

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADES DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEN*

Beatriz Ciabatari Simões Silvestrini Tiezzi

Presidente Prudente/SP

2009

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADES DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEN*

Beatriz Ciabatari Simões Silvestrini Tiezzi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Eduardo Gesse

Presidente Prudente/SP

2009

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEN*

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Eduardo Gesse

Jefferson Fernandes Negri

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

Presidente Prudente/SP, ___ de ____ de 2009

*“O valor das coisas não está no tempo em que elas duram,
mas na intensidade com que acontecem.
Por isso existem momentos inesquecíveis,
coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis”.*
(Fernando Pessoa)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter-me iluminado e me dado forças durante todo o desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus pais, que, com seu trabalho diário e dedicação, angariam recursos financeiros para os meus estudos e aprimoramento intelectual.

Ao meu ilustre orientador, Dr. Eduardo Gesse, que muito inspira na carreira jurídica, a quem tenho como um exemplo de profissional a ser seguido.

Aos ilustres componentes da banca, que se dispuseram a estar presentes na apresentação deste trabalho.

Aos meus tios, Oswaldo Silvestrini Tiezzi e Pedro Silvestrini Tiezzi, médicos, que analisaram o contexto médico do trabalho. Aos psicólogos, Fátima Tiezzi e Olegário de Godoy, que me instruíram no campo psicanalítico abordado.

Por fim, ao meu noivo, meus irmãos e amigos, que sempre estiveram presentes nas minhas dificuldades, dando-me apoio.

RESUMO

Diante da infertilidade dos casais, os estudiosos da medicina desenvolveram técnicas que permitiram a reprodução humana, sem que o casal mantivesse relações sexuais entre si, de tal modo que, hoje, é possível congelar gametas e embriões para posterior inseminação, ainda que falecido o doador do gameta. A partir do fato histórico ocorrido na década de 80, na França, os países se depararam com o questionamento jurídico acerca da possibilidade de reprodução artificial póstuma. O presente trabalho teve como objetivo analisar a constitucionalidade do artigo 1597, incisos III e IV, do Código Civil, que descreve a presunção da paternidade dos filhos que são concebidos após o falecimento do pai, por meio de técnicas de reprodução artificial homóloga *post mortem*. Primeiramente foi analisado o histórico do direito de família, especialmente a filiação nas antigas civilizações, em um segundo momento passou-se a breve análise da evolução legislativa no que tange ao direito de família no pátrio ordenamento jurídico, posteriormente foi analisado os princípios constitucionais deste ramo e a atual classificação da filiação. Por fim, confrontou-se o dispositivo legal acima mencionado com os direitos da personalidade, direito ao *status de filho*, ao nome e a origem genética, quando se trata de reprodução assistida e, princípios constitucionais do Direito de família, quais sejam, princípio da paternidade responsável, princípio do melhor interesse da criança e princípio da afetividade. Pode-se dizer que estes princípios e direitos constitucionais constituem-se num óbice ao princípio da liberdade de constituição da família, que a princípio permitiria a reprodução póstuma. Também foi levado em consideração dados psicossociais do desenvolvimento infantil, bem como aqueles formadores do Direito de filiação.

Palavras-chave: Reprodução assistida *post mortem*.

ABSTRACT

On infertility of couples, medical researchers have developed techniques that allowed the human reproduction, without which the couple prolong sexual relations between themselves, so that today, you can freeze gametes or embryos for later insemination, even though the deceased the gamete donor. From the fact that history occurred in the 1980s, in France, the country experienced with the legal question concerning the possibility of posthumous artificial reproduction. This work was to examine the constitutionality of article 1597, items III and IV of the civil code, which describes the presumption of paternity of children who are designed after the death of the father, through artificial breeding techniques post mortem counterpart. First was examined the history of family law, especialmente membership in ancient civilisations, in a second time were brief analysis of legislative developments with regard to family law legal subsequently homeland was analyzed the constitutional principles of this industry and the current classification of membership. Finally, that the legal provisions mentioned above personality rights, right to child status, genetic name and origin, when it comes to assisted reproduction and constitutional principles of family law — principle of responsible parenthood, the principle of best interests of the child and the principle of affection. You could say that these principles and constitutional rights constitute an obstacle to the principle of freedom of establishment of the family, that principle would playback posthumously. It has also been taken into consideration children's psychosocial development data, as well as those trainers of the right to join.

Keywords: post mortem assisted reproduction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	11
2.1 Origem do Direito	11
2.2 Origem do Direito de Família.....	12
2.3 Natureza e Objeto do Direito da Família	19
2.4 Evolução Legislativa.....	23
2.5 Classificações das Famílias	30
2.5.1 Família matrimonial	32
2.5.2 Família informal.....	33
2.5.3 Família homoafetiva	33
2.5.4 Família monoparental.....	34
2.5.5 Família anaparental.....	35
2.5.6 Família pluriparental.....	35
2.5.7 Família paralela.....	36
2.5.8 Família eudemonista	37
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	39
3.1 Ordenamento Jurídico: Regras e Princípios.....	39
3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	40
3.3 Princípios da Solidariedade Familiar	42
3.4 Princípio do Pluralismo Familiar ou Liberdade de Constituição.....	43
3.5 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros	44
3.6 Princípio da Igualdade Jurídica de Todos os Filhos	45
3.7 Princípio da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar	46
3.8 Princípio da Afetividade.....	48
3.9 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	49
4 DA FILIAÇÃO	51
4.1 Classificação da Filiação Antes da Constituição Federal de 1988	51
4.2 Atual Classificação da Filiação.....	52
4.3 Filiação Matrimonial e Extramatrimonial.....	53
4.4 Filiação Resultante da Procriação Carnal e da Inseminação Artificial.....	54
4.5 Filiação Natural e Civil.....	57
4.6 Filiação Legal, Biológica e Afetiva.....	59
4.6.1 Socioafetividade na adoção	61
4.6.2 Socioafetividade e o filho de criação	61
4.6.3 Socioafetividade e “adoção à brasileira”.....	62
4.7 Reconhecimento da Filiação, Voluntário ou Judicial	63
4.8 Estado de Filho Afetivo.....	64
5 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA.....	66
5.1 As Técnicas de Reprodução Assistida	66
5.1.1 Reprodução assistida homóloga e heteróloga	67
5.1.2 Inseminação artificial intraconjugal.....	68

5.1.3 Fecundação in vitro	68
5.2 A Importância Psicossocial da Figura Paterna no Desenvolvimento da Criança	69
5.3 A Inconstitucionalidade da Reprodução Assistida Post Mortem.....	72
6 CONCLUSÃO	81
BIBLIOGRAFIA	85

1 INTRODUÇÃO

Alan Parpelaix, um homem Francês, que vivia em união estável com Corinne R., foi atingido por um câncer nos testículos. Devido à doença, Alan foi submetido a um tratamento quimioterápico, que provavelmente o levaria a sua infertilidade. Diante desse fato, o Francês depositou, em sete de dezembro de 1981, no CECOS, uma coleta de seu esperma.

O Tratamento quimioterápico, que durou em torno de dois anos, não surtiu efeito e Alan faleceu. Corinne, diante da morte do marido, juntamente com seus parentes, requereram ao CECOS, que se negou, a devolução dos espermas, para que fosse realizada inseminação artificial *post mortem*. O CECOS, no entanto, se negou a entregá-los.

Tais fatos foram submetidos a julgamento no Tribunal de Grande Instância Francês. Os juízes se manifestaram, no sentido de que se tratava apenas da devolução à viúva do esperma conservado pelo CECOS.

A questão da inseminação seria tão somente de consciência da viúva e do médico. Durante os debates no processo, ficava evidente que Alan Parpelaix tinha, sim, consentido, para que a inseminação artificial acontecesse, mesmo após a sua morte.

A corte sintetizou que, entre Alan e o CECOS, havia apenas um contrato de depósito conjuntamente com o dever de conservação, devendo então, haver a devolução.

Findo o julgamento, definitivamente, o CECOS foi obrigado a devolver o sêmen ao médico escolhido por Corrine, havendo o pagamento de uma multa diária de 1.000 francos, caso isso não ocorresse.

Este foi o fato histórico que despertou o interesse, no mundo jurídico, sobre a inseminação artificial *post mortem*. Atualmente, os países buscam melhorar seus julgamentos e leis, para solucionar tal questão.

O Código Civil brasileiro, no seu artigo 1597, incisos III, IV, dispõe acerca da hipótese de presunção de concepção na constância do casamento, ainda que realizada posteriormente à morte do marido, companheiro ou doador do sêmen.

O presente trabalho teve como objetivo analisar a constitucionalidade da regra acima citada, cuja conclusão repercuti não só no mundo jurídico mas também na formação das entidades familiares.

Ressalta-se, ainda, que, para a elaboração do presente trabalho, foram levados em apreço os aspectos do desenvolvimento psicossocial da criança, fruto da técnica explicitada.

A metodologia utilizada foi a histórico-axiológica, dedutível, comparativo e as técnicas de análise, síntese de evidência.

Para facilitar seu estudo e compreensão, o trabalho foi dividido em quatro capítulos, que abrangeram os dados histórico-fundadores, princípios constitucionais formadores do Direito de Família, os direitos inerentes à filiação antes e depois da Constituição Federal de 1988; e, por fim, as técnicas de reprodução assistida, abrangendo a questão da constitucionalidade da inseminação póstuma.

2 DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Origem do Direito

A técnica mais eficaz de organização de uma sociedade é o direito Estatal. Rousseau (1999, p.36), ilustre escritor francês, em sua obra “Do Contrato Social”, criou a teoria contratualista e ensinava que todos os indivíduos que compõem uma dada sociedade cedem parte de sua liberdade ao Estado. Este, em contraprestação, oferece garantias à população. Assim, a lei imposta pelo Estado é sinônimo de liberdade.

A exemplo de Rosseau, vários outros escritores, como Hobbes e Lock, também elaboraram teorias e críticas acerca da origem do Direito Estatal.

Fica claro que organizar uma sociedade, criar normas, para que promovam a justiça em seu seio, e deter poder de controle no que se refere à aplicação dessas mesmas normas é função do Estado. Por isto, o Estado impõe regras a serem observadas pelo indivíduo considerado de per si, bem como pela sociedade considerada como um todo.

De acordo com Miranda (1970, p.06), o legislador deve “carimbar” os fatos da vida, convertendo-os em normas jurídicas associadas a sanções aplicadas àqueles que as descumprirem.

As normas estatais, por sua vez, devem sempre respeitar princípios inerentes ao ser humano, sobretudo o direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana

Na realidade, é com a valorização desses preceitos que se impõe ao indivíduo e a toda a sociedade a observação de valores éticos, e não de mero comportamento ou simples conduta. A pessoa passa a se comportar e a se conduzir de um modo tal, que seus atos se enquadrem, o quanto possível, no modelo, no preceito estabelecido pelo legislador estatal.

São, portanto, esses preceitos, denominados, genericamente, de direitos humanos, de extrema relevância na atual produção normativa. Muitas dessas normas ou regras de Direito se encontram intrinsecamente ligadas ao instituto da família, em que pese uma gama delas, constituindo-se em construção recente da Ciência Jurídica. Contudo advieram dos costumes das primeiras civilizações e dos primeiros núcleos familiares que se formaram, em sua essência, com a própria organização da família.

A partir dessa breve análise, fica claro entender-se que, para o estudo deste Instituto denominado família, se faz necessário observarem-se as origens do Direito de Família.

2.2 Origem do Direito de Família

São muitos os aspectos sobre os quais se pode fazer uma análise a respeito origem da família, razão por que o mais adequado é iniciá-la com despretensioso estudo da Sociologia e finalizá-la com o estudo de suas origens jurídicas.

Nas questões relativas ao desenvolvimento histórico e social da Família, destacam-se as nações Assíria, Indu, Grega, Egípcia e Romana.

De acordo com Frederich Engels (1986, p.79), em sua obra “Origem da família”, em um primeiro momento, as famílias não eram lastreadas nas relações individuais, uma vez que todos os indivíduos da mesma tribo se relacionavam sexualmente, o que se denomina endogamia.

Por este motivo, na maioria das vezes, não era possível saber-se quem era o pai biológico de uma determinada criança, apenas a mãe era conhecida. A criança permanecia a maior parte do tempo sob seus cuidados, era por ela alimentada e educada.

Dessa forma, diz-se que, no início, a família era matriarcal, pois as crianças recorriam, sempre, à figura materna. Era dela o apoio exclusivo que fornecia estrutura psicológica para o crescimento das crianças.

Alguns doutrinadores, dentre eles Pereira (1996, p.173), acreditam que o fenômeno da família matriarcal não ocorreu em todos os povos primitivos.

No entanto os adeptos da Teoria da família matriarcal acreditam que essa situação começou a mudar no momento em que as guerras, a carência de mulheres nas tribos e, talvez, uma inclinação natural dos homens fizeram com que eles buscassem, em outras tribos, mulheres, para manterem relações sexuais. Com a busca de mulheres fora de sua própria tribo, o incesto, que, até então, era uma figura comum, tendo em vista que as pessoas se relacionavam quase que exclusivamente com pessoas da mesma tribo, passou a ser considerado algo anômalo, gerando as primeiras repulsas sociais sobre essa figura.

É nesse contexto histórico que o homem passa a manter relações individuais, exclusivas, com a mesma mulher, que resultou nas relações monogâmicas, em que o poder paterno é de suma relevância, surgindo o então denominado pátrio poder, que, hoje, é denominado poder familiar.

Para chegar ao atual conceito de família, mister se faz o estudo das famílias que influenciaram a formação da família brasileira. São basicamente três: a família Romana, a Canônica e a Germânica.

Em Roma, a família era o conjunto de pessoas que estavam sob o poder do patriarca, ou, nos dizeres de Kaser (1999, p.95), “Uma associação jurídico-monocrática, composta pelo *paterfamilias*, pelas pessoas submetidas a ele, entre elas a mulher, os filhos, enquanto não saírem do seu poder, os clientes e escravos”.

O *paterfamilia* era a autoridade máxima perante seus descendentes não emancipados, sua mulher, clientes e escravos, tendo poder pleno e quase ilimitado sobre eles. Esse poder exercido pelo *pater* é denominado *potestas* e, originariamente, *manus*, que significa tutelado. Dessa maneira, o *pater* exercia o poder de dominação e proteção sobre os que estavam sob seu poder.

Posteriormente, a denominação *manus* foi utilizada apenas para as mulheres casadas, que pertenciam à associação jurídica do marido. Vale ressaltar-

se que o poder exercido pelo *pater* sobre os escravos era a propriedade, e não o *potestas*, porquanto esse será o poder exercido sobre os filhos.

Interessante analisar-se que os filhos adultos permaneciam sob o poder exercido pelo *pater*, enquanto este fosse vivo; e apenas por aspectos jurídicos especiais, como a emancipação (*emancipatio*), a adoção por outra família (*adoptio*) ou a submissão à família do marido é que eles se “libertavam” do poder exercido pelo *Pater*.

