XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

EUDES VITOR BEZERRA

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, João Paulo Allain Teixeira, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-302-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Constitucional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A teoria civilista, na contemporaneidade, encontra-se, cada vez mais, adstrita aos preceitos constitucionais, ao passo que nos dias atuais a constitucionalização do Direito Civil é tema recorrente na academia, nas pesquisas, nos trabalhos científicos, bem como em vários congressos de direito realizados no Brasil e no mundo.

No XXV CONGRESSO DO CONPEDI, que teve como tema "Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito", promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito — CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado na cidade de Curitiba (Paraná) entre os 7 a 10 de dezembro de 2016, não foi diferente, porquanto o Grupo de Trabalho (GT) de Direito Civil Constitucional I, serviu de palco para calorosos e profundos debates envoltos a constitucionalização do Direito Civil.

Acreditamos que democratização da informação e a amplo acesso à rede mundial de computadores, apresenta-se como um núcleo de estabilização da relação entre cidadãos e instituições, cidadãos e seus representantes, ou seja, fomenta uma junção das relações interpessoais alicerçadas pelos direitos fundamentais, fato que viabilizar o Direito Civil Constitucional ser posto em voga.

Nesse contexto, temas como liberdade de expressão e direito da personalidade; capacidade civil das pessoas com deficiência; direito de propriedade e desapropriação; eficácia dos direitos fundamentais; responsabilidade civil e a tutela da pessoa humana; responsabilidade dos notários e registradores públicos; dignidade da pessoa humana no contexto constitucional luso-brasileiro; paradigma libertário do "right to privacy" norte americano; concepção; nascimento e vida indesejada e a possibilidade de reparação; criogenia; curatela em matéria assistencial e pessoa com deficiência; importância dos princípios constitucionais na responsabilidade civil por danos materiais e morais; discricionariedade judicial; parentalidade e o parentesco e a manutenção das famílias contemporâneas; informação e poder: proteção dos dados pessoas na internet; naturalização da família; incapacidades no direito civil brasileiro e argentino; e, saúde mental, demonstram como a constitucionalização do direito civil vem sendo abordada no nosso país e no mundo.

Sendo que o diálogo em direito privado e os direitos fundamentais norteou os exímios artigos científicos que foram apresentados no XXV CONGRESSO DO CONPEDI e que compõe a presente obra.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de um conjunto de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra, cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra - Universidade Nove de Julho – Uninove

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - Universidade Católica de Pernambuco

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa - Universidade Federal da Paraíba

O DISCURSO JURÍDICO E A NATURALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

LEGAL SPEECH AND THE NATURALIZATION OF FAMILY

Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri [1]
Joana de Souza Machado [2]

Resumo

Este artigo, tendo Bourdieu como referencial teórico, e por um método de reconstrução de abordagem, procura analisar o impacto do modelo normativo da família nuclear burguesa no campo legal. Tenta demonstrar, por meio de revisão de literatura e estudos de caso, a hipótese de que a construção e desenvolvimento deste modelo produziram e continuam a produzir violência simbólica, marginalizando experiências e projetos de vida que não se encaixam nele.

Palavras-chave: Família, Modelo normativo, Pluralismo

Abstract/Resumen/Résumé

This article, taking Bourdieu as a theoretical framework, and by a reconstructive method of approach, seeks to analyse the impact of the normative model of bourgeois nuclear family in the legal field. It attempts to demonstrate, through literature review and case studies, the hypothesis that the construction and development of this model have produced and remain to produce symbolic violence, marginalizing experiences and life projects that do not fit it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family, Normative model, Pluralism

[1] Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFJF. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. E-mail: smcnegri@yahoo.com

[2] Professora da Faculdade de Direito da UFJF. Doutoranda e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional - PUC-Rio. E-mail: joana.machado@ufjf.edu.br

1. INTRODUÇÃO

Falar sobre o direito de família é falar, antes de tudo, sobre a própria família, e principalmente sobre a diversidade de relações que se descortinam sobre aquele nome. As incertezas e indefinições que marcam o assunto fazem com que exista um grande hiato entre os padrões tradicionais de família, aceitos pelo senso comum, e a realidade da família contemporânea que, a princípio, mostra-se arredia a qualquer tipo de padronização.

Tradicionalmente, o legislador sempre procurou disciplinar a família a partir de um modelo normativo preconcebido, que envolveria o pai, a mãe e os filhos, reunidos em um lar em função do casamento. Ao contemplar esse modelo, o Direito, ao mesmo tempo que reproduzia as crenças, valores e regras que permeavam toda essa estrutura familiar, combatia qualquer relação que se mostrasse distante dessa concepção.

O presente artigo, tomando Bourdieu como referencial teórico, e sob método reconstrutivo de abordagem, procura refletir sobre a repercussão desse modelo no campo jurídico. Busca demonstrar, por meio de revisão bibliográfica e estudo de casos, a hipótese de que a construção e desenvolvimento desse modelo normativo no direito de família produziram e permanecem a produzir violência simbólica, marginalizando experiências e projetos de vida que não se amoldem a ele.

2. A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO: A FAMÍLIA E O SENTIMENTO DE FAMÍLIA

De acordo com Ariès, não se poderia confundir a família, enquanto grupo de pessoas, com o sentimento de família, que nem sempre esteve presente na sociedade ocidental.[1] Esse sentimento estaria associado à intimidade do lar, à ideia de que a casa deveria garantir a privacidade do casal e de seus filhos, como um importante refúgio existencial, no qual as relações estabelecidas no interior da família deveriam ficar reservadas aos próprios membros da família.

O motivo da ausência do sentimento de família na Idade Média estaria centrando no fato de que a casa não representava um lar, capaz de preservar a intimidade do casal e de seus filhos. As famílias daquela época eram formadas em torno da ideia de "linhagem, que estendia sua solidariedade a todos os descendentes de um mesmo ancestral"[2], fazendo com

[1] ARIÈÉS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1981.p. 211.
[2] Ibid., p. 211.

que avós, pais, filhos, sobrinhos e netos vivessem sobre o mesmo teto. Durante esse período, a família tinha como principal função garantir a transmissão dos bens e do nome, para que fosse, assim, assegurada a continuação da linhagem e de sua honra.

