuar o fenômeno da influência da constituição, em especial da carta de direitos fundamentais, nela positivada, sobre o direito privado.<sup>137</sup>

Disso surge não apenas a constitucionalização do direito, mas, também, a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais e dos princípios basilares do texto magno nas relações horizontais, isto é, entre os particulares.

Como acréscimo à idéia de supremacia constitucional, retoma-se, após o holocausto, a cultura dos direitos humanos, incluindo uma vasta gama de direitos fundamentais nas cartas políticas editadas após a II Guerra Mundial, tendo como documento expressivo, no plano internacional, a Declaração Universal de 1948.

No Brasil, o STF reconhece que a supremacia constitucional impõe-se às razões de Estado de modo indiscutível:

E M E N T A: SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - LEI Nº 9.783/99 - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DESSE DIPLOMA LEGISLATIVO - RELEVÂNCIA JURÍDICA DA TESE PERTINENTE À NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE SERVIDORES INATIVOS E PENSIONISTAS DA UNIÃO FEDERAL (CF, ART. 40, *CAPUT*, E RESPECTIVO § 12, C/C O ART. 195, II, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 20/98) - ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS - ESCALA DE

<sup>136</sup> FINGER, *A constituição concretizada ... op. cit.* p. 93

<sup>137</sup> FINGER, *A constituição concretizada ... op. cit.* p. 91-92

PROGRESSIVIDADE DOS ADICIONAIS TEMPORÁRIOS (ART. 2º DA LEI Nº 9.783/99) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE VEDA A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA (CF, ART. 150, IV) E DE DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL INERENTE À CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS PROJETOS REJEITADOS NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA (CF, ART. 67) - MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO DE LEI, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, NO INÍCIO DO ANO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE SE DEU A REJEIÇÃO PARLAMENTAR DA MEDIDA PROVISÓRIA.

[...]. RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política. A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional<sup>138</sup>.

A força normativa da Constituição também se torna, aos poucos, preocupação do STF:

EMENTA: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de

<sup>138</sup> ADI-MC 2010 / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 30/09/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 12-04-2002 PP-00051

decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória<sup>139</sup>.

As bases dessa visão remontam à década de 1950, quando surge, na Alemanha, o célebre termo: *drittwirkung der grundrechte* (eficácia perante terceiros), que é a primeira fórmula a ser utilizada no intuito de aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares. Hoje, utilizam-se outras terminologias, tais como aplicação, incidência ou eficácia dos direitos fundamentais, ou ainda, vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O debate da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas ganha força a partir da noção de supremacia constitucional, da inclusão de amplos catálogos de direitos nas constituições contemporâneas, além da rigidez (apanágio da supremacia). Além disso, “*a superação do liberalismo clássico e a correlata ascensão do Estado social foram também fatores determinantes para o florescimento da idéia de vinculação da sociedade civil aos direitos fundamentais*”.<sup>140</sup>

Contudo, há duas outras concepções que contribuem para a formulação e difusão da tese de que os direitos fundamentais aplicam-se às relações entre particulares, conforme observa Jane Reis Gonçalves Pereira<sup>141</sup>. São elas: o fenômeno dos poderes privados e a noção de constituição como ordem de valores da comunidade.

Em relação à primeira concepção, tem-se como principal aspecto a superação do ideário liberal de igualdade formal, que se ancorava na não-intervenção estatal

---

<sup>139</sup> RE-AgR 328812 / AM – AMAZONAS. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 10/12/2002 . Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 11-04-2003 PP-00042

<sup>140</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In.: BARROSO, op. cit., p. 144

<sup>141</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In.: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144.

na esfera privada, ou seja, sociedade e mercado se regulavam pelo Código Civil, verdadeira Constituição da sociedade civil. O Estado, por sua vez, era o detentor do poder que deveria ser contido ou limitado. No âmbito particular, não lhe cabia impor uma ordem substantiva de valores a serem observados, mas apenas uma ordem procedimental para facilitar as relações entre “iguais” (indivíduo-indivíduo). Mais tarde se percebeu que a sociedade não é constituída de iguais, porque, por haver poderes privados, pode um particular se sobrepor a outro. Há, portanto, não somente poderes públicos, mas também poderes privados.

A concepção de constituição como ordem de valores da comunidade, por sua vez, floresce no constitucionalismo germânico do pós-guerra, em que há uma retomada do jusnaturalismo na busca de valores (ordem substantiva) que pudessem evitar os horrores vividos no regime nazista. Essa concepção de constituição entende que, [...] *por meio da constituição, a comunidade estabelece um arsenal de valores que hão de orientar e conformar não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada.*<sup>142</sup> Esse posicionamento levou ao entendimento de que os direitos fundamentais plasmados na Constituição não se destinam apenas a regular a relação do indivíduo em face do Estado (posição subjetiva), mas a veicular “*uma ordem de valores objetiva, que há de comandar a vida social e orientar as ações dos poderes públicos*”.<sup>143</sup>

Esse modo de conceber o papel da Constituição passa a ter influência nas próprias regras de interpretação do direito civil, exigindo-se conformidade entre essa e a Carta Magna:

As regras do direito civil não podem ser vistas, dessa forma, como um mundo diferenciado daquele do qual a Constituição participa, e, mais que isso, hierarquiza e conforma sistematicamente. Por assim dizer, é forçoso concluir, que todas as regras infraconstitucionais, não excluídas as civis, devem ser interpretadas *conforme a Constituição*. A *interpretação conforme a Constituição* surgiu com o controle de constitucionalidade das leis, de modo que o juiz que exercesse jurisdição constitucional não deveria declarar uma lei inconstitucional se pudesse encontrar uma via interpretativa conforme a Lei Fundamental. Em face do princípio da unidade do ordenamento e da supremacia (hierárquico-normativa e axiológica) da Constituição, pode a *interpretação conforme* ser estendida a todos os aplicadores do direito.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> PEREIRA, op. cit., p. 149

<sup>143</sup> PEREIRA, op. cit. 151.

<sup>144</sup> FINGER, In: SARLET, *A constituição concretizada...* op. cit. p. 98

Assim, tem-se que o direito civil deve ser interpretado em consonância com o direito constitucional, isto é, não pode existir um ramo do direito (mesmo do direito privado) que seja alheio à normatividade magna:

Como corolário dessa supremacia, entende-se que a Constituição exige que todos os atos praticados, sob a sua égide a ela se conformem, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade). Conseqüente, também, a idéia de hierarquia normativa, é a das normas constitucionais constituírem heterodeterminações negativas (oferecendo limites à legislação infraconstitucional) e positivas (conformando também o conteúdo material das normas hierarquicamente inferiores). Nesse sentido, todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado, não se podendo, da mesma forma, ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional.<sup>145</sup>

Visualiza-se, portanto, acentuada presença e importância dos princípios constitucionais nesse novo momento interpretativo, marcado pela superação da velha hermenêutica de cunho dedutivista, típica do positivismo jurídico do início do século XX, pela nova hermenêutica, adotada por uma geração de constitucionalistas (comunitaristas) ligados à concretização da democracia no marco conceitual do Estado Democrático de Direito. É o que ensina Lenio Luiz Streck:

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito.

[...]

O conceito de Estado Democrático de Direito aqui trabalhado pressupõe uma valorização do jurídico e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte assumiu uma postura que Cittadino denomina de “comunitarista”, onde os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também “resgatar a força do Direito”, cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> FINGER, In: SARLET, *A constituição concretizada...* op. cit. p. 94.

<sup>146</sup> STRECK, *Hermenêutica*, op. cit., p. 38.

Na Nova Hermenêutica, os princípios adquirem força normativa. É o que afirma Ruy Samuel Espíndola, ao apresentar a evolução dos termos primários, norma e regra, no âmbito jurídico:

A concepção de que um princípio jurídico é norma de Direito talhou-se através de evolução analítica interessante. Primeiro a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Ou seja, norma tinha um significado e princípio, outro. Mas, mesmo assim, a idéia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, à idéia de princípio. Isso evidenciava-se em posturas metodológicas, como as de Josef Esser, no seu livro *Princípios y Norma en la Elaboracion Jurisprudencial Del Derecho Privado*.

Depois, devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito. Aliás, essa distinção entre regras e princípios, em termos diferentes dos expostos por Dworkin e Alexy, já havia sido formulada por Jean Boulanguer, considerado por Bonavides o mais insigne precursor da normatividade dos princípios.<sup>147</sup>

Conforme estudaremos no capítulo 4 deste trabalho, esse movimento é bem captado por Leal<sup>148</sup>, ao reforçar a idéia de que a distinção essencial não se estabelece entre princípios e normas, mas entre regras e princípios:

Enquanto norma reguladora, a Constituição é composta de princípios e de regras, sendo ambos espécies do gênero norma jurídica, e, portanto, dotados de normatividade. Não há distinção entre princípios e normas. As normas compreendem regras e princípios, de modo que a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios.

Assim, às normas programáticas é reconhecido um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, pois, uma vez sendo o Direito Constitucional positivo, é possível falar em “Constituição como norma” ou em “força normativa da Constituição”, de modo que suas normas vinculam, necessariamente, o legislador, os órgãos de concretização e os poderes públicos, estando os princípios no degrau mais alto da escala normativa, fase esta denominada pela doutrina como pós-positivista

O STF também consagra, de maneira clara, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, como se comprova a seguir:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM

<sup>147</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

<sup>148</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003, p. XVI.

GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO<sup>149</sup>.

Especificamente no direito de família, pode-se notar esse fenômeno na Constituição Federal de 1988, que, como já se afirmou, constitui um marco, por

---

<sup>149</sup> RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES  
Julgamento: 11/10/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577.

contemplar os avanços sociais das últimas décadas, seja por suas cláusulas expressas sobre o tema (arts. 226 a 230 da CF/88), seja ao revelar normas decorrentes de uma interpretação sistemática e principiológica, com destaque ao princípio-matriz da dignidade da pessoa humana, conforme afirmam Bravo e Souza:

A Constituição Federal de 1988, porém, estabeleceu nova ordem jurídica, promovendo substanciais inovações, mormente no campo do Direito de Família, especialmente no que concerne a amplitude do conceito de entidade familiar, de tal modo que no seu bojo, foram abrigados não somente o casamento, a sociedade conjugal legalmente formada pelo homem e pela mulher, como também a união estável e a chamada família monoparental.

Tão significativa modificação, deve-se à renovação dos valores sociais que conduziram à consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula pétrea inserida no inciso III do art. 1º da CF/88, logrando alterar, com profundidade, o conceito da família tradicional, admitindo-se desde então como vínculo principal à afetividade, dessa maneira desprezando-se o caráter econômico e procracional de que se revestia. Isso sem olvidar os princípios básicos da liberdade e da igualdade em que se encontra baseada a família moderna no contexto do chamado Estado Social.<sup>150</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana surge com o constitucionalismo contemporâneo, conforme argumenta Carmen Lúcia Rocha. Segundo a autora, a II Guerra Mundial desempenhou papel crucial no estabelecimento deste princípio como base do direito contemporâneo:

Sem Auschwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse ainda princípio-matriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o Holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder. Como não se pode eliminar o Poder da sociedade política, havia de se erigir em fim do Direito e no Direito o homem com o seu direito fundamental à vida digna, limitando-se, desta forma, o exercício do Poder, que tanto cria quanto destrói.

[...]

Os desastres humanos das guerras, especialmente aquilo a que assistiu o mundo no período da II Grande Guerra, trouxe a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sociopolítico a ser traduzido no sistema jurídico.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> BRAVO, M. C.; SOUZA, M. J. U., op. cit.

E prossegue a constitucionalista:

A revivificação do antropocentrismo político e jurídico volta o foco das preocupações à dignidade humana, porque se constatou ser necessário, especialmente a partir da experiência do Holocausto, proteger o homem, não apenas garantindo que ele permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade. A história, especialmente no curso do Século XX, mostrou que se pode romper o ato de viver e, mais ainda, de viver com dignidade, sem se eliminar fisicamente, ou apenas fisicamente, a pessoa. Nesse século se demonstrou também que toda forma de desumanização atinge não apenas uma pessoa, mas toda a humanidade representada em cada homem. Por isso se erigiu em axioma jurídico, princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo, o da dignidade da pessoa humana.<sup>152</sup>

Percebe-se que tal princípio não diz respeito apenas à ordem jurídica (positiva), mas essencialmente a campos do conhecimento, como a economia, a sociologia, a cultura, a religião, a moral e a ética, sendo, por isso, conceito aberto (com baixa densidade normativa) e de difícil conceituação.

Jorge Miranda manifesta-se, acerca da (complicada) conceituação do termo dignidade (da pessoa) humana, trazendo elementos do constitucionalismo lusitano:

Em primeiro lugar, a dignidade da pessoa é a da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege. Em todo o homem e em toda a mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade.

[...]

Da mesma maneira que não é o mesmo falar em direitos do homem e direitos humanos, não é exactamente o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa 'baseada na dignidade da pessoa humana' a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses colectivos.<sup>153</sup>

<sup>151</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 04, 1999, p. 29.

<sup>152</sup> Idem, *ibid.* P. 23-24.

<sup>153</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. 2 ed. (reimpressão): Coimbra, 1998. T.4. p. 169.

Ingo Wolfgang Sarlet alerta-nos para a importância do caso concreto na definição do conceito de dignidade da pessoa humana:

[...] a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual é correto afirmar-se (também aqui) que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.<sup>154</sup>

Saliente-se que, em relação ao direito de família, a adoção de tal princípio como norte hermenêutico é fundamental. Segundo Maria Celina Bravo e Mário Jorge Uchoa Souza, podem-se extrair do texto explícito da Constituição Federal três formas de entidades familiares: (A) o casamento, (B) a união estável e (C) famílias monoparentais. Porém, ancorados justamente na nova hermenêutica e na valoração dos princípios, com ênfase na dignidade humana, esses autores buscam a existência implícita na *lex superior* de outras formas de entidades familiares, destacando as seguintes:<sup>155</sup>

a) *concubinato adulterino*<sup>156</sup>: Para o reconhecimento da união estável, a Carta Constitucional sinalizou com a existência de convivência entre um homem e uma mulher, sem impedimentos para contrair matrimônio. Assim, no caso de existência de convivência, com demonstração clara de afetividade entre pessoas de sexo diferente, mas que tenham impedimentos para contrair matrimônio, estamos diante de concubinato. Esta relação, por tratar-se de convivência já identificada no regramento codificado anterior, não foi excluída pela disposição constitucional do artigo 226, § 3º. por tratar-se de dispositivo enunciativo e não excludente dos demais casos de entidade familiar. Ademais, se assim fosse, por-se-ia o artigo mencionado em contradição com os princípios enunciados pela Constituição, no seu Preâmbulo, bem como, no artigo 3º. inciso IV, ao estabelecer, como objetivo fundamental da República, o bem-estar de todos, "sem preconceitos", ou "quaisquer outras formas de discriminação". Por este argumento de ordem constitucional, não resta a menor dúvida que as relações concubinárias adulterinas, ou como querem outros, uniões

<sup>154</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.41.

<sup>155</sup> BRAVO, M. C.; SOUZA, M. J. U., op. cit.

livres, permanecem como fato social e devem ser enquadradas como entidade familiar, a teor da Carta Constitucional.

b) *a união de pessoas do mesmo sexo*<sup>157</sup>: outra questão que emerge de forma incontrolável quando se busca outra forma de entidade familiar, além das expressamente enumeradas na Constituição, é a de união de pessoas do mesmo sexo. A indagação poderia assim ser formulada: existem impedimentos na Carta Magna a que se considere a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar? Retornamos ao enumerado no Preâmbulo e nos Direitos Fundamentais da Constituição de 1988 para justificar nossa posição. É necessário que tenhamos em mente que nossa República constitui-se, como enunciado na própria constituição, num Estado Democrático de Direito. Ali se encontra consagrada a proibição de qualquer discriminação em razão de raça, credo religioso, convicções políticas e sexo. Não se sentindo satisfeito com esta enumeração, o legislador constituinte, no artigo 1º, inciso III, reitera que a República funda-se no respeito "à dignidade da pessoa humana". Ora, como se pretender um país que assegure a observância da dignidade da pessoa humana e exclua de seu amparo aqueles que tenham opção sexual diferente da maioria dos brasileiros?

A orientação sexual é um dos requisitos inafastáveis da dignidade pessoal de cada brasileiro e pode, inclusive, manifestar-se de diversas formas. E todas devem ser respeitadas: com pessoas do mesmo sexo (homossexualidade), com pessoas do sexo oposto (heterossexualidade), com pessoas de ambos os sexos (bissexualidade) e com a ausência de relações sexuais (abstinência sexual). Deste modo, a existência de uma união de pessoas do mesmo sexo, que se baseie na afetividade, deve ser reconhecida como entidade familiar, por obrigatoriedade de observância dos princípios constitucionais já citados. Note-se que o artigo 226, § 4º da Carta Constitucional, ao tratar da entidade familiar monoparental, ou unilinear, o faz com o advérbio "também", o que nos leva a crer que outras formas são admitidas pelo texto, justamente para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana:

---

<sup>156</sup> BRAVO, M. C.; SOUZA, M. J. U., op. cit.

<sup>157</sup> Idem, ibid. .

Art. 226. § 4]. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus dependentes.

A jurisprudência há tempos vem captando o sentido adequado nesta norma Constitucional:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA.

1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez.

[...]

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, §3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, §3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico:

"Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º".

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga

omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento.  
9 - Recurso Especial não provido<sup>158</sup>.

c) *a entidade familiar unipessoal*: Outra situação que nos parece também amparada constitucionalmente como entidade é a dos solitários, que em nosso entendimento, por opção de vida ou por inaptidão à convivência com outra pessoa, formam a entidade familiar unipessoal. Por outro lado, com o avanço das atividades profissionais modernas exigindo cada vez mais das pessoas, uma enorme parcela da população, que não pode ser ignorada, especialmente nas grandes cidades, decide por uma vivência solitária, a qual o direito moderno não pode excluir. Esta exclusão traz conseqüências, especialmente, no que concerne ao bem de família.<sup>159</sup>

Se esta vivência solitária não for encarada como entidade familiar, a proteção dada às outras relações que se constituem como tal será negada ao solitário, resultando em injustiça. Nossos tribunais já têm dado alguns passos no sentido de proteger este grupo, mas ainda não o reconhece como entidade familiar. A sociologia jurídica percebe que ele, em países como a Dinamarca, França e Estados Unidos, chega a 36%, 30% e 26% da população adulta, respectivamente. No Brasil este contingente atinge 9%, o que nos leva a afirmar que o direito não pode mais ignorá-lo.

Conclui-se, que, para fins de entendimento do novo direito de família, é imprescindível ter sempre em mente o movimento constitucionalizante do direito privado. Nesse sentido, importa analisar a influência do Estado no processo de estruturação do direito de família, assunto que será tratado no item seguinte.

---

<sup>158</sup> Resp 395904 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2001/0189742-2 . Relator(a) Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (1127). T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 13/12/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 06.02.2006 p. 365.

<sup>159</sup> BRAVO, M. C.; SOUZA, M. J. U. As entidades familiares a e Constituição. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

## 2.4 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA(O) (DIREITO DE) FAMÍLIA

A questão da interação entre a esfera privada e o Estado é das mais palpitantes e, para discuti-la, esta análise elege, como ponto de partida, o diagnóstico habermasiano acerca da colonização do mundo da vida.

Quando a sociedade assumia uma forma primitiva, na visão de Habermas, seus princípios organizacionais básicos giravam em torno da idéia de organizações de sistema formatadas a partir do parentesco, as quais regulavam de forma totalizante o relacionamento social. Esse mundo normativo totalizante era sancionado por tabus. Em uma sociedade sem excedentes, dada à precária reprodução material, também a reprodução cultural dá-se de forma mecânica, sem maiores reflexões, de modo que se estabilizam em termos de faticidade e validade, só sofrendo mudança a partir de influências externas (natureza ou guerra)<sup>160</sup>.

Nas sociedades tradicionais, a diferenciação já alcança o patamar de uma forma política. Os sistemas de parentesco ainda dividem a sociedade em castas e o poder ainda é divinamente inspirado. A família perde parte de suas funções econômicas, de dominação e socialização para o Estado e já surgem meios generalizados de comunicação como o dinheiro e poder, os quais requerem alguma espécie de legitimação. Também o Direito aparece, constituindo um meio de a sociedade atuar sobre si própria. A história e os mitos servem de arrimo à legitimação; contudo, aos poucos esta cena vai se esvaindo, de modo que novos argumentos acabam por surgir e, assim, ocorre a corrosão dos antigos valores e permite-se o aparecimento de novos<sup>161</sup>.

Nas formações capitalistas, a sociedade organiza-se com base no trabalho e no capital. A sociedade civil é separada do Estado, e zonas de ação estratégica são cindidas das de ação comunicativa e permitidas. A sociedade política e o Direito são sistemas paralelos ao sistema auto-regulativo da economia. Ao Estado cabe

---

<sup>160</sup> HABERMAS, Jürgen. *A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p.32.

<sup>161</sup> Idem, *ibid.*, p. 32.

regulamentar a competição entre os fatores econômicas e a paz interna e externa. Esse desenlace entre Estado, Moral e Economia permite uma emergência da ação instrumental/estratégica, sem precedentes, que estará sob análise adiante<sup>162</sup>.

A própria ciência vira meio de produção, disponível e atuante de modo instrumental. Os conflitos são tratados e neutralizados de forma técnica, sendo que as crises, que se tornam mais freqüentes, devem ser tratadas com contratendências levadas a cabo pelas políticas públicas do Estado. Crises sociais, econômicas e ecológicas colocam-se cada vez mais em pauta, e exigem atuações sempre mais custosas em termos de legitimidade e recursos. As capacidades de atuação do Estado se esvaem, e a sociedade se vê invadida, de forma mais intensa, pela atuação do Estado. O Direito deve legitimar-se como justo perante a sociedade e não pode enfrentar o instituído porque faz parte dele.

Paralelamente a estas tendências de crise e contratendências de resolução, cuja alternância e constância conformam ciclos, ocorrem também os ideais utópicos de um Estado que se pretende seja de bem-estar social. A obtenção deste bem-estar, entretanto, tem um preço a ser pago. Cada vez mais a burocracia estatal, legitimada não pelo Direito, mas pelo saber técnico, vê-se autorizada a acessar maiores âmbitos da vida do cidadão.

Toda esta problemática da modernidade é vista a partir do esquema ação comunicativa e razão instrumental. Ação comunicativa é aquela voltada à cooperação, enquanto que a racionalidade instrumental é aquela vinculada ao cálculo (esta última, quando utilizada socialmente, passa a se chamar racionalidade estratégica). Tais categorias são fundamentais à sociedade e utilizam-se, ambas, da linguagem para conseguirem se perfectibilizar. Na verdade, é justamente a linguagem que vai permitir às pessoas socializem-se, integrem-se e reproduzirem sua cultura.

Essa utilização da linguagem dá-se através de um pano de fundo a que os participantes recorrem a cada instante: o mundo da vida, que é essencial a eles, pois

---

<sup>162</sup> Idem, *ibid.*, p. 35.

constituem seu horizonte de sentido. Sem ele, não há a necessária experiência lingüística e histórica. O mundo da vida, todavia, é completamente instável, e está permanentemente submetido à crítica.

Da instabilidade decorre a modernização, vista como um processo ao mesmo tempo quantitativo e qualitativo. Isto significa que, não só maiores conhecimentos se acumulam com o passar do tempo, mas também que o conhecimento muda qualitativamente. Este processo de evolução materializa-se em uma maior racionalização social. Nesse sentido, a modernidade vai se caracterizar, simultaneamente, por um processo de abertura e possibilidade à maior crítica e pela separação das esferas de moral, sentimento e verdade. A maior abertura e sua conseqüente possibilidade à crítica poderiam abrir amplos espaços de reflexão do instituído. A modernidade, contudo, tem um potencial ambivalente: ao mesmo tempo que permite que temas como legitimidade das normas venham à tona, e possibilitem, assim, a superação da tradição, é possível, por outro lado, observar justamente um processo de racionalização seletiva, de caráter restritivo, no qual predomina a razão instrumental.

Esse processo de domínio da razão instrumental deita raízes nos progressos da ciência advindos dos séculos do renascimento. Neste período, como registra a História, os progressos das ciências duras surpreenderam todos os cidadãos e produziram, também, a idéia de mimetismo por parte das outras esferas de conhecimento<sup>163</sup>.

Habermas utiliza Weber para descrever as tendências modernas: aumento da tecnificação, mediante procedimentos capazes de se repetir; racionalização formal; pluralismo de valores; diferenciação sistêmica; afastamento dos preceitos religiosos do dia-a-dia da população. Em outros termos, o mundo perde vontade de acesso ao conhecimento por meio da metafísica – esta não mais resolve problemas teóricos e muito menos práticos. A realidade cada vez mais pluralizada, por outro lado, não oferece as devidas compensações, o que gera o impasse da impossibilidade de acordos com relação a questões de fundo com um vácuo normativo. Qualquer valor

---

<sup>163</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1999, p.207.

material é possível, uma vez que só é possível avaliar-se os comportamentos em termos de racionalidade a partir do critério meios-fins. O próprio Direito – que no princípio da modernidade adquiria uma cor utópica nas declarações de direitos fundamentais, proclamando a dignidade, a igualdade e a liberdade – em pouco tempo fica instrumentalizado, tecnizado e posto à disposição do sistema econômico e administrativo<sup>164</sup>.

Note-se que, à medida que a sociedade se desencanta, os laços mágicos também se esvaem, e, com isto, o pouco de solidariedade que existe também se extingue. A sociedade torna-se carente, portanto, de solidariedade – elemento que, ao lado do entendimento, constitui um dos objetivos centrais do exercício da linguagem. A tendência, de acordo com a descrição feita por Habermas do processo de colonização do mundo da vida, é, paradoxalmente, o agravamento. Quanto mais a sociedade é carente de solidariedade, mais difícil fica de consegui-la.

Por isso tudo, diz Habermas:

Cuando los contextos normativos saltan por encima de las barreras de las instituciones consagradas por la tradición y la acción comunicativa se libera de ellas, lo que quiere decir: cuando tanto los unos como la otra se liberan del consenso adscrito, empieza a pesar sobre el mecanismo del entendimiento (y a desbordarlo) una creciente necesidad de coordinación. Por otra parte, en dos ámbitos de acción que resultan centrales, en vez de instituciones aparecen “institutos” (*Anstalten*) y organizaciones de un nuevo tipo, las cuales se constituyen sobre la base de medios de comunicación que desenganchan la acción de los procesos de entendimiento y la coordinan a través de valores instrumentales generalizados como son el dinero y el poder<sup>165</sup>.

Surgem alternativas que substituem a linguagem como meio de coordenação na ação. A razão instrumental é a razão subjacente ao fenômeno da supremacia dos meios de comunicação.

Para melhor configurar o cenário histórico-social, Habermas tira de Weber uma teoria da ação e o fenômeno da burocratização, e de Parsos, a noção de sistemas e de meios de comunicação, combinando-os em suposições:

---

<sup>164</sup> HABERMAS, *ibid.*, p.337.

<sup>165</sup> HABERMAS, *ibid.* p. 436

- (p) el nacimiento de las sociedades modernas (lo que primariamente quiere decir: de las sociedades capitalistas modernas) exige la materialización institucional y el anclaje motivacional de ideas jurídicas y morales postconvencionales, pero

- (q) la modernización capitalista sigue un patrón, a consecuencia del cual la racionalidad cognitivo-instrumental desborda los ámbitos de la vida comunicativamente estructurados y adquiere en ellos la primacía a costa de la racionalidad práctico-Moral y práctico-estético, lo cual

- (r) provoca perturbaciones en la reproducción simbólica del mundo de la vida<sup>166</sup>.

Os meios são como que substitutivos da linguagem. A partir de sua mera invocação, elimina-se a necessidade de uma ação comunicativa. Ações passam a ser coordenadas e realizadas na sociedade sem necessidade de linguagem, e sem necessidade de defesa das razões que fundamentam determinado ato. Em vista da perda de sentido e burocratização da sociedade, Habermas vai perceber que o campo está aberto para que meios de comunicação socialmente generalizados assumam cada vez maiores espaços.

Os meios de comunicação generalizados “sem linguagem” são, precisamente, o dinheiro e o poder. Ambos estão conectados a sistemas, a saber, o sistema econômico e o sistema administrativo. Ao mesmo tempo, ocorre um empobrecimento cultural, com a assunção de uma incapacidade de fazer conexões entre as questões de verdade, gosto e retidão. Os sistemas invadem o mundo da vida; este é incapaz de responder em termos de maior compreensão e atuação nos sistemas.

Nas sociedades da contemporaneidade, os embates entre os sistemas que buscam legitimar-se deságuam em paradoxos totalmente reconhecidos, como o problema de um mercado que se rege instrumentalmente, uma cultura autoritária e um Direito que se pretende legitimado, mas que no final das contas, é veículo de maior burocratização. O cidadão, no Estado-social, é trabalhador e, ao mesmo

---

<sup>166</sup> HABERMAS. *Teoria ...*, *ibid.*, p. 431-432.

tempo, consumidor; mas, para o sistema econômico e para a burocracia, é um cidadão-cliente<sup>167</sup>.

A esfera pública, como consequência, torna-se incapaz de responder à colonização do mundo da vida, dada a sua fragilidade. Os sistemas, autonomizados que são, passam a invadir o mundo da vida, impondo sua lógica instrumental.