Só no caso das mulheres casadas com *manus* é que os filhos se “libertavam” do *pater potestas*. Em Roma, atingir a maioria não influenciava na desvinculação do poder exercido pelo *pater*, diferente, então, do que ocorria nos direitos grego e germânico.

Outras expressões que merecem destaque, com relação ao parentesco romano, são duas: *sui iuris*, assim eram denominadas as pessoas desvinculadas, que não estavam submetidas ao poder do *pater*; e *alieni iuris*, aqueles que estavam sob o poder do *pater*.

Com o falecimento do *pater*, as pessoas a ele submissas ficavam livres, desmembravam-se em várias outras famílias, porém permaneciam unidas numa comunidade familiar continuada; os filhos ou descendentes homens do falecido se tornavam *pater* e, se fossem casados, a mulher, com a qualidade de casada com *manus*, ficava, então, sob o poder de seu marido, bem como os filhos deste novo *pater*.

As mulheres que ficavam livres do poder do *pater* tinham que formar novas famílias, pois a elas era vedado exercer o Pátrio Poder.

A família se constituía, num só tempo, em fator econômico, religioso, político e jurídico. O patrimônio de seus componentes era misturado, formando, desse modo, um só patrimônio, que era administrado pelo *pater*. A família tinha sua própria religião e cultuava seus antepassados.

Por esta razão, a mulher, ao se casar, podia continuar vinculada ao seu *pater* e cultivar seus antepassados. Esse era o casamento sem *manus*. Ou ela se casava com *manus* e entrava na família do marido, ficando, então, vinculada ao *pater* dele e cultuava os familiares falecidos do marido.

Daí a importância, para a sociedade romana, do filho do sexo masculino ou de algum descendente deste sexo, ainda que não primogênito, o que significava, para eles, a perpetuação do culto aos antepassados.

No aspecto jurídico, também era o *pater* quem administrava e exercia a justiça dentro da casa, uma vez que a família formava uma unidade política, que o tinha como chefe. No cenário político, a figura do *pater* também era relevante, pois o Senado era composto apenas por chefes de família (*paters*).

Merecem destaque as duas modalidades de parentesco que existiram na sociedade Romana, denominadas agnação e cognação.

A primeira era a relação que vinculava os sujeitos subordinados ao mesmo *pater*, não importando se havia ou não consanguinidade. Pode-se dizer que o filho adotivo tinha uma relação de agnação com o filho biológico do *pater* ao qual ambos se encontravam sujeitos.

A cognação, ao contrário, era o parentesco advindo do laço sanguíneo. Existia, ainda, a figura das gens, que eram os agregados de uma família, ou seja, os descendentes do mesmo tronco ancestral.

A evolução da família Romana consistiu, basicamente, em restringir, aos poucos, o poder exercido pelo patriarca, conferindo maior autonomia aos filhos e às mulheres, prevalecendo o parentesco cognatício em detrimento do agnatício.

O *pater* perdeu o direito de vida e morte que exercia sobre os seus familiares, e os filhos, aos poucos, começaram a administrar os bens, o que lhes conferiu responsabilidades correlatas às que antes eram inerentes ao patriarca, como as doações e a realização do pagamento dos funcionários, entre outras atribuições. Os filhos emancipados tinham, nesse contexto histórico, direito sucessório, o que antes não era permitido aos emancipados.

Com o advento do império, desapareceu a relação de parentesco *gens* e os direitos sucessórios alimentares foram concedidos aos cognados; o Estado restringe, com maior seriedade, o poder do patriarca, permitindo aos *alieni júris*, aqueles sujeitos aos poderes do *pater*, o acesso ao magistrado.

Este poderia intervir, no caso de o patriarca praticar abusos. Nesse período, os filhos não podiam mais ser vendidos pelos pais e a pena que era contra eles aplicada tinha que ser moderada.

Por conta das disposições do Direito Pretoriano, a mãe ficava autorizada a exercer a guarda dos filhos e também se tornava sua herdeira legal, quando o falecido não tivesse descendente e irmãos consanguíneos. Esse direito decorreu do “*Senatus Consultus Tertuliano*”. Já o “*Senatus Consultus Orfitiano*” concedeu o direito aos filhos de serem sucessores legais da mãe.

A mulher que se casava “*sem manus*”, e não tivesse ascendentes masculinos, ficava sob a tutela de um agnado.

No fim da república, com as Leis Demográficas de Augusto, as mulheres que eram mães de três ou mais filhos ficavam isentas dessa tutela. Com a evolução, no período de Hadriano, a mulher não precisava mais ser tutelada pelo agnado para a prática dos atos jurídicos.

O casamento, em Roma, era lastreado pelo afeto entre as partes e esse fator era tão importante no momento da celebração quanto durante a vida marital, pois os romanos aceitavam que, ao acabar o afeto que antes existia entre os nubentes, o casamento fosse dissolvido.

Houve inúmeras tentativas de Justiniano, para inibir essa prática. Uma delas consistiu em permitir que o casal dissolvesse o casamento somente em situações especiais. Porém todas essas tentativas foram inócuas, posto que logo voltou a permitir-se ao casal dissolver o matrimônio, desde que resultasse da vontade de ambos.

O direito canônico, por sua vez, não aceitava o divórcio, e, até hoje, o observa com restrições, porquanto, tendo por base a doutrina cristã, os líderes religiosos, que formaram e instituíram as regras do direito canônico, acreditavam que o divórcio era contrário aos princípios familiares, por favorecer a desunião entre os membros da família de divorciados e, como consequência, prejudicar a criação dos filhos.

O casamento era tido não apenas como um contrato mas também como um sacramento religioso, que os homens não podiam nem tinham legitimidade

para dissolver. Esta crença persiste até os dias atuais, apesar de, hoje, a igreja aceitar algumas exceções, permitindo a separação em casos excepcionais.

A família sempre foi considerada a célula básica da igreja, razão por que ela tem uma preocupação grande em evitar que sua pilastra de sustentação seja dissolvida por motivos irrelevantes.

O ilustre doutrinador Venosa (2002, p.23) leciona:

[...] o casamento tinha caráter de perpetuidade com o dogma da indissolubilidade do vínculo, tendo, como finalidade, a procriação e a criação dos filhos. A desvinculação do matrimônio da igreja abriu caminho para a revisão dessa dogmática.

A prática do casamento religioso prevaleceu durante toda a Idade Média. No entanto, ainda nessa época, havia diferenças entre o posicionamento adotado pelos católicos e pelos não-católicos.

A doutrina canônica criou um quadro de impedimentos que ensejavam a nulidade (impedimentos dirimentes absolutos) ou a anulabilidade (impedimentos dirimentes relativos) do casamento.

Por não atribuir um sentido político e econômico ao matrimônio, a igreja entrou em choque com o direito civil estabelecido pelos medievais. O direito canônico determinava que o requisito essencial para o casamento era o consentimento dos nubentes e as relações sexuais voluntárias, deixando, para segundo plano, a opinião e o consentimento dos pais. Esses fatores eram determinantes para a validade e realização do casamento consagrado na doutrina religiosa.

A maior divergência entre o casamento leigo e o canônico era justamente que, para o último, o consentimento do pai era relevante pelas consequências políticas e sociais que o matrimônio desencadeava na sociedade.

O doutrinador Wald (1999, p.35) leciona:

A separação no direito canônico se distingue do divórcio romano ou judaico, por não importar na dissolução do vínculo e por ser um ato judiciário da autoridade religiosa, enquanto, em Roma e para os hebreus, constituía um

ato privado contra o qual a parte prejudicada podia recorrer à autoridade judiciária.

No final da Idade Média, os conflitos entre os tribunais civil e religioso se intensificaram, por haver divergência nos aspectos patrimoniais do direito de família e, também, quanto aos efeitos pessoais que cada um deles consagrava.

A igreja católica reagiu aos conflitos por meio do Concílio de Trento (1542-1553), as condutas desse evento consistiram em reafirmar o caráter solene do casamento e reconhecer, como competência exclusiva da Igreja, a declaração de nulidade e a realização do matrimônio.

Essa reação do catolicismo era de extrema importância para o estudo da evolução do direito de família, nos países em que o catolicismo foi ou é a religião predominante.

Novamente fortificada, a figura do rei, nos estados europeus, fez com que o Estado laico reivindicasse a competência para julgar os litígios resultantes das relações familiares. Dessa feita, alguns países, como a França, que não recepcionaram o Concílio de Trento, tiveram que organizar e sistematizar normas de direito de família. A França, ao criar normas específicas relacionadas à matéria de família, admitiu, em 1767, o casamento civil.

Apesar das diferenças entre a Igreja e o Estado, houve metas que foram por ambos cumpridas em conjunto, como a tentativa de se evitar casamentos clandestinos, exigindo, além da publicidade prévia, a presença de testemunhas para a válida realização do matrimônio. Essa prática continua a existir até os dias atuais. Exemplo disto é o ordenamento jurídico-brasileiro, que exige a presença de testemunhas tanto no casamento civil como no religioso.

Modernamente, na maioria das legislações, vigoram as duas espécies de casamento. O Brasil é um exemplo de país que contempla, em sua legislação, os matrimônios civil e religioso e isso, devido à grande influência que o direito canônico exerceu em toda a história deste país.

Quanto à sociedade germânica, apesar de ser composta por maioria protestante, ela também criou legislação sem cunho religioso e, com o passar do

tempo, as autoridades civis passaram a praticar determinados atos que eram de competência exclusiva das autoridades eclesiásticas.

Com a maior ocorrência desse fato, houve a inversão desse quadro; as questões relativas à família tornaram-se de competência exclusiva das autoridades civis, ou seja, a resolução dos conflitos familiares, por força de lei, não era mais atribuição dos religiosos. No entanto não é possível afirmar-se que essas autoridades resolviam as lides afastadas totalmente da opinião religiosa.

Todos os valores e toda a vida de uma pessoa refletida na opinião que esta tem acerca de um assunto. Portanto é evidente que as decisões proferidas nessa época, ainda que por autoridade laica, tinham um fundo religioso, que era vivenciado, com profundidade, pela sociedade da época.

2.3 Natureza e Objeto do Direito da Família

A grande indagação feita pelos doutrinadores, ao questionarem a natureza do direito de família, reside na classificação desse sub-ramo da Ciência Jurídica, como direito público ou como direito privado.

A doutrina majoritária defende a posição de que o direito de família está inserido na esfera do direito privado, que tem, dentre outras características peculiares, o caráter extrapatrimonial ou personalíssimo, constituindo-se, como regra, em direito irrenunciável, intransmissível, irrevogável e indisponível. Suas normas são de ordem pública ou cogentes e suas instituições são consideradas direitos-deveres.

A doutrinadora Diniz (2002, p.27) afirma que este sub-ramo do direito está inserido no ambiente doméstico. Para ela, o aspecto patrimonial está a serviço dos interesses do núcleo familiar e, por isto, sua organização e sua estrutura levam em consideração a atuação de cada indivíduo assim considerado, sem olvidar os interesses do Estado, que sempre se fazem presentes.

A vontade humana é reduzida, pois os institutos do direito de família são limitados e regulamentados, de maneira rigorosa, pelas normas que o compõem.

Diniz acredita que, via de regra, se aplica o Princípio Estatutário, ou seja, as normas são cogentes, e não podem ser alteradas pela vontade individual, excetuando-se atos considerados ainda de autonomia privada.

Um exemplo dessa exceção é o regime de casamento, uma vez que o casal pode optar por ele. Todavia, se não o fizer, existe o regime supletivo que o Estado impõe, qual seja, o regime de comunhão parcial de bens. Assim, a vontade dos cônjuges também está sujeita ao interesse do núcleo familiar.

Cabe ressaltar-se que, ainda que exista a autonomia da vontade, os atos apenas nascem voluntariamente, porquanto as normas do ordenamento que regem a atuação de cada ato e seus efeitos também se encontram estabelecidas em Lei.

A posição da doutrinadora acima citada é clara. O direito de família se caracteriza como subespécie do direito privado, de modo que não há como lhe conferir o caráter jus publicístico, posto que seria o mesmo que admitir a atuação ilimitada e excessiva do Estado no âmbito familiar.

Dias (2007, p.35) segue, parcialmente, o posicionamento acima citado, ao afirmar que o direito de família pertence ao direito privado, embora tenha caráter publicista. Acredita que o Estado, ao trazer para si a obrigação de proteção da família e o dever de legislar a respeito das relações jurídicas que se formam no ambiente familiar, dispõe de normas imperativas, as quais não podem ser derogadas pela vontade das partes e independem dessa.

Dessa maneira, são cogentes e é por ter essas características que Maria Berenice Dias lhe confere o perfil publicista. Defende, ainda, que, apesar do caráter público das normas do direito de família, ele não pode jamais ser deslocado para essa esfera jurídica; do contrário, estar-se-á admitindo um intervencionismo intolerável do Estado nas relações familiares.

Eis o que Dias ensina (2007, p.34):

Sempre é ressaltada a concepção supraindividualista de família, por perseguir fim superior aos interesses individuais de seus membros. Porém o fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito das famílias migrado para o direito público. Ao reverso, como sustenta Gustavo Tepedino, deve-se submeter a convivência familiar aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição. Aliás, 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.

A autora defende, ainda, que o direito de família deva ser considerado como um microssistema jurídico, devido a sua grande complexidade.

Venosa (2002, p.21) também adere a essa corrente majoritária e reconhece, como dever do Estado, a proteção da família, considerando fundamental a intervenção do Estado, com a cautela de manter os direitos básicos de autonomia.

Ainda que o Estado regule o direito de família por intermédio de normas imperativas, este não pode ser considerado modalidade de direito público, e, sim, privado. Isto representaria um contrassenso, pois, se público fosse, daria ensejo ao autoritarismo estatal.

Alguns exemplos de Estados citados por Venosa, em cujo ordenamento jurídico o direito de família foi tido por direito público, integraram o regime comunista da Rússia, Iugoslávia e Bulgária. Por isto, não cabe ao Estado democrático de direito inserir esse ramo do direito na esfera do direito público, ainda que a família sofra intervenção do Estado. Ele é, como dito inúmeras vezes, ramo do direito privado.

O objeto de estudo do direito de família há de ser apreciado com cautela, visto que tem peculiaridades específicas, que vão além das normas jurídicas. Compreende, também, a moral, que é objeto de estudo desse ramo, uma vez que diversos são os institutos do direito de família, que, intrinsecamente, tem conteúdo moral.

Wald (1.999, p.26) destaca o dever de educação que os pais têm para com os filhos, o dever de fidelidade entre os cônjuges e o dever de assistência mútua entre eles, como deveres que ultrapassam a seara jurídica e refletem a moral de uma sociedade.