Além do grande número de componentes, não havia na época uma delimitação clara entre os espaços da família e da sociedade. As relações de trabalho se confundiam com a própria vida privada, estando a casa sempre aberta para os empregados, clientes, amigos, e os demais membros da comunidade. Quanto mais a sociedade se fazia presente nas relações familiares, menor era a sensibilidade sobre o significado de viver em família. A ausência desse sentimento fazia com que o homem da época vivesse no meio da comunidade, de suas festas, cultos, assembleias, como se todos tivessem que necessariamente viver em público.

A partir do final do século XVIII, e principalmente ao longo do século XIX, percebe-se uma importante ruptura com a estrutura da família extensa medieval. O mundo moderno, apoiado na vida urbana, na industrialização e no capitalismo, despertava agora a atenção das pessoas para a vida privada. O trabalho já não era mais exercido em casa, mas nas fábricas e indústrias, sendo que a disputa pelo emprego, cada vez mais acirrada, afetava as relações sociais da época. No lugar da família aberta, que marcara a Idade Média, o casal juntamente com os seus filhos buscava agora a proteção do lar.

É exatamente em face desse novo cenário que se desenvolve um novo modelo de família: a família nuclear burguesa, formada apenas pelos pais e seus filhos, isolados em suas casas. Essa transformação na estrutura da família, associada primeiramente a uma drástica diminuição do número dos seus componentes, produzia conseqüências também na forma de se conceber a própria família. A busca pela intimidade do lar aproximava ainda mais os membros da família, unidos agora por um sentimento mais intimista.

A grande influência da família nuclear burguesa na sociedade da época criou a falsa ilusão nas pessoas de que a noção de família envolveria necessariamente aquele padrão, composto por um casal e seus filhos. A presença desse modelo no imaginário das pessoas é tão intensa, que até mesmo os autores que procuraram analisar a história da família costumam projetar sobre o passado um olhar que se mostra nitidamente preso às estruturas do presente. Quando isso acontece, plasma-se uma "história progressista", que, ao desconhecer a autonomia do passado, celebra o presente como o único modelo de explicação possível, como se existisse um padrão universal de evolução.[3]

[3] Esse modelo progressista é retratado muito bem por Antóonio Manuel Espanha em sua análise sobre a forma tradicional de se conceber a história do direito: "Isto leva a uma perspectiva deformada do campo histórico, em que os objetos e as questões são recortadas a partir do modo de ver e conceber o Direito nos dias de hoje. Assim,

Nesse momento, é preciso perceber que o historiador, como um intérprete do passado, cria mais do que descreve, de forma que o sentimento apontado acaba dizendo mais sobre o próprio autor, sobre suas crenças e preconceitos, do que propriamente sobre um determinado contexto histórico.

Como na Europa, o Brasil também teve os seus modelos de família. No entanto, é importante perceber que os modelos desenvolvidos para análise da sociedade europeia não podem ser simplesmente transpostos para a realidade brasileira.

3. A FAMÍLIA NUCLEAR NO BRASIL: ENTRE O CÓDIGO DE 1916 E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1. O Código Civil de 1916 e a família nuclear burguesa

O direito de família, segundo a concepção estabelecida pelo Código Civil de 1916, deveria estruturar as suas regras para a proteção e promoção da família fundada no casamento. Nesse contexto, forjava-se um discurso jurídico preocupado apenas com a manutenção da estabilidade da família matrimonial, de modo que o casamento deveria ser considerado indissolúvel, sendo permitido apenas o desquite, que não acabava com o vínculo matrimonial, mas apenas com alguns deveres dos cônjuges.

Qualquer outra realidade, que não seguisse o padrão aceito, não seria considerada digna de tutela pelo ordenamento da época, devendo, assim, ser combatida. Assim, as relações não fundadas no casamento eram quase que invisíveis para o Direito, que apenas se referia aos vínculos extramatrimoniais para impedir que a concubina pudesse ser beneficiada por testamento ou doações feitas pelo cônjuge.[4]

A necessidade de se preservar a estabilidade da família matrimonial fazia com que o Código também estipulasse uma distinção entre os filhos, de forma a impedir, em um primeiro momento, que os filhos havidos fora do casamento pudessem ser reconhecidos pelos pais que se encontravam casados. Desse modo, além de constituir a "verdadeira" família, o casamento tinha também o condão de estabelecer distinções entre os filhos, separando-os em legítimos e ilegítimos, sendo que aqueles rotulados no segundo grupo,

---

o presente é imposto ao passado; mas para além disso, o passado é tornado prisioneiro de categorias, problemáticas e angústias do presente, perdendo a sua própria espessura e especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de arrumar os temas, de colocar as questões e de as resolver." HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia***,** Lisboa: Europa-América, 1997.

[4] De acordo com o Código Civil de 1916 não eram permitidas doações ou que o cônjuge contemplasse a concubina como sua herdeira, sendo também proibida a sua inclusão em contrato de seguro de vida, como beneficiáaria do cônjuge.

como os adulterinos e incestuosos, eram condenados a viver à margem do universo jurídico.[5]

Ao mesmo tempo, o legislador buscava assegurar uma rígida hierarquia entre os membros da família, que fosse capaz de refletir a divisão sexual e etária de funções. Com efeito, os direitos e deveres eram estabelecidos de acordo com o papel que deveria ser realizado na cena doméstica. No interior dessa estrutura hierarquizada, competia ao marido, enquanto chefe da sociedade conjugal, exercer o controle e a autoridade sobre a mulher e os filhos. Para tanto, o Código lhe conferia, exclusivamente, o direito de estabelecer o domicílio do casal, de administrar o patrimônio comum e de representar legalmente a família. [6]

A mulher, considerada relativamente incapaz, dependia da assistência do marido para a prática dos atos da vida civil, sendo que somente poderia trabalhar com a autorização do cônjuge.[7] Nesse cenário, o ordenamento jurídico, ao disciplinar uma verdadeira monarquia patriarcal, acabava legitimando a dominação masculina no âmbito familiar, impedindo que a mulher pudesse desenvolver a sua personalidade de forma livre e autônoma. Por outro lado, é importante perceber que a própria autonomia do marido-pai se mostrava comprometida, na medida em que a sua autoridade e poder não decorriam do respeito a uma pessoa específica, mas do papel e da função que eram desempenhados por aquele indivíduo.