Os sistemas substituem o entendimento realizado pela ação comunicativa, trocando-o por ações racionais com vistas a determinados objetivos. Quem se utiliza dos meios não precisa defender pretensões de validade, isto é, não precisa defender as razões que embasam sua ação. Com a generalização da ação instrumental e da falta de necessidade de justificação das ações, acaba por ocorrer uma tecnificação do mundo da vida, com abandono da racionalidade prático-moral. No entender de Habermas, quando não se faz mais necessário justificar as ações, “se pueden atribuirse a la responsabilidad de nadie”<sup>168</sup>.

Esta desnecessidade de justificação provoca uma fragilidade no espírito dos familiares, que perdem a capacidade de auto-crítica e inovação, pois os meios substituem o entendimento. E eis a razão pela qual a sociedade também aceita comportamentos e julgamentos sem maiores críticas, uma vez que a necessidade de fundamentação se torna uma prática progressivamente desnecessária.

É o que se conclui da leitura de Habermas:

El resultado de ello es una violencia estructural que, sin hacerse manifiesta como tal, se apodera de la forma de la intersubjetividad del entendimiento posible. La violencia estructural se ejerce a través de una restricción sistemática de la comunicación; queda anclada de tal modo en las condiciones formales de la acción comunicativa, que para los participantes en la comunicación la conexión de mundo objetivo, mundo social y mundo relativo del entendimiento queda prejuzgada de forma típica [grifos do autor]<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> Idem, p.495: “La implantación de los derechos políticos fundamentales en el marco de la Democracia de masas significa, por un lado, la generalización del rol de ciudadano, pero, por otro, significa también la segmentación de ese rol respecto a los procesos efectivos de decisión, significa que la participación política queda vacía de contenidos participatorios. Legitimidad y lealtad de la población se funden en una amalgama que los afectados ya no pueden analizar, que no pueden descomponer en sus ingredientes críticos”.

<sup>168</sup> Adaptado de HABERMAS. *Teoría ...*, ibid., p. 261.

<sup>169</sup> Adaptado de HABERMAS. *Teoría ...*, ibid., p.264.

Dentro do espectro de fenômenos de que o Direito de Família cuida, ocorrerão relevantes manifestações desta colonização. Assim, as relações familiares são avaliadas em função de questões de ordem financeira: busca-se quantificar, com mais frequência, o valor da privação intencional de afeto paterno e toma-se como melhor interesse da criança a vinculação à família com mais dinheiro. O meio monetário, portanto, acaba por substituir a linguagem da ação comunicativa no seio da família, cujo conteúdo por excelência é o afeto.

Pior parece ser a invasão levada a cabo pelo poder administrativo. Não só as autoridades públicas sempre se sentiram encorajadas a definir o que é família, mas também a nela intervir violentamente. Funcionários públicos visitam famílias para asseverar-se da criação dos filhos; juízes decidem destinos de famílias e crianças, e a população julga a todos partindo de critérios de licitude e ilicitude.

A questão que se apresenta é se o Direito poderia, razoavelmente, ter os poderes que tem. A indagação, contudo, pressupõe discutir, também, a sua legitimidade. Mas, ainda que o Direito seja legitimamente produzido, poderia ele regular a vida privada dos cidadãos? O fato é que a lógica da razão instrumental do poder com mais frequência invade a esfera privada, reduzindo os espaços de espontaneidade e gerando relações sociais (e, dentro destas, as familiares) atadas a modelos ideais pré-estabelecidos pelo mundo já colonizado.

Esta invasão, todavia, não pode ser valorada *per se* tão somente em seus aspectos negativos, no sentido de esvaziar o campo de deliberação autônoma e consciente dos sujeitos sociais, mas possui também uma função civilizatória, na medida em que vai estabelecer pautas de condutas e comportamentos oriundos de processos de deliberação política mais ou menos legítimos – conforme o período histórico de que estivermos falando. Daí que as regulamentações jurídicas do Estado para o âmbito de algumas relações sociais representaram avanço democrático e qualificação da dignidade dos sujeitos envolvidos.

O Direito de Família, em particular, sofreu avanços e recuos neste cenário desenhado, pois, ao mesmo tempo que contou com delimitações de direitos e

deveres dos entes parentais na história do Ocidente, evitando com isto violações de interesses protegidos publicamente, viu-se engessado pela tradição/mundo colonizado do modelo romano-germânico por longo tempo.

Na visão de Diniz<sup>170</sup>, quanto ao tema da intervenção do Estado e do Direito na família, a regra é o princípio estatutário, e a exceção, a autonomia da vontade, porque o interesse individual estaria sujeito ao da família. Note-se que, deste modo, existiria um interesse social a estatuir tal regra. Seria bom para a sociedade e para o Estado que a família estivesse em primeiro plano, e o indivíduo, em segundo. Obviamente que desta conclusão pode-se inferir as mais variadas conseqüências e possibilidades de concreção da norma, em um espectro que vai desde uma patrulha ideológica de moralidade por sobre do indivíduo, sufocando-a, até a idéia de tolerância e estímulo à afetividade.

Por outro lado, e conseqüentemente, o Estado, consciente de seus objetivos, não pode entregar ao indivíduo a sorte da família. Logo, os efeitos do matrimônio, do companheirismo e da filiação, a extensão do poder familiar e do poder tutelar não podem submeter-se ao arbítrio individual, por manifestarem um interesse da comunidade política, já que a sólida organização da família, segurança das relações humanas, constitui alicerce de toda a estrutura da sociedade e da preservação e fortalecimento do Estado.

Em virtude disso, a maioria das normas de direito de família são cogentes ou de ordem pública, insuscetíveis de serem derogadas pelo simples arbítrio do sujeito, devendo ser, por isso, interpretadas restritamente.

Como é possível ponderar, todo o direito de família repousa em uma idéia em que a faceta dos deveres dos familiares entre si é superior à dimensão simples de um direito, de uma conduta exigível. Desta forma, o poder familiar, a tutela e a curatela não podem ser encarados apenas são direitos, mas direitos-deveres, ou melhor; poderes-deveres.

---

<sup>170</sup> DINIZ, op. cit., p. 26-28

Essa intervenção protetora do Estado é um fato universal, pois o poder público de todas as nações pretende garantir a existência da família, protegendo-a, evitando abusos, propiciando melhores condições de vida às novas gerações, ajudando-a a exercer beneficentemente seus poderes, criando órgãos sociais que a tutelam, como os Conselhos de Família e de Tutela, o Ministério Público, o Juizado da Infância e da Juventude etc. Porém não se deve inserir o direito de família na seara juspublicística, pois isso “implicaria admitir excessiva e nefasta ingerência do Estado no grupo familiar.

Lisboa fala sobre a intervenção do Estado na família através dos Princípios Constitucionais da Família: o Estado deve proporcionar o mínimo indispensável para que o planejamento familiar possa ser realizado a contento, fornecendo os recursos educacionais e científicos que se fizerem necessários para tanto. Por isso, a sistemática e a tópica devem interagir, possibilitando-se ao julgador a realização da *justiça distributiva*, observando-se os princípios civis constitucionais, entre os quais destaca-se, para os fins de regulação da família o princípio da dignidade humana, por ser objetivo fundamental da república a observar-se em todas as relações jurídicas públicas ou privadas.<sup>171</sup>

As relações jurídicas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade.

O princípio da solidariedade familiar é decorrência do princípio constitucional da solidariedade social. Ele pode ser analisado sob o enfoque externo e interno<sup>172</sup>. Externamente, a solidariedade social determina que incube ao poder público e à sociedade civil a realização de políticas de atendimento às necessidades familiares dos menos abastados e dos marginalizados. Internamente, considerando-se a aplicação do mencionado princípio na relação familiar, pode-se dizer que cada membro da entidade familiar tem que cooperar para que o outro consiga concretizar o mínimo necessário para o seu desenvolvimento biopsíquico.

---

<sup>171</sup> LISBOA, op. cit., p. 40-42

<sup>172</sup> Idem, ibid. p. 48.

Muito embora o parâmetro de solidariedade interna sofra uma oscilação de uma entidade familiar para a outra em virtude dos padrões culturais vigentes e da procedência de cada entidade, há um mínimo a ser preservado: os direitos personalíssimos de cada integrante da família, sua subsistência e a concessão de auxílio para que se possa ter a oportunidade de se atingir o nível de desenvolvimento esperado pelo interessado. Impõe-se a solidariedade familiar para os fins de alimentos, educação, profissão, lazer, afeto, etc.

O princípio da erradicação da pobreza é uma decorrência jurídica do princípio maior da solidariedade social, tendo por conteúdo a idéia de que “nenhum membro da família pode ser desamparado da assistência material, que se fará necessária sempre que ele a necessite, observada a possibilidade de atendimento por parte do membro da família melhor situado”<sup>173</sup>. Esse princípio, que ainda passa por uma fase de transformação, dá novos contornos ao instituto dos alimentos.

Já o princípio da igualdade entre o homem e a mulher na constância do casamento significa a superação da tradição vivida na sociedade brasileira, prisioneira que estava de uma concepção autoritária e tutelar com relação à mulher. Não há mais estado de sujeito entre os cônjuges, de modo que ambos poderão praticar os direitos emergentes da relação familiar em um sistema de co-gestão familiar<sup>174</sup>.

O *princípio do reconhecimento de entidades familiares* impõe o reconhecimento de outras entidades além do casamento formal. A Constituição garantiria uma maior abertura aos conceitos de entidades familiares.

Já o princípio da isonomia de tratamento aos filhos tem por conteúdo o mandamento de que pouco importa a procedência dos filhos, isto é, sua origem. Uma vez sendo o filho reconhecido como tal, os direitos de seu status familiar serão os mesmos de qualquer outro produzido de maneira convencional e em uma família legítima.

---

<sup>173</sup> Idem, *ibid.*, p. 50.

<sup>174</sup> Idem, *ibid.*, p. 40-49.

Rodrigues<sup>175</sup> relata a intervenção do Estado na Família:

a família constitui a célula básica da sociedade. Ela representa o alicerce de toda a organização social, sendo compreensível, portanto, que o Estado a queira preservar e fortalecer. Daí a atitude do legislador constitucional proclamando que a família vive sob a proteção especial do Estado. (...) Dentro do direito de família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de direito de família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares.

Há, segundo o autor, uma intervenção crescente do Estado no campo do direito de família, visando conceder-lhe maior proteção, melhorar o padrão social, propiciar melhores condições de vida às gerações novas, etc. São exemplos por ele citados o dever de educar a juventude, imposto a si mesmo pelo Estado, a assistência à maternidade, conferindo à mulher as licenças durante a gestação e após o parto e os benefícios advindos a partir da edição do Decreto-lei 3.200/41, que trouxe uma série de dispositivos de proteção à família.

Venosa, ao comentar a intervenção do Estado na Família, afirma que a sociedade procura regular e tutelar a família de forma mais aceitável possível no tempo e no espaço. Para ele, o Estado intervém na estrutura da família em prol da preservação da célula que o sustenta. Por consequência, estrutura os meios assistenciais e judiciais, legais e materiais para o acesso dela à Justiça, visando que ideal da família seja restabelecido com a superação das situações de conflito<sup>176</sup>.

O direito de família disciplina a relação básica entre os cônjuges, se casados, ou entre companheiros, na ausência das núpcias. A sociedade conjugal tem proteção do Estado com ou sem casamento, nos termos de nossa Constituição de 1988. Essas relações absorvem vários aspectos pessoais e patrimoniais. Delas decorrem também os direitos relativos à filiação e ao parentesco direto (membros de um mesmo tronco), ou por afinidade (relação do cônjuge com os parentes do outro cônjuge).

---

<sup>175</sup> RODRIGUES, op. cit. p. 11-13.

<sup>176</sup> VENOSA, op. cit., p. 25-33.

Outra característica dos direitos de família, quando examinados sob o prisma individual e subjetivo, é a natureza personalíssima. Esses direitos são, em sua maioria, intransferíveis, intransmissíveis por herança e irrenunciáveis. Aderem indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Desse modo, o pátrio poder ou poder familiar e o estado de filiação são irrenunciáveis: ninguém pode ceder o direito de pedir alimentos, ninguém pode renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação.

As denominadas ações de Estado são aquelas nas quais a pretensão é de obtenção de um pronunciamento judicial sobre o estado de família de uma pessoa. Podem ser positivas, para se obter um estado de família diverso do atual, ou negativas, para excluir determinado estado. Por exemplo, as ações de investigação de paternidade e negatória de filiação. Desse modo, as ações de estado são todas as que buscam proteger o estado de família de forma positiva ou negativa. Podem controverter a relação filial, conjugal ou de parentesco em geral.

As ações de Estado puras não se confundem com as que visam o exercício do estado de família. A ação de alimentos, por exemplo, exercita o direito do estado de filiação ou conjugal, mas não é uma ação de estado. Assim também as ações de guarda e regulamentação de visitas de filhos. Também não são ações de estado as de mera retificação do registro civil.

Como decorrentes do estado de família, essas ações de estado guardam as mesmas características de intransmissibilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, sendo também personalíssimas.

À interferência do Estado, também não escapa o instituto da adoção. Com a constituição de 1988, foi ela equiparada à filiação legítima. Com isto, o filho adotivo passou a participar da herança dos pais em igualdade de condições aos demais, afora o fato de haver abolido nomenclaturas que o discriminavam.

Vale ressaltar, por fim, que o Estado também intervém na família ao estabelecer normas previdenciárias, de caráter protetivo de seus membros, que

permitem, por exemplo, a passagem do pensionamento do aposentado falecido a algum beneficiário, atendidos certos pré-requisitos estabelecidos em lei.

O que se disse até aqui, leva à crucial questão dos reflexos das novas organizações familiares nas relações de filiação atualmente.

## 2.5 REFLEXOS DAS NOVAS ORGANIZAÇÕES FAMILIARES NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO

A sociedade brasileira atual, como as demais do mundo ocidental, vive um conflito gerado da colisão entre suas representações ideais do modelo de família nuclear burguesa e da realidade vivida por seus membros.

De um lado, o ideário ainda propagado pelos meios de comunicação de massa da família unida em torno de um objetivo comum, do marido provedor, da mãe carinhosa e infatigável, que toma conta da casa e da educação dos filhos, seres felizes e despreocupados. É o ideal típico das propagandas de margarina, onde as mulheres têm aparência de modernas, mas costumes de tempos idos. Trata-se, portanto, de ideários vinculados às tradições que impedem a vinda da Constituição em sua plenitude.

De outro lado, a luta pela sobrevivência, pela ascensão social (também estimulada pela mídia), numa relação mais igualitária, em que marido, mulher e filhos têm aspirações pessoais e a família passa a ser tida como *locus* para concretização desses interesses.

Em regra, a tradição diz que, definindo a que grupo pertence o indivíduo e os direitos que estão a ele associados (direitos sucessórios, por exemplo), a filiação é fulcrada em uma bilateralidade biológica. Isto é, a filiação é transmitida pelos dois

ramos (paterno e materno) e pela ideologia do sangue (transmissor de caracteres específicos de uma mesma linhagem), de acordo com os conceitos trazidos no item 1.1 deste trabalho. Nesse modelo, somente são considerados pais da prole aqueles que a geraram, gozando de todos os direitos e deveres correspondentes até que se declare o contrário, por sentença judicial.

A cada dia cresce, entretanto, o sentimento social de que as ligações de filiação não são somente biológicas, como tenderia a indicar o significado tradicional do termo, mas também ligações sociais e afetivas, como, aliás, vem reconhecendo a jurisprudência e a doutrina nacional. Ilustra Luiz Edson Fachin:

a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social<sup>177</sup>.

Não há dúvida que na família real igualitária os conflitos tornam-se mais aparentes e frustram os sonhos do modelo familiar, inspirados na paixão do início dos relacionamentos. A família nuclear monogâmica, deixando de ser um fim em si mesma e mostrando-se algo inatingível enquanto ideal, passa a se fragilizar na medida em que não cumpre os interesses de todos os seus membros. Os laços de afeto que costuram a aliança entre marido e mulher são muitas vezes corroídos pelo desgaste na luta pela sobrevivência, causando a falência dos casamentos e o surgimento de novas uniões. São comuns, hoje em dia, duas ou três uniões ao longo de uma vida. Neste sentido, são cabíveis as palavras de Eunice Durham (1983):

Qualquer recenseamento de população em nossa sociedade revelará necessariamente que, na composição das unidades domésticas, as exceções podem ser quase tão numerosas quanto os casos que obedecem ao modelo de família nuclear.

[...]

É exatamente a variedade e a amplitude dessas exceções que têm criado muitos problemas na definição das formas de família que seriam características de nossa sociedade, além de frequentemente levantarem a questão da desagregação da família e de sua progressiva destruição entre nós<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.169.

<sup>178</sup> DURHAM, Eunice. A família e a mulher. *Cadernos CERU*. v. 18. São Paulo: USP, 1983, p.30.

A fragilização das núpcias e o aumento do número de pessoas recasadas, sobre as quais incluem-se também aquelas que optaram vivenciar nova união não oficializada, fortaleceram uma nova forma de família: a composta por diversas “espécies” de filhos, trazendo à sociedade moderna a realidade da multiparentalidade e combatendo diretamente os fundamentos do sistema tradicional de filiação. Com a separação do casal, a configuração familiar cada vez mais freqüente é aquela na qual a criança permanece sob a guarda de um de seus pais e de seu novo cônjuge ou companheiro.

Vivencia-se uma nova organização formada pela junção de mais de uma unidade familiar básica, não apenas daquela que dá início ao primeiro casamento (a família do homem e a família da mulher), como apontado por Lèvi-Strauss<sup>179</sup>. A partir do desfazimento desta união, novas uniões se formam. Misturam-se filhos, parentes e afins, numa complexa rede familiar. Unem-se os filhos do pai, os da mãe, os do marido da mãe, os da mulher do pai, os da mãe com seu novo marido, os do pai com sua nova mulher, num modelo de organização que mais se aproxima das famílias conjuntas (extensas ou compostas) de outrora (*vide* item 1.2) do que da família restrita ao círculo fechado pai-mãe-filhos.

Assim, por exemplo, o filho vive um cotidiano com sua mãe e seu padrasto (e eventualmente meio-irmãos e irmãs), mas freqüenta periodicamente a residência paterna, talvez também com uma madrasta. Poder-se-ia, eventualmente, atribuir-lhe duas mães (a biológica e a social) e dois pais (o biológico e o social), num esquema complexo de duplicidade de filiação.

É oportuno destacar que todas as novas organizações familiares alteraram substancialmente a conceituação do incesto, antes justificado basicamente pelos possíveis problemas biológicos que a prole de pessoas de mesma descendência poderia possuir.

Atualmente, a atribuição de uma condição jurídica a uma criança é mais forte do que suas origens reais biológicas, impedindo-lhe de selar qualquer

---

<sup>179</sup> LÉVI-STRAUSS, op. cit. p. 372

relacionamento com irmãos – sejam aqueles filhos biológicos de seus pais adotivos, sejam irmãos também adotados, sejam filhos do novo marido da mãe ou da nova esposa do pai. É possível afirmar, desta forma, que a noção original de incesto foi ampliada e perdeu o foco de fundamento meramente genético.

Igualmente, novas formas de parentalidade são verificadas pelas uniões homoafetivas, nas quais um ou ambos os companheiros agregam seus próprios filhos à união, atribuindo novo “pai” ou nova “mãe”, conforme o caso, seja pela posse do estado de filho conferida ao companheiro/a do pai/mãe biológico, seja pela adoção obtida por qualquer deles como início de uma família regular, na busca da normalização de seu estado familiar ou na vontade de integração aos padrões preestabelecidos<sup>180</sup>. Note-se que, principalmente no caso de adoção conferida a apenas um dos consortes, a separação pode causar dificuldades quanto aos direitos e deveres relativos à prole daquele que não constou do termo de adoção.

Nesse mesmo prisma, destaquem-se as hipóteses em que se estabelecem concepções heterólogas (um ou ambos os materiais genéticos de terceiro) e homólogas (material genético do casal interessado em prole). É indubitável que mormente as primeiras reforçaram as idéias de multiparentalidade – pais biológicos, pais sociais, pais afetivos e pais por decisão judicial. Ademais, na hipótese de material genético de um casal inserido em outra mulher, encarregada tão-somente da gestação, a prole teria, sem dúvidas, duas mães biológicas.

Mesmo que desejássemos fechar os olhos para o fenômeno da multiparentalidade, recentes experiências realizadas em New Castle, na Grã-Bretanha, sepultam as brechas sobre sua inadmissão. Um grupo de cientistas britânicos conseguiu permissão da Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia do Reino Unido para criar um embrião humano com material genético de duas mães. No procedimento, o núcleo do óvulo com DNA da mãe e do pai é retirado e colocado no óvulo da doadora, de modo que a criança herdaria DNA de três pessoas.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> ROUDINESCO, op. cit.

<sup>181</sup> Jornal O Dia, Rio de Janeiro, 10 de setembro de 2005.

Essas situações pertinentes à multiparentalidade trazem à baila discussões diversas relativas à prole, como aquelas sobre seus direitos hereditários, sobre a responsabilidade por seus atos, sobre a gestão de seus interesses, sobre a possibilidade de compartilhamento entre os pais e mães dos direitos e obrigações a ela relativos, dentre outras.

É possível observar que a partilha das tarefas educativas é assumida pelos adultos, na maioria desses casos, num clima de concorrência e rivalidade. Destaque-se que, muitas vezes, o pai social desempenha as funções de pai – guarda, educação, alimentação, socialização da criança – de maneira muito mais efetiva do que seu pai biológico<sup>182</sup>.

Os direitos e deveres de cada indivíduo são, entretanto e em princípio, distintos: o pai social, educador e nutriz, em regra não detém autoridade parental, nem possibilidade de transmitir um dia seus bens a seu enteado senão como a um estranho (testamento), nem tampouco detém qualquer direito à herança desse enteado. A seu turno, o pai biológico mantém essa autoridade e esses direitos, mesmo que sequer conviva com seu filho.

Ademais, a multiparentalidade acentua o problema da definição da categoria de pais, através de seus diversos componentes: genéticos, fáticos, éticos, morais, dentre outros.

Via de regra, a sociedade admite que a criança “pertence” a seus próprios pais, que dela podem cuidar ou dispor à adoção, graças à aquisição de um direito decorrente de seu nascimento, conferido pelo parentesco.

Assim, a antropóloga inglesa Esther Goody<sup>183</sup> decompõe a parentalidade em cinco elementos distintos: a concepção, a atribuição de uma identidade jurídica, as funções de alimentar, cuidar e socializar. Entretanto, observa-se que, o que antes

---

<sup>182</sup> Sem qualquer referência feminista ou machista, neste momento, limita-se a exemplificar com a situação padrasto-pai biológico, admitindo ser perfeitamente possível que o mesmo ocorra com relação à madrasta-mãe biológica.

<sup>183</sup> GOODY, Esther. *Parenthood and Social Reproduction: Fostering and Occupational Roles in West Africa*. New York: Cambridge University Press, 1982, p.55.

era atribuído a apenas um casal de indivíduos (os pais), hoje em dia pode ser transferido a diversos outros distintos. Deste modo, é possível observar a grande complexidade trazida pela fragmentação do papel parental, tal qual observado nas sociedades ocidentais da atualidade. Veja-se, entretanto, que o fenômeno da multiparentalidade não é de todo estranho ao ser humano, que o conheceu e regulou em outras civilizações (*vide* item 1.2 deste trabalho).

Vivencia-se, já há alguns anos, sobretudo nos EUA e Canadá, um movimento que visa a um reconhecimento legal das situações de multiparentalidade. Pode-se afirmar que esse movimento é resultado da ação de grupos que priorizam o interesse da criança e buscam garantir seus direitos, como o de ser criado pelos pais substitutos mesmo conservando laços com sua família natural.

O reconhecimento da multiparentalidade é também pautado na relevância crescente do direito ao conhecimento de suas “origens”, garantido tanto para as crianças adotadas quanto para aquelas nascidas através de procriação assistida.

O neologismo “multiparentalidade”, criado recentemente pelas ciências sociais e humanas, é ainda embrionário na esfera dos estudos jurídicos, que apenas reconhecem os termos singulares “pai” e “mãe”, em um sistema limitado de parentesco, pouco condizente com a situação de uma sociedade plural.

A análise histórica da instituição familiar, do direito familiar, das representações da família e da criança e a nova noção do incesto nas famílias recompostas confirmam totalmente a constatação de que estamos diante da exigência de um novo olhar.

Mesmo vivenciando uma realidade fática de multiparentalidade, a criança goza apenas de uma filiação jurídica (seja a biológica, seja a adquirida pela adoção, seja a adquirida pela presunção de paternidade, seja a conferida por decisão judicial), que exclui a possibilidade de todas as demais, conforme orientação do direito civil atual.

Relativamente a todas essas questões, vale destacar o princípio constitucional maior que necessariamente deveria perpassar as decisões: a dignidade da pessoa humana.

Desde o início do século XX, com a emergência da psicanálise através de Freud, o olhar sobre as relações familiares ganhou nova dimensão. A importância das primeiras experiências para o equilíbrio psíquico do homem inegavelmente aponta para a formação familiar, hoje em suas múltiplas configurações e possibilidades.

Garantir à criança um ambiente que favoreça seu desenvolvimento e sua qualidade de vida passa por reconhecer a complexidade do novo cenário, criado não apenas pelas transformações da própria sociedade, mas muito especialmente, nesse início de século XXI, pela revolução tecnológica. Trata-se de um mundo globalizado, conectado em tempo real, confrontado em seus tradicionais hábitos e valores.

Mesmo para aquelas crianças originadas em formações familiares estabelecidas de maneira tradicional, podemos dizer, num nível microssocial, que o mundo contemporâneo traz surpresas e impasses. Se antes era possível, por exemplo, encontrar um modelo de educação adotado de maneira comum pelos pais de determinada região, oferecido às crianças em suas casas e reforçado nas escolas, temos hoje a interferência de múltiplas formas de educar e conviver que perpassam o cotidiano inclusive através de uma programação de televisão produzida em culturas absolutamente diversas. O choque dessas orientações, ao lado das experiências vividas nas grandes cidades, transformam as tarefas antes atribuídas às famílias – educar, socializar, colocar no mercado de trabalho – em grandes desafios para adultos.

Novamente, e conectando-se com o dito no ponto 2.3, a questão que se impõe é justamente saber qual o papel do Estado e da Constituição neste contexto. Esta problemática vai levar a argumentação ao capítulo seguinte, qual seja, o que aborda os diversos tipos de parentalidade contemplados na nossa legislação.

### 3 A PARENTALIDADE E OS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS ACERCA DA PARENTALIDADE

Parentalidade significa o fato de ser pai ou mãe. Em outros termos, é a filiação na perspectiva dos pais. Ambos, parentalidade e filiação, compõem, assim, dois lados de uma mesma moeda. Complementam-se não só como uma categoria científica, mas também existencial.

O vínculo entre pais e filhos representa para a humanidade a sua sobrevivência, a preservação não apenas da espécie, mas também de seus bens e conquistas. Esta vinculação, estudada pelas diversas ciências e dada sua importância para a sociedade, pode ser percebida de diferentes maneiras, fundamentadas na sociologia, na antropologia, na biologia, na psicologia, na medicina, etc.

Para Habermas, a socialização é uma das funções da linguagem, a par com as funções de integração social e reprodução cultural. A linguagem – essencial, em vista destas funções – é justamente apreendida no núcleo familiar, a partir das relações de filiação.

Estes processos<sup>184</sup> de *reproducción cultural, integración social y socialización* corresponden *los componentes estructurales* del mundo de la vida que son la cultura, la sociedad y la personalidad [destaques do autor]<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> PINTO, F. Cabral. *Leituras de Habermas: modernidade e emancipação*. Coimbra: Fora do Texto, 1992, p.250-251: "O processo de reprodução integra as situações novas nas formas estabelecidas do mundo da vida, e isso tanto na dimensão semântica das significações ou conteúdos (da tradição cultural) como nas dimensões espaço social (dos grupos socialmente integrados) e do tempo histórico (da sucessão de gerações). A estas dimensões indissociáveis do desenvolvimento colectivo – à reprodução cultural, à integração social e à socialização – correspondem paralelamente os componentes estruturais do mundo da vida: a cultura (reserva de saber da qual os participantes da comunicação, entendendo-se sobre algo no mundo, retiram as suas interpretações susceptíveis de consenso); a sociedade (ordens legítimas através das quais os participantes da comunicação regulam

A cultura configura-se como um complexo de saber, já a personalidade preenche um contexto de competências que satisfaz as condições de entendimento e, assim, a formação de uma identidade própria. Sociedade é, finalmente, as *ordenaciones legítimas a través de las cuales los participantes en la interacción regulan sus pertenencias a grupos sociales, asegurando con ello la solidaridad*.<sup>186</sup>

É a família, justamente, o meio comunicativo diante do qual são realizadas as atividades principais de socialização e, assim, a aprendizagem da interação e o conhecimento da tradição. É na relação pais-filhos que a criança aprende a agir comunicativamente, e, assim, ter acesso ao mundo. E é precisamente esta relação que se vê ameaçada pela colonização do mundo da vida.