O objeto de estudo mais importante desse subramo do direito, não resta dúvida, é a família. O pátrio ordenamento jurídico a conceitua de modos diversos e, dentre eles, três são os aspectos de família que merecem destaque.

O primeiro aspecto a ser apresentado é em sentido amplíssimo em que é caracterizado como o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo sanguíneo e pela afinidade, compreendendo, inclusive, os estranhos, como os indivíduos que compõem o serviço doméstico. Este conceito está estampado no artigo 1.412, parágrafo segundo, do Código Civil.

A família pode ser entendida em sentido lato, que engloba apenas os cônjuges e seus filhos, parentes na linha reta ou colateral e os afins, ou seja, os parentes do outro cônjuge. Este conceito encontra guarida nos artigos de 1.591 a 1.596 do Código Civil e, ainda, em legislações esparsas.

Pode também ter um sentido restrito, em que apenas se consideram família os cônjuges ou conviventes e os filhos. Este sentido aparece no Código Civil, nos artigos de 1.567 e 1.716.

Por isto, a lei adota diferentes critérios em diferentes momentos, para determinar o que é a família. Por exemplo, o critério previdenciário abrange o casal, os filhos até os 18 anos.

O critério alimentar está descrito nos artigos 1.694 e 1.697 do Código Civil e caracterizam, por família, os ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuges e conviventes. Pelo critério sucessório, a família compreende os herdeiros em linha reta, cônjuges, companheiros e colaterais até o quarto grau, artigos 1.790, 1.829, IV, e de 1.839 a 1.843, todos do Código Civil.

Outro critério que aparece no ordenamento é o da autoridade que se restringe apenas aos pais e filhos; e, por último, tem-se o critério fiscal para o qual família compreende o casal, filhos menores; se maiores, os inválidos; ou os que frequentam curso superior até os 24 anos de idade; os ascendentes inválidos e o filho que recebe pensão alimentar por condenação judicial.

A doutrinadora Diniz (2002, p. 28) define os caracteres da família. O primeiro apresentado por ela é o biológico, pois a família ocorre de maneira natural, as pessoas necessitam viver em sociedade; e a formação dos grupos, geralmente calcada na afinidade, ocorre involuntariamente.

O segundo caráter destacado pela doutrinadora é o psicológico, mediante o qual a família é unida por um sentimento, o amor. Outro caráter é o econômico. Por este, a família tem que ser suportada economicamente e, para viabilizar isso, seus integrantes, ou alguns deles, devem exercer atividade laboral remunerada, para que, além de se sustentarem, consigam viabilizar o desejo de realização material, intelectual e espiritual dos demais membros da família.

O caráter religioso se deve à grande influência que o cristianismo exerceu e exerce na sociedade brasileira, de modo que a família é uma instituição moral e ética. O caráter político se define pelo fato de a família ser a célula básica de uma sociedade. E o último característico a ser ressaltado, e que merece maior destaque é o jurídico. Nos dizeres de Diniz (2002, p. 16) “A estrutura orgânica da família é regida por normas jurídicas, cujo conjunto constitui o direito de família”.

Apresentados os sentidos, critérios e os caracteres do mais relevante objeto de estudo desse subramo do direito, deve-se ressaltar que o direito das famílias é fundado em três eixos temáticos: o direito convivencial, que se divide em matrimonial, e não matrimonial; o direito parental; e o direito protetivo ou assistencial.

O primeiro eixo citado diz respeito ao casamento e tudo que a ele está ligado, como o regime de bens, sua dissolução, entre outros aspectos. O segundo eixo se consubstancia a filiação e as relações de parentesco. No último eixo, estão inseridos os institutos da tutela, curatela, poder familiar e alimentos.

Feita esta análise do direito de família, fica claro que família é o seu principal objeto de estudo, uma vez que todos os eixos temáticos acima citados estão direta ou indiretamente ligados a esse instituto jurídico.

2.4 Evolução Legislativa

O estudo da evolução das leis que disciplina o direito de família, no Estado brasileiro, é de extrema importância, a fim de melhor se compreender a

dogmática e a sistemática do atual Código Civil, que destina um de seus livros ao ramo do direito objeto do presente estudo. Igualmente é importante a presente análise, para que se vislumbrem as lacunas da lei e onde se encontram as maiores necessidades de produção normativa.

Em 1564, o Brasil, ainda colônia de Portugal, teve que acatar as normas do Sagrado Concílio Tridentino. Em 1595, as ordenações Filipinas entraram no pátrio ordenamento jurídico e o prestígio que, antes, era dado pela própria legislação aos eclesiásticos foi sensivelmente reduzido. As duas disposições vigoravam paralelamente, no país, no entanto as divergências entre os dispositivos de uma e outra modalidade de direito eram claras e relevantes.

As ordenações Filipinas tiveram grande importância para o Brasil, pois estabeleceram normas jurídicas que, a rigor, são observadas até os dias atuais. Uma delas é a necessidade da outorga uxória e outorga marital para contratos de compra e venda, independentemente do regime de casamento adotado pelos cônjuges.

Até meados de 1847, o sistema português vigorou no Estado brasileiro. No final desse ano, foi elaborada a Lei 463, que reformou, completamente, o que dispunham as ordenações. A partir dessa Lei, os filhos dos plebeus sem qualquer impedimento ou parentesco, denominados de peões, tinham direitos sucessórios, ainda que concorressem com os filhos legítimos, ressalvadas a terça parte de que o pai poderia dispor como quisesse.

Apenas na segunda metade do século XIX, aproximadamente no ano de 1861, foi que surgiu uma lei que disciplinava o casamento dos não-católicos. Em 1863 adveio um decreto que regulamentou a Lei de 1861 acerca das certidões de nascimento, casamento e óbitos dos cidadãos que não seguiam o catolicismo.

Nesse contexto histórico, surgiram movimentos liberais, com o objetivo de separar o Estado da Igreja, formando instituições independentes, que defendiam, também, o casamento civil. Anote-se que, nessa época, mesmo para os não-católicos, o casamento tinha cunho religioso e adotava a mesma técnica jurídica estabelecida pelo Concílio de Trento (direito canônico).

Com a proclamação da República e a conseqüente quebra do vínculo entre o Estado e a Igreja, Ruy Barbosa, Ilustre jurista, regulamentou o casamento

civil no ano de 1890, estabelecendo, como competência única para a validade do casamento, o ato feito perante as autoridades civis.

Apesar da evolução legislativa da época, em alguns aspectos, observavam-se ainda, regras do direito canônico, tais como os impedimentos matrimoniais que até então eram observados para realização do casamento civil.

Nesse mesmo ano, o decreto 181 passou a disciplinar que os filhos naturais poderiam ser reconhecidos pelos pais por confissão espontânea, por reconhecimento feito em cartório de notas, no ato do nascimento ou em outro documento autêntico.

Quanto à legislação mais recente, a partir do Código de 1.916, pode-se dizer que Miranda (2928, p.489) foi sábio, ao dizer, em seu livro, “Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro”, que o código civil brasileiro mostra um direito “mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação. Isto, porque, apesar de o Brasil ser um Estado laico, sem uma religião juridicamente definida”, a influência do direito canônico esteve claramente presente no pátrio ordenamento, até o século XX; e ainda hoje se encontram resquícios dessa época.

O Código Civil de 1916 teve, como um de seus autores, Clóvis Bevilacqua. Antes de salientar a evolução que esse código trouxe à sociedade, é necessário destacar-se que ele teve, como pilares, a família, a propriedade e o contrato. Dessa maneira, segundo Fachin (2000, p.10):

[...] três pilares fundamentais, cujos vértices se assentam a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas.

Para melhor compreensão desse código, deve-se levar em consideração a sociedade da época, que era basicamente rural. Alguns autores, entre eles Orlando Gomes, sustentam que a classe média lutou por um código “liberal e progressista”, mas foram barrados pelo conservadorismo dos donos de grandes latifúndios e das famílias oligárquicas.

Quanto ao conteúdo, vale ressaltar-se que a legislação de 1916 não trouxe avanços significativos, no que se refere à capacidade da mulher. Entretanto um aspecto merece destaque, fundado no então conservadorismo da época: a mãe bínuba, aquela que contraiu um segundo casamento, perdia o pátrio poder, hoje chamado de Poder familiar, que exercia sobre os filhos do primeiro casamento.

Esse código dificultou, de certa maneira, a entrada dos filhos havidos fora do casamento, permitindo o reconhecimento apenas dos naturais, quais sejam, os biológicos. Dificultou, ainda, o processo de adoção. Todas essas medidas foram tomadas, a fim de se evitar a entrada de estranhos na relação familiar.

No ramo sucessório, a nova legislação se preocupou em defender o interesse dos herdeiros legítimos notadamente dos herdeiros necessários, os quais, à época, eram os ascendentes e descendentes. Em favor desses herdeiros, obrigatoriamente passou a ser reservada uma parte da herança, situação que permanece até os dias atuais, com uma modificação apenas, qual seja, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário.

A década de 30 foi muito produtiva do ponto de vista legislativo, vários foram os decretos e leis aprovados, grande número de decretos e leis apareceram, para proteger a família, disciplinando a guarda dos filhos menores em caso de desquite judicial. Em 1.937, a Constituição Federal concedeu benesses ao filho natural, equiparando-o ao filho legítimo e, regulamentou o casamento religioso, para que este gerasse efeitos civis.

Em 1941, por meio de um decreto, foi proibido que a qualificação do filho fosse registrada na certidão de nascimento, salvo a requerimento do interessado ou por decisão judicial. Outro decreto do mesmo ano permitiu que o pai exercesse a guarda do filho natural, se o tivesse reconhecido.

Em 1942, surgiu a possibilidade de o filho havido fora do matrimônio, após o desquite do pai, ser reconhecido por ele ou demandar, para que declarasse a filiação.

Merece realce a Lei n.º 883/1949, que viabilizou o reconhecimento da paternidade, por meio de investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, depois de dissolvido o matrimônio. Nesse mesmo ano, outras leis vieram, para beneficiar a família, de maneira que estabeleceram a conciliação prévia

nas ações de alimentos, os filhos adulterinos poderiam ser reconhecidos pelo cônjuge separado de fato por mais de cinco anos contínuos.

Outro diploma que merece ser apreciado é a Lei de nº 4.121/1962, também conhecida como o Estatuto da mulher casada. Essa Lei foi responsável pela emancipação da mulher casada, conferindo-lhe maior gama de direitos, sem, no entanto, equipará-la ao marido. Ela foi guinada à condição de colaboradora e, na ausência dele, exercia o Poder Familiar, na época denominado de Pátrio Poder. Outra consequência desse estatuto foi restaurar o pátrio poder da mulher bínuba.

Por outro lado, algumas matérias foram alvo de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, dentre elas o regime de separação obrigatória, o sentido de presunção de paternidade e o direito concedido às mulheres de receberem alimentos quando desquitadas.

Segundo o doutrinador Arnaldo Wald, a lei mais importante dos últimos tempos é a 6.515/77, que regulou o processo, os efeitos e os casos em que seria admitida a dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

No mesmo ano, a emenda constitucional número 9 (nove) criou um novo instituto, a separação judicial, que veio, para substituir o desquite e possibilitou a dissolução do vínculo matrimonial.

A mesma emenda tornou o regime de comunhão parcial como o regime legal para a realização dos casamentos, ou seja, em caso de silêncio dos nubentes, é este o regime a ser por eles adotado. Estabeleceu a igualdade de herança entre os filhos, independentemente da condição de filiação a que estes pertenciam. Concederam-se, ainda, maiores garantias aos credores de alimentos, garantia real, fidejussória ou de usufruto sobre um bem do devedor.

No ano de 1984, a Lei 7.250 autorizou o reconhecimento do filho adulterino, com a condição de o genitor estar separado, de fato, há mais de cinco anos contínuos.

Após um grande volume de leis e decretos legislativos uma inovação adentrou o ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988 Veloso (1999), apud Dias (2008, p.30), foi claro, ao dizer, em um artigo de jornal, que, “num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito”, estabeleceu e tratou como princípio normativo fundamental, no ramo do direito de família, a igualdade de

direito e deveres entre o homem e a mulher dentro da relação conjugal, a unidade familiar e a proteção do melhor interesse da criança.

O doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2006, p.25) chega a dizer que o advento da CF inaugurou a era da igualdade entre os cônjuges. Outro avanço se deu quanto ao conceito de família, que foi ampliado, inclusive para aumentar o âmbito de proteção aos seus membros.

Em um único capítulo, a CF passou a tratar a matéria relativa à família, ao idoso, à criança e ao adolescente. Outras inovações se deram na área do concubinato puro que foi denominado de união estável e passou a ser reconhecido como família, o que se constituiu num grande avanço, ainda que tardio.

A sociedade clamava por uma mudança legislativa que estampasse a realidade social e acompanhasse os conflitos atuais e se desvinculasse de qualquer conservadorismo calcado na religião, na política e em ideologias retrógradas.

O artigo 226 da Constituição Federal protegeu, de modo categórico, a família e a igualdade foi estabelecida; e, por isto, se pode entender por família aquela advinda da união de fato, biológica ou adotiva.

O prazo do divórcio igualmente foi alterado. Por meio de uma emenda constitucional, reduziu-se o prazo para um ano após a data da separação judicial ou após dois anos da separação de fato.

Por último, vale ressaltar-se que a Constituição Federal estabeleceu igualdade entre os filhos adotivos, os havidos fora da relação conjugal ou dentro dela. Portanto ficou proibido o uso de qualquer termo ou designação que discriminasse um filho em detrimento de outro.

O artigo 226 da CF é amplo e também tem aplicação na filiação incondicional e indiscriminatória que se estabeleceu com seu advento. Alguns termos preconceituosos foram abolidos, tais como ilegítimo, espúria, adulterina, informal e impura. O parágrafo 7º do dispositivo supracitado, que trata do planejamento familiar, foi regulado pela lei 9.263/96, que reforçou a consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Em matéria de legislações complementares, merece destaque o fato de que antes da Lei 883/1949, não era possível o reconhecimento dos filhos adulterinos

e incestuosos. Em 1990, foi promulgada a Lei 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 8.560, de 1.992, permitiu o reconhecimento do filho dentro ou fora do casamento ou da união estável, por escritura particular arquivada em cartório ou por manifestação feita perante o Juiz de Direito.

Com a nova Constituição, muitos dispositivos foram derogados, restando uma gama legislativa na área cível, sem nenhuma aplicação e eficácia. O doutrinador Fachin (1996, p.83) lembra que, “após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família”.

Dessa maneira, o Código Civil de 1916 já não acompanhava a sociedade, de maneira a resolver os conflitos e a satisfazer os jurisdicionados; e não era apenas em face do retrato da sociedade que o código estava desatualizado. De uma maneira sistemática e lógica, não era possível estudá-lo, pois foram muitas as leis que revogaram seus dispositivos por inteiro ou parcialmente, o que dificultava inclusive sua aplicação no caso concreto.