Resta claro que o modelo engendrado pelo ordenamento fazia com que os membros da família tivessem as suas aspirações relegadas a um segundo plano. O valor da instituição deveria se sobrepujar aos interesses de seus integrantes, como se a família representasse um fim em si mesma. O olhar do Direito, voltado apenas para o todo, ou seja,

---

[5] Como destaca Carlos Roberto Gonçalves: "" Filhos legítimos eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua vez, em naturuais e espúrios. *Naturais,* quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. *Espúrios* ,quando a lei proibia a união a conjugal dos pais. Estes podiam ser *adulterinos*, se o impedimento ressultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados,e *incestuosos*, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã"``. GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*-v. VI.Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2006.

[6] De acordo com o artigo 233 do Código Civil de 1916: ""O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. I- Compete-lhe: a representação legal da família; II a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incubir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou do pacto antenupcial; III o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;"``

[7] Artigo 242 do CodigoCódigo Civil de 1916: ""A mulher não pode, sem a autorização do marido: I- praticar atos que este não poderia sem o consentimento da mulher; II- alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime de bens; III- alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; IV contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal."``

para a manutenção da instituição, acabava negligenciando a trajetória individual de cada integrante do núcleo familiar.

3.2. Crise e transição no direito de família

Ainda no século XX, ocorreu um processo de ruptura com o modelo que havia sido estabelecido pelo Código Civil de 1916. Na década de 40, o decreto-lei 4737 de 1942 passou a permitir que o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pudesse, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declarasse a filiação. Oito anos depois, a lei 883/49 estendeu essa possibilidade aos outros casos de dissolução da sociedade conjugal, como a morte e a anulação do casamento.

Em 1962, a lei 4121 promoveu uma série de modificações nas regras que tratavam das relações entre os cônjuges. Apesar de não ter colocado um fim em todo o sistema de desigualdades que imperava no Código Civil de 1916, o chamado Estatuto da Mulher Casada retirava a mulher do rol dos incapazes, representando, assim, um importante passo para a emancipação feminina.

Embora a chefia da sociedade conjugal coubesse ainda ao marido, ele deveria agora exercê-la com a colaboração da mulher, que, por sua vez, passava também a titularizar o pátrio poder em conjunto com o pai da criança. Além disso, conferia-se juridicamente à mulher uma situação econômica mais autônoma, na medida em que ela não mais necessitaria da autorização do marido para trabalhar, sendo que o produto do seu trabalho não poderia responder pela dívida do marido, constituindo bens reservados da mulher. [8]

Por outro lado, não se pode pensar que essa transformação nos alicerces do direito de família era apenas impulsionada pelo legislador. Tanto a doutrina como a jurisprudência, em resposta a pressões externas ao Direito, foram fundamentais para essa reformulação. Como foi destacado, o Código Civil de 1916 se preocupava apenas com as

[8] Neste sentido: "O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi a edição do chamado Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/1962). Foi desenvolvida a plena capacidade à`a mulher, que passou à`a condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal. Reconhece-se o direito de a mãe ficar com a guarda dos filhos menores, no caso de serem ambos os cônjuges culpados pela separação. Porém, sua posição sua posição ainda era subalterna, pois persistia o elenco diferenciado de direitos e deveres, sempre em desfavor da mulher. Não mais havia a necessidade da autorização marital para o trabalho, tendo sido instituído o que se chamou de bens reservados, assim, denominado o patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família.". DIAS. Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p.87.

relações extramatrimonais para combater o concubinato, tendo em vista que o adultério representaria a principal ameaça para a promoção da família fundada no casamento. Ainda na década de 50[9], a doutrina procurou apresentar algumas distinções em torno do concubinato, de forma a separar a relação adulterina e a incestuosa daquelas relações nas quais pessoas, legalmente desimpedidas, passavam a conviver, sem, no entanto, estarem casadas.

Ao mesmo tempo, os tribunais começaram a se deparar com casos nos quais a aplicação da legislação vigente poderia resultar em decisões completamente injustas para um dos concubinos, como nas situações em que, após um longo período de convivência, os bens adquiridos com o esforço comum dos companheiros não poderiam ser partilhados entre eles, porque não se encontravam em nome da mulher.

Ao poucos, várias decisões isoladas promoveram a formação de uma tendência que, posteriormente, acabou sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, de acordo com a súmula 380, estabelecida pelo próprio STF, uma vez comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, seria cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.[10] Embora existisse uma certa divergência na determinação do que representaria esse esforço comum, prevaleceu, posteriormente, a ideia de que a companheira teria direito ao patrimônio deixado pelo companheiro, mesmo em face de sua contribuição indireta, ou seja, na realização de serviços domésticos.[11]

---

[9] "Tamanha hostilidade, contudo, num país onde mais da metada da população vivia e vive sob regime de união livre, não se justificava, senão por preconceitos religiosos, sendo certo que o desfavor legislativo era dirigido exclusivamente ao concubinato contemporâneo à`a relação matrimonial, não já se estendendo à`as uniões formadas por parceiros sem impedimento legal para o casamento. Daí ter procurado a doutrina, sobretudo a partir dos anos 50, construir uma distinção conceitual, externmando o concubinato puro, caracterizado pela união livre e estável de duas pessoas desimpedidas, do concubinato impuro hipótese em que pelo menos um dos parceiros se encontrava impedido para o casamento, seja por manter outro casamento válido (conculbinato adulterino), seja por serem ambos ligados por laços de parentesco próximo (concubinato incestuoso)." TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares:efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *Iin. Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro:Renovar,.2004.p.. 374.

[10] Súmula 380 do STF:Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

[11] "‟Faz parte das conquistas jurisprudências conferidas à`as famílias extramatrimoniais aprender que esforço comum deve, igualmente, abranger o trabalho doméstico, o cuidado com os filhos, o apoio espiritual, a troca de afeições, em resumo, esse doar-se aos demais membros da família em prol do bem de todos cada qual se devotando de alguma maneira, ao todo e todos desfrutando os benefícios dessa união. Nesse passo extrai-ísse de nossos julgados: para que haja partilha de bens, é necessária a existência do patrimônio construído pelo esforço comum. Daí falar que o concubinato, por si só, não gera direito `a partilha. Porém, tal contribuição à`a sociedade de fato não tem que ser direta; os serviços domésticos são suficientes para que os bens sejam partilhados entre os concubinos."``MATOS. Ana Carla Harmatiuk. *As Família não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina.*São Paulo: Renovar,. 2000.p. 58-59.