O direito, como instrumento de organização social e de entendimento que é, colhe, através de procedimentos que se pretende sejam democráticos, os valores relevantes da sociedade para, por meio de regras, preservá-los. Assim acontece, por exemplo, com todo o regramento de proteção à vida (a que se atribui especial valor), contido nos ordenamentos jurídicos de uma forma geral. Do mesmo modo ocorre com a parentalidade, como um desdobramento do direito à vida – pois diz respeito à preservação da espécie e de suas aquisições.

O procedimento de geração de normas é aberto a diversas espécies de argumentos. Habermas classifica-os em três: morais, éticos e pragmáticos.

Os argumentos morais estão vinculados a um processo de universalização de conteúdos. Seria moral aquilo que é universalizável para todas as pessoas em todas as situações. O moral é o justo, na opinião de Habermas.

Os argumentos éticos referem-se a um *ethos* específico da população, isto é, a um modo de vida específico. Trata-se das preferências coletivas de uma

---

sua pertença a grupos sociais assegurando dessa forma a sua recíproca solidariedade); e a personalidade (competências que tornam um sujeito capaz de falar e agir e, daí, capaz de participar em processo de intercompreensão e afirmar a sua própria identidade)”.  
<sup>185</sup> HABERMAS. *Teoria ...*, op. cit., p.196.

<sup>186</sup> HABERMAS. *Teoria ...*, op. cit., p.180.

determinada cultura. Há um processo de generalização, como no argumento moral, mas este processo de generalização limita-se à cultura específica.

Habermas, então, argumenta:

Decerto, os valores culturais transcendem o desenrolar factual da ação; eles condensam-se nas síndromes históricas e biográficas das orientações axiológicas à luz das quais os sujeitos podem distinguir o “bem viver” da reprodução de sua vida como “simples sobrevivência”. Mas as idéias do bem viver não são representações que se tenham em vista como um dever abstrato; elas marcam de tal modo a identidade de grupos e indivíduos que constituem uma parte integrante da respectiva cultura ou personalidade. Assim, a formação do ponto de vista Moral vai de mãos dadas com uma diferenciação no interior da esfera prática – as *questões morais* que podem, em princípio, ser decididas racionalmente do ponto de vista da possibilidade de universalização dos interesses ou da *justiça*, são distinguidas agora das *questões valorativas*, que se apresentam sob o mais geral dos aspectos como questões do *bem viver* (ou da auto-realização) e que só são acessíveis a um debate racional *no interior* do horizonte não-problemático de uma forma de vida historicamente concreta ou de uma conduta de vida individual [grifos do autor]<sup>187</sup>.

Por fim, os argumentos pragmáticos estão vinculados a acordos relativos aos melhores meios para alcançar os fins privados ou públicos dos participantes.

O direito seleciona, por meio de discursos, estes três tipos de argumentos, por vezes até misturando-os. Após a aplicação do princípio do discurso, aplica-se um princípio da positividade<sup>188</sup>, que permite que aquelas comunicações, antes morais, éticas ou pragmáticas, tornem-se jurídicas. Um argumento ético, para Habermas, decide aquilo que é bom (bem da comunidade), não aquilo que é justo.

Dentro desta polêmica, apresenta-se a questão da primazia do justo sobre o bem. Isso porque, se o Direito é permeável à ética, argumentos não-universalizáveis com toda a certeza tornar-se-ão normas jurídicas. Dentre estes argumentos não-universalizáveis encontram-se todas as tradições inautênticas de uma sociedade ao mesmo tempo colonial, provinciana e autoritária, mas que professa, no campo econômico, uma ideologia liberal. Torna-se óbvio que, nestes casos, a preferência

---

<sup>187</sup> HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.130-131.

<sup>188</sup> Para Habermas, é possível o Direito através da conjugação de um princípio do discurso (isto é, da discussão) com um princípio jurídico (isto é, da positividade). HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p.242.

deverá ser para argumentos morais, os quais permitem um teste mais rigoroso, bem como expressam a principiologia do Estado democrático de direito.

Neste contexto, a filiação não pode se vincular a uma linha de argumentação única, mas deve trabalhar os três aspectos que envolvem a argumentação discursiva, ou seja, moral, ética e pragmática. Devem ser colocados à mesa, portanto, todos os argumentos na produção normativa do direito, no campo da filiação, até mesmo os científicos, em razão, inclusive, das novas técnicas de reprodução assistida, de modo a estabelecer laços parentais que melhor atendam às novas necessidades da sociedade neste século que se inicia.

No âmbito do direito, o liame entre pais e filhos concretiza uma relação jurídica, do que decorre uma série de direitos e deveres exigíveis de parte a parte. Como para toda a violação de direito há, em regra, uma sanção, descumpridos os deveres impostos pela lei em decorrência da parentalidade, fica o devedor sujeito a uma pena. Daí a importância, portanto, de se identificar com clareza os atores da relação parental.

Obviamente, esta dimensão vinculada à sanção é diminuta diante das obrigações afetivas – algumas juridicamente endossadas – que vinculam os familiares.

Uma relação se diz jurídica por unir duas ou mais pessoas, estabelecendo direitos e deveres, em razão de um fato previsto pelo ordenamento jurídico. O direito disciplina os fatos por meio dos quais se estabelecem os vínculos, as relações jurídicas parentais.

Esses fatos podem ser biológicos, como a união de gametas masculino e feminino; psico-social, como o especial tratamento dispensado por alguém a uma criança, tal como se fora o de um pai dirigido a um filho; natural, como um simples parto, e assim por diante. Podem também os hábitos de uma comunidade revelar um valor a ser preservado. Deste modo, o direito se apóia nas outras ciências e mesmo na natureza e na cultura das sociedades para fixar seus próprios critérios de atribuição da parentalidade.

Neste sentido, o fundamento primário para a fixação da parentalidade é o biológico, ou seja, o da consangüinidade. Filhos são aqueles nascidos a partir do relacionamento sexual de um determinado homem com uma certa mulher. Assim é a natureza, numa realidade que nos foi dada. De resto, a maioria dos animais que podemos observar também geram seus descendentes por meio do relacionamento havido entre os sexos opostos de seres da mesma espécie.

Veja-se, entretanto, que as ciências evoluem e os costumes sociais se modificam, agregando novos e substituindo velhos valores. O direito, por seu turno, necessita de certa perenidade, para conferir segurança nas relações, mas também precisa modificar-se de modo a contemplar a tutela dos novos valores assimilados pela sociedade.

A lei, muitas vezes, não contém especificamente o fato jurídico de que nasce uma relação, tratando-o de forma genérica, para evitar seu envelhecimento precoce. Nesses casos, deve o hermenauta buscar a interpretação que confira as respostas adequadas<sup>189</sup> às demandas sociais. Nesse sentido, note-se que, em nosso direito positivo atual, a relação entre pais e filhos é tratada em inúmeros dispositivos do Código Civil e da Constituição da República.

Entretanto, não há uma regra que diga claramente quando a pessoa pode ser considerada pai, mãe ou filho, tanto assim que o artigo 1.593 do CC dispõe que o *parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consangüinidade ou outra origem*, sem especificar quais as “outras origens” admitidas para que se estabeleça o parentesco.

---

<sup>189</sup> Respostas adequadas aqui tem o sinônimo de “respostas corretas”, isto é, a Constituição permite que se extraia um sentido adequado ao seu texto (entendido em sua materialidade). Não se trata da única resposta correta de Dworkin e nem a melhor resposta de que falam determinadas posturas interpretativas. Para os limites deste trabalho, adota-se uma simbiose entre a resposta correta tratada por Dworkin sustentada em uma postura principiológica anti-discricionária e a hermenêutica filosófica, sustentada no caso concreto, sem que exista um “grau zero de sentido” (ou seja, o texto deve ser levado a sério). Essa imbricação entre a teoria integrativa-interpretativa de Dworkin e a hermenêutica é feita por Lenio Streck, em seu Verdade e Consenso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, em especial capítulos 10 e segs).

Da redação do artigo 1.593 do atual CC brasileiro podemos extrair a conclusão de que o primeiro critério para a fixação da parentalidade é o biológico, já que o parentesco resulta da consangüinidade. Diga-se, todavia, que nunca foi diferente, pois desde os inúmeros ordenamentos jurídicos da antiguidade, este sempre foi o fundamento primário a orientar o vínculo parental.

Atualmente, o critério biológico não é suficiente para afirmarmos a parentalidade. A inseminação heteróloga, por exemplo, ao “exigir” o anonimato do doador do sêmen, impõe que a filiação não se determine pelo vínculo da consangüinidade.

Assim como o nosso ordenamento jurídico atual admite outras origens para o estabelecimento do vínculo de filiação, outras sociedades através da história também as aceitavam. Desde Roma, este vínculo poderia se instaurar pela adoção. Nas sociedades estudadas por Mogan, não apenas a genitora era considerada mãe, mas igualmente suas irmãs.

Muito mais do que uma consequência natural do relacionamento sexual entre homem e mulher e forma de perpetuação da espécie, a filiação fora inicialmente vista como meio de prosseguimento do culto familiar, conforme já descrito no Capítulo 1.

Malgrado a filiação biológica (ou genética) tenha sempre estado presente, por questões mais do que óbvias, já se pôde observar sociedades nas quais esse critério não era o principal. Neste sentido, a Índia dos remotos tempos do Código de Manu trouxe a prole oriunda de relações entre a mulher e um terceiro alheio à relação conjugal como forma de estabelecimento de filiação para com o marido infértil. Este, socialmente, assumia a paternidade, seus encargos e benefícios, não restando quaisquer direitos ao “doador do sêmen”.

Ademais, em algumas sociedades poligâmicas descritas por Bachofen<sup>190</sup> sequer reconhecia-se ou tratava-se sobre o “pai” – relevava a figura da mãe, tão-

---

<sup>190</sup> ENGELS, op. cit., p. 7 e seguintes.

somente. Nestas, sequer questionavam-se presunções e suposições, simplesmente porque não havia preocupação com liame biológico ou figura paternal. Destaque-se que o contrário também já foi verificado, que outras sociedades incumbiam ao pai todas as responsabilidades sobre o filho, colocando a figura materna em segundo ou mesmo fora de plano.

Em comum, todas essas diferentes organizações apontadas no Capítulo 1 demonstraram o respeito às normas jurídicas, explícitas ou mesmo implícitas, acerca do tema. As leis de cada civilização estabeleciam os critérios de filiação, seja pelo prisma materno seja pelo paterno.

Desde as primeiras estruturas jurídicas da ordem familiar até as reformas contemporâneas, o direito vem se preocupando com as situações entre familiares, seja organizando as relações internas entre os próprios membros seja regulando suas relações com o exterior.

Outrossim, a despeito de ser tida como certeza absoluta até meados dos anos 1960, atualmente a maternidade em si pode ser atribuição incerta e questionável. Pode-se dizer que atualmente existem três categorias de mãe: a genética, a gestora e aquela que cuida da criança. Sob uma determinada ótica, aquela que dá à luz é mãe, mas pode não ser ou não ser a única: atualmente, já é possível a fecundação *in vitro* de óvulos com posterior implementação no útero de uma terceira, que funcionaria apenas como hospedeira do feto.

O direito brasileiro, fortemente influenciado pelos direitos português, canônico e romano, preocupou-se em classificar a prole, principalmente, conforme sua procedência: legítimos (filhos concebidos no casamento), legitimados (concebidos anteriormente às núpcias), ilegítimos (oriundos de adultério ou relação incestuosa), e adotados. Todos eram conhecidos – e reconhecidos - pelas ciências jurídicas e seus direitos eram atribuídos conforme e em razão de sua “condição de concepção”.

No curso evolutivo, hoje é possível verificar uma mudança de posicionamento entre juristas e doutrinadores, que vêm reconhecendo as mais diferentes realidades fáticas e procurando adaptar-se a elas. Modernamente, é situação bastante

complexa a atribuição do que se tem conhecido como “parentalidade”. Além de impor encargos de diferentes escalas (responsabilidades financeiras, emocionais, educacionais, sociais, etc.), atribuir a alguém a condição de pai/mãe, muitas vezes é sobrepor uma parentalidade a outra, é ultrapassar a complexa barreira do que é ou não melhor para a prole. O que seria, afinal, melhor para o filho?

Estas questões não prescindem da análise do tempo no direito. A família, por um largo período, fora uma base sólida que conferia uma pertença ao sujeito. Naturalmente formatada, garantia estabilidade ao parentesco, permitindo ou proibindo determinadas alianças. A família também socializava e sancionava papéis sociais, dando segurança para que cada um evoluísse ao seu tempo. No curso da História, aquelas características foram cada vez mais se esvaindo, na estreita margem de liberdade concebida pelo ordenamento jurídico.

Na medida em que estas bases vão sendo alargadas, surgem incertezas, e, com elas, a possibilidade de construção do tempo: este já não mais tão autoritariamente imposto, apesar dos influxos de um sistema burocrático que busca impor sua lógica<sup>191</sup>.

De uma instituição vinculada à mera tradição de patrimônios, sangue, nomes e papéis, a família passa a fazer parte de uma rede onde sua função é permitir a afetividade e a socialização em um clima de intersubjetividade, em que existem escolhas fundamentadas em um clima de liberdade que vinculam justamente devido ao respeito a esta própria liberdade.

O tempo da antiga família impunha estabilidade às suas relações. Mais: estas eram indisponíveis, isto é, eram relações às quais não havia escolha. A nova família, ao permitir um alto grau de liberdade tanto na assunção de papéis quanto na configuração mesma destes, obriga os indivíduos a se fundarem por si mesmos em conjunto com os outros. Não se espera nada senão afeto – porque é isto mesmo o que constrói a família. Todo o mais deverá ser construído na intersubjetividade de uma família que se reconhece.

---

<sup>191</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. São Paulo: Edusc, 1999, p.384.

De acordo com François Ost:

Como se, referindo o indivíduo a um corpo colectivo socialmente instituído, ela lhe conferisse uma identidade mais forte e mais estável, fonte de reconhecimento e de estatuto: algo diferente da dependência instável das trajectórias de vida individuais submetidas à sedução, mas também à ameaça do olhar do outro [...] A força do modelo matrimonial era ligar as três faces da parentalidade: o mesmo homem e a mesma mulher eram simultaneamente os pais biológicos, domésticos e genealógicos. Jean Carbonnier não sublinhara que o verdadeiro objectivo do casamento era a presunção de paternidade a ele ligada? Com o divórcio que se generalizou, essa convergência já não existe e volta a colocar-se a questão lancinante de saber o que é, em definitivo, uma família<sup>192</sup>.

Já não existem respostas seguras. Embora alguns elos e valores familiares persistam, outros se esvaem completamente. Como enfatiza François Ost,

Já não há resposta *a priori* para estas questões inéditas, visto que a lei moderna parece ter parado no limiar da vida privada, remetendo doravante aos indivíduos a tarefa de instituir a família à medida das experiências vividas. Sem dúvida que permanece um critério nesta construção anómica: o interesse da criança; por vezes até, actualmente, os direitos da criança<sup>193</sup>.

A constituição da família é remetida para uma esfera pública, que por sua vez a reenvia à esfera privada. François Ost argumenta que

os indivíduos parecem agora como destituídos de segurança em seus papéis sociais. Como repensar a família (uma vez que não nos resolvemos a fazer dela uma simples comunidade de facto) como uma instituição que constrói o tempo – um tempo que tenha sentido para cada um dos seus parceiros? Observadora atenta das experiências no terreno, Irène Théry observa em relação a isto a emergência de duas figuras de compromisso originais: a invenção de um tempo conjugal mais permanente, apesar e além da separação, e a instalação de um tempo parental mais aberto, flexível e plural, devido à recomposição familiar que terá ocorrido com frequência. [...] Um tempo conjugal mais permanente. Tratar-se-á de mostrar à criança que a responsabilidade educativa dos dois cônjuges (casados ou não, separados ou não) é incondicional e permanente; testemunhar que o casal parental pode sobreviver ao casal conjugal, e que

---

<sup>192</sup> Idem, *ibid.*, p. 386-387.

<sup>193</sup> Idem, *ibid.*, p. 388.

se é possível divorciar-se do cônjuge, não é possível divorciar-se dos filhos<sup>194</sup>.

Por outro lado, se o tempo parental se tornar aberto e plural, dará margem ao surgimento da figura da multiparentalidade, correspondente às novas configurações familiares que representam um espaço de maior liberdade para a criança.

Construir o tempo no direito de família é, assim, gerar novas possibilidades, com a invenção de figuras, que possam atribuir conseqüências jurídicas às construções sociais que já existem.

Foi possível observar, com Habermas e Ost, que o direito, em especial o direito de família, são campos abertos à argumentação e à invenção, não devendo, necessariamente, estar presos a tradições autoritárias e arraigadas. Deve o direito permitir que por seus canais fluam novos argumentos capazes de gerar a justiça e a dignidade por todos desejada.

É o que constata Eduardo de Oliveira Leite<sup>195</sup>, afirmando que

a noção de paternidade construída pelo direito romano e que serviu de paradigma ao sistema codificado de direito de família, que plasmou nosso direito nacional, não guarda mais nenhuma identificação com o vivenciado pela família atual.

Em nosso ordenamento jurídico, há três critérios para se determinar a filiação: o nupcialista (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), o biológico (genético) e o socioafetivo, que deverão ser analisados individualmente, como faremos a seguir, para que se possa perceber as formas de intervenção do direito na família e seus argumentos.

---

<sup>194</sup> Idem, *ibid.*, p. 390.

<sup>195</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade- DNA como meio de prova da filiação 2*. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 66.

### 3.2 O CRITÉRIO NUPCIALISTA COMO DEFINIDOR DA PARENTALIDADE

A filiação matrimonial é aquela surgida no casamento. Para Maria Helena Diniz: *é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo*<sup>196</sup>.

Segundo o Código Civil português, em seu artigo 349<sup>197</sup>, *presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido*. Neste sentido, pela presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* atribui-se a paternidade ao marido da mãe, àquele que demonstrar ter contraído “justas” núpcias com a genitora, mesmo que não sejam seus os códigos genéticos presentes na prole e ainda que posteriormente não venha a firmar vínculos com ela. Segundo Luiz Edson Fachin, este é o critério jurídico-matrimonial de atribuição da paternidade.<sup>198</sup>

Para Meuder-Klein, a presunção, nascida em Roma, foi “*a marca de um direito de propriedade sobre o filho nascido da esposa, muito antes de se tornar um instrumento de proteção do filho*”.<sup>199</sup> A criança era o objeto dos direitos paternos: de propriedade, de poder, de perpetuação de culto, de orgulho, de exploração.

João Baptista Vilella<sup>200</sup>, a seu turno, informa que a presunção foi criada sobre o dever de fidelidade da esposa, ou seja, sobre a posse sexual exclusiva da esposa pelo marido, um dos elementos essenciais do casamento. Presumia-se que apenas o marido teria mantido conjunções carnis com a esposa, pelo que a presunção representava aquilo que supostamente ocorreria em todos os lares<sup>201</sup>. Nesse sentido, Marcel Planiol,<sup>202</sup> questiona:

<sup>196</sup> DINIZ, op. cit., p 381-2.

<sup>197</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 47

<sup>198</sup> FACHIN, Luiz. Edson. . O avesso da mulher no direito. *Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1995, p. 176.

<sup>199</sup> *apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: RT, 1994, p.68.

<sup>200</sup> VILELLA, João Baptista. O Modelo Constitucional da Filiação: Verdade & Superstições. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 1999, p. 128.

<sup>201</sup> BOEIRA, op. cit. p. 41.

<sup>202</sup> PLANIOL, Marcel, *apud* BOEIRA, *ibid.* p. 47.

quem é o pai do filho daquela? A lei presume que é seu marido. A mãe pode ser uma esposa infiel; mas a lei deve considerar como regra os fatos ordinários, e não os excepcionais.

Duvidar da fidelidade da mulher, portanto, importava ferir diretamente o orgulho do marido e arranhar a auto-estima dos filhos, que poderiam, inclusive, ganhar as alcunhas pejorativas de “ilegítimo” ou “adulterino”, atribuídas àqueles concebidos fora do lar conjugal. Por outro lado, atribuir a paternidade ao marido não significava estatuir uma derivação biológica, já que “*a família não tem dever de exatidão biológica*”<sup>203</sup>, mas buscava tão-somente prestigiar o *favor legitimatis* (favorecer o estado de filho “legítimo”). Nesse mesmo sentido, Luiz Edson Fachin, esclarece: “sobre a verdade biológica faz o sistema prevalecer a verdade jurídica”.<sup>204</sup>

Corroborando, ainda, este pensamento Puig Brutau, que enfoca que a presunção *pater is est*, primazia do social sobre o biológico, é justificada pelos mesmos fins buscados pela família “legítima”: patrimônio, respeito às decisões privadas, aspectos econômicos e de higiene social, efeito estabilizador de reservas íntimas de responsabilidade.<sup>205</sup>

Entretanto, é possível ainda afirmar que atribuir a paternidade ao marido da mãe, principalmente em épocas de indissolubilidade do casamento, era reconhecer que, mesmo com a chance de não haver coincidências genéticas, aquele seria o homem que criaria e assumiria responsabilidades sobre a criança – seria o detentor da posse do estado de filho, o pai socioafetivo, em termos modernos.

Outrossim, por este critério de presunção, a paternidade era atribuída mesmo ao homem separado da mãe da criança há anos. Guilherme de Oliveira<sup>206</sup> informa que alguns autores aludem a decisões de tribunais franceses às quais atribuiu-se a paternidade com base em “gestações de até três anos”, fulcradas sem dúvidas em regras conhecidas pela medicina grega, segundo o autor.

---

<sup>203</sup> VILELLA, op. cit. p. 128.

<sup>204</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p.22.

<sup>205</sup> BRUTAU, Puig, *apud* BOEIRA, op. cit. p. 45

Nesse sentido é interessante a decisão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que se utilizou da presunção de paternidade no casamento para atribuí-la ao fruto de uma união estável, em que o homem veio a falecer antes do nascimento da criança:

Demonstrada a existência de união estável por vários anos, desnecessário o ajuizamento de ação de investigação de paternidade para o registro de filha nascida após a morte do companheiro da autora. Considerando que o art. 226, § 3º, da CF, reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, aplica-se à espécie a presunção legal consubstanciada no art. 338, II, do CC.<sup>207</sup>

Fachin<sup>208</sup> aponta que esse conceito jurídico fundado em uma presunção (ou suposição da realidade) é aprisionado e enclausurado pela busca da segurança jurídica. Para o autor, gera uma situação, no mínimo, injusta para pai e prole, enfocando que a paz familiar importava mais ao direito do que a verdade real.

Ao longo da história, sucedendo-se ou conflitando-se, seis são as principais teorias que fundamentam a aplicação da presunção, para José Boeira<sup>209</sup>, senão vejamos: Acessoriedade, Presunção de Fidelidade da Esposa, Coabitação Exclusiva, Vigilância do Marido, Admissão Antecipada do Filho da Esposa pelo Marido e “Conceitualista” ou “Formalista”.

A Teoria da Acessoriedade é apontada como a mais antiga, já que presente, inclusive, no Livro das Leis de Manu. Para esta teoria, a presunção da paternidade do marido é conseqüência do domínio que exerce sobre a esposa. Desta forma, o filho – que é fruto da mulher e, portanto, acessório – a acompanha no estado de bem do marido. Se a mulher era “do marido”, também o eram seus acessórios – os filhos. Também é do Código de Manu a determinação de que, no caso de infrutíferas as tentativas de fecundação entre cônjuges, deveria a mulher manter relações com

---

<sup>206</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p.7.

<sup>207</sup> Ac da 4ª Câm. Cív. Do TJRS, em 03.06.1998, rel. Maria Berenice Dias, DOJ\_RS 1417/07, de 24.07.1998.

<sup>208</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p.176.

<sup>209</sup> BOEIRA, op. cit., p. 43.

um irmão do marido para atingir o fim. Se dessa forma lograsse êxito, a prole seria do marido e não do irmão deste.

A seu turno, a Teoria da Presunção de Fidelidade da Esposa ressalta que o delito de infidelidade da esposa é exceção, não podendo ser suposto em princípio. O dever de fidelidade conjugal obriga a admitir, até que se prove o contrário, que o filho pertence ao marido. Uma vez comprovada a quebra do dever, quebrada está a presunção.

Já a Teoria da Coabitação Exclusiva enfoca que a presunção de paternidade resulta da simples coabitação, que por si só já implica relações sexuais entre cônjuges.

Para uma quarta teoria, a da Vigilância do Marido, se é dever do marido exercer adequadamente o poder marital, está o mesmo legalmente obrigado à vigilância da conduta da esposa e, desta forma, também é obrigado a assumir a prole desta. Sob um último olhar, ser pai da prole de outro seria uma pena pela quebra desse dever de vigilância.

A Teoria da Admissão Antecipada do Filho da Esposa pelo Marido, defendida por Ambroise Colin no início do século passado, parte de uma admissão que faz o marido, por antecipação, de aceitação dos filhos que sua esposa der à luz, em circunstâncias normais, improváveis de serem impugnadas.

Por fim, para a Teoria Conceitualista ou Formalista, a presunção de paternidade não se encontra em circunstâncias de fato, reais ou presumidas. É resultante do título de estado constituído pela ata do nascimento do filho em que consta o fato do nascimento e a maternidade.

Conforme já foi dito, e ainda segundo Boeira<sup>210</sup>, a principal justificativa à existência da presunção é determinar a paternidade pelo simples fato do nascimento, preservando a família como estrutura básica e ética da sociedade.

---

<sup>210</sup> Idem, *ibid.*, p. 46.

Para Vilella<sup>211</sup>, a atribuição da paternidade pela presunção jurídica *pater is est* é determinação imposta pelo Poder Público e integrada no conjunto do controle social que o Estado realiza em relação à organização do parentesco. Nesse mesmo sentido, Belmiro Welter<sup>212</sup> informa que, no Brasil, a manutenção da presunção visou tão-somente manter a segurança jurídica e a moral impostas à sociedade do Código Civil de 1916, descomprometida com quaisquer verdades biológicas. Para esta sociedade do início do século passado, importava assegurar imediatamente ao filho nascido na constância do casamento o estado de filho legítimo, não questionando se aquele pai atribuído era o biológico ou mesmo o afetivo da prole.

Valorizava-se a legitimação do filho em detrimento a qualquer direito ao conhecimento da realidade. Presumia-se, em uma análise mais direta, que o marido da mãe seria o “pai afetivo e social” da prole, seria aquele que deteria a posse do estado de filho, razão pela qual não importava questionar se os mesmos eram – ou não – geneticamente conectados.

É mister destacar que, se por um lado a presunção *pater is est* se propõe a conferir estabilidade às relações matrimoniais impostas pela sociedade, por outro pode embasar-se numa paternidade genética falsa. Em sendo assim, a despeito de todas as justificativas ao seu implemento, essa presunção é relativa (*juris tantum*). Por outro lado, Gustavo Tepedino<sup>213</sup> esclarece que o antigo Código Civil (1916) criou tantos obstáculos para a ação investigatória de paternidade (e de anulação de registro de nascimento) em nome da paz social, da estabilidade das “famílias legítimas” e da forte influência patrimonialista, que quase tornou a presunção como fundamento de uma verdade absoluta.

Estas posições, é claro, hoje em dia não podem mais ser sufragadas pela jurisprudência, a qual admite a incidência dos direitos fundamentais nestas relações privadas:

---

<sup>211</sup> VILELLA, op. cit., p. 129

<sup>212</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Investigação de paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n. 40. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

<sup>213</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 550.

DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO ADULTERINA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE JURÍDICA.

I - EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, QUE ABRIGA O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DOS FILHOS, POSSÍVEL É O AJUIZAMENTO DA AÇÃO INVESTIGATORIA CONTRA GENITOR CASADO.

II - EM SE TRATANDO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PROTEÇÃO A FAMÍLIA E A FILIAÇÃO, OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DEVEM MERECER EXEGESE LIBERAL E CONSTRUTIVA, QUE REPUDIE DISCRIMINAÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E A EVOLUÇÃO JURÍDICA<sup>214</sup>.

Apesar de não atribuir maior significação o nascimento durante o matrimônio ou fora dele<sup>215</sup>, o novo Código Civil brasileiro ainda guarda alguns aspectos tradicionais no tocante ao prestígio da filiação no casamento. Pode notar este fato pela redação dos artigos arts. 1.561 e 1.617:

Art.1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º. Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º. Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Art.1.617. A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.

Veja-se que nem a circunstância da nulidade ou da anulação será assinalada no registro de nascimento ou de qualquer outra forma afetarão aos filhos. Apenas há a possibilidade de o pai negar a paternidade, se não tiver casado. Quanto à mãe, é impossível a negativa. A maternidade é comprovável diretamente, ou pela simples observação da gravidez. É suficiente a prova do fato material da gravidez e que determinada pessoa nasceu no parto resultante daquela gravidez. Daí se afirmar que *mater semper certa est.*<sup>216</sup>

<sup>214</sup> REsp 395904 / RS; RECURSO ESPECIAL 2001/0189742-2 Relator(a) Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (1127) T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 13/12/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 06.02.2006 p. 365.

<sup>215</sup> A filiação matrimonial é aquela *provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou não querem contrair casamento.* DINIZ, op. cit. p. 375.

<sup>216</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 572

A filiação no casamento pressupõe a maternidade por parte da esposa e a paternidade por parte do marido.<sup>217</sup> A maternidade se prova pelo parto, sendo punido pela lei penal o parto suposto (CP, arts. 241 e 242)<sup>218</sup>. A paternidade decorre de presunções estabelecidas pela lei. Do mesmo modo que a lei defende o matrimônio com presunções de sua existência (arts. 203 e 206 do CC)<sup>219</sup>, também devem ser presumidos concebidos na constância do casamento aqueles filhos que o foram na forma do art. 338 do CC<sup>220, 221</sup>.