O projeto do “novo” Código Civil é de 1975, ele ficou anos parado no Congresso Nacional e, apenas em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor e, por assim ter sido, muitos de seus dispositivos já não se enquadravam na realidade social. Para solucionar esse impasse, inúmeras emendas e modificações foram feitas, com o objetivo de melhorar a aplicação da nova lei, que parecia antiquada aos tempos modernos. E, assim, Dias (2007, p.32) professa:

Não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família no século XX. Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar, e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram sepultados todos aqueles dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios.

Segundo a professora supracitada, o código de 2002 perdeu muito, ao deixar de apreciar os novos modelos de família, que hoje fazem parte do contexto social a guarda compartilhada e a filiação socioafetiva. Para ela, essas foram as maiores falhas dessa nova codificação. Outra observação feita, esta relacionada à união estável, que, a partir de 2002, está sujeita ao dirigismo estatal.

No entanto a maioria dos doutrinadores não entende isto como uma falha ou um ponto negativo, mas, sim, como um avanço da lei, que regulou um fato existente na sociedade e que carecia de uma norma que o regulasse.

O legislador, segundo alguns doutrinadores, dentre eles Dias (2007, p. 33), cometeu algumas inconstitucionalidades, como permitir a perquirição da culpa nas ações de separação e ao tratar, de maneira desigual, as entidades familiares advindas do casamento e da união estável.

Apesar desses erros, o legislador teve méritos, incorporou orientações que se encontravam pacificadas pela jurisprudência. E um exemplo é não determinar que, na separação, a mulher seja obrigada a retirar o sobrenome do marido ou este, o sobrenome da mulher; e excluiu a proibição antes existente de o cônjuge culpado pela separação ficar impossibilitado de receber alimentos.

É importante frisar-se que ainda há muito a se fazer, para que o pátrio ordenamento jurídico acompanhe a sociedade moderna, que evolui diariamente, a uma velocidade assustadora. A tecnologia, dia após dia, inova e os meios de acesso a ela se intensificam, criando maiores possibilidades e facilidades aos meios de informação e conhecimento. Todavia esses mesmos meios carecem de normas de regulamentação, posto que, nos dias atuais, o homem sabe cada vez menos sobre os seus limites, uma vez que a privacidade e a dignidade da pessoa são os maiores alvos da tecnologia.

2.5 Classificações das Famílias

Os conflitos da vida moderna, ainda que solucionados, não têm, via de regra, efeito “*erga omnes*”. A mesma regra não é imposta a todos, motivo pelo qual, nos dias atuais, se demanda maior produção normativa.

Atualmente, as famílias não são mais como aquelas preconizadas há alguns anos; um homem se casava com uma mulher e dessa união advinham os filhos, vivendo assim, pelo resto da vida.

Hoje, não é possível obrigarem-se os cônjuges a ter um casamento indissolúvel, as pessoas não estão mais ligadas ao conservadorismo e à tradição, busca-se, cada vez mais, a satisfação pessoal e a felicidade, ainda que, para isso se tenha que quebrar paradigmas que, há muito, foram impostos pela sociedade.

É evidente que a maioria das pessoas procura uma companhia, um apoio, uma segurança. O convívio entre casais é instinto natural do ser humano. Entretanto, nenhuma pessoa pode ser condenada a amar e a demonstrar esse amor para com uma única pessoa durante toda a vida.

Uma vez separados, os cônjuges procuram outro companheiro, até para que este lhe ajude na educação do filho, surgindo dessa forma, diversos modelos de família na sociedade.

A célula básica de uma sociedade também não pode ser alvo de preconceitos e títulos discriminatórios, apenas porque não se segue um padrão ultrapassado e calcado na religião.

A entidade familiar é essencial à existência e continuidade da sociedade. E, segundo a doutrinadora Dias (2007, p.40), a família atual pode ser identificada da seguinte maneira: “O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo”.

Percebe-se, dessa forma, que a família deixou de ser a relação advinda exclusivamente do casamento ou da relação patriarcal, na qual havia uma hierarquia entre o pai e os demais componentes. A mulher ingressou no mercado de trabalho, tem renda própria e já são muitas as que sustentam a família sozinhas. Desse modo, novas estruturas familiares vão surgindo e o direito tem o dever de abordá-las e apontar suas consequências jurídicas.

Para a classificação das famílias atuais, será utilizada a estrutura adotada pela doutrinadora Dias (2008, p.41). Segundo seus ensinamentos, as famílias, ao serem definidas, devem ser vistas sob um aspecto pluralista, porquanto, só assim, em todas as entidades familiares que têm um fundamento básico, o elo de afetividade pode ser observado.

As famílias abordadas serão: matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental, pluriparental, paralela e eudemonista.

2.5.1 Família matrimonial

No início do século passado, devido à grande influência que a igreja exercia sobre a sociedade, o legislador reconheceu a juridicidade apenas da união matrimonial. Esta se caracterizava pela união entre um homem e uma mulher, sendo que o primeiro exercia a chefia da relação familiar e a finalidade desta relação era a procriação e a conservação do patrimônio.

Em um segundo momento, o Estado regulamentou e institucionalizou o casamento, sendo que o legitimado para a celebração deste devia apreciar as formalidades necessárias para a sua validade. Esse ato matrimonial era indissolúvel e a mulher, após se casar, se tornava relativamente incapaz, ficava impedida de trabalhar e a ela também era vedado administrar seus bens. Além do mais, a família recebia o nome do cônjuge varão.

O rompimento desse pacto só era possível por meio do desquite, que não rompia o vínculo matrimonial. O regime de comunhão adotado era o da comunhão universal de bens. Este era o modelo de família existente no Código Civil de 1916. Pode-se defini-la como uma família matrimonial, patriarcal, heterossexual, hierárquica e patrimonializada.

2.5.2 Família informal

Essa família já estava presente na sociedade, quando o modelo de família foi regularizado por Lei. Após essa regularização, passou a chamar-se de informal esse modelo de entidade familiar.

Dessa forma, paralelamente à família matrimonial, sempre esteve presente a família informal, embora, no Brasil, esta só tenha recebido amparo jurídico com a Constituição Federal de 1988.

Antes do advento da Lei Maior, em casos de litígios, equiparava-se à sociedade de fato a um negócio e aplicava-lhe, por analogia, o direito comercial. Não se falava em alimentos, tampouco em direitos sucessórios, posto que, no máximo havia uma indenização paga pelo homem à concubina, como era chamada, pelos serviços domésticos prestados. Evitava-se, com isto, o enriquecimento ilícito.

A partir de 1988, essa união de fato passou a ser chamada de união estável e recebeu respaldo jurídico. A lei que regula essa entidade familiar, segundo a doutrinadora Hironaka (1999), apud Dias (2008, p.45), é basicamente uma cópia do casamento, pois estabelece alimentos, regime de bens e regula o direito de sucessões entre os companheiros.

2.5.3 Família homoafetiva

Essa entidade familiar ainda não está prevista no pátrio ordenamento jurídico, razão por que a doutrina e a jurisprudência não têm reconhecido, pacificamente, as relações homoafetivas como aptas a constituir uma família. O tema é tormentoso e, para alguns famílias, são apenas as previstas na Constituição Federal, ou seja, as derivadas do casamento, da união estável e das relações entre um dos pais e filhos, família monoparental.

Para esse grupo de juristas, para que as relações homoafetivas ganhem status de família e, como consequência, direitos e deveres próprios desse ramo, será necessária uma Emenda Constitucional incluindo as relações homoafetivas no rol contemplado no artigo 226 da Lei Maior.

Esse entendimento é um desrespeito e uma violação ao Princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra inscrito no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior, pois o fundamento básico de uma família se faz presente também nessa modalidade de união, qual seja, o laço de afeto existente entre duas pessoas.

Não se pode fingir que o homossexualismo não existe, é necessário enfrentar os fatos, e, para tanto, impõe-se ao operador do Direito que acompanhe as mudanças ocorridas na sociedade. Hoje é muito mais comum verem-se companheiros do mesmo sexo convivendo juntos por longo período, em uma verdadeira união estável.

Portanto, não é justo que um cônjuge que passa a vida ao lado de sua companheira tenha direitos reconhecidos juridicamente, enquanto a família homoafetiva permaneça sem reconhecimento perante o pátrio sistema jurídico, como se estivesse à margem da sociedade.

O maior desafio da justiça é romper esses paradigmas e solucionar os conflitos dessa nova entidade, que, por ainda ser carente de pacificidade doutrinária, jurisprudencial e legal, por vezes não é admitida como família.

2.5.4 Família monoparental

Essa família, como o próprio nome diz, é aquela composta por qualquer um dos pais e seus descendentes. É muito comum, nos dias de hoje, uma mãe ou um pai conviver sozinho com seus filhos, sem a presença de outro cônjuge ou companheiro, seja em decorrência da morte ou de qualquer das modalidades de separação “lato senso”, prevista no CC, e também da separação de fato.

A família monoparental está regulada no artigo 226, parágrafo 4º, CF.

2.5.5 Família anaparental

Ao contrário da família monoparental, a anaparental não encontra respaldo jurídico. Também não é fácil identificá-la apenas por sua denominação. Essa família pode ser definida pela convivência entre parentes, que não os ascendentes e descendentes em linha reta ou mesmo pela convivência de duas ou mais pessoas sem parentes entre si, que tenham identidade de propósitos no que concerne ao mútuo apoio emocional e/ou econômico.

A doutrinadora Dias (2007, p.46) faz alguns comentários sobre essa família: “A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial constitui uma entidade familiar”.

Neste caso específico, citado pela doutrinadora, se uma das irmãs falecer, segundo sua posição, ainda minoritária, dever-se-á aplicar as disposições que regem a união estável. O posicionamento majoritário comunga da ideia de que, ainda que uma das irmãs faleça, o ascendente ou descendente mais próximo é o verdadeiro herdeiro legal.

Diante da grande divergência doutrinária existente, mais uma vez caberá ao judiciário estabelecer as diretrizes, para se julgarem tais casos, uma vez que a legislação pátria é omissa neste sentido.

2.5.6 Família pluriparental

Também conhecida como família mosaico, caracteriza-se pela união em que um dos cônjuges ou ambos já tiveram uma relação matrimonial ou união anterior e que desta advieram filhos. Outra característica importante dessa união é a pluralidade de vínculos, ou seja, há filhos biológicos de apenas um dos cônjuges da relação e pode haver outros filhos, fruto dessa nova união.

Essa família não está amparada pelo ordenamento jurídico e, por isto, não altera o vínculo de família monoparental entre um cônjuge e seu filho biológico advindo de uma união anterior (artigo 1.579 do Código Civil).

A jurisprudência ainda não conferiu o direito de alimentos ao filho exclusivo do companheiro ou do cônjuge, ainda que a paternidade socioafetiva seja arguida, o que se está permitindo com maior frequência é a regulamentação do direito a visitas.

Sobre esta modalidade de família, Ferreira e Rorhmann (2006, p.528) lecionam:

As famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando a equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias.

Essa modalidade de família está cada dia mais presente na sociedade, uma vez que os números de matrimônios dissolvidos aumentam violentamente e os números de indivíduos que têm o matrimônio dissolvido e permanecem sozinhos, sem um novo companheiro, é pequeno. Desse modo, novas famílias serão constituídas e é natural que estas gerem frutos, filhos, tornando-se uma família pluriparental.

2.5.7 Família paralela

Sua própria nomenclatura traz algumas ideias de suas características. Família paralela é aquela que se desenvolve paralelamente à primeira família constituída pelo cônjuge ou companheiro. Apesar de ser alvo de muitas críticas jurídicas, e não ser reconhecida nesse âmbito, é de extrema importância trazê-la à baila, pois, caso contrário, estaria deixando-a de lado e, conseqüentemente,

incentivando-a, uma vez que não há sanções e responsabilidades para aqueles que a constituem.

Segundo a Ilustre desembargadora do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dias (2007, p.51):

Deixar de reconhecer a família paralela como entidade familiar leva à exclusão de todos os direitos do âmbito do direito das famílias e sucessório. Assim, a companheira não pode receber alimentos, herdar, ter participação automática na metade dos bens adquiridos em comum. A jurisprudência amplamente majoritária nega a existência desses relacionamentos, não os identificando como união estável. No máximo, é invocado o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante indispensável prova da participação efetiva, para aquisição patrimonial. Nada mais é deferido.

Dias defende, também, o reconhecimento jurídico dessa modalidade de família, que existe na sociedade, porém ainda carente de regulamentação jurídica; assim como a família homossexual, esta igualmente merece amparo jurídico.

2.5.8 Família eudemonista

Apesar de essa ser abordada por alguns autores, dentre eles Maria Berenice Dias (2008, p.52), como uma espécie de família, ela, na verdade, é uma característica que pode, e presume-se, estar presente na maioria das entidades familiares. Primeiro, faz-se necessário entender o significado da palavra eudemonista. Esta palavra de origem grega significa feliz, motivo pelo qual não é adequado qualificá-la como uma espécie de família, mas como um seu característico.

Afinal, uma família é iniciada com um objetivo intrínseco e inerente a todo ser humano, a busca da felicidade.

Diante das diversas modalidades de família na sociedade brasileira, algumas delas sem respaldo jurídico, é possível perceber-se que, a cada dia, a

sociedade vem rompendo paradigmas em busca da satisfação pessoal, na procura incansável da felicidade. Resta apenas à legislação acompanhar toda essa evolução e assegurar garantias e direitos a essas novas relações, que geram efeitos jurídicos.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 Ordenamento Jurídico: Regras e Princípios

O ordenamento Jurídico é composto por normas que se dividem em regras e princípios. Vários são os critérios que podem ser utilizados, para diferenciar as regras dos princípios. Segundo Alexy (2002, p.83), um dos critérios frequentemente utilizado é o grau a que as normas ou os princípios se sujeitam. Utilizando esse critério, entende-se por princípios as normas que têm um maior grau de generalidade; e por regras, os que tem menor grau de generalidade.

Um critério apresentado pelo autor citado (2002, p.84) é a “determinabilidade aos casos de aplicação”. A diferença entre os institutos reside no caráter explícito do conteúdo valorativo, ou seja, quanto ao seu conteúdo aplicado ao caso concreto. Outro critério também citado diz respeito à natureza da norma, se ela é de comportamento ou de argumentação.

Apesar de o ilustre doutrinador Alexy (2002, p.86) apresentar os diferentes critérios para a distinção entre regras e princípios, o critério por ele adotado e de maior apreço pela doutrina em geral é quanto ao caráter de otimização dos princípios e o de determinação das normas. Assim, o critério por ele utilizado não é um critério gradual, e, sim qualitativo.

Ainda segundo o autor (2002, p.87):

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...

En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

Então, deve-se compreender que os princípios são como pilastras de sustentação do ordenamento jurídico, capazes de direcionar as normas

denominadas regras. Dessa maneira, a contrário sensu, todas as regras presentes no ordenamento devem respeitar os princípios. É a partir dessa concepção que resulta a grande importância do estudo dos princípios que regem as normas, as regras.