Apesar de todas essas modificações, mostrava-se ainda presente o principal alicerce sobre o qual se estruturava o modelo da família institucionalizada: a proibição da dissolução do casamento pela vontade dos cônjuges. Acontece que essa proibição se mostrava incompatível com a realidade que se descortinava fora do Código, na qual várias pessoas, apesar de formalmente casadas, acabavam, após o desquite ou a separação de fato, estabelecendo uniões afetivas que, no entanto, não eram juridicamente contempladas.

Para se aproximar dessa realidade, a emendada constitucional nº 09 de 1977 passou a permitir a dissolução do vínculo matrimonial, e, posteriormente, naquele mesmo ano, a lei 6515 regulamentou o divórcio em nosso país. De acordo com a lei, o divórcio deveria ser precedido da separação judicial, que, como o desquite, acabava apenas com a sociedade conjugal, mantendo, assim, o vínculo, que somente poderia ser dissolvido após três anos da separação. Além de alterar o regime supletivo de bens em face do silêncio dos nubentes, ao substituir a comunhão universal pela comunhão parcial, a lei também tornou facultativa a adoção, em função do casamento, do nome do marido pela mulher.

Em face dessas alterações não havia como negar a falência do modelo que fora concebido pelo Código Civil de 1916, voltado para uma família advinda necessariamente do casamento, de caráter transpessoal, como se os anseios particulares de cada um de seus componentes não fossem relevantes para o Direito.

3.3. A Constituição de 1988 e o projeto constitucional para o direito de família

A Constituição Federal de 1988, influenciada pelas alterações descritas anteriormente, procurou apresentar um novo projeto para o direito de família, no qual se confere grande destaque à realização plena do ser humano, que tem a família apenas como um instrumento para o desenvolvimento da sua personalidade.

A ordem jurídica constitucional brasileira, após um longo período ditatorial, passou a contemplar, com a Constituição de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Sendo o epicentro axiológico da ordem constitucional, a dignidade alcança todos os setores do ordenamento, norteando inclusive tanto os atos do Estado, quanto as relações privadas.

Nesse novo contexto constitucional, não mais se permite, como acontecia anteriormente, a preservação da família a qualquer custo, por meio do sacrifício individual dos seus membros, que, muitas vezes, viam-se obrigados a renunciar a sua autonomia em nome da família-instituição.

A primazia constitucional conferida ao ser humano ensejou também importantes alterações na própria concepção jurídica da família. No lugar de impor um único padrão normativo de família e ocultar as outras formas de organização familiar, o Direito, a partir da Constituição de 88, promoveu uma abertura do sistema, ao consagrar o princípio do pluralismo nas relações familiares. Com efeito, além da família matrimonial, a Constituição reconheceu, expressamente, como entidade familiar a união estável e a família monoparental, caracterizada como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [12]

Do mesmo modo, a valorização da satisfação pessoal dos integrantes da família pressupunha uma participação mais igualitária nas questões familiares. Para tanto, a Constituição estabeleceu no parágrafo 5º do artigo 226 que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal deveriam ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.[13] O reconhecimento do princípio da igualdade jurídica nas relações familiares procura combater a hierarquia familiar, permitindo, principalmente, que a mulher possa participar de forma mais ativa nas questões que envolvem a família.

O princípio da igualdade representa, na verdade, um filtro, pelo qual deve passar toda a legislação infraconstitucional, devendo ser afastada a norma que se mostrar contrária à ideia de isonomia entre os cônjuges e companheiros. No entanto, é importante lembrar que a promoção da igualdade jurídica não pode negligenciar as diferenças concretas que podem existir entre os cônjuges, sendo, assim, perfeitamente justificável a existência de tratamento diferenciado em face da situação concreta de relação de poder entre os cônjuges. [14]

Em relação aos filhos, observa-se que a Constituição se preocupou em determinar que a proteção das crianças e adolescentes deve ser plena e irrestrita, sendo dever tanto do Estado, como da família e da sociedade assegurar um vasto conjunto de direitos, como,

---

[12] Artigo 226 da ConstituicaoConstituição Federal de 1988: ″A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado(...)Parágrafo 3º: Para o efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Parágrafo 4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes(...)".

[13] Artigo 226 parágrafo 5 da Constituição Federal: ″Os direitos e deveres referentes `a sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.``

[14] Procurando concretizar esse princípio, o Código Civil de 2002 estabeleceu que o casamento tem como fundamento a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, de forma que tanto o pai como a mãe devem titularizar o poder familiar – acabando, assim, com o pátrio poder - e contribuir, de acordo com as suas possibilidades, para o sustento da família. Ao mesmo tempo, segundo o Código, a direção da sociedade conjugal, deve ser exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher.

por exemplo, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, entre outros.[15] Do mesmo modo, o texto constitucional estabeleceu também uma igualdade entre os filhos, havidos ou não na relação do casamento, ou por adoção. Com isso, verifica-se uma verdadeira unificação acerca da filiação, não sendo mais permitido qualquer tipo de qualificação ou discriminação entre os filhos, como ocorria com os chamados filhos ilegítimos.[16]

Com a Constituição e, posteriormente, com a lei 8.069 de 1990, ganhava maior densidade o principio do melhor interesse da criança e adolescente, como uma decorrência natural da noção de proteção integral. Consequentemente, o princípio passa a ser visto como um importante critério hermenêutico para a solução de questões envolvendo filiação, investigação de paternidade, poder familiar, guarda, adoção e tutela.

Ao lado da proteção integral da criança, a Constituição consagrou também o principio da paternidade responsável e do livre planejamento familiar. Segundo o parágrafo 7º do artigo 226, o planejamento familiar compete exclusivamente ao casal, sendo vedado qualquer tipo de violência ou coerção por parte do estado ou por instituições particulares.[17] O direito ao livre planejamento familiar decorre do princípio da autonomia privada, na medida em que estabelece que todo indivíduo tem o direito de decidir livremente acerca de ter ou não filhos, bem como de optar pela quantidade e a oportunidade que considere mais apropriada. No entanto, não se pode descurar que o exercício dessa liberdade se encontra adstrito ao acesso à informação, uma vez que não haverá liberdade se a pessoa não tem conhecimento sobre os métodos e as técnicas anticoncepcionais, cientificamente aceitos e que preservem a vida e a saúde das pessoas.