A iniciativa do registro pela própria mãe é possível se vigente o casamento, porquanto a necessidade do comparecimento do pai faz-se imprescindível apenas no registro de filho de pais não-casados (art. 59 da Lei dos Registros Públicos).<sup>222</sup>

Para contestar a paternidade é preciso provar que o marido, nos primeiros 120 dos 300 dias que precederam o nascimento do filho, não teve relações sexuais com a esposa. Tal prova pode ser feita quando os cônjuges estavam em lugares diversos, por exemplo, em países deferentes, ou quando um deles estava preso, ou quando havia por parte do marido *impotentia coendi* ou *generandi*, devendo a impotência ser absoluta.<sup>223</sup>

Quando o filho nasce logo após o casamento, ou seja, decorridos menos de 180 dias após a celebração do matrimônio, o pai pode contestar a paternidade livremente, salvo se tinha ciência da gravidez da mulher quando com ela convolou as núpcias ou se assistiu à lavratura do termo de nascimento do filho sem contestar a paternidade, ou fez, ele próprio ou por procurador com poderes especiais, as declarações referentes ao nascimento do filho no Registro Civil. Nestas hipóteses, o pai, tendo reconhecido explícita ou implicitamente a paternidade no momento do registro, não pode posteriormente negá-la.<sup>224</sup>

---

<sup>217</sup> WALD, op. cit., p. 197

<sup>218</sup> Idem, ibid., p. 197

<sup>219</sup> Código Civil de 2002, arts. 1.545 e 1.547.

<sup>220</sup> Código Civil de 2002, art. 1.597.

<sup>221</sup> WALD, op. cit., p. 197

<sup>222</sup> RIZZARDO, op. cit. p.583

<sup>223</sup> WALD, op. cit., p. 198

<sup>224</sup> Idem, ibid., p. 198

Nota-se que, mesmo nascendo o filho no interregno entre a data do casamento e até 180 dias após, não se permite negar a filiação se a gravidez era do conhecimento do marido, antes de casar, e se consentiu, de qualquer forma, que se lhe atribuísse a paternidade no registro de nascimento.<sup>225</sup>

Todavia, não se justifica a impossibilidade de contestar a paternidade por fatos novos que venham ao seu conhecimento após o enlace matrimonial. Tomando ciência de que a mulher relacionava-se com outro homem, e por uma série de fatores conclui que ele não é o pai, admite-se a ação declaratória de negação de paternidade.<sup>226</sup>

A presunção *pater est* tem sofrido algumas restrições na sua aplicação pela jurisprudência. Entendeu-se, assim, que, embora a lei considerasse privativa do pai presumido a ação negatória, dever-se-ia admitir que o filho pudesse, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, pedir a retificação de sua filiação, provando que o pai presumido não é real, pois na época do nascimento estava separado de fato da esposa.

Admitiu-se também que o prazo estabelecido pela lei para denegar a paternidade não devesse ser considerado fatal, permitindo-se que o pai presumido declare, por ocasião do desquite, não ser filho o rebento de sua mulher nascido na vigência do casamento e considerando-se como válida tal declaração quando foi feita em testamento. São conquistas jurisprudenciais que vão derrubando o velho princípio romano de defesa exacerbada da família.<sup>227</sup>

Como prova por escrito de filiação, são admissíveis, além do registro, o testamento e as escrituras de reconhecimento e emancipação em que o pai reconhece o filho.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 579

<sup>226</sup> Idem, ibid. p. 579

<sup>227</sup> WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 14. ed. ver., atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas e da Prof<sup>a</sup> Priscila M. P. Corrêa. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 198. Ver inclusive decisões do STF na REJ, 33/882 e 43/489.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 199

Como fato que estabelece a presunção de paternidade podemos assinalar o fornecimento de alimento e o tratamento como filho ou a posse do estado de filho.<sup>229</sup>

Note-se, ainda, que é obrigatória a filiação havida no casamento. Não podem o marido e a mulher negá-la, enquanto não definida declaratoriamente que pelo menos o marido não é pai, uma vez que à mulher, por gerar, não lhe é dado afastar a maternidade.<sup>230</sup>

Na recusa dos pais em admitir o filho, ou negando-se a reconhecê-lo, a filiação poderá ser definida mediante perquirição judicial, alcançando-se a sua declaração através de sentença.<sup>231</sup>

Como se sabe, a lei estabelece um prazo máximo de 300 dias dentro do qual poderá durar a gestação, até o nascimento do filho. A fim de evitar qualquer dúvida, fixou um período razoável que, sem transcorrer, não é possível a concepção da gestação. Esse prazo é de 179 dias. Totalmente inviável a fecundação e a criação de um ser humano em inferior espaço de tempo, resultante da subtração de 300 por 121 dias. Evidentemente, se a impossibilidade de coabitação for um lapso temporal maior, mais reduzido o período de formação do ser humano no útero materno.<sup>232</sup>

O período de 300 dias conta-se a partir do nascimento do filho. Retrocede-se a contagem até 179 dias, período no qual é indiferente tenha o não o marido vivido com a mulher.<sup>233</sup>

Desde o momento em que naqueles 120 dias a impossibilidade de coabitação se demonstra, exclui-se a paternidade, porque fica um prazo de menos de 180 dias para a concepção, que é prazo inferior ao exigido pela lei para esse evento.<sup>234</sup>

Adotou-se, assim, sistema rígido de defesa da filiação, que somente nos casos expressamente contemplados pode desfazer-se, pela contraprova, a qual deve ser

---

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 570

<sup>231</sup> Idem, ibid., p. 570

<sup>232</sup> Idem, ibid. p. 585

<sup>233</sup> Idem, ibid. p. 585

segura e convincente. Nessa diretriz, não basta o simples adultério da mulher, com quem o marido convivia, para ilidir a presunção legal de filiação (art. 343, CC de 1916), mesmo se confessado, a menos que provas complementares demonstrem a paternidade de outrem.<sup>235</sup>

A ação de prova de filiação natural compete ao filho, enquanto vivo, e é imprescritível para si, passando aos herdeiros, se falecer menor ou incapaz (art. 350, CC de 1916). Iniciada pelo interessado, poderá ser continuada pelos herdeiros, a menos que dela tenha desistido o autor, ou a instância tenha sido perempta (art. 351, CC de 1916). Visa suprir deficiências do regime registral, a proteção do interesse de pessoa que, em vida dos pais, sempre desfrutou do estado de filho, embora não exista documento a respeito, em mais uma sagração da teoria da aparência no direito de família (daí, a necessidade de reunião dos três elementos *nomen, tractatus e fama*, a saber, uso do nome dos genitores, tratamento como filho e reconhecimento como tal pelos genitores e pela sociedade).<sup>236</sup>

A filiação advinda de uniões livres sofre as vicissitudes de correntes da aceitação, ou não, da criança, pelos genitores, ou pelo genitor, conforme a hipótese. Não se predispondo a ajustar-se às formalidades e às responsabilidades próprias do casamento, mesmo quando estável a união, nem sempre se tem pacífico acolhimento de filho vindo à luz.

De outra parte, não têm os legisladores, mesmo nos países que fizeram as reformas baseadas no princípio igualitário, outorgado plena equiparação aos filhos não havidos de matrimônio, para desestimular de uniões livres, e ainda na defesa de direitos da família e da personalidade de pessoas componentes, como, por exemplo, o da esposa, em relação ao filho gerado pelo marido com outra mulher, fora do casamento (nesse sentido, as normas dos arts. 359 do Código Civil de 1916 e 15 do Decreto nº 3.200, de 19/4/1941).<sup>237</sup>

---

<sup>234</sup> Ibidem, p. 586

<sup>235</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2. ed. revis. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 217

<sup>236</sup> Idem, *ibid.* p. 217

<sup>237</sup> Idem, *ibid.*

O casamento sempre foi considerado o pressuposto para o enquadramento dos filhos como legítimos antes da vigente Constituição.<sup>238</sup> Os filhos procriados por pessoas não casadas uma com a outra eram designados de ilegítimos, o que não mais se permite.<sup>239</sup> Antigamente, os filhos ilegítimos não tinham ação própria para exigir o reconhecimento judicial, somente podendo ser perfilhados quando os pais naturais o quisessem, em hipóteses predeterminadas pela lei e mediante formalidades especiais, e, mesmo quando perfilhados, tinham situação legal inferior à dos filhos legítimos.<sup>240</sup>

Admite-se amplamente em nossa legislação civil o reconhecimento de filhos, tendo o Código Civil de 1916, inicialmente, vedado o reconhecimento dos adulterinos e incestuosos.<sup>241</sup> A Carta Constitucional de 1937 dispunha em seu artigo 126 que *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*. Obviamente que, dentre os filhos naturais, estão incluídos os adulterinos e incestuosos. Naquela época, entretanto, a sociedade ainda não estava preparada para assimilar todo o conteúdo desta regra. Neste sentido, a interpretação desta regra ficou restrita aos filhos naturais, em sentido estrito.

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito no registro de nascimento, por escritura pública ou escritura particular, a ser arquivada em cartório, por testamento, ainda que nele incidentalmente manifestado, e por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém (art. 1º e incisos da Lei 8.560, de 29-12-1992)<sup>242 243</sup>.

---

<sup>238</sup> RIZZARDO, op. cit. p. 571

<sup>239</sup> WALD, Arnold, op. cit. p. 199

<sup>240</sup> Idem, ibidem, p. 200

<sup>241</sup> Idem, ibid. p. 200

<sup>242</sup> O Código Civil de 2002, art. 1.609 – a propósito do reconhecimento de filho -, cria duas hipóteses diversas daquelas previstas no art. 1º da Lei n. 8.560/92, a saber: “III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV – por manifestação direta e espessa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém”.

<sup>243</sup> WALD, op. cit., p. 201

Pelo reconhecimento, o pai confessa a paternidade biológica. Ou, segundo alguns, é a admissão da existência da relação de paternidade ou maternidade, e conseqüentemente da filiação. Mas melhor é considerá-lo como confissão, que tem um alcance mais profundo que 'admissão', por ser um ato de vontade real, correspondendo à verdade da paternidade biológica, enquanto, na segunda forma, verifica-se apenas a vontade de reconhecer.<sup>244</sup>

Como há dois tipos de reconhecimentos – o voluntário e o judicial –, passa-se a examinar cada um.

O reconhecimento voluntário é ato de vontade. Primeiramente, há paternidade ou maternidade biológica. Mas não se efetua o registro em nome de ambos os progenitores. Apenas um deles aparece no registro civil. Posteriormente, por deliberação espontânea do progenitor ausente do registro, completa-se o vínculo jurídico, isto é, aparece o nome do progenitor que faltou.<sup>245</sup>

São formas de se reconhecer: no registro de nascimento; por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado no cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; e por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém – tudo de acordo com a Lei nº 8.560, de 29.12.1992, que derogou o art. 357 do Código Civil<sup>246</sup>.

O reconhecimento judicial é obtido por meio de ação de investigação de maternidade, mais rara, ou paternidade, mais comum.<sup>247</sup> Esse procedimento aplica-se quando não há reconhecimento dos pais, mediante registro, o que pode ocorrer, indistintamente, com o nascimento de filhos:

- a) no curso do casamento dos pais;
- b) quando os pais ainda eram solteiros;
- c) em conseqüência de união adúltera ou incestuosa.<sup>248</sup>

---

<sup>244</sup> RIZZARDO, op. cit., p. 597

<sup>245</sup> Ibidem, p. 599

<sup>246</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. v. 2. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 599

<sup>247</sup> Ibidem, p. 610

<sup>248</sup> Idem.

Só se admite a investigação de paternidade e maternidade pelo filho cujo termo de nascimento não tenha indicação de quem seja o pai ou a mãe, ou cujo registro tenha sido previamente anulado, pois ninguém pode vindicar estado contrário ao que conste do registro do nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro (art. 348 do CC, modificado pelo Decreto-Lei nº 5.860, de 30/9/1943)<sup>249</sup>.<sup>250</sup>

A investigação de paternidade e maternidade é permitida nos casos em que aos pais se faculta a possibilidade de reconhecer o filho. Podemos encarar, aliás, a sentença na ação de investigação da paternidade como um reconhecimento forçado ou coativo.<sup>251</sup>

O Código Civil de 1916 não permitia, como regra, que se investigasse a paternidade contra homem casado. O critério vai progressivamente sendo atenuado em benefício da verdade biológica. A investigação de paternidade perante o pai casado com outra mulher torna-se possível, como também o reconhecimento de paternidade pelo pai biológico, nessas condições.<sup>252</sup>

Na atualidade, a investigação do estado de filiação é considerada, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, de quem quer pesquisar a sua origem genética materna ou paterna.<sup>253</sup>

A nova lei de investigação de paternidade, para salvaguardar os direitos da filiação, criou a seguinte possibilidade: se o oficial do registro civil das pessoas naturais, ao efetuar o registro de uma criança em que se tem somente a maternidade estabelecida, obtiver dados de um do suposto pai (nome, prenome, profissão, residência, etc.), pode enviá-los ao juiz, para que haja averiguação oficiosa da suposta paternidade.<sup>254</sup>

---

<sup>249</sup> Código Civil de 2002, art. 1.604.

<sup>250</sup> WALD, op. cit. p. 202

<sup>251</sup> Idem, ibidem.

<sup>252</sup> VENOSA, op. cit., p. 261

<sup>253</sup> MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 157

<sup>254</sup> ALBUQUERQUE, J. B. Torres. *Da investigação de paternidade*. (Teorias e formulários). São Paulo: Albuquerque Editores Associados, 2000, p. 75

Os casos que autorizam a investigação de paternidade merecem uma análise mais minuciosa. São na realidade quatro: o escrito do pai, o rapto, o concubinato e as relações sexuais.<sup>255</sup>

Quanto ao escrito do pai e ao rapto, a prova não oferece maiores dificuldades na sua apreciação.<sup>256</sup>

Entende-se, hoje, que a convivência sob o mesmo teto e a possibilidade de se casarem os concubinos não são essenciais, embora sejam dados subsidiários que comprovem a vida em comum. Admite-se a prova do concubinato quando há convivência sexual notória e prolongada com a aparência de fidelidade da mulher ao homem.<sup>257</sup>

Finalmente encontramos, como fundamento da ação de investigação de paternidade, a prova da existência de relações sexuais, tendo havido inúmeras controvérsias sobre o alcance da mencionada disposição legal. Evidentemente, se basta a prova das relações sexuais, qual a razão pelo qual o legislador se referiu a casos taxativos como a prova do concubinato ou do rapto? Numerosos autores brasileiros criticam tal dispositivo, considerando que abre uma porta para abusos.<sup>258</sup>

Na realidade, a prova da existência de relações sexuais é muito mais difícil do que a do rapto, do concubinato ou a apresentação do documento escrito comprobatório da paternidade. As relações sexuais estão implícitas na prova do concubinato e do rapto, mas, quando não se consegue provar seja o rapto, seja o concubinato, admite-se como fundamento da ação de investigação a prova de relações sexuais na época da concepção do filho.<sup>259</sup>

O reconhecimento produz todos os efeitos a partir do momento de sua realização e lançamento no ofício do registro civil. Há plena eficácia, considerando-se verdadeiro o conteúdo nele lançado para quaisquer finalidades. A publicidade que

---

<sup>255</sup> WALD, op. cit. 204

<sup>256</sup> Ibidem, p. 205

<sup>257</sup> Idem, ibidem, p. 205

<sup>258</sup> Idem, ibidem, p. 205

<sup>259</sup> Ibidem, p. 206

deriva do registro faz operar a validade *erga omnes*, Conseqüentemente, a ninguém é permitido buscar ou vindicar um estado contrário ao inserido no referido registro.<sup>260</sup>

A fim de modificar a situação, é necessária a competente ação anulatória do registro, ou desconstitutiva de sua veracidade.<sup>261</sup>, admitida porque o estado civil das pessoas deve sustentar-se na realidade e não em dados falsos.<sup>262</sup>

Em princípio, pois, têm legitimidade para anular o assento todas as pessoas afetadas, direta ou indiretamente, moral ou materialmente, pelo reconhecimento. Inclusive os pais, se fundadas razões se apresentarem, caso do erro ou da coação, por exemplo, no ato do registro. O que não se pode é negar imotivadamente a filiação.

Têm legitimidade para propor ação de investigação de paternidade tanto o filho, se efetivamente descobre que é outro o seu pai, quanto o Ministério Público. Este último justifica-se porque a matéria diz respeito ao estado da pessoa, cuja ordem é do interesse público manter respeitada e inviolada.<sup>263</sup>

Com o reconhecimento, voluntário ou judicial, afluem, de pronto, todos os efeitos derivados da relação de filiação, a saber, a incidência do pátrio poder, o dever de assistência, a prestação de alimentos, o direito à sucessão, equiparado ao dos demais filhos, enfim, as conseqüências jurídicas pertinentes a esse estado.<sup>264</sup>

Passaremos agora ao estudo do critério biológico ou genético para aferição da parenatidade.

---

<sup>260</sup> RIZZARDO, op. cit. p. 607

<sup>261</sup> Idem, ibidem.

<sup>262</sup> Idem, ibidem.

<sup>263</sup> RIZZARDO, op. cit. p. 608

<sup>264</sup> BITTAR, op. cit. p. 234

### 3.3 CRITÉRIO BIOLÓGICO OU GENÉTICO

A sociedade encontra-se em rápido processo de transformação histórica, em razão das novas conquistas da tecnologia e da informação, destacando-se, neste campo, a biotecnologia. Observam-se duas revoluções nas últimas décadas, uma na medicina e outra na biologia. Na primeira, estão os avanços obtidos na prevenção e nos tratamentos das doenças e na pesquisa clínica. Surgiram, assim, novos medicamentos, vacinas, transplantes, curas de epidemias, etc. Na segunda, há o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana, com os novos métodos de reprodução assistida e prevenção da gravidez, do controle da hereditariedade, por meio da engenharia genética e do controle do sistema nervoso, em que se utilizam novos recursos nas áreas da farmacologia, neurobiologia e psicologia.

Torna-se, então, fundamental e urgente definir a função do direito diante destas novas conquistas, elaborando novos modelos jurídicos que garantam os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana da justiça e do bem comum. Dentre estas conquistas, passou o DNA a ser utilizado no estabelecimento da filiação e da identidade pessoal, por meio de exames e testes.

A sigla DNA (ou ADN) designa o ácido desoxirribonucléico, cujas unidades constituintes são os nucleótidos, um tipo de substância responsável pela transmissão e manifestação de todos os caracteres hereditários específicos, que existe nos cromossomos. A descoberta foi fruto de estudos dos professores Francis Crick e James Watson, da Universidade de Cambridge, que publicaram artigo científico na revista *Nature*, em 25 de abril de 1953, intitulado *Molecular Structure of Nucleid Acids*.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

No mundo jurídico, o exame de DNA foi desenvolvido em uma época de transformações conceituais e práticas das ações de investigação de paternidade e de anulação de registro civil. No passado, a investigação era extremamente complexa, porque os exames técnicos, quando muito poderiam afastar determinada paternidade, mas não afirmá-la com grau razoável de segurança. Deixava-se para o juiz, a difícil tarefa de decidir com base num conjunto de fatores que envolvia as possibilidades de relações sexuais da mãe com terceiros, a conduta social dos interessados e mesmo os interesses de terceiros na atribuição daquela paternidade. É possível, assim, imaginar-se o incômodo e o sofrimento durante as audiências que envolviam esses processos judiciais. Para agravar esse quadro, ressalta-se, ainda, o aspecto social: quanto menor a comunidade, pior a repercussão dos fatos. Vivia-se uma busca pela verdade real, por vezes inatingível, que confrontava o julgador com empecilhos fáticos (só poderia contar com a verdade formalizada nos autos) e jurídicos (a presunção *pater is est*, a qual atribuía a paternidade ao marido da mãe até prova em contrário).

Continua nosso ordenamento jurídico atual em busca daquela verdade real, agora traduzida em dispositivos do Código Civil (2002) vigente, ampliando os meios de prova, com o exame de DNA, e retirando os requisitos impostos pelo extinto artigo 363 do diploma civil passado. Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite,

a presunção, entretanto, que não é uma prova, mas um processo lógico, pelo qual a mente atinge uma 'verdade legal', foi vencida [...] pela confiabilidade do exame de DNA que não só revolucionou o mundo da biomedicina, mas, e sobretudo, alterou o quadro estagnado que dominava o engessado ambiente jurídico nacional.<sup>266</sup>

Humberto Theodoro Junior<sup>267</sup> destaca como fatos que atuaram para o enfraquecimento do sistema de ficção de paternidade, a eliminação da distinção entre os filhos (principalmente pós-Constituição de 1988) e a evolução dos meios científicos de detecção de ascendência genética. Assim, "*não mais se tolera que aqueles que biologicamente são filhos não sejam juridicamente considerados como tais*" - conforme afirma Theodoro Junior<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: RT, 1994. p. 63.

<sup>267</sup> THEODORO JUNIOR, *apud* WELTER, op. cit.

Atualmente, conforme apontamentos de Guilherme Oliveira<sup>269</sup>:

a paternidade do marido da mãe é cada vez mais discutível em juízo, quer pelo alargamento das causas admissíveis de impugnação, quer pelo abandono puro e simples do sistema de impugnação por causas determinadas em favor da prova livre da não paternidade. A maior parte dos países aceita, livremente, a prova de que um filho nascido de mãe casada não é também do marido, cabendo antes a um terceiro a responsabilidade pela sua concepção, prova esta que denuncia o adultério da mulher, uma quebra do dever de fidelidade que, outrora, se preferia manter num segredo decente e conservador, apesar dos eventuais prejuízos que a situação falsa acarretasse para os membros da família conjugal.

Assim, mormente com o advento da Constituição da República de 1988 (artigos 226, §§ 4º e 7º; 227, § 6º) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990, artigo 27), que conclamaram os princípios da unidade de filiação e da obrigatoriedade da descoberta da paternidade biológica ou da socioafetiva. Assim se posiciona Belmiro Pedro Welter:

Não se pode falar em presunção da paternidade na constância do casamento e da união estável, visto que habitam no ordenamento jurídico tão-somente a filiação biológica e a afetiva, em vista do naufrágio da filiação jurídica, mera ficção da paternidade<sup>270</sup>.

Theodoro júnior destaca que

na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor<sup>271</sup>.

Os exames genéticos por meio dos métodos modernos HLA e DNA tornam secundárias, mesmo inúteis, outras provas, pois as probabilidades de afirmar ou negar a paternidade são de mais de 99%. Além do sangue, os exames podem ser feitos também em fios de cabelo, pedaços de pele, sêmen etc. Ainda são elevados os seus custos e poucas as clínicas especializadas onde podem ser realizados, mas

---

<sup>268</sup> THEODORO JUNIOR, *apud* WELTER, *ibid.*

<sup>269</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *apud* BOEIRA, *ibid.*

<sup>270</sup> WELTER, *ibid.*

<sup>271</sup> THEODORO Jr., Humberto *apud* WELTER, *ibid.*

eles têm orientado numerosas decisões, ensejando até, num caso, a exumação de cadáver<sup>272</sup>.

Este fantástico progresso científico de elucidar a filiação pelos marcadores genéticos do DNA tornou-se, para o consenso jurídico, em uma prova tão clara e conclusiva, que sequer aceitam os juízes progredir na instrução tradicional de uma ação de investigação de paternidade, sem antes promover todos os esforços dirigidos para efetivação da perícia genética.<sup>273</sup>

Assumindo definitivamente a nova orientação em prol da paternidade real, inclusive com julgados nesse sentido nos tribunais, o art. 1601 do novo Código dispõe que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Desse modo, caem por terra os vetustos pressupostos do direito anterior, que se arraigavam a princípio sociais e culturais hoje totalmente superados.

A qualquer momento pode o marido impugnar a paternidade de filho de sua mulher. A verdade da paternidade genética não pode ser subordinada a prazo. De há muito já se notava nos julgados a repulsa ou certa tergiversação aos exíguos prazos estabelecidos no Código de 1916 para a impugnação da legitimidade de filho nascido de sua mulher. Esse prazo era de dois meses, contados do nascimento, se estava presente o marido, para este propor a ação negatória de paternidade, nas presunções do art. 388 (art. 178, § 3º); e, de três meses, se o marido achava-se ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato no segundo (art. 178, § 4º)<sup>274</sup>.

Demais disso, pelo teor do artigo 1.608, não havendo assento no termo de nascimento, a investigação da maternidade não sofre restrições; caso conste do

---

<sup>272</sup> WALD, op. cit. p. 207

<sup>273</sup> MADALENO, op. cit. p. 159

<sup>274</sup> VENOSA, op. cit., p. 264

termo de nascimento, a mãe somente poderá contestá-la se provada a falsidade do termo ou das declarações nele contidas. A falsidade do termo ou das declarações nele contidas importa dizer que está inquinado de vício que deverá ser provado por meio de processo contencioso, à luz da legislação registral pública pertinente. De ordinário, entende-se por falsidade a alteração da verdade sobre fato juridicamente relevante.<sup>275</sup>

A “certeza científica” permitida pelo exame traz para atualidade a determinação da ascendência genética, que anteriormente era tida como fato incerto, pois, era decidida pelo juiz com base em probabilidade resultante das provas existentes nos autos.<sup>276</sup>

O critério biológico, a despeito dos grandes avanços que logrou trazer para uma maior justiça dentro das relações familiares, não resolveu, contudo, toda a problemática que envolve a filiação.

Nesse sentido, atribuir a paternidade à mera descendência genética é visar tão-somente pensão alimentar, afastando-se da verdadeira paternidade. Transmitem essa idéia as palavras de Luiz Edson Fachin.

a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se, então, a verdadeira paternidade [...] se revela na afirmação de que a paternidade se constrói; não é apenas um dado: ela se faz. [...] Ao dizer-se que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade socioafetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção da posse do estado de filho.<sup>277</sup>

Por fim, analisaremos o critério socioafetivo para atribuição de parentalidade.

---

<sup>275</sup> FACHIM, Rosana. *Do parentesco e da filiação*. In: Direito de Família e o novo código civil. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125

<sup>276</sup> Idem, *ibid.* p. 129

<sup>277</sup> FACHIN, *Estabelecimento...*, p. 23

### 3.4 CRITÉRIO SOCIOAFETIVO

O critério mais atual de atribuição de parentalidade é o socioafetivo, construído com base em fato social, consistente no efetivo reconhecimento da sociedade à relação parental em discussão, e em elo afetivo, relacionado aos sentimentos das partes envolvidas.

Segundo Maria Berenice Dias,

nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura a proteção e garante a sobrevivência.

[...]

Vetar a possibilidade de juridicizar dito envolvimento só traz prejuízo à própria criança, pois ela não vai conseguir cobrar qualquer responsabilidade nem fazer valer qualquer direito com relação a quem de fato também exercita o 'pátrio poder', isto é, desempenha a 'função paterna'.<sup>278</sup>

Segue, também, este entendimento Eduardo de Oliveira Leite. Para ele:

não basta ser genitor, nem educador, nem capaz de transmitir nome e bens, mas, e sobretudo, o pai é aquele que estabelece um profundo vínculo amoroso com o filho.

[...]

A função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora desta relação pode até haver laço biológico, por si só insuficiente a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial.<sup>279</sup>

Para o mesmo autor, sob influência dos próprios avanços científicos é “correto” preterir a verdade biológica pela socioafetiva, de forma que a mera verdade biológica não é mais requisito essencial nem tampouco ponto nodal da caracterização da filiação, constituindo-se, na realidade e conforme o caso concreto, tão somente em um dado a mais. Outrossim, não cabe ser tão radical, de forma a preterir uma a outra, porque se trata de situação complexa, sobre a qual não é razoável que se estabeleçam regras rígidas.

---

<sup>278</sup> DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família e o novo Código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 9-10.

De fato, nas últimas décadas do século XX, as transformações da família e da sociedade, atribuídas à inserção da mulher no mercado de trabalho, às grandes concentrações urbanas e a outros fatores, trouxe um novo modo de apreender as relações familiares, com forte repercussão no estabelecimento da filiação, conforme tratado no Capítulo 1.

Vêm à tona, agora, os princípios constitucionais anteriormente mencionados (item 3.4), reveladores do interesse público, que acolhem a conjugação das realidades biológica e socioafetiva de cada caso concreto. A família, seja qual for a sua formação, é um dos pilares do Estado. É um equívoco impor uma relativa presunção acerca da filiação, atribuindo o papel de pai àquele que é apenas o marido da mãe, sem observar a realidade genética e a social. São cabíveis as afirmações de Belmiro Pedro Welter:

Em tendo sido cravadas tão-somente duas filiações no contexto jurídico brasileiro, conclui-se que a verdade formal, ficção jurídica, mera presunção jurídica da perfilhação naufragou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Significa que somente é constitucional a declaração da filiação biológica ou socioafetiva, impondo-se, com isso, o afastamento da presunção da paternidade e da maternidade, sob pena de ser reconhecida apenas a ficção do estado de filho, que não mais habita no texto constitucional<sup>280</sup>.