Os princípios podem ser Constitucionais ou Infraconstitucionais. Os primeiros são aqueles previstos na Lei Maior do Estado; já os Infraconstitucionais, também denominados Princípios Gerais do Direito, são os invocados nos casos de omissões ou lacunas na Lei.

As normas-princípios Constitucionais podem ser gerais e específicas. Gerais, quando regem todos os ramos do direito, *v.g.*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Outros são específicos, como o princípio da afetividade, que está intrinsecamente ligado ao Direito de Família.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Esse princípio não é apenas base ou fundamento do ordenamento jurídico, mas diretriz de todos os direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal e em todas as leis infraconstitucionais.

É a partir dele princípio que um leque de outros princípios é aberto. Nos dizeres de Gama (2008, p.70), “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico”.

Outros doutrinadores, dentre eles Pereira (2006, p.68), o classificam como um macroprincípio e lecionam que a partir dele é que se irradiam os demais.

De igual modo, afirma Dias (2007, p.59): “A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”.

Sem dúvida, esse princípio, estampado no artigo 1º, inciso III e parágrafo 7º, do artigo 226, ambos da Lei Maior, não é apenas um mandamento de abstenção ao Estado de praticar qualquer ato que viole a dignidade da pessoa humana mas também um mandamento de promoção, ou seja, o Estado deve agir, conjugar forças com os Poderes que dele derivam, para garantir a dignidade de cada cidadão que compõe a sociedade, independentemente de qualquer condição.

O direito fundamental à dignidade tem, como objeto jurídico, duas dimensões: a primeira é uma dimensão coletiva, o Estado deve proteger e garantir a dignidade a toda a coletividade ou a uma fração dela específica, que esteja sofrendo atentado; a segunda dimensão diz respeito a dignidade individual de cada pessoa, individualmente considerada.

Este é um assunto que pode ser analisado sob diversos aspectos e enfoques. Cabe, neste momento, voltar-se a atenção para o direito de família, a fim de melhor delimitar o tema.

Sabe-se que, no período patriarcal, apenas era reconhecida a dignidade ao marido e ao pai; os demais integrantes da família eram apenas subordinados, e não desfrutavam de nenhum direito ou garantia.

Atualmente, no ocidente, via de regra, todos têm esse direito e sua finalidade consistente em promover o desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todos os indivíduos que integram uma entidade familiar, sempre comprometido e respeitando os princípios da solidariedade, da democracia e do pluralismo.

Portanto, é direito fundamental, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana o direito de filiação, seja biológica ou afetiva, natural ou fruto de reprodução assistida. É essencial garantir-se a dignidade da criança e respeitarem-se seus direitos, inclusive os do nascituro.

Ao mesmo tempo em que o direito de filiação é um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se atentar para a proteção da dignidade da criança, fruto dessa técnica.

Assim sendo esse direito de recorrer a técnicas de inseminação artificial não é absoluto, pois, se houver conflito de dignidade da pessoa humana

entre os pais e os filhos, se deverá solucionar o conflito em favor daquele que irá nascer, assim leciona Gama (2003, p.464).

3.3 Princípios da Solidariedade Familiar

O Estado Liberal foi marcado pelo individualismo, a vontade do homem era sobreposta a tudo e a todos, vigia a filosofia do individualismo jurídico.

Diferente do que ocorreu no contexto histórico e político anterior, hoje o Estado Brasileiro é fundado no Direito e na Democracia. Um desdobramento desses princípios informadores do Estado é o princípio da solidariedade, que encontra respaldo na Carta Magna, artigo 3º, inciso I. Esse artigo também contempla o princípio da liberdade e da justiça.

Segundo o ensinamento do Ilustre professor Lôbo (2007, p.39):

A solidariedade significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado, que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

A solidariedade tem origem na afetividade e na reciprocidade. Assim, cada indivíduo que compõe a sociedade tem responsabilidade social de maneira geral e específica, dentro do núcleo familiar em que está inserida.

Atualmente, busca-se o equilíbrio entre os interesses sociais, coletivos e individuais, de maneira a acolher todos, de modo que interajam entre si; um não se sobrepõe ao outro.

A Constituição Federal de 1988 contempla diversos artigos, que explanam, de maneira clara, a solidariedade. O artigo 227 institui a solidariedade entre a família, a sociedade e o Estado, no dever de assegurar à criança e ao adolescente os direitos elencados no mesmo artigo; o artigo 229 impõe a solidariedade entre os pais no dever de criar e educar os filhos. Estes,

reciprocamente, têm o dever de assistir e amparar os pais na necessidade; o artigo 230 novamente estabelece a solidariedade entre a família, a sociedade e o Estado. Dessa vez, para garantir os interesses e as necessidades dos idosos.

Outro *códex* que também merece destaque, ao contemplar esse princípio, é o Código Civil, artigo 1.511, o que estabelece a solidariedade recíproca entre os cônjuges. E, por último, o artigo 1.694, também do Código Civil, que dispõe acerca da obrigação alimentar e da solidariedade que existe entre os parentes, cônjuges ou companheiros.

3.4 Princípio do Pluralismo Familiar ou Liberdade de Constituição

Esse princípio decorre do artigo 226, parágrafos primeiro, terceiro e quarto, da Lei Maior. Este prevê a existência de outras espécies de famílias diferentes daquela decorrente do casamento.

Nesse contexto, vale ressaltar-se o ensinamento de Albuquerque (2002, p.145):

Desde a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

Pode-se dizer que esse princípio decorre, sociologicamente, do princípio do Pluralismo Democrático, estampado no artigo 1º, inciso V, da CF, o qual possibilita a cada pessoa escolher a modalidade de entidade familiar que deseja constituir.

Como dito anteriormente, a CF não expõe, taxativamente, as modalidades de famílias, não existindo um rol taxativo, de modo a poder o legislador infraconstitucional regulamentar as outras entidades familiares.

3.5 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros

De acordo com Gama (2008, p.72), “nenhum princípio Constitucional provocou tão profunda transformação do Direito de Família quanto este”.

No passado, a diferença que existia entre os cônjuges limitava a atuação da mulher nas relações civis, sociais e jurídicas. Hoje, com o artigo 5º, inciso I, da CF cominado com o artigo 1.511 do Código Civil, a mulher passou a ter os mesmos direitos que o homem.

Essa relação de igualdade também pode ser constatada no artigo 1.567 do mesmo código, uma vez que compete a ambos os cônjuges ou companheiros a direção da sociedade conjugal, bem como o dever de mútua colaboração. Os deveres estabelecidos entre o homem e a mulher são recíprocos (artigo 1.566 do Código Civil).

Acoplado a esse princípio, também estão presentes os princípios da liberdade, justiça e solidariedade dentro das relações familiares e isto só tem uma finalidade, qual seja a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, o que diretamente reflete nas relações familiares.

Deve o aplicador das normas jurídicas atentar para a desigualdade existente entre os gêneros masculino e feminino, buscando aplicar as normas ao caso concreto, de maneira a respeitar as desigualdades entre os desiguais, afinal é isto que estabelece o artigo 5º da Lei Maior.

Veja-se o que diz Dias (2007, p.63):

Em nome do princípio da igualdade, é necessário reconhecer direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam

silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, ele reconheça direitos às situações merecedoras de tutela. O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras.

Pertinente lembrar-se que a lei não pode conter normas que estabeleçam privilégios a uns em detrimento de outros. Assim sendo, a lei não deve ser interpretada de modo a gerar desigualdades.

3.6 Princípio da Igualdade Jurídica de Todos os Filhos

Esse princípio está intimamente ligado ao anterior, de maneira que a igualdade jurídica não é apenas em relação ao cônjuges ou companheiros mas também em relação aos filhos, sejam eles biológicos ou afetivos.

A CF de 1988 consagrou, em seu artigo 227, parágrafo 6º, o fim da diferença entre os filhos. Antes de sua entrada em vigor, a diferença entre os filhos era feita pelo próprio legislador.

A supressão da diferença entre os filhos nada mais é que o reconhecimento pelo próprio legislador do novo perfil de entidades familiares existentes na sociedade atual.

Dessa maneira, toda a gama legislativa infraconstitucional deve, agora, respeitar o que preceitua a constituição, adequando-se ao novo preceito, qual seja, de igualdade entre os filhos biológicos e afetivos.

Ensina o doutrinador Gama (2008, p.91):

O preceito contido no artigo 227, parágrafo 6º, da CF precisa ser desdobrado em dois importantes aspectos que estão bastante relacionados, mas não se confundem: (a) a igualdade de qualificações entre filhos, impedindo qualquer designação discriminatória; (b) a igualdade de direitos entre os filhos.

A partir da explanação feita pelo ilustre autor, denota-se que, com a nova redação do texto constitucional, as restrições, quanto ao reconhecimento voluntário ou judicial, que existiam, para pôr fim ao vínculo da parentalidade não podem mais existir. Era o que ocorria, por exemplo, no caso da Lei de nº 883/49, a qual previa o reconhecimento do filho adulterino em algumas hipóteses. Hoje, essa lei não está em vigor, pois é inconstitucional, viola o princípio em apreço.

A segunda observação feita pelo doutrinador visa à designação discriminatória em relação à nomenclatura; a inconstitucionalidade nesse aspecto é clara, uma vez que não se pode fazer diferença entre filhos que não optaram por ser fruto de uma relação extramatrimonial ou nasceram na constância do casamento, é de todo inconstitucional a nomenclatura filho legítimo e ilegítimo.

A doutrina atual abomina tal discriminação, alegando que ainda, se acaso subsiste a nomenclatura mencionada, a igualdade não seria absoluta, partindo da carga pejorativa que a designação filho ilegítimo carregaria.

3.7 Princípio da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar

Esse princípio contém um vício em sua nomenclatura, uma vez que a responsabilidade descrita no artigo 226, parágrafo 7º, da Lei Maior descreve tal responsabilidade como dever paterno, o que leva à impressão errônea de que apenas o pai é responsável pelo filho.

A interpretação feita neste sentido é a literal e leva à ideia de que a mãe não precisa ter responsabilidade alguma, o que não é verídico.

É evidente que a melhor interpretação a ser feita do ordenamento jurídico não é a literal, e, sim, a sistemática, a qual leva em consideração outras normas jurídicas, visando a uma melhor interpretação de cada lei em particular.

Deve-se, portanto, interpretar essa norma extensivamente, atribuindo tal responsabilidade também ao vínculo materno. Segundo Gama (2008, p.78), esse erro do legislador ocorreu devido a uma tradução errada do direito inglês para o

português. O termo “*parental responsibility*” foi traduzido para o direito nacional como paternidade responsável, enquanto a correta tradução seria parentalidade responsável. Essa segunda interpretação, atenderia perfeitamente à diretriz que subjetivamente o princípio pretende impor.

Aqueles que vão gerar uma nova vida humana têm, portanto, responsabilidade individual e social, no que tange à priorização do bem-estar físico, psíquico e espiritual em relação à criança e também a responsabilidade de preservar todos os direitos humanos garantidos. Essa responsabilidade não tem um termo final, ela é, sem dúvidas, perpétua.

Um desdobramento do princípio de que se está tratando é o princípio do Planejamento Familiar. Anteriormente, foi dito que não cabe ao Estado dirigir as relações familiares. Caso isso ocorresse, estaríamos diante de um Estado com caráter repressivo, e não democrático de direito.

No entanto o Estado tem dupla função ao atender o preceito constitucional estampado no artigo 226, parágrafo 7º. A primeira função é preventiva, no que tange à educação, ensino e informação à população sobre os métodos e recursos para o exercício do direito de reprodução humana.

A segunda função é promocional. Compete ao poder Público promover recursos e conhecimentos científicos, para que as pessoas possam, efetivamente, exercer os direitos que foram anteriormente cientificados. A distribuição de métodos contraceptivos e a cientificação dos mecanismos de reprodução estão inseridos nessa função.

É também deste princípio que decorre a preocupação Estatal com os embriões *in vitro*, a possibilidade de eles serem congelados, descartados, inseminados após a morte de um de seus doadores e como essas possibilidades devem ser realizadas, sem atentar contra os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

3.8 Princípio da Afetividade

Apesar de a palavra afeto não estar no texto constitucional e tampouco ter um artigo que a cite ou a descreva, ele está implícito no ordenamento jurídico, principalmente no âmbito do direito de família.

Pode-se dizer que pelo fato de o afeto estar inserido, intrinsecamente, nas relações familiares e fazer parte da qualidade eudemonista atribuída às famílias, ou seja, famílias lastreadas pelo afeto, que buscam a felicidade e a convivência harmônica, tem a característica eudemonista, foi consagrado como direito fundamental e, conseqüentemente, estabeleceu a igualdade entre os filhos socioafetivos e biológicos.

Gama (2008, p.82) ensina que o princípio da afetividade pode ser extraído do texto constitucional por meio de uma interpretação sistemática e teleológica dos artigos 226, parágrafos 3º e 6º, e 227, caput e parágrafo 1º. Paulo Lôbo (2007, p.47) esclarece que a doutrina considera afetividade a noção de estabilidade das relações socioafetivas e de comunhão de vida, com primazia do elemento anímico sobre aspectos de ordem patrimonial ou biológica. O mesmo autor distingue a afetividade princípio da afetividade sentimento, que é fato psicológico ou anímico.

O princípio é descrito como um dever recíproco entre pais e filhos. O afeto sentimento é exemplificado, neste contexto, no caso da convivência dos cônjuges ou companheiros com seus filhos, em que a afetividade será considerada real, uma vez que a relação só existe, enquanto existir o afeto.

Lôbo (2007, p.52) desdobra este princípio em outros quatro:

Princípio da igualdade de todos os filhos; adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos; o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e adolescente e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família.

O afeto também está presente na legislação infraconstitucional. Exemplo disto é o artigo 1.584 do Código Civil, que o aponta como relevante indicativo de quem deve exercer a guarda de uma criança, quando ocorre a separação dos pais.

Por último, vale ressaltar-se que a afetividade não é um sentimento que está sujeito ao comércio nem é fruto da biologia, porquanto os laços de afeto nascem da convivência familiar. E é desse afeto que também nasce a posse do estado de filho afetivo, que nada mais é que o reconhecimento jurídico do afeto. Assim, Gomes (1994, p.311) diz:

o estado de filho afetivo é identificado pela exteriorização da condição de filho, nas seguintes circunstâncias: a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores; b) ter recibo, continuamente, do tratamento de filho; c) ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho.

Finaliza a autora Dias (2007, p.69): “Talvez nada mais seja necessário dizer, para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.

3.9 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Esse princípio encontra respaldo jurídico no artigo 227 da CF, juntamente consagrado com os princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar. Este não é apenas um mero princípio, mas uma diretriz para as relações mantidas entre a criança e o adolescente para com seus pais, parentes ou qualquer membro da sociedade.