É importante perceber, por um lado, que as alterações promovidas pelo texto constitucional de 1988 não retiram a importância da família. Na verdade, trata-se de uma

[15] Artigo 227 da Constituição Federal de 1988: ″é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar `a criança e ao adolescente, como especial prioridade, o direito `a vida, `a saúde, `a alimentação, `a educação, ao lazer, `a profissionalização, `a cultura e `a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.``

[16] Artigo 227, parágrafo 6º: "″Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à`a filiação."``

[17] Artigo 226 parágrafo 7º: "″ Fundado no princípio 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"``

funcionalização, ou seja, a família passa a ser vista não como um fim, mas como um meio importante para a promoção da dignidade[18] dos seus membros.

Por outro, não se pode esquecer que este esse processo de transformação ainda está em curso e que, como bem destacou Bourdieu ao analisar a dominação masculina, as mudanças visíveis podem, na verdade, apenas ocultar a permanência de modelos invisíveis.[19] Daí porque é sempre importante analisar a permanência dentro da mudança, tendo em vista que as principais características do modelo normativo da família nuclear burguesa se encontram, mesmo que de forma velada, profundamente enraizadas em nossa tradição.

4. PERMANÊNCIA E RUPTURA NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1. Pluralidade das relações familiares

Como foi destacado, o princípio da pluralidade das relações familiares promoveu uma abertura do direito de família, que passou a reconhecer, além da família matrimonial, outras formas de entidades familiares. Para tanto, o texto constitucional reconheceu expressamente a união estável e a chamada família monoparental. No entanto, não se pode pensar que a ampliação promovida alcançou todas as formas de organização familiar existentes.

Daí a importância de se destacar a insuficiência do rol apresentado pela Constituição, em seu artigo 226 (ou, para alguns, o seu caráter meramente exemplificativo). Pensar o contrário, defendendo um suposto caráter taxativo, é, na verdade, negar o princípio do pluralismo e — o que é pior — tentar impor à sociedade velhas práticas, com novos arranjos normativos que, no entanto, são incapazes de retratar toda a diversidade do fenômeno familiar.

Nesse ponto reside a questão da família homoafetiva. A Constituição reconheceu, no art. 226, §3º, como entidade familiar a união estável "entre o homem e a mulher".

[18] Sobre as funções exercidas pelo conceito de dignidade, conferir: MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio M C A. Direito, dignidade humana e o lugar da justiça: uma análise da utopia realista de Habermas. In.: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Disponível em: http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/103183204.pdf

[19] "As mudancasmudanças visíveis de condições ocultam, de fato, a permanência nas posições relativesrelativas: a egualização igualização de oportunidade de acesso e índices de representações não deve mascarar as desigualdades que persistem na distribuição entre os diferentes níveis escolares e, simultaneamente, entre as carreiras possíveis." BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Trad. Maria Helena Kuhner. 5ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 108.

Incialmente, a jurisprudência de forma pontual e casuística chegou a reconhecer a possibilidade de partilha de bens entre companheiros do mesmo sexo,[20] de inclusão de um dos conviventes como dependente em plano de saúde[21] e a pensão previdenciária em função da morte do companheiro. [22]

Assim como aconteceu com a união estável, o primeiro passo de reconhecimento jurídico no Brasil da união homoafetiva se deu na esfera judicial via tutela de direitos patrimoniais com fulcro na noção de sociedade de fato, desde que o companheiro provasse que havia contribuído para a formação do patrimônio comum. Para tanto, algumas decisões invocavam a súmula 380 do STF, que foi criada para amparar os direitos da companheira na década de 60. Entretanto, apesar do avanço, não se pode negar que ocorria uma inversão: no lugar do afeto e da convivência, ganhava destaque o vínculo negocial; no lugar do direito de família, aparecia o direito obrigacional. Tal inversão, que na prática impedia inclusive que o caso fosse analisado pelas Varas de Família, acabava, no fundo, contribuindo para o processo de estigmatizacão e exclusão dos homossexuais.

Segundo Dias, a alteração dessa concepção teve início com algumas decisões da justiça do Rio Grande do Sul, que, em 1999, estabeleceram a competência dos juizados especiais da família para tratar das questões envolvendo uniões homoafetivas, o que, por sua vez, acabou influenciando outras decisões, como em 2001, quando o mesmo tribunal conferiu direitos sucessórios ao parceiro homossexual, reconhecendo que a união homoafetiva representaria uma entidade familiar.[23] Também receberam destaque, na trilhada da tutela da união homoafetiva, decisões judiciais sobre adoção[24], permitindo mais avanços no reconhecimento da afetividade enquanto princípio fundante das relações familiares.[25]

---

[20] Como se vê, por exemplo, na decisão do recurso especial 648763/RS, cujo relator foi o Ministro César Asfor Rocha, julgado em dezembro de 2006 pelo STJ.

[21] Em setembro de 2007, a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou, de forma unânime, a inclusão de companheiro homossexual como dependente em plano de saúde.

[22] Atualmente, o INSS, através da normativa 25/2000, já concede, nesses casos, tanto o auxíilio por morte como o auxíilio reclusão.

[23] DIAS. Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p.181.

[24] A primeira decisão a permitir a adoção conjunta por homossexuais ocorreu na cidade de Catanduva -SP em julho de 2005. Na ocasião, o juiz Júlio César Spoladore Domingos da Vara da Infância e Juventude, permitiu que dois homens, que conviviam há mais de dez anos, entrassem na fila de espera para a adoção. Em 2005, no Rio Grande do Sul, o juiz da Vara de Infância e Juventude de Bagé, Marcos Danilo Edson Franco, permitiu a um casal de mulheres a adoção conjunta de dois irmãos biológicos, que já haviam sido adotados, individualmente, por uma das companheiras. Feita a adoção, foi determinado que do assento de nascimento das crianças constasse o nome dos adotantes, sem, no entanto, qualquer referência à condição de pai ou mãe.

[25] Sobre o princípio da afetividade nas relações familiares, conferir: CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da Afetividade no Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

Grande marco brasileiro na demanda LGBTTI[26] por justiça se deu em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Na trilha do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, o tribunal decidiu por conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, excluindo-se qualquer sentido que pudesse impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O argumento principal utilizado para essa orientação interpretativa foi o de que o artigo 3º, inciso IV, da CF de 1988 proíbe qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor. "O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica", pontuou o Ministro Relator, concluindo que qualquer depreciação da união estável homoafetiva seria, portanto, colidente com o inciso IV do artigo 3º da CF[27].