Atualmente, são mais relevantes os fatos reais e cotidianos que constroem uma efetiva e diária paternidade. Sobre qualquer “paz conjugal” prevalece o interesse maior da criança em ter, como pai, aquele que lhe acolhe, educa e sustenta, não só financeira, mas moralmente. Associar o pai ao meramente genitor é preferir a ciência da biologia genética aos sujeitos dos dois principais direitos envolvidos : o de ter um pai e o de ser um pai, *porque a descendência genética é um dado, enquanto a filiação afetiva se constrói*<sup>281</sup> ..

---

<sup>279</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais - A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1. p.67.

<sup>280</sup> WELTER, op. cit.

<sup>281</sup> LEITE, *Temas... op. cit. p. 84*

Paulo Luiz Netto Lôbo considera também:

A origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar... O conflito de interesses entre pais biológicos e pais não biológicos não mais se resolve pela primazia dos primeiros ou dos segundos. A solução do conflito mudou o foco dos interesses dos pais para os filhos<sup>282</sup>.

Fachin reforça que pai pode, inclusive, não ser aquele colaborador genético, nem tampouco aquele com obrigação jurídica<sup>283</sup>. Segundo Villella<sup>284</sup>:

pensar que a paternidade possa estar no coincidir de seqüências genéticas constitui, definitivamente, melancólica capitulação da racionalidade crítica [...] O reducionismo do direito aos parâmetros da ciência positiva, vício em que incorre a paternidade sustentada nas seqüências genéticas, importa afastá-lo de seu ambiente próprio, fora do qual os achados são equívocos e as propostas erráticas.

Nesse sentido, destaque-se que, para esse e outros autores, a verdadeira paternidade encontra como fundamento a posse do estado de filho e reside no serviço, no amor<sup>285</sup> e na procriação, ou no que se pode chamar de nascimento emocional da criança. Ilustram essa “posse” pela adoção do chamamento de “pai” e “filho”, pela apresentação entre ambos à sociedade em geral como tal. Não se trata tão-somente de sustento material, mas de uma complexa forma recíproca de tratamento, notável na educação da criança, na obediência, na socialização, na responsabilização, na colocação de um para com o outro.

---

<sup>282</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família. O direito de família e a constituição de 1988*. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) Paulo: Saraiva, 1989. p. 156.

<sup>283</sup> FACHIN, op. cit. p.23.

<sup>284</sup> VILLELLA, op. cit. p.134.

<sup>285</sup> Francisco, por seu turno, sempre esteve ao lado do menor, provendo-lhe todas as necessidades tanto materiais, quanto emocionais. Chega até mesmo a emocionar o fato de que foi Francisco, com suas próprias mãos, que auxiliou o parto da criança. Durante esses quase sete anos, foi Francisco que esteve ao lado do filho quando ele começou a falar, começou a andar, enfim, em todos os momentos em que o menor necessitou da figura paterna para formar seu caráter e sua personalidade. A paternidade deve, portanto, ser vista como algo que é construído, como a relação que se estabelece entre dois seres humanos que aos poucos vão se conhecendo, criando liames de identidade, admiração e reconhecimento. É este, pois, o vínculo que deve ser prestigiado para estabelecer a verdadeira paternidade. (Comarca de Petrópolis – 1ª Vara de Família. Proc. n. 24.549 – 2.5.2000)

Desta feita, o direito ao conhecimento da própria ascendência prescinde do reconhecimento da diferença entre ser pai e ser ascendente biológico, pelo que a busca pelo procriador pode não coincidir com a busca pelo próprio pai.

Isto pode ser visto na prática judiciária, em recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, que cindiu o interesse patrimonial do interesse na busca da verdade biológica:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. O direito à apuração do verdadeiro estado de filiação biológico torna imprescritível a investigatória de paternidade, permitindo o conhecimento da real origem da pessoa, sem que isso guarde relação com sua idade. A certeza, porém de filiação socio-afetiva entre o investigante e seu pai registral afasta a possibilidade de alteração do assento de nascimento do apelante, bem como qualquer pretensão de cunho patrimonial. A instrução deverá prosseguir unicamente com o fito de esclarecer a questão da origem biológica. Deram provimento à apelação, por maioria. (segredo de justiça)<sup>286</sup>

E o texto do acórdão é didático e esclarecedor sobre os motivos pelos quais esse direito deve ser reconhecido:

Sinale-se que muito embora os princípios constitucionais da igualdade, da proibição de discriminação entre a filiação, da supremacia dos interesses dos filhos, da cidadania e da dignidade da pessoa humana não aconselhem a discussão da origem da filiação biológica ou socioafetiva, no caso presente, o direito que todo ser humano tem de conhecer sua origem deve se sobrepôr a qualquer outro.

É que, muito embora conte o autor com mais de quarenta anos e esteja há muito consolidada sua relação afetiva com seu pai registral, não se pode privá-lo do direito de investigar e conhecer sua verdade biológica sem que isso traga outras conseqüências além da satisfação ao direito de conhecer sua verdadeira origem. É importante que haja ampla interpretação quanto às vertentes sociológicas e psicológicas do novo direito de família, assim como seus princípios básicos.

Nenhuma dúvida sobre a filiação socioafetiva que o recorrente sempre manteve com Roque V. A. dos Santos, pessoa que o registrou e com quem conviveu toda sua vida, óbice intransponível, portanto, para que se altere seu assento de nascimento, como pretendido, se declare eventual nova paternidade, se procedente o feito, e as conseqüências daí decorrentes.

Portanto, cai por terra qualquer interesse patrimonial como exposto na inicial do investigante. No entanto, permanecendo a vontade do ora apelante, de ver conhecida sua paternidade biológica, deverá fazê-lo mediante o prosseguimento da instrução, com a produção de provas cabíveis à natureza deste feito.

Cabe ressaltar que a decisão que será proferida no juízo “a quo” , não verterá acerca de direitos patrimoniais nem mesmo registrais, objetivando

---

<sup>286</sup> Apelação Cível Nº 70009550500, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/02/2005.

tão somente manter o cunho informativo, ou seja, de quem realmente seja o pai biológico do recorrente<sup>287</sup>.

É importante destacar que a posse do estado de filho pode ser atribuída a mais de uma pessoa: existem situações em que mais de um pai/mãe conjunta e harmonicamente a exercem, seja pela colocação no meio social, seja pelo vínculo firmado através de sustento (moral e material), educação e socialização realizado por todos com relação ao filho comum. Esse fenômeno social, tão comum na vida real, não pode deixar de ser abraçado pelo Direito.

A socioafetividade prioriza, em verdade, a realidade de fatos sociologicamente legitimantes, somente possíveis a partir de uma nova forma de ver a família, em uma passagem da tradicional à moderna, do patrimonialismo ao respeito aos sentimentos, do universalismo ao individualismo.

Eduardo de Oliveira Leite compartilha deste mesmo pensamento:

A verdadeira filiação – esta mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-afetiva.<sup>288</sup>

Cumpra transcrever, por sua lucidez, trecho de Luiz Edson Fachin:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico, como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a idéia de liberdade. A paternidade adotiva não é uma paternidade de segunda classe. Ao contrário, suplanta, em origem, a procedência biológica, pelo seu maior teor de autodeterminação.<sup>289</sup>

<sup>287</sup> Apelação Cível Nº 70009550500, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23 fev. 2005.

<sup>288</sup> LEITE, *Famílias ... op. cit.* p.79.

<sup>289</sup> FACHIN. *Apud VERUCCI*, Florisa. O direito de ter pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Org.). *Grandes temas da atualidade - DNA como meio de prova da filiação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Coadunam deste entendimento outros autores, como Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>290</sup> e Belmiro Welter<sup>291</sup>, para quem “*embora o País tenha canonizado a filiação biológica, deve ser reconhecida, em ação de investigação de paternidade, a perfilhação socioafetiva*”.

Esta posição parece inclusive ter sido sufragada pelos tribunais superiores, conforme se pode depreender da seguinte ementa, utilizada inclusive para fins de Direito Penal, e não de Direito de Família:

HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SOCIOAFETIVA. FATOR IMPEDITIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCEDER PROGRESSÃO DE REGIME.

1. A Constituição de 1988, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República.
2. Deveras, entevendo a importância dos laços socioafetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea.
3. Sob esse enfoque, inegável que a família hoje está assentada na paternidade socioafetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva.
4. Sob esse ângulo, escorreito o entendimento desta Corte de que: "A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho." (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003).
5. Essa deve ser a leitura principiológica da Súmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exsurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988.
6. Deveras, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do best interest of the child.
7. A pretensão relativa à progressão do regime escapa à competência *ratione materiae* desta Seção.
8. Ordem parcialmente concedida para os fins de impedir a expulsão do estrangeiro. Agravo Regimental prejudicado<sup>292</sup>.

<sup>290</sup> FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade biológica X Paternidade declarada: Quando a verdade vem à tona. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 4, n.13, abr./jun., 2002 v.4, n.13 abr./jun. 2002, p. 17.

<sup>291</sup> WELTER, op. cit.

<sup>292</sup> HC 32756 / DF; HABEAS CORPUS 2003/0235649-9. Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 23/04/2004.

A partir de agora, estudaremos algumas questões relativas às novas situações surgidas em termos de filiação de reprodução assistida.

### 3.5 A FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida tem lugar quando fatores biológicos, médicos ou psíquicos impedem a união permanente dos gametas masculino e feminino, gerando a esterilidade ou a incapacidade para procriar, segundo apontamentos de Gláucia Savin<sup>293</sup>. Assim é que as diversas técnicas de reprodução assistida representam maneiras de suprir as deficiências que eventualmente possam ocorrer na vida de uma família. Os fatos relevantes podem ser vários, como a morte, o defeito genético, as incompatibilidades, etc. Para os casais que não podem ter filhos, sejam eles heterossexuais ou homossexuais, “as técnicas de reprodução artificial representam uma esperança, são a luz no fim do túnel [...] (estima-se que 10% a 15% dos casais sejam incapazes de conceber)”<sup>294</sup>.

É importante observá-la, porque colabora com a formação da complexa rede multiparental: unem-se para com uma mesma criança, através da reprodução assistida enquanto meio, pais socioafetivos, genéticos e presumidos.

O início das práticas artificiais de reprodução pode remontar ao século XIV, quando árabes procuravam a criação de um cavalo de raça forte e imbatível. Entretanto, os primeiros relatos de realização dos métodos com humanos podem ser atribuídos a um médico inglês (John Hunter), que praticou uma inseminação artificial homóloga em uma mulher, causando repulsa na sociedade da época. Outrossim, a reprodução humana assistida somente ganhou difusão no século XX<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> SAVIN, Gláucia. Crítica aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.79, n.659, set. 1990, p. 236.

<sup>294</sup> OLIVEIRA, Fátima. Expectativas, falências e poderes da medicina da procriação: gênero e bioética. In: SACAVANE, Lucila (Org.). *Tecnologias reprodutivas: gênero e ciência*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 188.

<sup>295</sup> SAVIN, op. cit. p. 236.

Atualmente, as técnicas de reprodução artificial humana dividem-se, basicamente, em cinco espécies: a inseminação artificial, a fecundação artificial *in vitro*, as transferências intratubária e peritonial de gametas e a transferência intratubária de embriões, sendo as duas primeiras as mais desenvolvidas e praticadas<sup>296</sup>. De alguma delas pode resultar, inclusive, a barriga de aluguel.

A inseminação artificial pode ser enfocada como a técnica de recolhimento do sêmen do cônjuge, do companheiro ou de um terceiro doador, que será injetado no interior do aparelho genital feminino. Nesse sentido, quando o sêmen recolhido é do cônjuge ou do companheiro (inseminação artificial homóloga), mantêm-se inalteradas as estruturas existentes, posto que coincidirão paternidade biológica e aquela oriunda de critério nupcialista.

O Código Civil de 2002 inova ao trazer uma presunção de paternidade no contexto da fecundação assistida, mantendo a antiga idéia de presunção na fecundação natural. A regulamentação está em seu art. 1597, que manteve dois incisos em relação ao art. 338 do antigo Código, transcritos a seguir:

Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I-os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - os nascidos dentro de 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite (separação judicial), ou anulação.

No entanto, acrescentou mais três causas de presunção de paternidade e da maternidade, isto é, presumem-se também concebidos na constância do casamento e da (união estável) os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga;

---

<sup>296</sup> As visões futuras prevêm um mundo tão burocratizado que mesmo o desejo terá sumido, e a procriação dar-se-á somente a partir de técnicas genéticas: "as batas dos trabalhadores eram brancas, e as mãos, enluvadas em borracha, pálida, de aspecto asséptico. Um tapete rolante continuava a sua marcha enchendo o ar com o matraquilhar macio das suas engrenagens. Sobre ele, milhares de provetas geometricamente alinhadas deixavam entrever um líquido quente e gelatinoso onde nadavam embriões humanos. Os transportadores continuavam a sua marcha lenta com o seu carregamento de homens e mulheres do futuro. HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução por Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2 ed. São Paulo: Globo, 2001, p.55.

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Essas técnicas são explicadas por Silvio Rodrigues:

A inseminação artificial homóloga diz respeito à coleta de material genético dos cônjuges ou conviventes. A inseminação artificial heteróloga ocorre com o material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen e óvulos) de um ou de outro cônjuge ou companheiro.<sup>297</sup>

No inciso IV, o legislador utilizou a expressão embriões “excedentários”, que, para Welter, foi apenas linguagem equivocada, “que quis dar a entender a existência de depósito de material genético em um local especializado, não reclamando, assim, anterior inseminação artificial”. O problema, entretanto, não reside apenas no uso inadequado da palavra. Verdade é que existem, hoje, milhares de embriões crioconservados, em botijões de nitrogênio líquido a 196º negativos. Como são seres humanos em potencial, muito embora não sejam sensientes, diversas polêmicas se instalam acerca do destino destes embriões. A Igreja Católica, por exemplo, não aceita a sua destruição: “É um problema real. Uma bomba-relógio que não vai demorar muito a explodir”, afirma Mario Delgado.<sup>298</sup>

Outrossim, o legislador, ao utilizar nesse mesmo inciso a expressão “a qualquer tempo”, significa que se presume a paternidade, se a inseminação artificial ocorrer com os embriões excedentários durante ou após o casamento ou mesmo após a morte do marido.<sup>299</sup> Assim, fica a mulher liberada para dar à luz quando bem quiser, pois o marido, ao fornecer e autorizar o armazenamento do material, aquiesceu previamente quanto a uma possível inseminação artificial homóloga, mesmo que se separasse da mulher ou até que viesse a morrer. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, questões polêmicas acerca da possibilidade de fecundação após a morte do homem foram enterradas pelos incisos III e IV do artigo 1.597 do diploma. Permanecem, apenas, questões patrimoniais (no âmbito do direito das sucessões). Desse modo, também, é possível dizer que o novo Código Civil está de acordo com

<sup>297</sup> RODRIGUES, op. cit., p. 341.

<sup>298</sup> DELGADO, Mário. O novo Código Civil e a inseminação artificial. *Prática Jurídica*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 14-15, abr. 2002.

<sup>299</sup> WELTER, op. cit.

o art. 226, § 4º, da CF de 1988, que admite a família monoparental, podendo esta ser formada pelo pai ou a mãe e o filho.

Na inseminação heteróloga, o material genético é colhido de pais diferentes. Portanto, se o casal resolve que a mulher seja inseminada com material genético de terceiro, o marido que concordou com essa forma de se gerar um filho não poderá, durante ou após o casamento, negar a paternidade, embora geneticamente o filho não seja seu. Resulta daí, portanto, uma presunção jurídica de filiação, que diz ser pai aquele que autorizou a fecundação em sua mulher.

Humberto Theodoro Júnior destaca que a Constituição Federal de 1988, ao adotar o sistema único de filiação, está garantindo a todos os filhos, na verdade, o direito à verdadeira paternidade (genética ou socioafetiva), de sorte que “não mais se tolera que aqueles que biologicamente são filhos não sejam juridicamente considerados como tais”. Assim, as presunções perderam prestígio, o que pode ser detectado no enunciado jurisprudencial: “na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízos de legítimos interesses de menor”.<sup>300</sup>

Com base neste argumento, poder-se-ia invocar a inconstitucionalidade das presunções de paternidade, diante dos valores constitucionais inseridos nos arts. 226, §§ 4º e 7º, e 227, § 6º da CF de 1988, e 27 do ECA, que trouxeram ao nosso ordenamento a obrigatoriedade da descoberta da verdade da filiação genética ou socioafetiva, com igualdade dos filhos em seus direitos e obrigações, em que estaria inserida a presunção resultante da inseminação heteróloga.

No caso da inseminação artificial heteróloga, entretanto, não podemos afastar a presunção legal. Quando o material genético pertencer a terceiro doador, por óbvio divergirão as paternidades nupcialista e biológica, sendo esta questão ainda foco de amplos debates. O doador, nesse caso, permanece anônimo por previsão legal e não firma qualquer contato com a prole. Para Gustavo Tepedino, o anonimato do

---

<sup>300</sup> THEODORO Jr., Humberto. Prova: princípio de verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – provas e coisa julgada nas ações relativas à paternidade

doador é um meio de total inserção da prole na família, de forma que afastaria a possibilidade de qualquer interesse econômico ou pretensão de vínculo parental. Para o autor<sup>301</sup>: “cancela-se a origem biológica em favor da integral recepção voluntária na família adotiva”.

Entretanto, a princípio, não se observam problemas no conhecimento de sua identidade. Do contrário, tem-se defendido que, por necessidade de descoberta de possíveis doenças hereditárias, bem como viabilização de cura, seria interessante a informação de quem é o doador. Ponderam-se, para tanto, o direito ao anonimato e o direito à vida da criança (quicá do próprio doador, quando necessitar de transplante que só possa ser realizado por quem compartilhe com ele determinados códigos genéticos). Por isso, Luiz Edson Fachin defende que “paternidade e ascendência genética são conceitos que nem sempre se identificam no mesmo sujeito”<sup>302</sup>.

Paulo Luiz Netto Lobbo, acompanhando o mesmo pensamento, acredita que deva ser desvinculada a identidade genética da filiação, que pode ser conhecida como direito personalíssimo. Contudo, não leva à conclusão de que desta ligação genética decorre obrigatoriamente uma ligação de filiação. É o que afirma na seguinte passagem:

toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa dotar medidas preventivas para preservação da saúde, e, a fortiori, da vida [...] Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão bioética, apontam para atribuir a paternidade aos que fazem dação anônima de sêmen aos chamados bancos de sêmen de instituições especializadas e hospitalares... a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação<sup>303</sup>.

---

(DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família* 3/6, Porto Alegre: Síntese, out.-dez. 1999, citando acórdão da 4ª T. do STJ, Resp. 4.987-RJ, rel. Sálvio de Figueiredo, DJU 28.10.1991.

<sup>301</sup> TEPEDINO, op. cit., p.574.

<sup>302</sup> FACHIN, op. cit. p. 57.

<sup>303</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *O direito de família e a constituição de 1988*. BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) São Paulo: Saraiva, 1989, p. 153.

Na visão de Gláucia Savin<sup>304</sup>, a despeito de ser assegurado o anonimato do doador (sob pena de responsabilização por culpa do médico), ao filho é reservado o direito personalíssimo à identidade, o que lhe garante a possibilidade de conhecer a identidade genética do pai biológico. A autora defende que os principais fundamentos para que o filho conheça sua ascendência genética é a descoberta de possíveis impedimentos matrimoniais e o controle de doenças hereditárias. Nas palavras elucidativas de José de Oliveira Ascensão<sup>305</sup>:

[...] embora no silêncio da lei, o estabelecimento da derivação biológica só tem o efeito de constituir impedimento ao casamento (pois esse se funda em mera derivação biológica e não no relacionamento sexual) mas não o de determinar o vínculo de paternidade.

Existe ainda, no contexto da reprodução assistida, a polêmica das barrigas de aluguel, tema explorado em novelas e sempre presente na mídia, em relatos de acontecimentos reais, como o que ocorreu recentemente, quando uma mulher ofereceu o útero à filha, gestando seu próprio neto.

Trata-se de mulheres que disponibilizam seu sistema reprodutor para a inseminação de um embrião de outrem. Em que pese o material genético não ser seu, o período de gestão costuma criar laços afetivos com a criança, de modo que não é raro o contrato ser rompido devido ao fato de a “locadora” da barriga querer manter o objeto da locação.

De acordo com Tycho Brahe Fernandes, para a atribuição da filiação, deve-se levar em conta o projeto de maternidade. Afirma o autor:

Tendo em vista as mudanças sofridas em seu conceito, a maternidade deverá sempre ser estabelecida levando-se em consideração o projeto de maternidade, ou seja, a mãe será aquela que desejou ser mãe, independentemente do liame genético ou gestacional e, sempre que houver a doação de óvulos, o consentimento da receptora, salvo se mera portadora, será o fator determinante de sua fixação<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> SAVIN, op. cit. p. 239.

<sup>305</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.74.

<sup>306</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 133.

Neste caso, parece óbvio que a parentalidade, pelo menos em regra, deverá ser estabelecida para quem doou seu material genético e preparou a maternidade, isto é, a “locatária” da barriga de aluguel.

A fecundação artificial consiste, segundo Gláucia Savin, na fecundação do óvulo fora do útero da mulher pela injeção do sêmen. Uma vez fecundados e formado o embrião, o ovo é transferido ao útero feminino para que prossiga em seu desenvolvimento.<sup>307</sup>

Importante ressaltar que, nessa técnica, tanto os gametas masculino quanto feminino podem advir de terceiro doador, além de ser possível que o ovo seja transferido para terceira, que unicamente o “hospedaria” no tempo da gestação. Destaque-se que, tanto na hipótese de óvulo de doadora quanto de gestação em útero de terceira, ocorre a quebra do postulado *mater semper certa est*, segundo a qual o simples fato do parto já estabeleceria a plena certeza da maternidade.

Para Gláucia Savin<sup>308</sup>, quando o material genético não pertence nem ao marido nem à mulher, correto seria falar-se em adoção do embrião ou ser humano em potência. Segundo a autora, como a maternidade demonstra-se pelo nascimento, “a mãe que gerou um filho que, entretanto, é produto de material genético de terceira pessoa pode validamente registrar o filho como seu”. Outrossim, à doadora do óvulo são impostas as mesmas regras do terceiro doador de sêmen, não lhe sendo possível propor ação de investigação de maternidade.

Entretanto, permanece em aberta a questão da mãe hospedeira do óvulo fecundado do casal que pretende ter o filho. Da mesma forma, o nascimento asseguraria a ela a maternidade da criança, podendo validamente registrá-la como sua. Para Gláucia Savin<sup>309</sup>, como ocorre em outras legislações, é necessária a realização de um controle jurisdicional prévio, que assegure a maternidade à pessoa diversa da geradora.

---

<sup>307</sup> SAVIN, op. cit., p. p. 239.

<sup>308</sup> Idem, ibid., p. 239

<sup>309</sup> Idem.

Para o professor português José Ascensão<sup>310</sup>, em algumas hipóteses seria possível, inclusive, vislumbrar situações em que uma criança teria três mães: a mãe social, a biológica e a meramente portadora.

Para o autor, a mãe social não poderá ser juridicamente mãe nem mesmo se houver gametas do marido, devendo ser sempre considerada prole extramatrimonial. Para ele, o maior problema reside em determinar a conciliação da intervenção de uma mãe biológica e de outra portadora, supondo que a primeira prevalece como mãe da prole. Em suas próprias palavras, bastante combatidas pela doutrina moderna,

[...] a filiação significa sempre integração numa estirpe. Prevalece a família de sangue. Por isso, quando sobrevém uma gestação sem derivação biológica, é a gestação quem deve ceder. A chave da genética é o elemento de imputação essencial.<sup>311</sup>

É importante observar que o critério socioafetivo não se choca com essas novas formas de reprodução. Justamente por abranger duas dimensões - uma afetiva e outra social – mostra-se igualmente capaz de ajudar o direito a estabelecer as relações de parentalidade.

Assim, em face do todo ponderado, importa agora problematizar de que forma nosso sistema jurídico pode albergar este debate, notadamente no que tange aos seus princípios informativos. Afinal, essa discussão se insere numa profunda alteração paradigmática, em que os valores, antes expulsos do direito pelo positivismo, retornam a ele, agora através dos princípios constitucionais.

---

<sup>310</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 76

<sup>311</sup> Idem, ibid.

## 4 POSSIBILIDADES PRINCIPOLÓGICO-NORMATIVAS NA DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIO À AFERIÇÃO DA PATERNIDADE

### 4.1 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os fins propostos por esta tese só serão alcançados se for possível vislumbrar os instrumentos teóricos capazes de dar conta da complexidade que envolve estas relações de parentalidade. Para tanto, faz-se necessário a utilização da teoria dos princípios, justamente para verificar qual a principiologia e as soluções aplicáveis ao caso.

Nesta problemática de verificação e juridicização das novas situações que envolvem o âmbito familiar, outra não pode ser a leitura senão aquela que se dá a partir dos princípios constitucionais.

José Afonso da Silva afirma serem os princípios verdadeiras ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ou seja, são "núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais". Assim, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.<sup>312</sup>

Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>313</sup> assim conceitua:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que

---

<sup>312</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 94.

<sup>313</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545-546.

transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Paulo Bonavides traz-nos o conceito de princípio formulado pela Corte Constitucional italiana numa sentença de 1956, criticando-a, por faltar-lhe o traço de normatividade:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.<sup>314</sup>

Segue o constitucionalista explicando a evolução da concepção jurídica de princípios ao longo das mais variadas escolas e tendências de pensamento jusfilosófico e constitucional, cujo estudo é de auxílio inestimável para a solução do presente problema.<sup>315</sup>

Principia o estudo pela velha hermenêutica, na qual os princípios careciam de normatividade, possuindo apenas caráter (meramente) programático, advertindo-nos que “a carência de normatividade (era) o entendimento a que se abraçava a velha hermenêutica constitucional, doravante a caminho de uma ab-rogação doutrinária irremediável”<sup>316</sup>. Tal entendimento é compartilhado por Mônia Clarissa Hennig Leal:

Em sua origem, contudo, os princípios não dispunham de *status* jurídico, sendo tido como meras normas programáticas, de caráter eminentemente político e, por conseguinte, não vinculatório, representando uma dimensão ético-valorativa de postulados de justiça que derivam de uma fonte superior, de ordem metafísica, e que têm, num primeiro momento, fundamento na vontade divina e, posteriormente, na própria natureza humana.<sup>317</sup>

A seguir, Bonavides vai dizer que existem três fases de juridicidade dos princípios: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

<sup>314</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 256-257.

<sup>315</sup> Idem, *ibid.* p. 258 e ss.

<sup>316</sup> Idem, *ibid.*, p. 259.

Na era jusnaturalista, os princípios eram concebidos como axiomas jurídicos, sendo, naquele momento, estritamente os princípios gerais do direito, isto é, os princípios gerais de justiça, constitutivos de um direito ideal (natural ou metafísico).

No positivismo jurídico, que suplantou os ideais jusnaturalistas, os princípios gerais deixaram de ser formulações axiomáticas abstratas e universais, para adentrarem nos códigos como fonte normativa subsidiária, servindo para colmatar eventuais lacunas existentes no ordenamento positivo:

Estes princípios se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, do próprio Direito Positivo, de suas regras particulares. Os princípios, com efeito, já estão dentro do Direito Positivo e, por ser este um sistema coerente, podem ser inferidos do mesmo. Seu valor lhes vem não de serem ditados pela razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem das próprias leis.<sup>318</sup>

A diferença mais importante entre a tendência positivista e a jusnaturalista está em que esta afirma a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo, para preencher as lacunas da lei, e a necessidade conseqüente de recorrer ao Direito Natural, ao passo que a corrente do positivismo jurídico entende que se pode manter a integridade e sistematicidade do ordenamento jurídico estatal, recorrendo-se aos princípios apenas para preencher lacunas e vazios normativos.<sup>319</sup>

O positivismo jurídico enquanto movimento de derrocada da metafísica jusnaturalista acaba, por outro lado, desligando o direito de aspectos morais importantes para evitarem atrocidades legalizadas como o holocausto nazi-fascista ocorrido na primeira metade do século XX:

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais [...] A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da

---

<sup>317</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 72.

<sup>318</sup> FLÓREZ-VALDÉS, J. Arce, apud BONAVIDES, op. cit., p. 263

<sup>319</sup> Ibidem, p. 262 e ss.

realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve tratar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.<sup>320</sup>

Contudo, a grande mudança só ocorre com o advento das Constituições do Segundo Pós-Guerra (do constitucionalismo contemporâneo) nas quais os princípios gerais do direito dão lugar aos princípios constitucionais. Entretanto, a força normativa dos princípios, mesmo antes dessa virada constitucionalizante já era pregada por juristas como Norberto Bobbio:

A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. [...] Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se as normas são aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?<sup>321</sup>

Num momento posterior, os princípios passam a ser incorporados também pelas Constituições, porém com caráter de meras normas programáticas, desprovidos, ainda, de força normativa. A reflexão que se faz, neste sentido, é a de que estes princípios deixam de ser resultado de uma generalização do conteúdo das leis, mas são agora programas de conotação política e, portanto, desprovidos de juridicidade.

Walter Claudius Rothenburg explica que naquele momento histórico a Constituição era entendida como *locus* de manifestação política e não jurídica:

Por força de sua suposta natureza 'transcendente', ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediata), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento limbeiro entre o social (a moral, o político, etc.)