Como observado, esse princípio não se refere apenas às crianças mas também aos adolescentes; os menores de 18 anos são mais vulneráveis, se comparados aos adultos.

Nos dizeres de Gonçalves (2002, p.31):

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os fazem destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças e adolescentes dos direitos fundamentais específicos, que lhes são consagrados constitucionalmente.

Esse Princípio também é usado como diretriz para a aplicação das normas descritas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma vez que as crianças e os adolescentes deixaram de ser meros espectadores e passaram a usufruir de uma gama de direitos constitucional e infraconstitucionalmente garantidos.

4 DA FILIAÇÃO

4.1 Classificação da Filiação Antes da Constituição Federal de 1988

Anteriormente à CF de 88, a situação jurídica dos filhos era denominada e entendida da seguinte maneira: filhos legítimos, aqueles concebidos durante a constância do casamento; e filhos legitimados, aqueles que o matrimônio tornou legítimos; ou seja, os cônjuges tiveram o filho antes do casamento e, com a realização do matrimônio, foram equiparados aos legítimos.

A contrário sensu, os filhos ilegítimos eram os havidos extraconjugalmente e que se dividiam em naturais e espúrios.

Os naturais eram aqueles cujos pais não estavam impedidos de se casar. Já os espúrios, aqueles cujos pais tinham algum impedimento, para se casar. Se o impedimento estava calcado na relação de parentesco, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, eram denominados de espúrios incestuosos. Por outro lado, se o impedimento era o vínculo matrimonial, eram chamados de adúlteros.

Os filhos denominados de espúrios adúlteros eram ainda classificados em razão do duplo adultério (ambos os pais violaram o dever de fidelidade com seus respectivos cônjuges) ou do simples adultério; apenas o pai era casado com outra pessoa – *adúlterino a patre* – ou apenas a mãe - filho *adúlterino a matre*.

Por fim, nesta classificação de filhos, havia o adotado que, apesar de não ter sido gerado pelos pais, não ser, portanto, filho biológico, adquiria, por concessão de Lei, a filiação legítima para determinados efeitos legais.

4.2 Atual Classificação da Filiação

Com o advento da CF de 88, a classificação da filiação sofreu mudanças importantes e, por isto, o estudo desse instituto deve ser feito, abordando dois momentos históricos, sendo a Constituição Federal de 1988 marco de mudanças e evolução, rompendo com a discriminação que até então existia.

Antes de iniciar as abordagens das classificações importante ressaltar-se a definição de Maria Helena Diniz (2002, p.378) acerca da filiação: “Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo, em linha reta de primeiro grau, entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida”.

A segunda parte da definição dada pela doutrinadora é inconsistente, pois não é mais o parentesco consanguíneo que define a filiação. Se assim fosse, os filhos adotivos jamais seriam reconhecidos juridicamente.

A paternidade socioafetiva tem sido reconhecida judicialmente, de modo que todos os filhos socioafetivos têm os mesmos direitos que os filhos biológicos.

A nova ordem jurídica modificou o entendimento da paternidade, posto que consagrou a convivência familiar. A criança passou a ser sujeito de direito e o princípio da dignidade da pessoa humana foi priorizado em detrimento da feição patrimonialista da família.

Todas essas modificações refletiram-se diretamente nas questões de filiação. Antes, só desfrutavam da qualidade de pai ou mãe aqueles que tinham um vínculo consanguíneo com o filho. Hoje, segundo o doutrinador Lôbo (2006, p.795), “(...) a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica”.

Atualmente, a filiação pode ter quatro classificações. Segundo o doutrinador Gama (2003, p.466), são elas: matrimonial ou extramatrimonial; filiação resultante da conjunção carnal ou reprodução assistida; filiação natural e civil; e, ainda, filiação legal, biológica e afetiva. Essa classificação é a mais completa, pois atende fins didáticos.

4.3 Filiação Matrimonial e Extramatrimonial

O artigo 227, parágrafo 6º, prevê, expressamente, a proibição do uso das expressões discriminatórias que o Código de 1.916 adotava, quais sejam, filhos legítimos e ilegítimos, cada qual com suas derivações já demonstradas em item anterior.

A antiga e inadequada classificação foi substituída e agora se utilizam os termos filhos matrimonial e extramatrimonial. Esta classificação leva em consideração a existência ou não do casamento entre os pais.

Segundo Gama (2003, p.470), “Há, portanto, duas categorias de filhos no sistema jurídico brasileiro, com o elemento discriminatório – razoável e justificável – do casamento”.

Na filiação matrimonial, a maternidade se estabelece pelo fato jurídico do parto e do nascimento com vida da criança. Já a presunção da paternidade recai sobre o marido da parturiente. Neste aspecto reside o princípio da indivisibilidade da filiação matrimonial.

Na extramatrimonial, a maternidade também se estabelece pelo fato jurídico do parto, mas a paternidade depende do reconhecimento espontâneo ou judicial, pois não há previsão legal de presunção da paternidade para os filhos havidos fora do casamento. Para as relações de filiação extramatrimonial, vige o princípio da divisibilidade da filiação matrimonial.

É importante distinguir-se os filhos extramatrimoniais. Pode-se dividi-los em dois grupos: filhos matrimonializáveis e filhos não matrimonializáveis. Os filhos matrimonializáveis são aqueles cujos pais não têm impedimento para contrair casamento entre si. Estão livres e desimpedidos. Já os não matrimonializáveis são aqueles cujos pais têm algum impedimento, e não podem contrair matrimônio entre si.

Essa subdivisão dos filhos não matrimoniais não inibe qualquer direito e nem os discrimina em relação aos filhos matrimoniais. Eles podem ser reconhecidos juridicamente e terão os mesmos direitos que os havidos na constância do casamento.

Cabe observar-se que os filhos denominados matrimonializáveis são os antigos legitimados, posto que, nos ditames atuais, seus pais podem contrair casamento e o filho se torna matrimonial, sem a pecha discriminatória.

O doutrinador Gama foi sábio, ao dizer (2003, p.471):

Repita-se que a diferença é relevante apenas para fins da observância de critérios de reconhecimento formal da paternidade, mas uma vez declarado ou reconhecido o vínculo da paternidade-filiação ou maternidade-filiação, não é possível qualquer distinção, nos termos da absoluta igualdade de direitos entre os filhos, independente do tipo de vínculo (ou de sua ausência) existente entre os pais.

Outra observação que merece destaque é quanto ao vínculo civil. A adoção, segundo o doutrinador em comento (2003, p.471), pode ser considerada filiação matrimonial ou extramatrimonial, dependendo unicamente da relação existente entre os pais adotivos da criança. Porém é de todo desnecessária tal classificação, pois, num caso semelhante, a relação de filiação decorreria de uma sentença judicial, e não de mera presunção legal.

4.4 Filiação Resultante da Procriação Carnal e da Inseminação Artificial

Essa segunda classificação só pode ser feita devido aos avanços trazidos pela ciência, especialmente a biotecnologia, que possibilitou a reprodução humana assistida. Com isto, é possível diferenciar-se a reprodução resultante da conjunção carnal da reprodução medicamente assistida.

O elemento que as distingue é a existência de relação sexual na procriação carnal. Evidentemente, ambas as reproduções geram filiações diferentes, pois, na reprodução assistida, são diversas as modalidades de reprodução, sem se olvidar o elemento socioafetivo de extrema importância na atualidade.

A procriação carnal é aquela em que há relação sexual entre o homem e a mulher, gerando um embrião que se desenvolve naturalmente, no útero da mulher, sem nenhuma intervenção de terceiros na concepção.

Apesar de o fator biológico estar presente na situação anteriormente citada, nem sempre o homem que manteve relação sexual com a mulher será o pai da criança.

Nesse caso, podem ocorrer duas situações distintas. A primeira pode ser assim exemplificada: o homem teve relação sexual com a mulher casada e a presunção da paternidade pode recair sobre o marido dela; segunda situação, se a mulher não for casada, poderá qualquer outro homem reconhecer, voluntariamente, a paternidade da criança e, para todos os efeitos legais, será pai da criança.

Por outro lado, como dito, há a reprodução humana medicamente assistida, também denominada de reprodução ou procriação artificial.

Várias são as técnicas desenvolvidas, para que essa reprodução seja capaz de gerar uma criança. As diversas modalidades e suas definições serão abordadas no próximo capítulo.

No presente contexto, cabe explanar-se a grande influência, que os avanços e as modificações que essas técnicas de reprodução exerceram na questão da filiação, no ordenamento jurídico-brasileiro.

O simples entendimento acerca do que significa reprodução assistida homóloga e heteróloga é suficiente para a compreensão da filiação resultante dessas técnicas.

A reprodução assistida homóloga ocorre, quando as manipulações dos gametas masculinos e femininos são do próprio casal, a fecundação *in vitro* é feita e o ovo é implantado na mulher.

Na reprodução assistida heteróloga, um ou os dois gametas utilizados não são do casal, e podem ter as seguintes variantes: doação de gameta masculino, reprodução assistida heteróloga *a patre*, doação de gameta feminino, reprodução assistida heteróloga *a matre*, doação dos dois gametas por terceiros, reprodução assistida heteróloga bilateral.

Os embriões não utilizados pelo casal são denominados de embriões excedentários.

Essas técnicas de reprodução humana ruíram com todo o sistema de presunção de paternidade. O Código Civil, em seu artigo 1.597, ainda presume como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, os embriões excedentários resultantes da inseminação artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que exista prévia autorização do marido ou da esposa, só dependendo da técnica utilizada.

Sobre o assunto, explica Gama (2003, p.475):

Fundamentalmente, deverá atentar-se para a ausência de qualquer possibilidade de o doador do espermatozóide, de a doadora do óvulo e de os doadores do embrião se tornarem pais jurídicos da criança, devido ao emprego de qualquer das técnicas reprodutivas, diversamente do que ocorreria na eventualidade do contato sexual.

A doutrina brasileira, especialmente o doutrinador Fachin (1999 p.208), discute, muito, a possibilidade de investigação de paternidade na hipótese da mulher que não é casada e utiliza a técnica de inseminação artificial heteróloga, para engravidar, apesar de a orientação legislativa ser no sentido de que não há vínculo jurídico entre o doador do gameta e a criança, não há uma legislação específica capaz de elidir discussões sobre o assunto.

Portanto, levando em consideração a orientação legislativa, não é possível que o doador de gametas tenha vínculo jurídico com a pessoa concebida por técnicas de inseminação artificial heteróloga, pois, se isso ocorresse, evidentemente o número de doadores diminuiria sensivelmente, uma vez que a solidariedade se transformaria em uma responsabilidade não desejada.

Por este motivo, o doutrinador Gama (2003, p.475) diz que o vínculo estabelecido entre o pai socioafetivo e o filho fruto da inseminação artificial heteróloga é parecido com o vínculo estabelecido pela adoção.

Ambos se assemelham, no que tange à origem não sanguínea, em relação a um dos pais ou aos dois. Nas hipóteses de inseminação artificial e na

adoção, o fator biológico é relevado em favor da vontade livre e consciente de ser pai ou mãe, o vínculo paterno-filial ou materno-filial se estabelecerá pela vontade.

A importância que os sentimentos da vontade e da afetividade ganharam nos dias atuais levou a doutrina contemporânea a usar o termo desbiologização, para caracterizar a importância dos sentimentos capazes de estabelecer o vínculo da filiação.

Pode-se dizer que, atualmente, o fator biológico não é mais importante que a afetividade, a sociedade saiu de uma fase de biologismo extremado, onde o que prevalecia era o vínculo biológico, para uma fase de desbiologização, prevalecendo o vínculo da afetividade.

O artigo 1.626 do Código Civil, parágrafo único, estabelece o vínculo civil de filiação entre o adotado e os adotantes. No mesmo sentido, o artigo 48 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que esse vínculo estabelecido é irrevogável. Há, portanto, um desligamento dos genitores.

Esse desligamento também ocorre na reprodução artificial heteróloga, com muito mais ênfase, pois, nesta, o vínculo nunca foi estabelecido.

Assim, feitas tais considerações, pode-se concluir que, paralelamente ao vínculo estabelecido entre os adotantes e o adotado, atualmente existe um outro vínculo civil, o estabelecido entre o filho fruto da inseminação artificial heteróloga e aquele ou aqueles que consentiram tal ato.

4.5 Filiação Natural e Civil

Nessa classificação, levando em consideração a doutrina tradicional, portanto desconsiderando a paternidade socioafetiva, a consanguinidade é a razão da divisão da filiação em natural e civil.

Campos (1997, p.22), doutrinador, conceitua:

O parentesco é uma relação de sangue: são parentes as pessoas que descendem umas das outras (parentesco em linha reta ou direta), ou descendem de progenitor comum (parentesco em linha transversal ou colateral).

Esse conceito é inconsistente, pois exclui os vínculos de filiação diferentes do consanguíneo, como, por exemplo, o vínculo existente na adoção, na posse de estado de filho e nas reproduções artificiais heterólogas.

Em países desenvolvidos, já existem regras que estabelecem outras fontes de filiação diferentes da consanguinidade. Cabe observar-se que o direito comparado será mais bem analisado em um próximo capítulo.

Pereira (1996, p.173) faz a seguinte anotação: “com a técnica da inseminação artificial, nova modalidade adveio de filiação, que se pode designar como “filiação social”, pela qual o pai de um deles admite, como filho, o ente assim gerado”.

Como já dito anteriormente, o artigo 1.597 do Código Civil traz uma presunção relativa de paternidade. O rol elenca os filhos frutos da inseminação artificial heteróloga, desde que exista o prévio consentimento do marido ou da mulher.

Óbvio, assim como ocorre na adoção, o filho advindo da inseminação artificial heteróloga não só tem um vínculo parental estabelecido com o pai mas também com todos os parentes dele em linha reta, ascendentes e colaterais.

Apesar de a consideração feita acima ser lógica, o legislador foi omissivo, não disse nada a respeito. Esta é, portanto, mais uma lacuna no Código Civil de 2002.

Por sua vez, o artigo 1.593 do Código Civil diz que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

O artigo 10 da Lei 8.560/1992 revogou o artigo 332 do Código Civil de 1916 que distinguia os filhos em legítimos e ilegítimos, naturais ou civis, se resultassem de consanguinidade ou adoção, respectivamente.

Este artigo foi revogado, por ser inconstitucional, confrontado com o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição federal de 1988 e fazer uma grande discriminação entre os filhos.

Em momento posterior, o próprio Código Civil trouxe, novamente, as designações de filiação natural e civil.

Atualmente, denominam-se filhos naturais aqueles com vínculo de sangue. Nesse caso, inclui os filhos que assim são presumidos em decorrência do artigo 1.597 do mesmo Código; e filiação civil para as demais hipóteses, entre elas, a adoção, a inseminação artificial heteróloga *a matre, a patre*, ou bilateral.