Essa decisão do STF tem o mérito de romper com um silêncio constitucional que caracteriza verdadeira violência simbólica, típica do campo jurídico, e, em especial, do direito de família, no sentido de marginalizar grupos que se mostram distantes dos padrões considerados aceitos pela ordem vigente. Como aponta Bourdieu:

> Como em certos tipos de racismos, ela assume, no caso, a forma de uma negação da sua existência pública, visível. A opressão como forma de invisibilização traduz uma recusa à existência legítima, pública, isto é conhecida e reconhecida, sobretudo pelo Direito, e por uma estigmatização que só aparece de forma realmente declarada quando o movimento reivindica a visibilidade. Alega-se, então, implicitamente discrição, ou a dissimulação que ele é obrigado a se impor.[28]

Por outro lado, é em função justamente desse silêncio constitucional, opressor, que a mesma decisão precisa ser, ao menos sob um aspecto, problematizada. Ao se enveredar pela linha da interpretação conforme a Constituição do Código Civil, o Ministro Relator, no que é acompanhado pela maioria, constrói a premissa de que a própria Constituição, ao proteger a igualdade, já teria feito a escolha de tutelar casais do mesmo sexo. Escolha, porém, apenas acessível aos técnicos do Direito, via interpretação sistemática da Constituição.

O art. 226, §3º, CF/88, textualmente, faz referência à união entre o homem e a mulher. Diante dele, a jurisdição constitucional brasileira incidiu em inequívoco ativismo

[26] Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais.
[27] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm
[28] BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Trad. Maria Helena Kuhner. 5ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.p.143

judicial, ainda que de caráter progressista, liberal ou afirmativo de direitos, pois criou uma possibilidade que restava silenciada pelo texto constitucional.

O ativismo judicial, tendência de atividade jurisdicional que centra em si a leitura moral da constituição, no sentido de um exclusivismo judicial, historicamente se opera em movimento pendular. Ora presta serviço a demandas conservadoras, ora a demandas mais progressistas[29].

É essencial compreender que mesmo quando o ativismo judicial cumpre importante função contramajoritária, como no caso de minorias representativas como a comunidade LGBTTI, isso se dá sob uma sombra, indica os limites de nossa democracia, a necessidade de um judiciário atuando como superego da sociedade[30]. Mais complicado ainda é quando esse ativismo ocorre de modo camuflado, tal como se deu no caso.

Não houve, na argumentação do Tribunal, reconhecimento de que se estivesse inovando o ordenamento jurídico com a afirmação de uma nova possibilidade, antes silenciada pela Constituição. Ao contrário, a argumentação induz à convicção de que o texto constitucional, no conjunto da obra, teria sinalizado desde sempre essa hipótese de tutela.

Sob essa estratégia, o STF acaba driblando, diante da sociedade, o ônus de sustentar a legitimidade de sua função política, criativa, de contrariar interesses majoritários, uma vez que o Tribunal estaria apenas atuando como mensageiro da Constituição e não como órgão político a realizar a aproximação entre o texto e a realidade.

Em tempos de realinhamento de forças políticas, em que uma onda altamente conservadora avança sobre os poderes constituídos, é essencial cobrar que o STF assuma, destemidamente, a função política contramajoritária que se espera, nas democracias contemporâneas, de uma jurisdição constitucional.

O ativismo judicial, além de representar uma via de aposta institucional não muito segura, é um caminho ainda mais perigoso, ao jogo democrático, quando exercido sob a camuflagem da técnica jurídica. Se na decisão em análise o ativismo foi progressista, nada impede (e a história demonstra) que possa servir em outra oportunidade para reforço da onda conservadora que toma o país, por isso inspira problematização.

De todo modo, do ponto de vista material, a decisão do STF configura inequívoco marco na aproximação entre o direito de família e a realidade social. Se a união

[29] MACHADO, Joana de Souza. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf

[30] MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

homoafetiva já produzia deveres e ônus sob o discurso jurídico, como inelegibilidade[31], como não corresponder a um direito?

Apesar das forças em contrário, o discurso jurídico precisa veicular compromissos emancipatórios, resistir às tentativas autoritárias e, em alguns casos, fundamentalistas de imposição de padrões morais de comportamento, que acabam retirando do ser humano um dos seus direitos mais importantes: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

4.2. A (des)naturalização da paternidade

A fragmentação da família contemporânea exige também uma reconstrução acerca do discurso jurídico da parentela, tendo em vista especialmente a questão da filiação. Antes do aperfeiçoamento do método de tipagem do DNA, a relação paterno-filial era estabelecida por meio de um sistema de presunções estabelecido no ordenamento, que considerava, principalmente, o fato de a criança ter nascido ou não na constância do casamento.

Trata-se da presunção *"pater is estt"*, que se encontra ainda presente no Código Civil de 2002, em seu artigo 1597, segundo a qual é presumida a paternidade do marido, no caso dos filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, ou nascido trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal.

Com o aparecimento do exame de DNA, a ciência tornou-se capaz de informar com precisão quem seria verdadeiramente o genitor, promovendo, assim, uma valorização do critério biológico. Aos poucos, a determinação da paternidade passava a depender, quase que exclusivamente, da identificação do vínculo consangüíneo, como se a verdade biológica fosse a única verdade em matéria de filiação.

Entretanto, o deslumbramento com as novas técnicas propiciadas pelo avanço cientifico, levava o Direito a repetir velhos equívocos, como, por exemplo, a naturalização da família. A família, como já mostrara Levi-Strauss, representa um dos aspectos da vida social mais suscetíveis de naturalização. O nascimento, o crescimento, a reprodução e a

[31] Decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral sobre a regra da inelegibilidade consagrada no parágrafo 7º do artigo 14 da Constituição Federal. De acordo com a decisão, foi indeferido o pedido de candidatura ao cargo de prefeito, em razão da de a candidata possuir relação estável e duradoura com a prefeita, tendo sido destacado, na decisão, que os sujeitos de uma relação estável homossexual, à`a semelhança do que ocorre com os de relações estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à`a regra de inelegibilidade do artigo 14 da Cconstituição.

morte promovem no senso comum a ideia de que a família representaria apenas uma unidade biológica entre o marido a mulher e os seus filhos.[32]

Assim como não há um modelo natural de família, existem razões também para duvidar da autoevidência do critério biológico para o estabelecimento da relação paterno-filial. A noção de família, assim como a ideia de paternidade, decorre muito mais de escolhas culturais, realizadas em um determinado momento histórico, do que propriamente de evidências lógicas e inquestionáveis.