---

<sup>320</sup> BARROSO, Luís Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 335-336.

<sup>321</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste dos Santos. São Paulo: Polis; Brasília: UNB, 1989, p. 1558-1559.

e o jurídico, ou seja, porque a própria Constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, apareceria ela como o repositório natural dos princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica).<sup>322</sup>

Assim, entram os princípios na Constituição não dotados, por enquanto, de força normativa/vinculante, sendo encarados apenas como normas programáticas indicativas de caminhos político-sociais, porque não eram dotados de sanção. Mas tal concepção não tarda a ser superada, pois como aponta Lenio Luiz Streck:

[...] há que se ter claro, por exemplo, que, no campo da aplicabilidade das normas constitucionais, não há um dispositivo que seja, em si mesmo, programático ou de eficácia contida ou limitada, como quer o discurso jurídico-dominante. Ora, um dispositivo terá ou não determinada eficácia a partir do processo de produção de sentido que exsurgirá do processo hermenêutico e que dependerá do jogo de forças que se travará no respectivo campo jurídico. Esse processo de produção do sentido agrega o processo de circulação e consumo desse mesmo sentido no interior da comunidade jurídica.<sup>323</sup>

Tal incorporação normativa dos princípios somente ocorre quando se superam os entendimentos restritivos da velha hermenêutica de cunho positivista e se atribui eficácia normativa aos princípios constitucionais e às normas programáticas. É o que afirma Canotilho:

Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político.<sup>324</sup>

Existem autores que como Ingo Sarlet defendem a substituição do termo “normas programáticas” por “normas de cunho programático” de modo a adequar a nomenclatura doutrinária às novas concepções interpretativas. Diz o autor:

No que tange à eficácia e à aplicabilidade das normas que se enquadram neste grupo, não se deve deixar de atentar para o fato de que diretamente dependentes do grau de concretude em nível da Constituição, bem como de

<sup>322</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Eitor, 1999, p. 13.

<sup>323</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica...* op. cit., p. 239-240.

<sup>324</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 184.

seu objeto. A necessidade de uma concretização legislativa não se reconduz, todavia, tão-somente ao aspecto da determinação do conteúdo, já que os direitos de defesa, de regra, também contêm formulações de cunho aberto e vago, mas que nem por isto deixam de ser diretamente aplicáveis pelos órgãos judiciários, mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – neste particular – de ofensa ao princípio da separação de poderes. A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.<sup>325</sup>

A grande virada ocorre com a terceira fase explicada por Bonavides:<sup>326</sup> o pós-positivismo. Nesse momento, de surgimento do constitucionalismo contemporâneo, os princípios passam a ser tratados como direito:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do direito natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.<sup>327</sup>

Esse novo momento do direito e do constitucionalismo é encabeçado por nomes como Ronald Dworkin e Robert Alexy. O primeiro deles entende que há uma distinção essencial entre regras e princípios no que tange à especificidade de sua normatividade (uma vez que ambos, regras e princípios, no pós-positivismo possuem força normativa). Assim se expressa Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>328</sup>

<sup>325</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 282.

<sup>326</sup> BONAVIDES, op. cit. p. 264 e ss.

<sup>327</sup> Idem, ibid. p. 265.

<sup>328</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

Como visto, a partir do momento em que os princípios são guindados à categoria de normas, urge a necessidade de distingui-los das outras espécies daquele gênero, quer dizer, com a predominância do paradigma pós-positivista de interpretação, incluem-se nas normas os princípios, encarando-se aquela como gênero, tendo como espécies as regras e os princípios.

Alexy, por sua vez, avança em relação a Dworkin, pois entende que os princípios podem ser juízos concretos de dever-ser, ou seja, razões imediatas. Têm, portanto, validade normativa, tanto quanto as regras, não sendo apenas indicativos de valores, mas, também, vinculantes para as decisões judiciais, pois o autor alemão distingue entre princípios (que possuem cariz deontológico) e valores (que têm caráter axiológico):

*Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios prima facie debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido.*<sup>329</sup>

Para Alexy, tanto as regras como os princípios são normas, isto é, ambos se formulam com o auxílio de expressões como mandamento, permissão, proibição.

*A menudo, no se contraponen, regla y principio sino norma y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión, y la prohibición. Los principios, al igual, que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.*<sup>330</sup>

É com base em tais concepções que Alexy conclui sua teoria sobre regras e princípios, dizendo que não impera entre eles tão-somente uma distinção de grau,

<sup>329</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 147.

<sup>330</sup> Idem, *ibid.* p. 83.

mas também de qualidade, sendo esta a única maneira de fazer uma distinção estrita entre as normas<sup>331</sup>.

Contudo, importante frisar que o critério que Robert Alexy desenvolve não se equipara a nenhum dos outros supra-apresentados, vale dizer, o autor cria um novo modelo de distinção que explica os critérios tradicionais: trata-se do critério gradualista-qualitativo: “Ponto determinante desse critério – entendidos os princípios como “mandamentos de otimização” (*Optimierungsgebot*) – é o reconhecimento de que “eles” são normas.”<sup>332</sup>.

Tais teses de Alexy e de Dworkin são o ponto de partida para especulações contemporâneas que buscam adaptar tais teorias e complementá-las. Como aponta Luis Roberto Barroso:

É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui a natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar. Esses são fenômenos de percepção recente, que começam a despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático<sup>333</sup>.

Assim, princípios e regras são ponderados à vista do caso concreto. Sua estrutura normativa ainda é um mistério. Todavia, o autor tenta fixar alguns marcos, a fim de estabelecer um patamar de cognoscibilidade mínimo. Continua, então, o autor:

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas [...] ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é: as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da

<sup>331</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 278.

<sup>332</sup> Idem.

<sup>333</sup> BARROSO, Luís Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, (Org.). *A nova...* op. cit., p. 343.

solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo<sup>334</sup>.

Já na segunda etapa, o aplicador examinará os fatos, as circunstâncias concretas e sua interação com os demais elementos do sistema. Luis Roberto Barroso acrescenta:

Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência<sup>335</sup>.

O dado novo, todavia, só irá aparecer na segunda etapa: os fatos e as diferentes normas estão sendo examinados de forma conjunta, atribuindo-se diversos pesos aos diferentes enfoques em disputa. Além do peso, Luis Roberto Barroso aponta mais uma variável, a intensidade:

Em seguida, é preciso decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*<sup>336</sup>.

A ponderação de valores – nos dizeres do citado autor – foi, antes de opção filosófica ou ideológica, uma necessidade da interpretação constitucional, como demonstram os debates levados a cabo na atualidade (relativização da coisa julgada, a eficácia dos direitos fundamentais e o debate entre liberdade de imprensa x privacidade).

---

<sup>334</sup> Idem, ibidem, p. 347.

<sup>335</sup> Idem, ibid.

<sup>336</sup> Idem, ibid.

O autor ressalva que a ponderação não pode ser um convite à arbitrariedade; postula, desta maneira, um uso restrito de tal instrumento, que deverá ser reservado para aquelas ocasiões onde o ordenamento jurídico não oferece solução. Nos casos em que cabe a ponderação, outra solução não há senão a utilização da argumentação.

É necessário, a esta altura, verificar que princípios constitucionais se encontram em colisão. Este é basicamente o assunto dos dois próximos itens, para que se possa chegar à teoria dos princípios de Robert Alexy, que lastreia a solução do problema proposto nesta tese.

#### 4.2 OS CRITÉRIOS NUPCIALISTA E BIOLÓGICO: REGRAS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS?

No início deste capítulo, estudamos as normas jurídicas e sua divisão entre princípios e regras. Retomamos agora esses conceitos, apenas para que possamos identificar os critérios nupcialista e biológico de aferição de parentalidade numa ou noutra categoria, diante do ordenamento jurídico nacional.

Os princípios eram tidos por grande parte da doutrina, até a Segunda Guerra Mundial, como meras orientações ou diretivas de caráter geral extraídas da coordenação e da íntima racionalidade das normas que compõem um ordenamento jurídico, num dado momento histórico. Não tinham, portanto, força normativa e constituíam mero caráter programático. Tal pensamento se ratificava pelo conteúdo do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

As regras, ao contrário, eram normas jurídicas, ou talvez pudéssemos dizer: a lei. Os princípios, então, só poderiam ser invocados, conforme o artigo mencionado,

na omissão da lei, em outros termos, na inexistência de uma norma expressa, enfim, de uma regra.

Após a Segunda Guerra Mundial, entretanto, e no Brasil principalmente a partir da Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência nacional passaram a conferir aos princípios um caráter normativo, sem abandonar a idéia de que eles também são orientações ou diretivas de caráter programático. Assim, têm eles algo mais que as regras.

Importante consequência desta distinção reside no fato de que, em caso de conflito de regras, uma delas deve ser revogada, afastada do sistema, de acordo com determinados critérios, que, em nosso ordenamento, estão descritos no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 2º. Não se destinado à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou a revogue,  
§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível, ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.  
[...]

Na hipótese de colisão de princípios, não ocorre o mesmo. Um princípio pode ser afastado apenas diante de certa situação posta em juízo, sem perder sua validade e eficácia no sistema. Esse afastamento se dá, como foi estudado, por um processo racional de ponderação, em que se privilegia certo princípio em detrimento de outro, dependendo do fato e das circunstâncias que o envolvem. Exemplo disto, no campo do direito de família, é a decisão do STF que, por maioria de votos em *Habeas Corpus* julgado em fins dos anos 90, tomou posição pela impossibilidade de constrangimento físico do réu ao exame de DNA, em ação de investigação de paternidade, privilegiando seu direito individual à integridade corporal (que impede o constrangimento de quem quer que seja a fornecer material ou substância para um exame biológico), em detrimento do direito do investigador à elucidação da verdade biológica e do conhecimento de sua origem. Veja-se que, embora afastado o direito à elucidação da verdade biológica na hipótese, não será ele alijado do sistema, podendo ser invocado em outras situações.

Revistos esses conceitos, fica a questão: os critérios nupcialista e biológico decorrem de regras ou de princípios inseridos em nosso ordenamento jurídico?

Como vimos nos capítulos anteriores, a primeira constituição brasileira a tratar da família foi a de 1934. Nela, como nas demais que antecederam a Carta de 1988, o casamento era o móvel constituidor da família, conforme se infere da leitura dos artigos 144, 124, 163, 167 e 175, das constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda Constitucional de 1969, respectivamente. Todos eles diziam, de modo semelhante, que a família se constituía pelo casamento indissolúvel, merecendo a proteção do Estado.

A norma constitucional não oferecia alternativa, não mostrava que esta modalidade de conformação familiar era apenas exemplificativa, de maneira a admitir-se outras. O fato de a família ser constituída pelo casamento tratava-se, portanto, de uma regra explícita (e não de um princípio). Lembremos que os princípios, pela doutrina até então amplamente dominante, eram ilações extraídas das regras. Estas, por sua vez, eram sinônimas de normas e não apenas modalidades destas, ao lado dos princípios.

Neste contexto, como todo o casamento se realiza com base na união de um homem e de uma mulher, conseqüentemente, aquele que viesse a nascer desta união terá somente um pai e uma mãe.

Tem-se, assim, que a regra que instituía o sistema matrimonialista de constituição da família acarretava uma regra implícita: uma pessoa só pode possuir um único pai e uma única mãe.

Muito embora a Constituição de 1988 tenha vindo a lume com o intuito de inovar, de romper com os paradigmas até então vigentes, o que de fato ocorreu em muitos pontos, inclusive no direito de família, em outros aspectos não conseguiu desprender-se das nossas tradições e manteve a norma básica (será visto adiante se na forma de regra ou de princípio) de que a família surge com casamento, da qual resulta o critério nupcialista de atribuição da parentalidade.

O Capítulo VII da CRFB, cuidando da família, afirma, no caput do artigo 226: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Em seguida, são apresentados nada menos que quatro parágrafos (1º, 2º, 3º e 6º), todos tratando do casamento<sup>337</sup>. Tal abordagem evidencia o princípio de que a família, para o nosso ordenamento, se forma a partir do casamento, caso contrário não haveria de se tratar dele justamente no artigo cujo caput refere-se exclusivamente à família.

Mas não é só. Infere-se da lei maior que o casamento, visto neste aspecto como instituição, é compromisso assumido por um homem e uma mulher, senão vejamos:

- a) o parágrafo 5º do artigo 226 da CFRB afirma serem os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
- b) parágrafo 3º trata da união estável entre o homem e a mulher, para ter facilitada sua conversão em casamento.
- c) o parágrafo 7º do mesmo artigo 226, diz que o planejamento familiar é de livre decisão do casal.
- d) o parágrafo 4º afirma entender como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais, fazendo entender, portanto, o homem ou a mulher, e seus descendentes (porque a família é formada a partir de um casal).

Parece, assim, que a filiação, na forma colocada em nossa Carta Magna, se relaciona, obrigatoriamente, a um único homem e a uma única mulher, resultando numa outra norma (ver-se-á adiante, também, se na modalidade de regra ou de princípio): o de que uma pessoa só pode ter um único pai ou uma única mãe.

Seguindo a diretriz constitucional, o Código Civil de 2002 inaugura livro IV, *Do Direito de Família*, com o subtítulo *Do Casamento*, que vem regulado em 72 artigos distribuídos em 10 capítulos. O Capítulo XI, regulando a proteção da pessoa dos filhos, por sua vez, principia com o artigo 1583, determinando que “na dissolução da sociedade conjugal (...) observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda

---

<sup>337</sup> Mesmo o parágrafo 3º, que afirma reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, abrindo uma exceção, avisa que a lei deve facilitar sua conversão em casamento.

dos filhos”. Note-se que o primeiro artigo que cuida da proteção dos filhos regula a matéria sob a ótica do casamento, dando-se o mesmo em todos os demais deste capítulo. Tudo isto corrobora a conclusão de que a “família se forma a partir do casamento” trata-se de um princípio.

A filiação, por sua vez, é regulada em nosso Código Civil de 2002 em onze artigos, a partir do artigo 1596. Deles, sete cuidam dela sob a ótica do casamento, três abordam situações relativas à certidão de nascimento e um a ação de prova de filiação. Deste modo, parece ratificado, também, pela norma infraconstitucional o fato de que um filho só pode ter um único pai e uma única mãe.

O fato de existirem filhos fora do casamento é, em nossa legislação, excepcional. Tanto assim que no capítulo Do Reconhecimento dos Filhos são tratados apenas os casos daqueles havidos fora do casamento: Art 1607. “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.” E veja que a lei autoriza o reconhecimento, utilizando a expressão “pode”, ao invés de obrigá-lo, mediante a expressão “deve”. Por outro lado, nada é dito quanto aos filhos havidos sob a relação matrimonial, porque seu reconhecimento seria obviamente obrigatório.

Está, portanto, em nosso ideário, e espelhado também em nossa legislação infraconstitucional, que, como um filho surge de um casamento e este acontece apenas mediante a união de um homem com uma mulher, só é possível haver um pai e uma mãe.

Nota-se na história da família nuclear ocidental que sua estruturação se faz a partir do casamento. Entretanto, esta estruturação não é própria de sua natureza, nem de sua essência. Mais parece tratar-se de uma mera convenção amplamente disseminada pela Igreja e fortemente enraizada na sociedade.

O critério matrimonialista de atribuição de paternidade não conflita com o biológico. Pelo contrário, o primeiro parte do pressuposto de que o marido da mãe é o pai porque com ela tem relações sexuais. Quando não há casamento algum para

respaldar a paternidade de alguém que não foi voluntariamente reconhecido, só resta, por óbvio, o critério biológico para esta atribuição.

O critério biológico para aferição da paternidade sobressai quando as presunções de concepção durante o casamento passam a ser discutidas ou quando não há o reconhecimento voluntário dos filhos havidos fora dele. Com respaldo no artigo 1593, o questionamento parte do princípio de que o parentesco natural resulta da consangüinidade (art. 1593 do CC) e de que são parentes em linha reta pessoas que estão, uma para as outras, na relação de ascendentes e descendentes.

Atualmente, com o exame de DNA, esta comprovação da relação de consangüinidade é automática e com grau de certeza superior a 99%. Ora, ciente um juiz de que o marido questiona a paternidade do filho havido pela sua mulher e diante da prova de que o rebento está numa relação de descendência com outro homem resultante da consangüinidade, é natural que retire a paternidade do primeiro, atribuindo-a ao segundo, uma vez que, pelo nosso ordenamento, é norma que uma pessoa só pode ter um único pai.

Tais normas, entretanto, colidem com outras que passaram a ser encampadas pela própria Constituição de 1988. A chamada constituição cidadã tinha por escopo assimilar as transformações sociais por que vinha passando o mundo ocidental, já abordadas no primeiro capítulo. Queria ela mostrar-se apta a conviver com uma sociedade plural, rompendo definitivamente com preconceitos relativos ao sexo, à raça e também à filiação, tudo como corolário do novo princípio da dignidade da pessoa humana, assimilado a par de tantos outros. De fato, a nossa Carta Magna inovou ao admitir como entidade familiar aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ao igualar os direitos do marido e da mulher, ao impor a paternidade responsável e ao cercar a criança, o adolescente e o idoso de toda a proteção, dentre outras determinações, algumas até de alcance ainda não experimentados pela sociedade.

Todas essas novas normas passaram a colidir com a antiga regra de que a família nasce com o casamento, pois já sabemos que existem outras maneiras de estruturação familiar, encampadas pela sociedade e assimiladas pela Constituição.

Todavia, não podemos dizer que foi revogada a norma que privilegia o casamento como móvel constituidor da família, e de que uma pessoa só pode ter um pai e uma mãe (seu corolário imediato), mas podemos apenas afastá-las em determinados casos. Concluimos, assim, que, na Constituição de 1988, tais normas passaram de regras a princípios.

Essa transformação legislativa, trazida à tona pela Constituição de 1988, decorreu de inúmeros fatos, especialmente a Segunda Guerra Mundial, que fizeram a sociedade buscar uma nova tábua de valores, juridicizados por princípios. Esses novos princípios acabaram por conviver com antigos que, de alguma forma, originam conflitos normativos, assunto a ser tratado no próximo item.

#### 4.3 AFERIÇÃO DA PATERNALIDADE: PELA HARMONIZAÇÃO DA PARENTALIDADE JURÍDICA – PRINCÍPIOS (CONSTITUCIONAIS) EM CONFLITO

A sociedade ocidental foi marcada, no último século, por diversos conflitos que fizeram abalar sua tábua de valores. A segunda Guerra Mundial, e as consequências dramáticas que se prolongaram por muitos anos, tiveram influência decisiva nesse processo.

Essa Guerra, de raízes tão profundas, fez nascer toda uma indústria e desenvolveu novas tecnologias voltadas para matar. Aviões mais rápidos e com capacidade de carregar mais explosivos, bombas com maior poder de destruição, armas com mais precisão de tiro, e todo um conjunto de cientistas se colocam a serviço da destruição e da morte.

A bomba atômica representou o ápice da violência desmedida do homem contra ele próprio, em que milhares de inocentes foram mortos ou mutilados, deixando também um rastro de destruição que perduraria por anos, em razão da contaminação do meio ambiente e das pessoas, cujas seqüelas alcançariam, inclusive, outras gerações.

Terminada a Segunda Guerra, a divisão de territórios dos perdedores para a formação de blocos de influência, representados por um grupo que se diz democrático e outro, os comunistas, apresentados como ameaça ao primeiro. Deste confronto resultariam novos conflitos, como a Guerra Fria, o Vietnam, a Guerra da Coreia, dentre outros.

No interior desses blocos de influência, que acabaram por encampar grupos de etnias distintas, surgem também conflitos que resultam na matança de muitos inocentes, e no massacre de minorias, resultante da intolerância no campo político e no religioso, situação que perdura até hoje em alguns muitas regiões do mundo.

Todos esses conflitos deixaram um rastro de miséria, não apenas econômica, mas principalmente humana. Crianças órfãs ou separadas de suas famílias, mutilados de guerra, sem chances de iniciar uma nova vida produtiva, jovens e adultos com seqüelas gravíssimas – casos de câncer tornam-se freqüentes por contaminações por radiação ou produtos químicos – enfim, surge toda uma legião de desamparados a reclamar uma providência do Estado.

A indústria bélica e a utilização de bombas, explosivos em geral e armas químicas atingem severamente o meio ambiente, deixando grandes áreas contaminadas ou devastadas.

A reconstrução das nações no pós-guerra impunha um trabalho excessivo, mas que não deveria incidir nos mesmos erros da revolução industrial, que lastreou o desenvolvimento na desmedida exploração da mão de obra, na devastação do meio ambiente e nas restrições dos direitos fundamentais.

O conjunto desses fatos faz com que surjam novos valores decorrentes, em última análise, na solidariedade humana. A sociedade percebe que, para sua própria existência, o atendimento às necessidades mínimas de uma comunidade, de um grupo, e mesmo de um indivíduo são pressupostos de sua preservação. Assim, são merecedores de amparo os menores, os idosos, os portadores de necessidades especiais, os doentes crônicos. Carecem de proteção também as minorias, como os

índios, os homossexuais etc., e também aqueles tidos como mais frágeis nas relações econômicas, como os consumidores. Nasce, assim, uma nova tábua de valores.

Mas, para que tais valores sejam eficazmente respeitados por toda a sociedade, é necessário que sejam juridicizados. Os valores, quando juridicizados – contemplados nas normas jurídicas, por regras e princípios – passam de meras aspirações a deveres, que impõe sua observação nas relações do Estado com o particular e nas que envolvem os particulares entre si.

No Brasil, com o fim da ditadura, abriu-se em amplo espaço de discussão que resultou na Constituição de 1988. Por incorporar essas novas aspirações, relacionadas à solidariedade humana e consubstanciadas no atendimento de um extenso rol de direitos fundamentais, foi chamada de Constituição Cidadã. Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da solidariedade familiar, do planejamento familiar, da afeição, paternidade responsável e do melhor interesse da criança fazem parte agora de nosso ordenamento jurídico e, no campo de estudo deste trabalho, fundamentam um novo olhar no direito de família.

Cabe, então, estabelecer a relação de cada um desses princípios com a idéia de multiparentalidade, sob uma via discursivo-argumentativa, para mostrar que se trata de uma realidade social merecedora do reconhecimento do direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é princípio-matriz do constitucionalismo contemporâneo, sem o qual nenhum estudo estaria completo, pois perpassa todo ordenamento jurídico e sua observação é condição *sine qua non* para os objetivos deste trabalho. A constitucionalização do direito de família e os critérios/princípios que estão em jogo na aferição da paternidade estariam desconectados da lei maior da República, se não se vislumbrasse a inserção da dignidade da pessoa humana.

Dada sua importância, vale a pena lembrar o significado da palavra princípio, para delimitar sua abrangência no mundo jurídico atual como não só como

garantidor de direitos, mas também como parâmetro interpretativo e inspirador das demais normas do sistema.

Sobre o tema, são relevantes os ensinamentos de Alexy<sup>338</sup>, comentados por Roger Raupp Rios:

As normas de direito fundamentais se distinguem em normas do tipo princípios e normas do tipo regras. Alexy expõe três teorias acerca da distinção. A primeira afirma a impossibilidade de qualquer distinção definitiva, uma vez que a pluralidade de normas efetivamente existente possibilita infindáveis combinações de critérios. A segunda sustenta que a diferenciação entre princípios e regras é apenas de grau de generalidade, compartilhando princípios e regras da mesma realidade. A terceira – por ele adotada – distingue princípios e regras qualitativamente.

Da mesma forma, Streck salienta que “os princípios constituem o núcleo da materialidade da Constituição. Não há como separá-los da Constituição. Quando falamos da Constituição, nesse falar já estão presentes os princípios”.<sup>339</sup> Nisto inclui-se aquilo que se entende por um novo conceito de família, isto porque nossos pré-juízos são formados hermeneuticamente e passam a ser a nossa condição de ser-no-mundo. Assim, fica evidente a importância que os princípios – e princípios devem ser entendidos como os valores que penetram inexoravelmente nos textos constitucionais contemporâneos – possuem no mundo jurídico brasileiro, como arcabouço de proteção aos direitos do cidadão, o que pode ser conferido ao discutir e esmiuçar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, a dignidade da pessoa vem sendo discutida, a todo instante, pelos lidadores do direito. Ela, no entanto, não possui contornos exatos, podendo ser reconhecida de maneiras diferentes pelo cidadão, de acordo com sua visão e valoração da vida. Não obstante essa constatação, segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>340</sup>, ao citar J. Tischner [...] “não restam dúvidas que a dignidade é algo real, já que não

<sup>338</sup> ALEXY, *apud* RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2000, p. 64.

<sup>339</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 414.

<sup>340</sup> SARLET. *Dignidade...*, op. cit. p. 30.

se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida”<sup>341</sup>

Com efeito, mesmo que sem conceituação estreita, pronta e acabada, a dignidade se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.<sup>342</sup> Mas, devido a essa definição ambígua, é preciso reconhecer que seu conteúdo “reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.”<sup>343</sup>

Porém, podemos buscar conceituações que fogem ao rigor fixista, sem, contudo, resvalar para evasivas como, por exemplo, a tecida por Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>344</sup>

Eroulths Cortiano Júnior, ao discutir o assunto, afirma que a dignidade da pessoa é o centro de sua personalidade, demonstrando que ambas possuem uma ligação indissolúvel, pois “a conjugação personalidade-dignidade é tão forte que boa

---

<sup>341</sup> Segundo Alexandre Moraes, a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. v. 3. São Paulo: Atlas S. A, 1997, p. 60.)

<sup>342</sup> IBIAS, Delma Silveira. *Homossexualidade. Discussões Jurídicas e Psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001.

<sup>343</sup> ZIPPELIUS, Reinhol. Anmerkungen zu Art. 1 GG, in: DOLZER, R (org), *Bonner Rommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 1994, p. 14, citado por SARLET. *Dignidade...* op. cit. p. 41.

<sup>344</sup> SARLET, *ibid.* p. 62.

parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem”.<sup>345</sup>

Como consequência tem-se o fato de que o ser humano humilhado, vilipendiado, discriminado tem sua dignidade maculada. Então, toda e qualquer desconsideração ao princípio da dignidade contra o indivíduo compromete sua existência como pessoa digna. No entanto, tal fato deve ser posto e concretizado não só no seu sentido ético, mas também quanto ao conteúdo jurídico/social onde esteja inserido, regrado, além do comportamento humano e social, a conduta estatal.

Comprova essa assertiva o fato de que a Igreja<sup>346</sup> também prestou sua contribuição na afirmação da dignidade como princípio básico e fundamental do ordenamento constitucional brasileiro, antes da Assembléia Constituinte, por meio de uma declaração denominada “Por uma Nova Ordem Constitucional”, pela qual cristãos foram instados a acompanhar e posicionar-se, quando houvesse intenção de introduzir na nova carta aspectos incompatíveis com a dignidade e a liberdade da pessoa<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 42.

<sup>346</sup> Ingo Wolfgang Sarlet salienta não lhe parecer correto reivindicar para a religião cristã a exclusividade e a originalidade quanto à elaboração de uma concepção da dignidade da pessoa, diante do contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano, mas ressalta que “o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência - lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela 'Santa Inquisição') – de que o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”. (STARCK. Christian. (Coord.). *Das Bonner Grundgesetz*. v. I, 4 ed. München: Verlag Franz Vahlen, 1999, p. 34/35, *apud* SARLET, op. cit., p. 30).

<sup>347</sup> Ali constou que todo o ser humano, qualquer que seja sua idade, sexo, raça, cor, língua, condição de saúde, confissão religiosa, posição social, econômica, política, cultural, é portador de uma dignidade inviolável e sujeito de direitos e deveres que o dignificam, em sua relação com Deus, como filho, com os outros como irmão e com a natureza como Senhor. Por isso, todos os seres humanos são fundamentalmente iguais em direitos e dignidade, livres para pensar e decidir de acordo com sua consciência; para expressar-se, organizar-se em associações e buscar sua plena realização, mas em profundo respeito à liberdade e à dignidade dos outros seres humanos, tendo sempre em vista o bem comum. Mas não é suficiente o reconhecimento formal dessa dignidade e igualdade fundamentais. É preciso que este reconhecimento seja traduzido na promoção de condições concretas para realizar e reivindicar os direitos fundamentais de todos os homens e de todas as mulheres, tais como: direito à vida e a um padrão digno de existência, direito à saúde e ao lazer; direito à educação, inclusive religiosa, e a escolher o tipo de educação desejada para os filhos; direito à liberdade religiosa; direito ao trabalho e à remuneração suficiente para o sustento pessoal e da própria família; direito de todos à propriedade, submetida à sua função social, direito de ir e vir; direito de entrar no país e dele sair;

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>348</sup> ensina que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade humana, o que impõe dever de respeito e proteção. Ambos se exprimem *tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade da pessoa, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência.*

Isaac Sabbá Guimarães revela uma preocupação com a resolução dos problemas surgidos no que diz respeito com a conceituação da dignidade humana:

A dignidade da pessoa humana, que, na Lei fundamental, foi elevada à condição de princípio maior que preside aos direitos fundamentais, deverá ser entendida segundo duas ordens de problemas da pessoa humana e a elas conformar-se 1) O problema da sua posição perante o ser, na existência (o problema metafísico); 2) O problema da sua relação com o outro, na ação (o problema ético). Problemas que, conforme Castanheira Neves, causam dois graves perigos: “Quanto ao problema metafísico, o perigo de entregarmos (abdicarmos) a solução aos ideólogos. Quanto ao problema ético, o perigo de aceitarmos unicamente para ele a solução dos políticos. Ao que parece, a grande viragem histórico-político-jurídica do após Segunda Grande Guerra Mundial, quando o princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a ser inscrito nas Constituições, armou-nos uma cilada. E agora, como resolver todos os problemas ligados à Dignidade?”<sup>349</sup>

No direito de família, o princípio da dignidade da pessoa humana se revela de diversas formas. No caso da prole, deve ela ter uma vida digna, ser respeitada, bem tratada, não ser submetida a exploração e a maus tratos e receber dos pais condições de educação, alimentação e manutenção de uma maneira geral. E quanto à multiparentalidade, a dignidade representa respeitar as peculiaridades de sua condição de existência quanto aos aspectos biológicos e socioafetivos, pois atribuir apenas um pai a alguém que na verdade tem mais de um seria sonegar-lhe direito à

---

direito à segurança, à preservação da própria imagem e participação na vida política. (ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 157-159).