4.6 Filiação Legal, Biológica e Afetiva

A quarta classificação da filiação adota o critério de fontes da filiação. São três os tipos de fontes encontradas: a primeira é a fonte legal do Código Civil; a segunda fonte da filiação é a biológica; e, por último, a afetividade, que tem tido relevância nos últimos anos.

A primeira fonte, critério legal, é uma ficção jurídica criada por lei, para definir a paternidade, que é aquela apresentada pelo Código Civil, em que há a figura materna ao lado da figura paterna, calcada no casamento.

Denota-se que essa classificação tinha, como valor absoluto, o casamento, onde todo filho de mulher casada seria, obrigatoriamente, do marido. Independentemente do vínculo biológico, presumia-se que o filho era do marido, pois a lei impunha tal filiação. A ressalva era apenas nos casos e prazos limitados, com o objetivo de resguardar o homem, a figura do marido.

Este critério jurídico teve, como fundamento, a paz doméstica, nenhum filho que não fosse do marido poderia perturbar a paz da família. Assim sendo, o filho era, juridicamente, do marido da mulher casada.

A segunda fonte de filiação tem, como critério, o vínculo biológico, denominado fenômeno da biologização; o filho é fruto da relação sexual entre o homem e a mulher. Desse modo, nas investigações de paternidade, se ficasse reconhecido juridicamente, tal fato, a filiação também seria reconhecida; seria necessário comprovar-se a relação sexual entre os pais.

As pessoas que não eram impedidas de casar e tinham filhos, estes denominados, na época, filhos naturais, poderiam ser reconhecidos pelos pais por meio de comprovação da existência de relação sexual entre eles.

Com o advento da Constituição Federal de 1.988, tornou-se possível o reconhecimento do filho extramatrimonial, quer pelo homem ou pela mulher, situação jurídica que não podia ser reconhecida nem mesmo em via judicial.

Antes de 1.988, as ações de investigação de paternidade contra pessoa casada tinham por fim estabelecer o direito de alimentos do investigante. O reconhecimento era feito apenas incidentalmente.

A filiação biológica ficou ainda mais forte com a CF de 88, pois, além de terem sido extirpados do Código Civil as restrições anteriormente existentes para o estabelecimento do vínculo paterno-filial, os filhos matrimoniais ganharam legitimidade, para impugnar a filiação em busca da verdade biológica.

Por fim, chega-se à atual fase da afetividade que tem, como critério, o sentimento socioafetivo, o afeto, para estabelecimento do vínculo da filiação.

A respeito da existência concomitante entre os critérios biológico e socioafetivo, o doutrinador Welter comenta (2003, p.147-148): “É tempo de encontrar na tese biologista e na socioafetiva convivência, isso porque a sociedade não tem o interesse de decretar o fim da biologização”

A princípio, a filiação afetiva era aceita nos casos de adoção e em alguns casos de posse de estado de filho, no entanto, atualmente esse leque tem aumentado substancialmente. Veja-se por pertinente o comentário do doutrinador Boeira (200, p.54):

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.

Analisada a questão da afetividade como critério para estabelecer o vínculo existente entre pais e filhos, torna-se relevante comentar as diferentes espécies de filiação socioafetiva.

4.6.1 Socioafetividade na adoção

O instituto da adoção não é recente, o Código de Hamurabi, em seu artigo 185, já contemplava tal instituto.

Pode-se definir adoção, segundo Welter (2003, p.148), como “um ato de vontade e um ato jurídico que se prova e se estabelece por meio de um contrato ou de um julgamento”.

Importante destacar-se que, na adoção, a vontade de ter um filho é tamanha, que o adotante busca, por vontade própria, um filho. Em outros dizeres, na adoção, a afetividade pode ser maior que em uma relação em que exista o vínculo biológico. Muitas vezes, a criança, ainda que biológica, não é tão desejada como a criança que foi adotada.

Esse vínculo de extremo afeto criado entre o adotante e o adotado é o vínculo de filiação com as mesmas características da filiação biológica, ou seja, o pai adotante tem os mesmos deveres que um pai biológico, bem como a criança adotada e a criança biológica têm os mesmos direitos.

4.6.2 Socioafetividade e o filho de criação

Antes de abordar-se a socioafetividade entre os pais e o filho de criação é necessário descrever o que é filho de criação.

Diferente do que ocorre na adoção, em que se estabelece um vínculo jurídico, ou na filiação biológica, o filho de criação é aquele cujo pai, a mãe ou ambos criam uma criança ou adolescente por opção, conferindo-lhe todo o suporte necessário para o seu desenvolvimento saudável. A criança, portanto, não é filho biológico nem adotivo.

Nos dizeres de Nogueira (2001, p.56), “a mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto”.

Realmente, a doutrinadora tem razão, porque nessa modalidade de filiação, não existe vínculo legal ou jurídico que legitima a família, e, sim, um vínculo de afeto, amor e carinho, capaz de dar unidade à entidade familiar.

Apesar de o filho de criação ser reconhecido perante a sociedade, juridicamente, não há um consenso jurisprudencial, tampouco doutrinário.

Por um lado, a jurisprudência alega que, no sistema jurídico brasileiro, não existe adoção de fato e, assim, o filho de criação não pode ser equiparado aos filhos adotivos ou biológicos para fins, legais como, por exemplo, o direito à herança.

Por outro lado, há quem sustente que, por não existir lei que verse sobre o assunto, se devem buscar soluções nos princípios constitucionais do melhor interesse e da proteção integral à criança e ao adolescente; e, assim, reconhecer a paternidade com fundamento na afetividade e na posse de estado de filho afetivo, conferindo ao filho de criação todos os direitos de um filho biológico ou adotivo.

4.6.3 Socioafetividade e “adoção à brasileira”

A denominada adoção à brasileira consiste no ato de alguém reconhecer a paternidade ou maternidade biológica, mesmo não o sendo. Essa conduta está tipificada no código penal artigo 299, parágrafo único.

A partir do momento em que a pessoa declarou a paternidade ou maternidade, ainda que não condizente com a realidade, tornou-se pai ou mãe da criança e, no decorrer do tempo será edificada a filiação socioafetiva.

Essa filiação, fundada no artigo 226, parágrafos 4º e 7º, combinado com o artigo 227, parágrafo 6º, todos da Constituição Federal, torna o ato jurídico irretratável e irrevogável.

No caso em apreço, não cabe ao pai ou à mãe, que não tem vínculo biológico, mas, como tal, consta no registro, alegar erro ou vício, pois, para configurar a adoção à brasileira, é necessário assumir-se de maneira livre e voluntária tal ônus.

A paternidade, com o novo conceito trazido pela socioafetividade, está muito mais calcada no amor do que no vínculo biológico.

E é por este motivo que caso não exista registro ou exista com defeitos, prevalece a filiação advinda da posse de estado de filho afetivo.

4.7 Reconhecimento da Filiação, Voluntário ou Judicial

O artigo 1.603 do Código Civil estabelece que feito, o registro de nascimento, se constitui a parentalidade registral. O efeito que o registro produz é tornar público o nascimento, tornando-o incontestável.

Existem outras maneiras de se reconhecer, voluntariamente, a paternidade ou a maternidade. A escritura pública, o escrito particular, o testamento e o reconhecimento voluntário perante o juiz são exemplos.

Essas maneiras de reconhecimento voluntário geram os mesmos efeitos que a paternidade e a maternidade biológica e afetiva, ou seja, os direitos de ter o nome, estado de filiação e parentesco reconhecido e, por óbvio, os direitos patrimoniais, direito à sucessão e direito de reivindicar alimentos.

Em torno deste assunto, a jurisprudência, especialmente do Rio Grande do Sul, discute a possibilidade de o pai registral e também afetivo, pois conviveu, por anos, com a criança dando-lhe afeto, destituir-se dessa responsabilidade, ao descobrir que não é o pai biológico da criança, com fundamento na verdade biológica da filiação.

Por outro lado, se o pai registral, ao tempo do ato jurídico, convivia, em união estável, com a mãe e, por vontade própria, registrou a criança, não pode interpor ação negatória de paternidade e não tem legitimidade, para reivindicar anulação do registro, pois não houve vício de vontade ou formal capaz de anular o registro. O ato de registrar a criança configura verdadeira adoção, sendo descabida a pretensão anulatória do registro.

4.8 Estado de Filho Afetivo

O doutrinador Delinsk (1997), apud Welter (2003, p.152), afirma: “A posse é a manifestação exterior, visível, da fruição de determinadas qualidades e atributos da pessoa; serve, para atribuir um estado cuja comprovação não é possível por outro modo.

A maioria dos doutrinadores, entre eles Dias (2008, p.333) e Welter (2003, p.152), relacionam o estado de filho afetivo com a Teoria da Aparência.

Esses autores defendem que a filiação pode ser comprovada pela Teoria da Aparência e, com base nessa teoria, reconhecido o vínculo jurídico entre o filho e os pais afetivos.

Outra denominação trazida pela doutrina a esse mesmo instituto é a posse de estado de filho. Os doutrinadores que utilizam esse termo, entre eles, Boeira (1947, p.277) e Nogueira (2001, p.121), recorrem aos direitos reais e aos elementos que configuram posse dentro daquele ramo, quais sejam, *corpus* e *animus*, para configurar a posse do estado de filho.

Segundo esses doutrinadores, ao transferir esses elementos para o assunto em questão, configura-se *corpus* a relação de paternidade ou a aparência de paternidade; e *animus*, a vontade de ser pai daquela determinada pessoa e agir como agiria um pai.

Em contrapartida, Welter (2003, p.151) discorda de tal relação, por entender que não se pode utilizar o termo “posse de estado de filho”. O correto é “estado de filho afetivo”, pois o termo posse induz à ideia de domínio e, no caso da filiação afetiva, o que existe é amor, carinho e ternura.

O segundo argumento utilizado por Welter (2003, p.153) diz respeito à carga semântica e ao retrocesso que tal comparação traz aos dias atuais. Segundo ele, “é demonstrar o firme propósito de manter a antiga coisificação e monetarização do filho”.

O retrocesso é tão grande, que remonta à família medieval e romana, nas quais o pai era o patriarca, o qual detinha a posse, a propriedade e o direito de vida e morte sobre os seus escravos, mulher e filhos.

Portanto, os elementos que devem ser utilizados, para reconhecer o estado de filiação afetiva, são três: *tractus* - o filho deve ser tratado, cuidado, educado e apresentado perante a sociedade como filho pelos pais; *nominatio* - o nome da família a que pertence deve estar inserido no nome do filho, requisito que não é estritamente necessário, mas que apenas ajuda a corroborar elementos para eventual prova da filiação afetiva; e *reputatio* – a sociedade deve reconhecer o vínculo de filiação entre os pais e o filho, bem como a própria entidade familiar deve reconhecê-lo como tal.

Quanto ao prazo necessário, para que configure o estado de filiação afetiva, a legislação brasileira é omissa e com razão, pois caberá ao juiz, no caso concreto, avaliar os elementos caracterizadores e, assim, declarar o estado de filiação.

5 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

5.1 As Técnicas de Reprodução Assistida

Antes de se adentrar o mérito da inconstitucionalidade da paternidade *post mortem*, é necessário abordarem-se as diferentes técnicas de reprodução assistida e a importância psicossocial da figura paterna no desenvolvimento da criança. Somente após tais considerações, é possível demonstrar-se a inconstitucionalidade desse ato.

Segundo Machado (2008, p.28), “Relatos históricos demonstram, em todas as gerações, fatos que revelam a grande preocupação do homem, diante da necessidade de garantir a perpetuação de sua espécie”.

A questão da infertilidade conjugal sempre foi assunto de muita curiosidade pela sociedade e de grande dedicação pelos estudiosos da medicina.

Após anos de estudos e experimentações em animais, percebeu-se que era possível a reprodução humana, sem que um casal mantivesse relações sexuais entre si.

Desde que tal procedimento foi praticado, com sucesso, em seres humanos, o assunto tem sido polêmico e gerado controvérsias no âmbito da bioética e no mundo jurídico.

A partir de 1980, as técnicas de reprodução assistida se multiplicaram e, hoje, um casal com dificuldades de procriação tem uma gama de técnicas capazes de suprir o problema da infertilidade conjugal.

5.1.1 Reprodução assistida homóloga e heteróloga

Uma das técnicas de reprodução assistida é a inseminação artificial, que pode ser homóloga ou heteróloga. A técnica consiste em introduzir o gameta masculino na mulher.

A inseminação artificial homóloga utiliza gametas masculinos (sêmen) do cônjuge ou companheiro e gametas femininos (óvulo) da esposa ou companheira; não existe, nesse caso, a figura do doador.

Esta técnica, desde que o casal esteja vivo e ambos consintam, não fere princípios jurídicos. Para sua realização, é necessária a anuência expressa dos interessados, pois o filho, fruto desta técnica, terá origem genética de ambos os cônjuges.

Antes de adentrar a inseminação artificial heteróloga, é necessário ressaltar-se que reprodução assistida é um termo genérico, enquanto inseminação artificial é modalidade de reprodução medicamente assistida de manipulação de gameta masculino, uma vez que, se houver manipulação de óvulo, a técnica receberá outra denominação.

Dessa maneira, a inseminação artificial heteróloga utiliza gametas masculinos de doadores. Utiliza-se apenas um tipo de gameta, o espermatozóide, que pode ser de um banco de doadores ou do próprio marido ou companheiro de quem se está submetendo a tal técnica.

Caso a infertilidade seja de ambos os interessados, podem-se usar os dois gametas de doadores, mas, nesse caso não será feita inseminação artificial, pois haverá manipulação dos dois gametas ou de um só, que será o óvulo, gerando a classificação já citada anteriormente, no capítulo segundo (p. 55) deste trabalho, qual seja, reprodução assistida *a matre*, *a patre* ou bilateral, dependendo do gameta utilizado.

5.1.2 Inseminação artificial intraconjugal

Essa técnica apresentada pode ser realizada tanto de maneira homóloga quanto heteróloga e consiste no depósito de esperma na vagina, no colo do útero ou no próprio útero da mulher.

Diante dessas possibilidades, ela recebe diferentes denominações:

- Inseminação artificial intrauterina - depositam-se espermatozóides dentro da cavidade do útero;
- Inseminação artificial intravaginal - por meio de uma seringa o espermatozóide é injetado no fundo da cavidade vaginal;
- Inseminação artificial intracervical - deposita-se uma pequena quantidade de espermatozóide, contido em um capilar no interior do colo do útero;
- Inseminação artificial intraperitonal - por meio de uma injeção na cavidade abdominal, os espermatozóides são introduzidos diretamente no líquido intraperitonal, para que as trompas capturem os espermatozóides, fazendo com que eles cheguem diretamente às Trompas de Falópio.