Para tentar se livrar desse processo de naturalização, é importante que o discurso jurídico dissocie a figura do pai da do genitor, uma vez que a paternidade se relaciona com o vinculo biológico, mas não se confunde com ele, como bem destacou Lobo:

> Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica, todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.[33]

A adoção representou uma das primeiras formas de se dissociar a derivação biológica das relações de parentesco. De acordo com o Código Civil de 2002, a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desvinculando-o de qualquer laço jurídico, qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, restando apenas a questão referente aos impedimentos para o casamento. Trata-se de uma relação de parentesco que não encontra fundamento na consangüinidade, mas que decorre de um regime jurídico pautado no consenso, no afeto e, principalmente, no melhor interesse da criança e do adolescente.

Uma vez realizada a adoção, o filho adotivo teria o direito de investigar a sua origem biológica? Atualmente, não há como negar a importância da herança genética para o diagnóstico de determinadas doenças e para o desenvolvimento de técnicas terapêuticas no tratamento do próprio paciente. Desse modo, todas as pessoas devem possuir o direito de conhecer a sua ascendência genética. No entanto, é importante perceber que, nesse caso, não se trata propriamente de uma investigação de paternidade, como comumente se fala –

[32] Levi-Strauss foi um dos primeiros autores a romper com a concepção que reduzia a noção de família a um dado da natureza, ao demonstrar que as relações de parentesco foram na verdade culturalmente construídas. Para tanto conferir: LEVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas Elementares do Parentesco*. Petrópolis: Vozes, 1982.
[33] LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *In*.: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000., p. 30.

tendo em vista que o conhecimento da origem genética não teria o condão de alterar a relação de parentesco, que decorre da adoção e não do vínculo biológico.[34]

A dissociação pai/genitor ficou ainda mais evidente com o desenvolvimento das técnicas de reprodução medicamente assistidas. As novas tecnologias reprodutivas contribuíram para a desnaturalização da paternidade e, consequentemente, da própria família, ao separar a procriação da relação sexual, ideias que até então pareciam, ao senso comum, indissociáveis.

Ao mesmo tempo, essas técnicas acabaram conferindo grande relevância à vontade para a determinação da paternidade como ocorre, por exemplo, com a inseminação heteróloga. Enquanto na inseminação homóloga ocorre a manipulação genética do sêmen e do óvulo do próprio casal, na inseminação heteróloga a concepção é feita com material genético de um terceiro doador. No caso da inseminação heteróloga, a paternidade não será atribuída ao doador do sêmen, ou seja, ao genitor, devendo ser considerado como pai da criança o cônjuge ou companheiro que consentiu em participar do projeto parental.

Apesar de ser assegurado ao doador o anonimato, não se pode negar ao filho concebido por inseminação heteróloga o direito de conhecer a sua origem genética em determinadas situações, como, por exemplo, nos casos envolvendo doenças genéticas ou hereditárias. Assim como acontece na adoção, a investigação da ascendência genética não teria o efeito jurídico de conferir a paternidade ao doador do sêmen, que continuaria não possuindo qualquer relação de parentesco com a pessoa que foi gerada por meio da inseminação.

Essa separação entre o direito ao conhecimento da origem genética e o direito ao estado de filiação não foi contemplada pelo STF, no julgamento do *Hábeas Corpus* 71.373-RS, ao considerar que o réu não poderia ser submetido, de forma coercitiva, ao exame de DNA em ação de investigação de paternidade.[35] A partir dessa decisão, desenvolveu-se na jurisprudência a ideia de que a recusa poderia contribuir para presunção de paternidade,

---

[34] Paulo Luiz Netto Lobo foi um dos primeiros autores a propor a distinção entre o direito ao estado de filiação e o direito à origem genética, como se vê na seguinte passagem: "Daí, é de se repelir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio enganador exercido pelo avanços científicos em torno do DNA". LOBO, Paulo Luiz Netto.Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha.*Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*.Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 507.

[35] O *habeas corpus* nº 71.373 foi interposto em função de decisão proferida pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. De acordo com o tribunal, o suposto pai deveria ser "conduzido debaixo de vara" ao laboratório em função da sua recusa em comparecer ao exame de DNA. Para tanto conferir: MORAES. Maria Celina Bodin de Moraes. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. *In* LEITE. Eduardo de Oliveira. *Grandes Temas da Atualidade — DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 219.

quando presentes outros indícios de que o investigado seria realmente o pai. Tal entendimento ganhou ainda mais força com artigo 234 do Código Civil de 2002, ao estabelecer que "a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame".[36]

Ocorre que a solução encontrada pela jurisprudência e pelo Código contraria o direito fundamental ao conhecimento da origem genética, que, por sua vez, não se confunde com as ações que buscam a investigação da paternidade. Como foi visto na adoção e na inseminação heteróloga, a pessoa pode procurar conhecer a sua origem biológica, sem comprometer o vínculo de paterno/materno já estabelecido. No lugar da presunção, a melhor solução seria conferir, no caso concreto, maior relevância ao interesse do investigante em conhecer a sua origem biológica, obrigando o investigado a se submeter ao exame de DNA, da forma menos invasiva possível.[37]

O processo de desbiologização[38] da paternidade ficou ainda mais claro com o advento da chamada paternidade socioafetiva. Como foi destacado, a verdade biológica, por si só, não é capaz de explicar as relações que se estabelecem entre os pais e seus filhos. Mais do que um aspecto biológico, a paternidade representa a concretização de uma relação dinâmica, que não é dada pela natureza, mas deve ser culturalmente construída como base na afetividade.

A filiação socioafetiva já tinha ganhado destaque nas questões envolvendo a chamada posse de estado de filho. Na França, esse instituto ganhou grande importância ao longo da década de setenta do século passado como uma forma de tutelar relações familiares duradouras, mesmo quando não havia a presença do vínculo biológico[39].

A posse de estado se verifica quando uma pessoa foi tratada de forma pública e constante como filho perante a sociedade e a própria família, fazendo com que se estabeleça uma relação social e afetiva profunda, de forma que o não reconhecimento desse

---

[36] Nesse sentido, o enunciado da súmula 301 do STJ: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai ao submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de parternidade."

[37] O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar, em agosto de 2016, Recurso Extraodinário com Agravo (ARE) 900521, entendeu que não se justifica qualquer obstáculo de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética. Na ocasião, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais havia afastado decisão de primeiro grau que reconheceu a paternidade de um cidadão de Iturama (MG) após o trânsito em julgado de ação anterior julgada improcedente pela ausência do exame de DNA. O STF já havia reconhecido anteriormente, no RE 363889 com repercussão geral, julgado em 2011, a relativização da coisa julgada quando confrontada com o direito fundamento à busca da identidade genética.