<sup>348</sup>SARLET. *Dignidade...* op. cit., p. 111.

<sup>349</sup>GUIMARÃES, Isaac Sabbá. O Suicídio de Werther (e algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 45, out./dez. 2003, p. 307.

sua dignidade. Por fim, com relação aos pais, a dignidade representa possuir condições para a educação e orientação de seus filhos, bem como a reciprocidade de bom trato que lhes confere, inclusive a percepção de alimentos, caso os pais deles necessitem.

Para Maria Celina Bodin de Moraes<sup>350</sup>, o princípio da dignidade da pessoa manifesta-se por outro princípio que dele é derivado, qual seja, o princípio da igualdade. Representa ele *o direito de não receber qualquer tratamento discriminatório*, na possibilidade *de ter direitos iguais aos de todos os demais*, salientando que essa é a mais básica de todas as formas de igualdade, porque primeira. Trata-se da igualdade formal, em que *todos são iguais perante a lei*.

A tese sustentada por Maria Celina Bodin de Moraes está respaldada em Hannah Arendt argumentando que, se não fossem iguais os homens, não seriam capazes de compreender-se mutuamente e aos seus ancestrais, nem mesmo poderiam prever as necessidades das gerações futuras. Por outro lado, argumenta que, se não fossem diferentes os homens, dispensariam o discurso ou a ação para se fazer entender, pois com sinais e sons poderiam comunicar todas as suas necessidades imediatas e idênticas.<sup>351 352</sup>

Por conseguinte, a pluralidade humana tem esse duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença. Justamente para que se possa diferenciar os seres humanos, que possuem uma substância única, entra a dignidade inerente a cada indivíduo e que significa a estima e a honra que lhe são pertinentes.

No entanto, não se pode perder de vista que uma igualdade apenas no aspecto formal não é suficiente para atingir o fim almejado e evitar discriminações. Não é possível tratar de forma exatamente igual aqueles que são desiguais econômica, social e culturalmente. Então, adotou-se, normativamente, “[...] uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a

---

<sup>350</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, I. W. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 118.

<sup>351</sup> Idem, *ibid.* p. 109.

<sup>352</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 188.

necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.”<sup>353</sup>.

Os problemas surgem quando se tenta responder a questão sobre quem é igual e quem é diferente, uma vez que os critérios em torno dos quais se agrupam os iguais e os diferentes variam de acordo com o lugar, o tempo, a cultura, a religião, as ideologias, a filosofia, dentre outras. Não se pode negar que faticamente

*os indivíduos são, entre si, tanto iguais quanto diferentes e podem ser considerados todos iguais – pessoas – e todos diferentes – altos, baixos, gordos, magros, cultos, analfabetos, mulheres, homens, etc. A regra valorativa que aprioristicamente os igualará ou os distinguirá será sempre uma regra de pré-conceito.*<sup>354</sup>

Nesse sentido, as exatas palavras de Boaventura de Sousa Santos ensinam que “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descarateriza [...]”<sup>355</sup>. Justamente em função da diferença entre os iguais é que se torna importante e necessário

interpretar e aplicar o Direito a partir do respeito pela diferença, que deve sobressair possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma e a igual dignidade de todas as pessoas<sup>356</sup>.

Atualmente, reivindica-se um “direito à diferença<sup>357</sup>”, servindo de exemplo as reivindicações dos homossexuais e cujos direitos devem ser respeitados segundo estas especificidades, dentro da diversidade inerente ao ser humano e sua história de vida. Cabe aqui considerar os reflexos desta igualdade sob o prisma do direito de família. Muitos homossexuais vivem juntos durante décadas, sem nunca adquirir os mesmos direitos dos casais heterossexuais, como pagamento de pensão ou

<sup>353</sup> MORAES, op. cit. p. 118.

<sup>354</sup> Idem, ibidem, p. 123.

<sup>355</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial. Porto Alegre, 2001. Disponível em: <http://www.nominimo.com.br>. Acesso em 20 dez. 2002.

<sup>356</sup> MORAES, op. cit. p. 125.

<sup>357</sup> Idem, ibid., p. 119.

inclusão em planos de saúde. Até bem pouco tempo, um homossexual só conseguia obter os direitos sobre a herança do companheiro se o caso fosse analisado como sociedade de fato, ou seja, se ficasse comprovada a mútua contribuição na aquisição dos bens. Foi o que aconteceu no episódio que se tornou célebre em 1989, quando o fotógrafo Marco Rodrigues ganhou na justiça o direito a parte dos bens de seu parceiro, o artista plástico Jorge Guinle Filho, com quem viveu por dezessete anos. Ainda neste aspecto, temos os casos de homossexuais estrangeiros que, desde 2003, conseguem visto de permanência no Brasil, mediante a mesma comprovação exigida dos casais heterossexuais, qual seja, a demonstração de existência de união estável.

Também nas relações parentais, cada vez mais homossexuais tentam normalizar-se, procurando constituir família com pessoas do mesmo sexo, partindo de uma adoção. Logicamente, neste modelo não há um pai e uma mãe, mas dois pais ou duas mães, apenas, e que desejam ver reconhecida tal situação na comunidade em que vivem. Revela-se aqui, mais uma vez, a importância da multiparentalidade, como consequência do princípio da igualdade. Exemplo disto foi o recente caso do casal homoafetivo da cidade de Catanduva, em São Paulo, que obteve a adoção de uma criança, excepcionalmente, em nome de ambos.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da sua Sétima Câmara Cível, negou provimento, por unanimidade, à Apelação Cível interposta pelo MP (Proc. nº 70013801592), confirmando a possibilidade de adoção por casal homoafetivo nestes termos:

Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, tem como decorrência inafastável a possibilidade de que seus componentes possam adotar.<sup>358</sup>

O Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, na sua fundamentação, tocou, no âmago da questão, doutrinariamente, controvertida:

---

<sup>358</sup> Disponível em: <http://www.gaybrasil.com.br/noticias.asp?Categoria=ldigital&Codigo=2987>. Acesso em 15 mar. 2007

Partindo, então, do pressuposto de que o tratamento a ser dado, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável (sendo esta convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família), deve ser o mesmo que é atribuído, em nosso ordenamento, às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a estas pessoas, o direito de adotarem em conjunto.

Veja-se que todas essas transformações deverão levar o IBGE, no próximo senso do Instituto, a incluir nos questionários perguntas sobre parceiros do mesmo sexo, além de apurar o número de enteados nas residências pesquisadas.

A liberdade vem apontada por Maria Celina também como uma das manifestações do princípio da dignidade, asseverando que:

O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.<sup>359</sup>

Neste aspecto, a união homoafetiva também se mostra como decorrência do princípio da liberdade, a amparar não só a livre opção sexual, como também a possibilitar que esses novos casais estruturarem sua família, tendo a possibilidade de adotar filhos.

O princípio da liberdade não permite que sejam tomadas decisões que venham a ferir o direito de outros. Assim é que o Estado, no âmbito da família, impõe limites a ele, balizando-o pelo princípio da paternidade responsável que inclui o planejamento familiar. Assim é que o parágrafo 7º do artigo 226 é claro ao dispor:

Art.226.[...]

§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.

---

<sup>359</sup> MORAES, op. cit., p. 136.

De acordo com o conteúdo desta norma, espera-se que todo o cidadão que deseje ter filhos o faça de acordo com suas possibilidades e que responda por seus atos neste aspecto. O estado não tem capacidade de atender a todos, mormente se não houver um planejamento familiar e a assunção das respectivas obrigações.

Dois aspectos positivos podem ser trazidos aqui relativamente à multiparentalidade no tocante ao planejamento familiar e à paternidade responsável. Em primeiro lugar, a adoção de crianças por casais homoafetivos retira das ruas muitas crianças, que antes largadas à própria sorte, passam a ter perspectivas de uma vida melhor. Em segundo lugar, permite que esses casais consigam exercer sua liberdade de constituir família da maneira que melhor lhes aprouver.

Como última manifestação do princípio da dignidade, vem a solidariedade que “identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados a garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”<sup>360</sup>.

Diante de tais afirmações, evidencia-se que a dignidade somente se concretizará se o legislador, cumprindo com sua função, construir uma ordem jurídica que atenda a tal princípio, ou seja, “além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade”.<sup>361</sup>

Essa vinculação não só existe como também impõe o dever de proteção por parte do Estado da pessoa contra si mesma, se comprovado que seus atos, mesmo que volitivos, possam atentar ou ferir sua dignidade. Conseqüentemente, tem-se então a idéia de “um dever geral de respeito”<sup>362</sup> da parte de todos aqueles

---

<sup>360</sup> Idem, *ibid.* p. 140.

<sup>361</sup> PÉREZ, Jesús Gonzalez. *apud* SARLET, 2002, p. 112.

<sup>362</sup> Idem, *ibidem*, p. 115.

integrantes de determinada comunidade para com as demais pessoas e para consigo mesmas.

A solidariedade na família se apresenta por meio de dever de mútua assistência que devem os cônjuges entre si e os filhos para com os pais. Com a aceitação da multiparentalidade, amplia-se a rede de proteção ao menor e aos próprios pais. Esse princípio encontra respaldo principalmente nos artigos 229 e 230 da Constituição da República:

Art.229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Esse princípio pode ser visto, também, na legislação infraconstitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e inspira a política nacional do idoso.

Decorrente do princípio da solidariedade familiar encontram-se a afeição e o respeito, o que é confirmado por Lisboa: “a afeição e o respeito de um membro da entidade familiar pelo outro devem ser desenvolvidos objetivando o máximo estreitamento das relações entre os cônjuges e os parentes”.<sup>363</sup>

“Afeição” é a ligação existente entre os membros da família por decorrência dos sentimentos que os unem. Já a noção de respeito é equívoca, podendo denotar preservação da honra, dever esse, inclusive, que subsiste em uma relação familiar. No entanto, a expressão deve ser canalizada para o que interessa nessa parte do presente estudo. Respeito é, nesse sentido, a consideração ou importância que se dá a um membro da entidade familiar ou a um parente.

Em seu sentido estrito, a afeição não é um dever legal estabelecido sobre cada membro da família. Não há como se obrigar uma pessoa a ter apreço pela outra. O respeito, por outro lado, é dever inerente à preservação da honra subjetiva da pessoa. No seu sentido lato, a afeição e o respeito possuem, conforme definido,

---

<sup>363</sup> LISBOA, op. cit., p. 45-46.

um sentido diferente. Não são propriamente critérios jurídicos a serem utilizados para a fundamentação de solução jurídica dada a um problema familiar. São, na verdade, elementos integrantes do “princípio da solidariedade familiar” que passou a orientar as relações entre os membros das entidades familiares e entre parentes, a partir da Constituição de 1998.

Lôbo fala sobre afetividade na família: o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico.<sup>364</sup>

No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto.

A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família, especialmente:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º);
- d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

---

<sup>364</sup> LÔBO, P. L. N. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para além do numerus clausus*. In: *Família E Cidadania – o novo CCB e a vocatio legis*. 2002, Belo Horizonte. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 89-99.

Se a Constituição abandonou o casamento como o único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessária para a realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares.

A afetividade é construção cultural que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando aquela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação, ou comunidade, mantida por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família.

Aqui se desvela a importante advertência que ao papel do intérprete dá Paulo de Barros Carvalho – o que é de curial importância para este trabalho:

Ora, como todo texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente para compor as significações da mensagem, é pelo primeiro, vale dizer, a partir do contacto com a *literalidade textual*, com o *plano dos significantes* ou com o chamado *plano da expressão*, como algo *objetivado*, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação, propriamente dito, passando a construir os conteúdos significativos dos vários enunciados ou frases prescritivas para, enfim, ordená-los na forma estrutural de normas jurídicas, articulando essas entidades para construir um domínio. Se retivermos a observação de que o direito se manifesta sempre nesses três planos: o das formulações literais, o de suas significações enquanto enunciados prescritivos e o das normas jurídicas, como unidades de sentido obtidas mediante o grupamento de significações que obedecem a determinado esquema formal (implicação); e se pensarmos que todo nosso empenho se dirige para estruturar essas normas contidas num estrato de linguagem; não será difícil verificar a gama imensa de obstáculos que se levantam no percurso gerativo de sentido ou, em termos mais simples, *na trajetória da interpretação*.<sup>365</sup>

---

<sup>365</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.61.

A afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que a realidade da vida aponte, em certos casos no sentido contrário. Entretanto, existindo ou não o afeto, esse tipo de parentesco jamais se extingue. Para demonstrar a importância da afetividade nas relações parentais, observe-se o caso recentemente publicado por uma revista de grande circulação nacional<sup>366</sup>. Um rapaz mineiro ingressou na justiça para buscar indenização por abandono afetivo. Alega ele que o pai o visitava, mas interrompeu as visitas quando se casou novamente. A partir de então, sequer quis recebê-lo. A ação foi julgada improcedente em primeira instância, mas ainda pende de recurso. Segundo o rapaz, ele deseja apenas que seu caso sirva de exemplo para que outros pais reflitam, uma vez que o abandono afetivo provoca muito sofrimento.

No mesmo artigo a revista enfatiza que os associados do Instituto Brasileiro de Direito de Família chegaram à conclusão, hoje consagrada entre os juizes de família, de que não basta julgar um caso considerando apenas aspectos materiais, O lado emocional das pessoas envolvidas deve ser levado em conta. A juiz paranaense Lenice Bodstain, que já ocupou a direção da entidade no Paraná, afirma que “o afeto tornou-se fator crucial nos tribunais”. Ainda de acordo com a reportagem, até o fim da década de 90, considerava-se indiscutível que o pai era aquele que concebia a criança, junto com a mãe. Hoje, a justiça tende a considerar pai, com direitos e obrigações, aquele que criou a criança, em detrimento do pai biológico.

A admissão da multiparentalidade pode contribuir para que não sejam desfeitos os elos afetivos em prol da imposição de uma paternidade biológica e também para evitar que sejam rompidos juridicamente os elos biológicos, fixando-se apenas a paternidade afetiva. Não há sentido em preferir uma a outra, por que ambas têm seu espaço e seu contorno de direitos e deveres, razão por que devem ser harmonizadas. O mais correto, portanto, é permitir sua cumulação, que, em última instância, privilegia o afeto e amplia a rede de proteção à criança.

---

<sup>366</sup> ZACABI, Rosana. Com o seu advogado ou com o meu? REVISTA VEJA, São Paulo, n. 2009, p. 119

Fica claro, portanto, que somente com o respeito à dignidade humana poderão ser resolvidos os problemas advindos de qualquer área do direito, e, em especial, no que pertine ao presente estudo, ao direito de família, pois se constitui em princípio fundamental da República, sendo, inclusive, pré-existente a qualquer ordem jurídica, porque nasce, vive e morre com o ser humano.

O fato de as Constituições contemporâneas terem trazido tal princípio ao mais alto grau da pirâmide normativa, não lhe retira o caráter cogente que deve ter em qualquer sociedade, mesmo que não esteja de forma expressa nos textos legais. É o que afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha, uma incansável defensora dos direitos humanos:

A justiça humana que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá à concretude, emana e se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Essa não se funda naquela, antes, é dela fundante. Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

[...]

Pode-se mesmo afirmar que, mesmo se um dado sistema normativo não concebesse, em sua expressão, a dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, ela continuaria a prevalecer e a informar o direito positivo na atual quadratura histórica.<sup>367</sup>

Assim, valorizar e preservar os princípios constitucionais é objetivo do Estado Democrático de Direito, porque desrespeitá-los é legitimar restrições a direitos determinados constitucionalmente permitindo que o ser humano seja ferido naquilo que possui de mais caro: a sua dignidade.

Um último princípio deve ser destacado – o princípio do melhor interesse da criança. Tal princípio fundamenta-se, sem dúvida, no amor, no afeto e na relação estreita, verdadeira e estável com seus pais, sejam eles biológicos, jurídicos ou apenas sujeitos de uma realidade diária.

---

<sup>367</sup> ROCHA, op. cit., p. 26.

Tal princípio - princípio do melhor interesse da criança - é, atualmente, de extrema importância na harmonização dos conflitos cotidianos. Ele se aplica a todo e qualquer procedimento que diga respeito a direito de criança, sendo utilizado freqüentemente nas ações que envolvem dissolução, extinção do vínculo matrimonial e naquelas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como a adoção, com maior expressão nos procedimentos que discutem a guarda.

Nesse sentido, vários doutrinadores ressaltam sua importância, dentre eles Antônio Carlos Gomes da Costa que afirma que a condição peculiar de desenvolvimento

[...] não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendido e acatado pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.<sup>368</sup>

Sua gestação no Brasil se deu por ocasião da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi aprovada por unanimidade em 20 de novembro de 1989 na Assembléia Geral das Nações Unidas. Essa convenção foi ratificada no Brasil através do Decreto 99.710/90 que dispõe em seu art. 3º:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança<sup>369</sup>.

O melhor interesse consiste em dar-lhe “uma boa formação moral, social e psicológica; a busca da saúde mental ou a preservação de sua estrutura emocional”.

<sup>370</sup>. Então, quando se discute o melhor interesse da criança e do adolescente

<sup>368</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. CURY, Amaral e SILVA, Mendez (coordenadores). São Paulo: Malheiros, p. 39.

<sup>369</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del-Rey, 2000.

<sup>370</sup> BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. *Direito de Família: a família na travessia do novo milênio*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB/MG, Del Rey, 2000, p. 291.

direcionado à definição de seu guardião, Françoise Dolto aponta três critérios ou referenciais de continuidade que devem ser observados:

a) o *continuum de afetividade* indica que a criança ou adolescente deve permanecer sob a guarda do genitor em cuja companhia o menor se sinta mais feliz e seguro... b) o segundo é o *continuum social*. Ao atribuir a guarda a um dos genitores o juiz deve levar em consideração o ambiente vivido pelo menor no momento da separação dos pais para preservar-lhe o relacionamento social com os colegas e amigos de rua... c) O terceiro *continuum* é o *espacial*. Segundo esse referencial, o espaço dos filhos deve ser preservado porque a personalidade do menor se constrói dentro de certo espaço. Quando há mudança de espaço – do local onde vive, da escola onde estuda –, a criança perde um de seus referenciais, que é o referencial de espaço.<sup>371</sup>

Assim, se é importante que o melhor interesse seja considerado para definir-lhe, dentre outras coisas, o seu futuro guardião, percebe-se que este também deverá prevalecer quando a discussão permeia o fim de um casamento. Nesse sentido, já decidiu o STF: “O que prepondera é o interesse do menor e não a pretensão do pai e da mãe”.<sup>372</sup>

É justamente pela importância dada à infância e à adolescência sadias que o interesse concreto da criança é critério de decisão do juiz. Assim, o magistrado, “examinando a situação fática, determina a partir de elementos objetivos qual é, verdadeiramente, o interesse de determinado menor em determinada situação de fato”.<sup>373</sup>

Mas, pode-se questionar a forma, ou melhor, os meios através dos quais o magistrado pode-se convencer de que esta ou aquela situação proposta é mais segura para o infante, garantido-lhe a proteção de seus interesses. A resposta vem nas palavras de Eduardo Oliveira Leite, quando este afirma que:

[...] a Jurisprudência tem permitido precisar algumas tendências: o desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações

<sup>371</sup> DOLTO, Françoise, apud BAPTISTA, *ibid.* p. 291-292.

<sup>372</sup> Diário da Justiça da União, 20.12.67, p. 4.405, citado por CRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 64.

<sup>373</sup> *Idem*, *ibid.* p. 61.

afetivas e sua inserção no grupo social, a idade, o sexo, a irmandade, o apego ou a indiferença manifestada pela criança, como também as condições que cercam os pais, materiais ou morais. Todos esses elementos são caminhos que servem ao juiz para descobrir, caso a caso, o que lhe parece ser “interesse do menor”.<sup>374</sup>

Porém, é preciso que se tenha em mente que o interesse ao qual se refere aqui é aquele capaz de proporcionar à criança ou ao adolescente o completo desenvolvimento de sua personalidade de forma madura e racional, prevalecendo sempre o interesse moral sobre o material.

Grisard ressalta que algumas vezes sobrepõe-se o interesse material, de forma transitória sobre o moral, quando, por exemplo, sofre a criança de grave doença, necessitando de meios econômicos que suporte seu tratamento médico e/ou hospitalar. Exceto nesses casos, não se pode confundir maior aptidão pessoal ao exercício da guarda, com a capacidade econômica dela, ainda que muitos magistrados argumentem representar o fator econômico um meio garantidor de uma certa estabilidade psicológica da criança.<sup>375</sup>

Os princípios discutidos neste item comprovam que a multiparentalidade é, agora, inevitável, como bem enfatiza Anna Paula Uziel:

A pluriparentalidade parece, por um lado, inevitável, seja através dos novos arranjos familiares que se formam com os divórcios e recasamentos, seja através da circulação das crianças, ou ainda das novas tecnologias reprodutivas, embora a sociedade ainda resista a enxergá-la. A sacralidade da família nuclear talvez seja um dos impeditivos para a criação, até o momento, de termos que expressem esta pluralidade de laços. O jurídico é muitas vezes o pólo localizável de impedimento de mudanças. Por ingenuidade, má fé ou falta de atenção de quem faz uma afirmação desse gênero, esta instância encobre outros espaços de dificuldade que não são revelados. É muito mais difícil assumir a perplexidade da sociedade frente à necessidade de numerar ou nomear pais e mães para designar cada um do que imaginar uma certidão de nascimento com várias lacunas a preencher com nomes de pais e mães, significando um número menos controlável de pessoas para responder por um menor de idade. Os fantasmas e medos em relação ao sucesso ou fracasso da adoção por desconhecimento das origens; a hierarquia, não mais de direitos, mas social e cultural entre filiação natural e adotiva; as decisões da justiça nas disputas de guarda entre famílias biológicas e sociais; o medo da adoção de crianças

---

<sup>374</sup> LEITE, Eduardo Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: RT, 1997, p. 197

<sup>375</sup> GRISARD FILHO, op. cit. p. 63-64.

por homossexuais remetem, em última instância, à biologia. A idéia de multiparentalidade esbarra, assim, na soberania do biológico. A cientificidade das ciências naturais, garantida pela observação e mensuração, assegura à biologia o estatuto de verdade. É possível provar através da biologia; na dúvida, nada mais seguro. A certeza da transmissão, o desenvolvimento da genética e dos instrumentos para averiguá-la reforçam de forma definitiva as conclusões. Nessa perspectiva, atores coadjuvantes, o biológico e o modelo bipolar de família são suficientes para definir um núcleo de felicidade e normalidade garantidas.<sup>376</sup>

No estado Democrático de Direito, todos os princípios examinados somente terão eficácia, em toda sua dimensão normativo-axiológica, se surgir uma nova matriz interpretativa capaz de guindá-los à condição de *topos* hermenêutico do sistema jurídico constitucional, devendo o Direito de Família e o direito privado como um todo, renascerem da Constituição de 1988 com força renovada, à luz da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e, no âmbito das relações parentais, do melhor interesse da criança, entendida como ser-no-mundo, e não como objeto de disputa ou conveniências. Devem permear a relação familiar afeto, carinho e amor. Ainda que existam conflitos relativos a critérios/princípios de aferição de paternidade e, no cerne da discussão do presente, a possibilidade inclusive de uma multiparentalidade, deve-se ter em mente que a dignidade/interesse da criança são pré-existentes a qualquer arcabouço legal.

Mas, como vimos no item anterior, existe ainda hoje, em nossa Constituição, o princípio de que a família nasce do casamento e, por conseguinte, que uma pessoa somente pode ter um único pai e uma única mãe. E todos os princípios tratados até aqui podem, dependendo das circunstâncias, entrar em rota de colisão com o primeiro. Neste caso, deve preponderar o antigo princípio ou devemos trazer as novas formas de estruturação da família ao controle do Estado, que hoje tem essas situações como anormalidades? É possível harmonizá-los para admitir-se a multiparentalidade? Qual a melhor argumentação para se resolver um conflito de princípios? É o que ora passamos a analisar no próximo item.

---

<sup>376</sup> UZIEL, Anna Paula. "Tal pai, tal filho" em tempos de multiparentalidade. Expressão fora do lugar? Disponível em: <http://168.96.200.17/ar/libros/anpocs00/gt05/00gt0531.doc>. Acesso em 13 dez. 2006.

#### 4.4 A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS: A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY E A CRÍTICA POSTERIOR

A discussão acerca de princípios e regras não pode ignorar o tratamento da matéria desenvolvido por Robert Alexy, ainda que submetido a uma intensa crítica por parte da doutrina, cujas linhas fundamentais serão examinadas, por igual, aqui.

Começa o autor por distinguir regras de princípios. O critério correto, segundo ele, é o que preceitua que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. São, por isso, mandados de otimização. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Sendo válidas, devem ser observadas no exato sentido de seu texto, tendo em vista seu alto poder coercitivo e por conterem determinações no âmbito fático e jurídico. Já o princípio será materializado na medida do possível, observando-se as realidades fáticas e jurídicas necessárias à sua efetivação. A distinção, portanto, não é de grau, mas de qualidade.

Em caso de conflito entre regras, a colisão é solucionada pela análise da validade. Quanto aos princípios, deve-se concluir que um deve ceder ao outro, de acordo com as características do caso concreto, mas sem que isso implique invalidade de um em relação ao outro. Diante do caso concreto, os princípios têm diferentes pesos e deve primar o de maior peso, segundo uma *relação de precedência condicionada*. Em outro caso concreto, com outra relação de precedência, a solução pode ser invertida e aquele princípio que tinha menos peso passa a preponderar. Em outras palavras, a dimensão de peso, ou, segundo o tribunal constitucional, a *metáfora do peso*, é que resolve a colisão entre princípios.

Sobre esse tema, assevera Alexy:

*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las*

*posibilidades reales sinó también de las jurídicas. (...) En cambio, las reglas, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entoces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas, contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.*<sup>377</sup>

Assim, pode-se concluir que a colisão entre princípios se resolverá no campo dos valores e não no da validade, ou em outros termos, para Alexy, princípios podem ser equiparados a valores (uma vez que são valores positivados), sendo possível, desse modo, compará-los e medi-los. Podem ser aplicados a um caso concreto sem excluírem outros princípios/valores constantes do ordenamento.

Deve-se ter cuidado, contudo, para não confundir princípios e valores, conforme já explicado acima, pois o autor propõe uma equiparação entre ambos, não uma equalização, isso porque os princípios, enquanto normas, apontam para o que se considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor. Assim, mesmo tendo uma operacionalização idêntica aos valores, ainda assim, princípios apresentariam uma diferença básica diante deles.

Prosseguindo, o autor revela como se daria a atribuição das prioridades aos princípios, para efeito da ponderação sustentada. Uma alternativa é proposta pelo autor: o estabelecimento de uma ordem obtida através de: 1) um sistema de condições de prioridade; 2) um sistema de estruturas de ponderação e 3) um sistema de prioridades *prima facie*. Quer dizer, mediante uma decisão em um dado caso concreto, poder-se-ia defender a possibilidade de essa mesma decisão estabelecer relações de prioridade para outros casos concretos futuros, através da formulação de uma regra de colisão.

Alexy entende que as condições, sob as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o pressuposto fático de uma regra que determina as conseqüências jurídicas do princípio prevalecente, na medida em que os princípios confeririam apenas prioridades *prima facie*, ou seja, na ausência de princípios em sentido contrário. Nessas condições se estabelece a força aos argumentos a favor da

---

<sup>377</sup> ALEXY. Teoria... op. cit., p. 86-87.

prioridade de um princípio, criando certa ordem hierárquica. Destarte, ainda se abre a uma nova argumentação, não podendo ser tomada como uma determinação definitiva, mas traz para o opositor o ônus da prova em contrário.

Adiante, enuncia a sua lei de ponderação: “quanto mais alto seja o grau de descumprimento ou de desprestígio de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Tal lei de ponderação consiste na estrutura do princípio da ponderação em sentido estrito.