[38] A expressão em questão foi utilizada inicialmente pelo professor João Baptista Villela em pioneiro estudo no final da década de 70. Cf: VILLELA. João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *In*: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.* Belo Horizonte, nº 21, 1979, p.404

[39] Conferir CARBONIER *apud* OLIVEIRA, Guilherme. *Critério Jurídico da Paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998. p.421.

vínculo prejudicaria demasiadamente o filho em questão. Nesse sentido, a verdade afetiva poderia ser utilizada para reconhecer o vínculo de paternidade em relação aos chamados "filhos de criação", que sempre foram tratados publicamente como filhos desde criança, mesmo que não conste do registro nenhuma referencia à paternidade[40].

Uma outra situação relacionada ao vínculo socioafetivo diz respeito ao reconhecimento voluntário da paternidade e da maternidade. Assim, se o pai reconheceu formalmente o filho da sua esposa ou companheira, sabendo realmente que não havia vínculo biológico, não poderá, posteriormente, pleitear a desconstituição do vínculo quando constatada a relação socioafetiva. Nesse sentido, o Código Civil de 2002 estabelece em seu artigo 1604 que ninguém poderá pleitear estado contrário ao do registro de nascimento, salvo se provar erro ou falsidade no registro.[41]

Em julgamento realizado no dia 21 de setembro de 2016, o Plenário do STF, ao negar provimento ao Recurso Extraodinário (RE) 898060, estabeleceu que a existência da paternidade socioafetiva não afasta a responsabilidade do pai biológico. Segundo o relator, ministro Luiz Fux, nada impede o reconhecimento simultâneo da paternidade socioafetiva e biológica, desde que tal equiparação reflita o interesse do filho. Na ocasião, o ministro Luiz Edson Fachin votou pelo parcial provimento do recurso, ressaltando que as paternidades, biológica e socioafetiva, somente devem ser reconhecidas, em igualdade de condições, nos casos em que se constatam, nas duas situações, relações socioafetivas relevantes. A decisão final, além de afirmar o vínculo socioafetivo em igual grau de hierarquia jurídica com o biológico, confirma a possibilidade do reconhecimento jurídico da multiparentalidade, contribuindo, assim, com a desnaturalização da família no discurso jurídico.

Na construção diária da relação paterno-filial, na qual a natureza é constantemente remodelada pela cultura, a paternidade, agora desnaturalizada, volta-se para afetividade,

---

[40] Como já sustentava Luiz Edson Fachin, o Art. 1593, CC/2002, ao se referir ao parentesco de "outra origem", já alcançava a socioafetividade. Nesse sentido, conferir o enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil.

[41] Ao contrário do Código Civil de 1916, que estabelecia um sistema rigoroso de presunções de paternidade, que dificilmente poderiam ser afastadas pelo marido, o Código de 2002, influenciado pelos avanços na investigação genética, facilitou a contestação da presunção legal de paternidade, na medida em que tornou imprescritível a ação negatória de paternidade. Como resultado, permitir-se-ia, ao pai, a qualquer tempo, mesmo depois de um longo período de convivência com a criança, questionar se realmente possui um vínculo biológico com o filho, que, por sua vez, poderá, ao final do processo, terminar sem um pai. Essa possibilidade, ao conferir maior relevância a verdade biológica em detrimento da verdade socioafetiva, negligencia o aspecto cultural da paternidade, para favorecer o vínculo consangüíneo, o que, no entanto, não atende ao melhor interesse da criança e do adolescente.

devendo ser considerado pai não aquele que concebeu, mas aquele que cuida, que alimenta, que protege e, enfim, colabora para o desenvolvimento da personalidade do seu filho.

5. CONCLUSÃO

O conflito entre o modelo tradicional de família — pautado principalmente nos laços biológicos que envolvem um casal e seus filhos — e as novas estruturas que não obedecem ao padrão da chamada família nuclear burguesa reforça a insegurança que existe em torno da própria noção de família.

Para que se possa analisar essa contradição, é preciso, a princípio, perceber que não existe um modelo natural de família, que se mostre indiferente às transformações que ocorrem na sociedade. A família enquanto fenômeno histórico e cultural é, por um lado, influenciada pelo contexto social no qual se mostra inserida, mas, por outro, também contribui para a modificação desse cenário. Como conseqüência, constata-se que não há como falar de um único modelo de família, uma vez que existem vários modelos, com características e fundamentos próprios, de acordo com as condições históricas e sociais da sua época.

Atualmente, mesmo com os avanços promovidos pela Constituição de 1988, constata-se ainda a permanência de estruturas, regras e discursos que procuram negar o caráter cultural e dinâmico da família. Acontece que na sociedade atual, não há mais espaço para um direito de família hermético, moralista e universalizante. Nesse novo contexto, caracterizado pela fragmentação, compete ao Direito se aproximar da família sem qualquer modelo preconcebido, sem a pretensão de definir o seu objeto e, principalmente, sem ocultar a diversidade que se mostra inerente ao mundo familiar.

Especialmente diante de uma conjuntura de avanço de forças conservadoras sobre o Direito, na qual se colocam em cheque a laicidade do Estado, o respeito às garantias e direitos já conquistados por minorias representativas, é essencial resistir, pelas vias institucionais, mas também para além delas, a essas investidas hegemônicas, tutelando as diversas experiências de afeto e projetos plurais de vida.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÉS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Tradução Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1981.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Trad. Maria Helena Kuhner. 5ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípio da Afetividade no Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARBONIER *apud* OLIVEIRA, Guilherme. *Critério Jurídico da Paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey,1996.

GONCALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*-v. VI. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2006.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia***,** Lisboa: Europa-América, 1997.

LEITE. Eduardo de Oliveira. *Grandes Temas da Atualidade — DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas Elementares do Parentesco*. Petrópolis: Vozes, 1982.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MACHADO, Joana de Souza. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2008. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp077037.pdf

MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio M C A. Direito, dignidade humana e o lugar da justiça: uma análise da utopia realista de Habermas. In.: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Disponível em: http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/103183204.pdf

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Família não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina.* São Paulo: Renovar, 2000.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares:efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *Iin. Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2004.

VILLELA. João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *In*: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.* Belo Horizonte, nº 21, 1979, p.404