As concepções de Alexy provocaram e provocam intensa discussão doutrinária e inúmeras críticas. É oportuno examinar algumas delas, em especial, na linha de Gadamer, a defendida, entre nós, por Lênio Luiz Streck, quando nega o estabelecimento de uma ordem prévia de preferências, com base em decisões tomadas anteriormente e de maneira abstrata. A crítica sustenta a incorreção metodológica de aplicação de uma norma longe da perspectiva de um caso concreto, bem como a defesa de um método, de uma técnica, de um procedimento discursivo, para se chegar à resposta correta e à prevalência de um dos princípios em colisão. Como aponta Lênio Luiz Streck:

A verdade não é uma questão de método. Será, sim, uma questão relativa à manifestação do ser, para um ser cuja existência consiste na compreensão do ser. Ser, verdade, vida e história são concebidos a partir da temporalidade absoluta, e não da temporalidade enquanto qualidade de um eu a-histórico e transcendental, próprios da metafísica.<sup>378</sup>

Propõe, a corrente referida, que se deva buscar uma hermenêutica que entenda o direito num contexto constitucionalizante no sentido de efetivar a chamada constitucionalização do direito, sem recorrer ao estabelecimento de preferências abstratas, mas com os olhos postos no caso concreto.

---

<sup>378</sup> STRECK. *Hermenêutica...* op. cit., p. 199.

Seja como for, adotando-se a teoria de Alexy, ou a crítica hermenêutica, a resposta correta parece ser uma só: a da possibilidade e, mesmo, da necessidade do reconhecimento da multiparentalidade.

A essa conclusão pode-se chegar por vários caminhos. A Constituição proclama, no artigo 226 e seus parágrafos, não só a proteção da família, mas também um outro princípio, extraído daquelas normas, de que a família ou é fundada no casamento ou por união estável entre um homem e uma mulher. Daí decorrem diversos dispositivos do Código Civil que configuram a família e a união estável como laço que une um homem e uma mulher.

Têm-se, então, na Constituição da República, os princípios nupcialista e o biológico, já referidos, como fundamento da família e conseqüentemente da filiação, que enseja a compreensão de que esta há de ser proveniente de, apenas, um pai e, apenas, uma mãe. De outro lado, a mesma Carta consagra os princípios da dignidade da pessoa, da igualdade e da liberdade e, no plano da criança e do adolescente, o princípio da proteção integral, da paternidade responsável, do planejamento familiar e da afetividade.

Utilizando-se o método de Alexy, teríamos princípios em colisão. Diante desta colisão, é possível apontar um peso abstrato maior para o princípio da dignidade e da proteção integral da criança e do adolescente e um peso menor ao princípio fundante da família que a concebe como união entre um homem e uma mulher. A argumentação a favor da preferência apontada pode ser feita no sentido de que a dignidade da pessoa é, reconhecidamente, um valor axiológico de suprema envergadura, já reconhecido em inúmeras decisões precedentes.

Na outra etapa, a do estabelecimento do peso concreto, a ser examinado caso a caso, seria teoricamente possível afirmar que o melhor interesse da criança e do adolescente, ou o interesse do adulto de conhecer a sua origem biológica, implique conclusão que tais interesses só serão devidamente protegidos se se admitir que conste, em todos os assentamentos da pessoa envolvida, mais de um pai, ou mais de uma mãe.

Por fim, analisando a lei de ponderação sugerida pelo autor, chegar-se-á à conclusão de que a restrição imposta pelo resultado desta ponderação não importará sacrifícios maiores ao princípio que teve de ceder (do artigo 226 da Constituição), pois este continuará a ser o modelo adotado pela sociedade e pela lei brasileira para fundar a família no geral dos casos, desde que não importe diminuição da esfera de dignidade das pessoas.

Seguindo-se a linha hermenêutica, a solução não seria diferente, levando-se em conta as alterações por que passou o direito de família no período pós-Constituição de 1988. Antes da edição desta Carta, a família era aquela calcada na figura masculina como fonte de organização e poder, de onde emanavam todas as coordenadas, seja nos aspectos econômicos, sociais e até mesmo culturais. Era formada por uma mulher submissa, por filhos obedientes e por um marido provedor de sua casa e de sua prole. A prioridade quanto à administração, manutenção, proteção e chefia da família era própria do homem, que chamava para si todos os deveres e todos os direitos inerentes a ela.

Fomentada pelo rápido desenvolvimento e evolução social, essa visão estreita da família começou a ganhar abertura e foi, gradativamente, alcançando outros contornos que, por sua vez, foram absorvidos pela doutrina e pela jurisprudência e, posteriormente, pela Constituição Federal promulgada em 1988. Este diploma trouxe grandes transformações em seu Capítulo VII, mais precisamente do art. 226 ao art. 230, em que prevê proteção especial do Estado à família, base da sociedade.

Nesse sentido, importa ressaltar a afirmação de Maria Cláudia Crespo Brauner<sup>379</sup> que diz: “as modificações sucessivas pelas quais passou a família estão relacionadas principalmente a fatores de ordem econômica e política vivenciados em nossa sociedade.” Conseqüentemente, segundo aquela autora, a evolução dos costumes e as alterações familiares tiveram como base a nítida distinção (quanto à organização e ao relacionamento familiar) da noção de família.

---

<sup>379</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana. Revista do Direito – Departamento de Direito da Unisc, Santa Cruz do Sul, n. 14, p. 7-26, jul./dez., 2000. p. 9.

Sabe-se que, primeiramente, a família possuía uma abrangência evidentemente econômica, compreendendo todos os que diziam respeito a uma mesma estirpe, tais como os parentes consangüíneos, compreendia ainda os unidos por laços civis e ainda abarcava os escravos e os bens, pois, pelo conceito do direito romano, “a família se constituía de *personas et pecus*, ou seja, o gado também fazia parte dela, pois a família era um núcleo econômico...”<sup>380</sup>. Nesse sentido, Sérgio Buarque de Holanda<sup>381</sup> ensina que, especialmente nos domínios rurais, a família era organizada de modo a prevalecer como base e centro de toda a organização. Os escravos e os agregados dilatavam o círculo familiar e, conseqüentemente, a autoridade imensa do *pater familias*.

Por conseguinte, na nova acepção nuclear de família são consideradas

as pessoas que habitam sob um mesmo teto, em regra o casal e os filhos, economicamente dependentes dos pais. A família sofre um processo de encolhimento e a noção de família nuclear se implanta progressivamente como reflexo da transição entre o modelo de vida rural ao modelo urbano, observadas as contingências e desafios desta nova dinâmica familiar.<sup>382</sup>

Posteriormente, a família tradicional, constituída de pais e filhos, antes numerosa, tornou-se berço de grandes transformações, traduzidas em unidades familiares menores, compostas por um ou ambos os genitores e sua prole, formando a família tradicional ou a família monoparental.

Estas mudanças encontraram respaldo na à Constituição Federal de 1988, que reconheceu a pluralidade de formas familiares, desde aquela constituída pelo matrimônio até aquela baseada na união estável.

Assim, a interpretação acerca do instituto família só pode ser feita de maneira contextualizada no tempo e na história, reconhecendo-se as evoluções por que tem passado e que apontam para a afirmação da possibilidade de constarem mais de um pai, ou mais de uma mãe no assento de nascimento, em prol, especialmente, do

---

<sup>380</sup> VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Evolução histórica da família brasileira*. In: A família na travessia do milênio. (Rodrigo Pereira da Cunha, coordenador). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del Rey, 2000, p. 325-326.

<sup>381</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 81.

<sup>382</sup> BRAUNER, op. cit., p. 10.

princípio da dignidade e da proteção integral da criança ou do adolescente. É, portanto, a análise de cada caso em concreto que determinará o eventual afastamento do princípio tradicional de parentalidade.

## CONCLUSÃO

Nestes últimos tempos, o tema “Constituição” tem vindo à tona dos debates da esfera pública com uma frequência espantosa. Esta constatação, contudo, não leva à conclusão de que a Constituição realmente tem se efetivado na prática. Como aponta Lênio Streck, está muito longe ainda o Brasil de alcançar uma efetiva aplicação da Constituição, chegando a denominar essa inefetividade de “baixa constitucionalidade”.

Pode-se observar que, na praxe forense, os juízes evitam utilizar seu poder de controle difuso de constitucionalidade, e os tribunais fogem ao uso do incidente de declaração de constitucionalidade. Do mesmo modo, evita-se as contemporâneas técnicas de interpretação e controle da constitucionalidade (interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, por exemplo).

O direito – pelo menos atualmente – só tem sentido se for entendido não apenas como mera técnica inflexível de pacificação de conflitos sociais, mas também como um agente transformador em defesa dos valores permanentemente reconstruídos pela sociedade e que estejam salvaguardados pelos idealizados parâmetros constitucionais. Não bastam princípios inovadores, se o processo de pacificação de conflitos é um processo neutralizador, em que as partes vêm assepiadas, tão limpas de conflitos ideológicos e afetivos que permitem uma intervenção jurídica igualmente limpa, e, portanto, mecânica, em moldes idealizados, que não concede o exigível espaço para o inevitável movimento da vida.

As normas jurídicas quase sempre trabalham com categorias abstratas e idealizantes, muitas vezes desconectadas da realidade, vinculando-se a um tempo ido ou a um tempo que não existe. Neste trabalho partimos da premissa de que um positivismo estrito é inimigo do tempo histórico. Todavia, agrada aos adeptos de uma segurança jurídica superdimensionada a crença de que se algum instituto jurídico remonta a Roma será mais seguro, pois terá sofrido o teste do tempo.

O direito não pode operar desta maneira, sob pena de desvincular-se justamente de seus pressupostos constitutivos, quais sejam, os processos de modificação da sociedade. Aliás, esta fase do constitucionalismo trata exatamente do resgate das promessas não cumpridas da modernidade: a de proporcionar liberdade, fazer justiça social, construir uma sociedade solidária, e assim por diante, bastando para tanto examinar o texto compromissório da Constituição de 1988.

Esta vinculação com a realidade permite a emergência perceptiva dos multifacetados conflitos que envolvem as questões de família. E, afinal, família é realidade. É faticidade. Muitas vezes, a magistratura brasileira, por estar apegada a uma tradição inautêntica (no sentido que Gadamer dá a essa palavra, isto é, de ilegitimidade) - que não permite o novo constitucional - sofre das mesmas agruras que os outros operadores jurídicos: não consegue escapar dos formalismos e das soluções pré-elaboradas de maneira *standart* pela lei e pela doutrina mais conservadora, procurando razões quaisquer para encaixar um fato multifacetado a uma moldura que aceita apenas um plano. É um eterno retorno ao modelo subsuntivo.

Este trabalho, em vários momentos, alertou para esta necessidade, corroborando a hipótese da multiparentalidade partir de argumentos que devem ser reproduzidos para responder às indagações expostas na introdução, quais sejam:

- a) A multiparentalidade é ou já foi aceita em outros grupos sociais?
- b) É da natureza humana que a estruturação da família ocorra somente pelo casamento?
- c) O fenômeno da Constitucionalização do direito influenciou o direito de família?
- d) Em que medida os princípios constitucionais limitam ou libertam os conceitos de família e os papéis representados pelas pessoas dentro dela?
- e) Há bases teóricas para aceitação da multiparentalidade?
- f) É o Estado que deve impor como a família deve se estruturar, ou seria a sociedade a ditar para o direito as formas a serem acolhidas?

- g) Os critérios nupcialista e biológico devem ser os únicos a orientar o caminho do reconhecimento da parentalidade?
- h) A Constituição de 1988 trouxe princípios colidentes relativamente à parentalidade?
- i) No caso de haver conflitos, a teoria nos oferece caminho para solucioná-los?

Existem várias possibilidades de conceituar família e todas elas giram em torno da idéia de um agrupamento reunido a partir de algum laço. Historicamente, estes laços envolveram relações de sangue, isto é, de descendência genética, mas também envolveram a subordinação a um líder. Em que pese apontarem os estudos para a formação da família pela relação monogâmica entre um homem e uma mulher ser encontrada na maioria das sociedades, verdade é que outros modelos também foram descobertos e discutidos por antropólogos como Morgan, Bachofen, Engels e Lévi-strauss. Nestes modelos, em que se admitiam casamento por grupos e prole com muitos pais e muitas mães, falar em multiparentalidade não parece ser algo desconhecido do ser humano e que viole sua natureza ou sua sociabilidade.

O direito romano apontou na direção de que família não é uma instituição apenas privada, de modo que a legislação pública poderia sobre ela normatizar. Posteriormente, o direito canônico deu cunho sagrado ao matrimônio passando este a ser visto como essência e natureza da formação da família.

Com o passar do tempo e o gradual surgimento do pluralismo de confissões, nasce uma onda de liberalização que atinge a era dos códigos. A família, antes regida basicamente pela religião, passa a ser tutelada pelo Estado. Contudo, o casamento, ainda sob influência ideológica do poder espiritual, prevalece como ponto de partida para a constituição da família.

No Brasil esta evolução não difere muito, pois a história brasileira é profundamente marcada pela visão patriarcalista, em ambiente onde vige, sob o prisma econômico, uma contraditória mistura de liberalismo e escravagismo, e sob o ângulo dos costumes, um conservadorismo exacerbado, sob forte influência religiosa.

No século XX, paulatinamente, vão se produzindo uma série de transformações, tais como, uma maior flexibilidade na moral pública, maiores possibilidades de extinção do vínculo matrimonial e aceitação de uniões informais e, nesse processo, refletiram-se as mudanças por que passou o papel da mulher. Cada vez mais, aceitam-se ou toleram-se aqueles que se separam, que tem relações homossexuais, que constituem a família de maneira diferente – não-cristã – e que buscam, de algum modo, na ciência a solução para seus problemas de afetividade. O conservadorismo vai ruindo com os novos costumes que vêm arrastando a velha ordem, principalmente a partir da década de 60.

Seguindo uma linha privatística, a história constitucional brasileira demonstra pouca preocupação com a família, problema que só é resolvido em 1988. A partir da entrada em vigor da nova Constituição da República, todavia, a família ganha outra dimensão, e passa a privilegiar o valor afeto para reconhecimento de vínculo familiar.

Juridicamente, tem-se, agora, uma família formada pelo casamento, com filhos sangüíneos, adotados ou fruto de reprodução assistida. Admite-se, ainda, que a família resulte de uma união estável, de um homem com uma mulher ou - e cada vez mais - de companheiros do mesmo sexo, com aquelas mesmas relações de filiação. Finalmente, a família pode ser monoparental, com apenas um dos pais e seus filhos. Vê-se, portanto, que o casamento não é da essência, nem da natureza para reconhecimento da formação da família.

Mas não é só neste aspecto que Constituição de 1988 inaugura uma nova era no ordenamento jurídico brasileiro. A partir dela, surge uma preocupação com a legitimidade da norma, descolando-se a discussão do campo da mera vigência para o de sua validade. Neste ponto destacam-se os princípios jurídicos inseridos na Constituição que, representando as escolhas fundamentais da nação brasileira, passam a funcionar como mandamentos nucleares que imantam as demais normas do sistema, validando-as ou não. Conseqüentemente, todo o ordenamento jurídico passa a ser compreendido de forma diferenciada, movimento de que o Direito de Família não escapa.

O Direito de Família passa a ser, então, constitucionalizado, o que representa a necessidade da leitura de suas normas sob a ótica da principiologia e das regras inseridas na Constituição. Isto não significa que se tenha mais e mais o Direito intervindo na esfera privada. Pelo contrário, deseja-se uma maior reflexão qualitativa, isto é, sobre o que é justo e socialmente adequado ao tempo histórico vivido, além de constitucionalmente correto. Os princípios da dignidade da pessoa humana (princípio vetor), da igualdade, da liberdade, da solidariedade familiar, da afetividade, da paternidade responsável, do planejamento familiar e do melhor interesse da criança irradiam seus efeitos por sobre as demais normas infraconstitucionais, libertando o conceito de família e gerando novos papéis para as pessoas que estão no seu interior.

É justamente neste ponto que a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas pode contribuir. O mundo da vida, da afetividade, da subjetividade vem sendo colonizado pelos sistemas e pelos meios de comunicação sem linguagem, como o dinheiro e o poder, fazendo prevalecer muitas vezes a razão instrumental e a burocracia. Por isso, na linha do pensador alemão, entendemos que o direito tem potência para produzir soluções em um contexto tensionado pela diversidade de visões dos diferentes grupos em um mundo multicultural. Isto porque, pensado sob o prisma democrático, é o *locus* próprio do consenso, em que as pessoas em litígio podem dialogar de maneira franca e honesta em um ambiente em que se privilegie a ação comunicativa,

Certamente que não estamos propondo um direito impositivo, regravativo, mas um direito que esteja metodologicamente apto a produzir regras jurídicas concretas, que possam contemplar os valores e diferenças dos diversos grupos a que se destinam as decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário. Por isso, estabelecendo pautas de conduta oriundas de processos de deliberação política legítimos, o direito exerce importante função civilizatória e o exame qualitativo de suas normas torna-se oportuno quando se verifica a intervenção do Estado na família, sob pena de impor impõe um código burocrático a um grupo que é regido pela comunicação afetiva.

No direito de família, por exemplo, essa burocracia pode se revelar por preconceitos que restrinjam a filiação a determinadas formas. Assim foi no Brasil, onde, durante muito tempo, só a filiação sangüínea relativa a um matrimônio legítimo era aceita.

Em nosso país, atualmente, existem três critérios para a atribuição jurídica de filiação: nupcialista, biológico e socioafetivo. Nenhum deles, contudo, resolve o problema da multiparentalidade, motivo pelo qual se deve buscar na principiologia constitucional a solução para o caso.

Veja-se, entretanto, que nunca foi aberta a possibilidade de a família construir as regras de seu tempo, isto é, ela mesma delimitar sua constituição, papel que sempre coube ao Estado. O tempo hoje é de reflexão e mudança. A Constituição de 1988, com os novos princípios trazidos, rompeu os limites impostos às configurações familiares e transferiu à sociedade a função de ditar para o Estado a forma pela qual deseja estruturar-se, admitida aí, inclusive, a multiparentalidade. Este quadro somente se vislumbra por completo na medida em que os juristas tomem consciência do caráter normativo dos princípios, nos termos estabelecidos, principalmente, por Alexy, assim como da importância real da Constituição como elemento que constitui-a-ação para o povo brasileiro, no dizer de Lênio Streck.

Toda esta revisão tornou-se necessária para, finalmente, alcançar-se, de modo satisfatório, a corroboração da hipótese aventada.

A primeira reviravolta copernicana da contemporaneidade tinha sido o giro lingüístico (*linguistic turn*), isto é, a descoberta de que não há laços essenciais que ligam a linguagem aos fenômenos designados. Por outro lado, este processo não é arbitrário, porque a prática lingüística das pessoas está vinculada a usos e a uma tradição herdada, que justamente possibilitam a inserção na linguagem, que, por sua vez, permite o acesso ao mundo.

Esta constatação, simples de um lado, mas genial de outro, permite uma outra, essencial ao Direito: a de que as normas são construções mentais que se fazem a partir dos textos e de que estes só podem ser compreendidos justamente pela

vinculação do intérprete à tradição. Os textos, portanto, devem ser levados a sério, como bem poderia dizer Ronald Dworkin.

O texto é importante, principalmente quando é produto de um processo democrático em que fora inserida uma substância, um comando. O texto constitucional é mais importante justamente porque seu processo de produção seguiu um procedimento bastante democrático e seus conteúdos são mais essenciais.

Não é possível, deste modo, que o intérprete esteja desvinculado do texto. Mas o texto, quando interpretado em um procedimento regido por uma matriz onde se permite a criatividade e se percebe a realidade da diferença ontológica (*ontologische Differenz*), isto é, vinculação/não-coincidência entre texto e norma, dá azo a uma leitura correta, adequada à situação concreta.

Esta “descoberta” dos princípios e de suas capacidades operativas consubstanciam-se na segunda reviravolta copernicana no Direito. O Direito passa a ser, então, expressão normativa de duas espécies: princípios e regras. Ambas devem interagir e se concretizar no caso, obedecendo essa diferença ontológica, nos termos da teoria desenvolvida por Robert Alexy e seus seguidores, que serviu de suporte teórico para, a partir do reconhecimento da multiparentalidade como fenômeno social inequívoco, desenvolver linhas argumentativas e interpretativas capazes de legitimar seu reconhecimento pelo direito.

É precisamente isto que se tentou construir no caso: uma resposta correta à questão que se coloca nas situações fáticas em que melhor seria reconhecer a dois (ou mais) pais, ou a duas (ou mais) mães uma filiação relativa a uma criança em um ordenamento jurídico que, *prima facie*, não aceita isto em seu rol de soluções pré-elaboradas. Esta construção é, contudo, perfeitamente razoável, e, acima disto, constitucionalmente compatível.

Os princípios constitucionais consagram como normas a liberdade dos cidadãos, a dignidade e o melhor interesse da criança. A dignidade garante a possibilidade de a pessoa expressar afetividade e, assim, ser feliz. A liberdade como

norma constitucional impõe a idéia de que existem múltiplos caminhos para o alcance desta felicidade, e que estes caminhos devem ser respeitados. A liberdade também libera o tempo da família, permitindo novas organizações familiares, antes não previstas ou mesmo imaginadas. Finalmente, o princípio do melhor interesse da criança abre a porta para a percepção de que a felicidade e estabilidade de uma criança vale mais do que o desconforto de uma tradição rompida: a socialização se constrói, não se impõe. Se, no caso concreto, efetivamente existe um sentimento de paternidade ou maternidade para com mais de uma figura, que se reconheça juridicamente isto: é assim que a Constituição constitui!

Numa palavra final: a grande conquista do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito foi trazer de volta os valores subtraídos pelo positivismo. Não é desarrazoado afirmar, destarte, que a principiologia constitucional introduz uma espécie de “ideal de vida boa na Constituição”, como afirma Lenio Streck, na esteira de Ralf Dreyer; ou, como bem assenta Habermas, a principiologia representa a co-originariedade entre direito e moral. Tais circunstâncias são fundamentais para a interpretação dos assim denominados, na linha dworkiniana, *hard cases* (casos difíceis),. Nessa colisão de princípios – e os casos difíceis só ocorrerão nestas hipóteses – o que determinará a resposta correta (isto é, a resposta adequada à Constituição) será a compreensão do papel dos princípios, que darão sentido à insuficiência da regra. Por isso, para o caso aqui levantado, os princípios constitucionais, objetivando um “ideal de vida boa” para a criança, apontam claramente para o reconhecimento da multiparentalidade, abrigando-a sob o manto da juridicidade nos casos em que a realidade o exigir.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, J. B. Torres. *Da investigação de paternidade. (Teorias e formulários)*. São Paulo: Albuquerque Editores Associados, 2000,

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da Doutrina Social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ARNAUD, André-Jean (Org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.

ASSIS, Reinaldo Mendes de. União entre homossexuais: aspectos gerais e patrimoniais. Disponível em: [jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2432](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2432). Acesso em: 5 out. 2004.

BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e direito de visita. *Direito de Família: a família na travessia do novo milênio*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) Belo Horizonte: IBDFAM, OAB/MG, Del Rey, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Curso de Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. ed. 2. revis. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993,

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste dos Santos. São Paulo: Polis; Brasília: UNB, 1989.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTTOMORE, T.B. *Introdução à Sociologia*. Trad. Waltensir Dutra e Patrick Burglin. 9. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Nascer com dignidade frente à crescente instrumentalização da reprodução humana*. Revista do Direito – Departamento de Direito da UNISC, Santa Cruz do Sul, n. 14, p. 7-26, jul/dez., 2000.

BRAVO, M. C.; SOUZA, M. J. U. *As entidades familiares a e Constituição*. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665>>. Acesso em: 18 fev. 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da personalidade*. 2. ed., Coimbra, 1992.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário*. Fundamentos Jurídicos da Sucumbência. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 61.

CASTRO, Flavia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CORTIANO JÚNIOR. Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. CURY, Amaral e SILVA, Mendez (coordenadores). São Paulo: Malheiros.

COULANGES, Numa Denis Foustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um Novo Modelo de Responsabilidade Parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. v. II, D – I. São Paulo, Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DELGADO, Mário. *O novo Código Civil e a inseminação artificial*. Prática Jurídica, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 14-15, abr.2002.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família e o novo Código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.9-10.

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

DIREITO de Família. Conviventes. Disponível em:  
<<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=33>> Acesso em: 18 fev. 2004.

DIREITO de Família. Entidade Familiar. Disponível em:  
<<http://www.direitodefamilia.com.br/Materia.asp?CodMater=46>> Acesso em: 18 fev. 2004.

DIREITO de Família. União Estável. Disponível em:  
<<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=65>> Acesso em: 18 fev. 2004.

DREYER, Ralf. *Derecho y Justicia*. Bogotá, Temis, 1994.

DURHAM, Eunice. *A família e a mulher*. Cadernos CERU. v. 18. São Paulo: USP, 1983.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999,

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo W. (Coord.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*. v. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

FACHIN, Luiz. Edson. . *O avesso da mulher no direito*. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1995.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 133.

FINGER, Júlio César. *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. *Paternidade Biológica X Paternidade Declarada: Quando a Verdade Vem à Tona*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, Belo Horizonte: IBDFAM, v.4, n.13, abr./jun., 2002 v.4, n.13 abr./jun. 2002.

GENOFRE, Roberto Maurício. *A Família Contemporânea em Debate*. São Paulo: Cortez Editora, 2002,

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GOODY, Esther. *Parenthood and Social Reproduction: Fostering and Occupational Roles in West Africa*. New York: Cambridge University Press, 1982.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *O Suicídio de Werther* (e algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana). Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 45, out./dez. 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *La necesidad de Revisión de la Izquierda*. Madrid: Tecnos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa*, II: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito Civil – estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução por Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2. ed. São Paulo: Globo, 2001.

IBIAS, Delma Silveira. *Homossexualidade*. Discussões Jurídicas e Psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *The war and the women's employment: the experience of United Kingdom and the United States*. Montreal: ILO, 1946. Disponível em [www.ilo.org](http://www.ilo.org), com acesso em 22 de março de 2005.

JHERING, Rudolf Von. *Geist des römischen rechts auf den verschiedenen stufen seiner entwicklung*. 7. ed, Lipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Haertel, v.2, 1ª parte, 1929.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri, SP: Manole, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais - A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, v. 1

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: RT, 1994.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Famílias monoparentais*. São Paulo: RT, 1997.

LÈVI-STRAUSS, Claude. A família. Trad. Robert Coracy e Joanna Coracy. In: SHAPIRO, Harry L. *Homem, cultura e sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1980.

LIMA, Taísa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. Revista Brasileira de Direito de Família. N. 13, abr/mai/jun/2002,

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. v. 5. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, P. L N. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para além do numerus clausus*. In: Família E Cidadania – o novo CCB e a vocatio legis. 2002, Belo Horizonte. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. O direito de família e a constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto Bittar. São Paulo: Saraiva, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <[jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752)>. Acesso em: 22 mar. 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética*. In: Revista Brasileiro de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFam, v. 5, n. 19, Ago/Set, 2003.

MADALENO, Rolf H. *A sacralização da presunção na investigação de paternidade*. In: Síntese Jornal. Porto Alegre, a 3, n. 29, p. 10-18, jul. 1999.

MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000,

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. 2 ed. (reimpressão): Coimbra, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. VI. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Vol. 3. São Paulo: Atlas S. A, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: Revista de Direito Civil, 1993, n. 65.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador: Ingo Wolfgang Sartet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

OLIVEIRA, Fátima. *Expectativas, falências e poderes da medicina da procriação: gênero e bioética*. In: SACAVANE, Lucila (Org.). Tecnologias Reprodutivas: gênero e ciência. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 188.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família* (direito matrimonial). Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1990.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.

OST, François. *O tempo do Direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Edusc, 1999.

PASSOS, Eduardo Pandolfi. *História da Reprodução Assistida: Lições aprendidas e desafios futuros*. Disponível em: [www.sbra.com.br/publicacoes.asp](http://www.sbra.com.br/publicacoes.asp). Acesso em: 12 jul. 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Revista CEJ, Brasília, n. 30, p. 70-80, jul./set. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In.: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Tendências modernas do direito de família*. *Ajuris* n. 42/52-86.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática*. *Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del-Rey, 2000.

PÉREZ, Jesús Gonzalez. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 59, apud SARLET, 2002.

PINTO, F. Cabral. *Leituras de Habermas: modernidade e emancipação*. Coimbra: Fora do Texto, 1992.

RIBEIRO, Simone Clos Cesar. *As inovações constitucionais do Direito de Família*. Disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3192). Acesso em: 05 out. 2004.

RIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafe, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: AIDE, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. v. 2. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994,

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Revista Interesse Público, n. 04, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 6 . 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Eitor, 1999.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial. Porto Alegre, 2001. Disponível em: <http://www.nominimo.com.br>. Acesso em: 20 dez. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002,

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.

SHAPIRO, Harry L. *Homem, cultura e sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1980.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. Thex Editora, 1996.

SPENGLER, Fabiana Marion. Alimentos – da ação à execução. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UZIEL, Anna Paula. “Tal pai, tal filho” em tempos de multiparentalidade. Expressão fora do lugar?. Disponível em:  
<http://168.96.200.17/ar/libros/anpocs00/gt05/00gt0531.doc>. Acesso em: 13 dez. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. v. 6. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VERUCCI, Florisa. *O direito de ter pai*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (org.). *Grandes temas da atualidade- DNA como meio de prova da filiação* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Evolução histórica da família brasileira*. In: *A família na travessia do milênio*. (Rodrigo Pereira da Cunha, coordenador). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del Rey, 2000.

VILLELA, João Baptista. *O Modelo Constitucional da Filiação: Verdade & Superstições*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 1999.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

WELTER, Belmiro Pedro. *Investigação de paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-Rom n. 40. Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

YALOM, Marilyn. *A História da esposa*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.