5.1.3 Fecundação *in vitro*

Popularmente conhecida como bebê de proveta, a fecundação *in vitro* é um procedimento composto de três fases: coleta de gametas femininos, coleta de gametas masculinos e, por último, a união dos dois gametas artificialmente. Após 24 horas, tem-se o ovo constituído, que se divide em até trinta e duas células, denominado embrião.

Após cinco ou seis dias, coloca-se o embrião no útero da mulher, o qual se desenvolve normalmente, como um bebê concebido naturalmente.

Até a fase em que se constitui o embrião, a técnica é denominada de FIV e, após a transferência deste para o útero da mulher, a técnica é chamada Fivete.

Importante observar-se, que a fecundação *in vitro* é uma das técnicas de reprodução assistida, não é modalidade de inseminação artificial.

Essas são as técnicas mais comuns e mais utilizadas nas clínicas de reprodução assistida. Existem outras, como por exemplo, transferência intratubária de gametas e diversas técnicas de micromanipulação.

5.2 A Importância Psicossocial da Figura Paterna no Desenvolvimento da Criança

Ao falar-se em psicologia, desenvolvimento da criança e importância da figura paterna, logo vem a mente o nome do maior estudioso do ramo da psicanálise, também considerado o pai dessa ciência, Sigmund Freud.

Ele desenvolveu teorias capazes de explicar como a psique da criança se desenvolve e as consequências que alguns transtornos, nessa fase, podem acarretar à vida futura do indivíduo.

No final do século XIX e início do século XX, Freud (1976, p. 216) tornou públicas suas idéias pautadas na sexualidade infantil. Para ele, essa questão pode ser dividida em três fases distintas: a primeira, denominada fase oral, na qual a criança se volta exclusivamente para o seio materno e a ingestão de alimentos. Nesta, os desejos e prazer se restringem à boca.

Na segunda fase, denominada anal, a criança volta seus desejos e prazeres para as fezes. Por fim, na terceira fase, denominada fase fálica, a criança focaliza seus desejos e prazeres em seus órgãos genitais. É nessa fase fálica que surge o Complexo de Édipo.

O nome Édipo relembra um personagem da mitologia grega. O personagem Édipo matou seu pai e casou-se com sua própria mãe, sem saber que

esta era sua ascendente. Este mito tem algumas características em comum com o Complexo de Édipo, desenvolvido por Freud.

Segundo o psicanalista em apreço (1976, p.217), o Complexo de Édipo é um fenômeno crescente e ocorre em um período principal no desenvolvimento sexual da primeira infância. Dessa maneira, Freud explica (1976, p.217):

A menina gosta de considerar-se como aquilo que seu pai ama acima de tudo o mais, porém chega a ocasião em que tem de sofrer, da parte dele, uma dura punição e é atirada para fora de seu paraíso ingênuo. O menino encara a mãe como sua propriedade, mas, um dia, descobre que ela transferiu seu amor e sua solicitude para um recém chegado.

Pode-se dizer que, no início, a mãe estabelece uma relação simbiótica com o filho, menino ou menina. Para a criança, ela é a única figura existente.

No caso do menino, essa relação é perturbada pela presença do pai, que interdita a relação amorosa existente entre ele e a mãe. A presença dele também é fundamental, para dar noção da realidade, limites e possibilitar a identificação do menino com a figura masculina.

A menina, por sua vez, precisa mudar de objeto de amor e transfere para o pai a relação amorosa que, antes, era dirigida somente à mãe. Mas necessita ser desiludida por esse pai, que não deverá corresponder, plenamente, aos anseios dela. Então ela se volta para a figura materna e com ela se identifica, desenvolvendo sua feminilidade.

A figura do pai vem, justamente para quebrar esse elo entre mãe e filho e pai e filha, sendo o pai responsável por impor limites a esse amor oferecendo dados de realidade, inserindo o filho na cultura (civilização) e, por fim, apresentando a existência do outro gênero humano. Todos esses elementos são a base da organização do psiquismo humano.

A dissolução do Complexo de Édipo é importante, para que a criança saia do plano dos instintos e passe ao plano racional.

Segundo o entendimento freudiano, a criança que não passa por essas fases está fadada a desenvolver algum tipo de neurose ou psicose. Por este motivo, o Complexo de Édipo também é denominado Complexo Nuclear das Neuroses.

Freud (1976, p. 371) deu importância não só ao mundo interno e à fantasia, mas também reconheceu a existência da mãe e do pai reais, com funções claras e definidas, avaliando a necessidade da presença concreta deles.

Winnicott (1983, p.145), pediatra e psicanalista, profundo conhecedor do psiquismo da criança, ao escrever que “não existe bebê sem mãe”, está, também, registrando que não existe mãe nem bebê sem pai e sem família. O autor demonstra que as funções exercidas pelo pai e pela mãe dentro de um entidade familiar são imprescindíveis para o desenvolvimento da criança.

Devido aos avanços tecnológicos e à conseqüente ascensão da mulher no mercado de trabalho, houve uma diminuição da convivência entre mãe e filho, comparada a gerações anteriores. Atualmente, ocorre uma “terceirização” dos cuidados parentais, uma vez que as crianças são entregues, cada vez mais cedo, a berçários, creches e escolas infantis.

Outro aspecto que merece destaque se destina à falência da função paterna, que agrava, ainda mais, esse quadro, causando diversas patologias a partir da sensação de desamparo sentida pelo filho.

Dentre as patologias contemporâneas, destacam-se, patologias do vazio (depressão), estruturas narcísicas, borderlines, sentimento de não ser e de invisibilidade, as adições a substâncias psicoativas, as adições às pessoas e as compulsões (anorexia, bulimia, obesidade, transtorno obsessivo compulsivo,...).

Um diagnóstico médico de impossibilidade de reprodução causa, em ambos ou em um dos parceiros, uma sensação de fracasso; e, ainda, que recorram às técnicas de reprodução assistida, o sentimento de inferioridade e falha permanecerão vivos, interferindo no processo de escolha da técnica que será adotada e também na relação emocional com o filho, fruto da reprodução assistida.

Ademais, no caso da inseminação artificial heteróloga a *patre*, o homem, parceiro, fica excluído do circuito genético biológico da procriação, podendo

desencadear, na mulher, a sensação de onipotência, dispensando a importante função do pai no desenvolvimento da criança.

Desse modo, diante dos diferentes autores apresentados e dos assuntos abordados, todos eles convergem para um mesmo ponto: o pai é indispensável à estruturação psicológica da criança.

5.3 A Inconstitucionalidade da Reprodução Assistida Post Mortem

A inseminação artificial, como explicado anteriormente, pode variar muito, dependendo da técnica adotada. Em todas as suas variações, ela pode ser homóloga ou heteróloga.

Nas técnicas de reprodução assistida heteróloga, haverá manipulação de gametas masculino e/ou feminino em laboratório. A união dos dois gametas forma o embrião, que posteriormente será implantado no útero da mulher.

No caso da reprodução assistida homóloga, o gameta masculino, sêmen, ou embrião, fica congelado, até que se realize a inseminação ou a transferência, respectivamente.

O problema surge, quando a mulher deseja fazer a inseminação ou implantar o embrião após o falecimento do marido, que doou o sêmen ou que contribuiu com o gameta para a formação do embrião, que está armazenado.

Esse problema também pode ocorrer quando o homem, após o falecimento de sua esposa ou companheira, doadora do óvulo, deseja transformá-lo em embrião ou se ele já está pronto para ser transferido para outra mulher, o que se denomina barriga de aluguel.

O Brasil não tem leis específicas que regem tal situação, cujos problemas são levantados e estabelecidos. Os entendimentos doutrinários, por sua vez, são, na maioria, divergentes e concentram seus estudos sob os aspectos da

constitucionalidade ou não da prática de inseminação *post mortem*, principalmente levando em consideração o direito sucessório.

Antes de se adentrar a fundamentação dos posicionamentos doutrinários acerca do tema, é necessário abordarem-se alguns aspectos a respeito da Constituição Federal e de normas inconstitucionais.

Segundo o ilustre doutrinador português Canotilho (2002, p.51):

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Importante acrescentar-se o entendimento de Lenza (2007, p.57). Ele ensina, em sua obra, que a Constituição Federal deve conter os elementos que constituem e compõem um Estado; dentre eles, soberania, finalidade, povo e território.

Segundo ele, a Constituição Federal de 1988 adotou o sentido formal, ou seja, só é constitucional o que está inserido dentro da Lei Maior. Assim sendo, as normas infraconstitucionais que forem contrárias aos dispositivos compreendidos na Carta Magna padecerão do vício da inconstitucionalidade.

Feitas estas considerações quanto ao confronto de normas infraconstitucionais com normas constitucionais, passa-se à análise da constitucionalidade da inseminação artificial *post mortem*.

Como dito anteriormente, a doutrina é divergente tanto ao posicionar-se acerca da constitucionalidade dessa prática quanto na fundamentação a respeito do tema.

O doutrinador que se posiciona a favor da reprodução assistida *post mortem* é Venosa (2009, p. 235). Diniz (2006, p. 558) entende ser possível a reprodução póstuma, desde que o doador falecido deixe, por expresse, sua vontade nesse sentido.

Por outro lado, são contrários a essa reprodução os doutrinadores Leite (1995, p.236), Dias (2008, p.330), Machado (2008, p.109), Bittar (1993, p. 277) e Gama (2003, p.732).

O principal fundamento dos doutrinadores contrários a essa prática está calcado nos problemas que a reprodução póstuma pode acarretar ao direito sucessório.

No entanto não é apenas no direito sucessório que reside a inconstitucionalidade de tal ato, os princípios constitucionais norteadores do direito de família e os direitos da personalidade, quais sejam, direito ao *status de filho*, ao nome e à origem genética, quando se trata de reprodução assistida, elidem essa possibilidade e esse será o foco do presente trabalho.

O doutrinador, que foi um dos primeiros a discutir a constitucionalidade da reprodução póstuma no Brasil, é Leite (1995, p.236), no livro “Procriações Artificiais e o Direito”, onde, apresenta uma série de questionamentos a partir do primeiro caso histórico ocorrido na França, em 1981, com Alan Parpelaix e Corinne R., ao qual se fez menção na introdução deste trabalho.

A partir de tal caso, foi desenvolvido um estudo sobre os aspectos legais da Inseminação Artificial *post mortem*. Fundada nos Princípios Gerais do pátrio direito privado, que impede o desejo de imortalidade, bem como por ser caracterizado como um ato de afronta à ordem pública, a reprodução artificial *post mortem* é tomado pelo autor como inconstitucional.

Ainda nessa mesma obra, o autor defende que, após decorrido o prazo de 300 dias, conforme o artigo 1597, inciso II, do Código Civil, não haverá presunção de paternidade no nascimento da criança, havendo, então, a filiação exclusiva da mãe, o que também é uma afronta à Constituição Federal, pois esta protege o direito de filiação e a paternidade responsável nos moldes anteriormente apresentados.

Sustenta, ainda, que a reprodução artificial póstuma não deve ser feita, posto que não há mais um casal e esse simples fato poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe.

Dias (2008, p.330) traz um questionamento muito interessante, que merece ser apreciado.

A doutrinadora utiliza dois argumentos capazes de inibir a reprodução artificial *post mortem*. Segundo ela, a viúva não pode pleitear à clínica de reprodução assistida o material genético que lá se encontra armazenado, pois este não é objeto de herança.

Ainda traz à baila uma questão muito discutida: a impossibilidade de o embrião armazenado ser sujeito de direito. Somente após a sua implantação no útero da mulher é que ele se desenvolverá naturalmente e como consequência, será considerado como nascituro. Até então, ele não tem capacidade alguma de desenvolvimento.

Ademais, é muito comum implantar-se mais de um embrião, devido à grande possibilidade de algum deles não “vingar” por motivos naturais, e nem por isso a clínica de reprodução tem qualquer responsabilidade sobre esses embriões que não “vingaram”.

Os argumentos por ela utilizados estão em perfeita sintonia com o princípio da paternidade responsável. Não se pode permitir que uma criança seja condenada a nascer sem a figura paterna. Caso fosse feita a reprodução artificial *post mortem*, a criança, fruto da técnica, não teria garantido o seu direito de filiação calcado na dignidade da pessoa humana.

Machado (2008, p.98) atenta para uma questão que não pode ser olvidada - o direito do filho, fruto de tal técnica. Segundo ela, do direito de o casal recorrer às técnicas de reprodução assistida decorre o direito do filho de ter um pai e uma mãe, pois assim é a ordem natural. Se a reprodução póstuma for levada a efeito, será uma violação ao direito do filho de ter pai e mãe.

Ainda de acordo com a doutrinadora, cabe ressaltar-se (2008, p.98):

O interesse da criança, que não pode nem deve ser subestimado, impõe seu nascimento num lar, onde existe uma relação heterossexual estável e afetuosa; como consequência, a concepção deliberada de uma criança por uma mulher ou homem que não participa de tal relação é moral e psicologicamente condenável.

A autora se posiciona, juntamente com o doutrinador Bittar (1993), contrária à realização de tal técnica. Focados na ausência de vantagem para o filho

concebido por essa técnica, ambos os doutrinadores acreditam que, além da ausência de vantagens para a criança, ela já nasce condenada a ser órfã de pai.

Acreditam que como todos os direitos, o da reprodução medicamente assistida não é ilimitado, devendo-se atentar para as exigências éticas de gerar um filho, utilizando a técnica em questão.

Ao se posicionar contrário à inseminação póstuma, Bittar (1993) diz, apud Machado (2008, p.109):

O homem deve respeitar a natureza, a vida humana e seus limites e os valores que, ínsitos em sua personalidade, lhe possibilitam uma existência normal e compatível em sociedade. Daí a satisfação de caprichos pessoais e de anseios egoísticos deve sempre ceder à prudência, à cautela e ao respeito aos valores maiores do Homem e da Sociedade, que, a tanto custo, pode o ser humano detectar e alcançar na presente quadra de sua evolução.

Gama (2003, p.732) acredita não ser legalmente possível a reprodução artificial póstuma, por esta afrontar o princípio constitucional da igualdade de todos os filhos.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.799, inciso I, permite o chamamento, na sucessão por testamento, da prole ainda não concebida de pessoas indicadas pelo testador, com o requisito de que essas pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.

É justamente nesse ponto que a inseminação ou implantação póstuma do embrião feriria o princípio constitucional da igualdade de todos os filhos, uma vez que os filhos concebidos após o falecimento do pai só poderiam herdar na sucessão testamentária, e não na legítima.

O doutrinador Gama (2003, p.733) aduz que, se, eventualmente, esta técnica for empregada, a paternidade será estabelecida pelo vínculo biológico, mas não para o fim de sucessão, o que pode conduzir a criança a pleitear, judicialmente, uma indenização pelos danos materiais sofridos por parte de sua mãe e de quem a inseminou.

Diniz (2006, p.558) analisa o artigo 1597, III, do Código Civil, que dispõe sobre a presunção da paternidade. Segundo ela, não se pode olvidar que o morto não exerce mais seus direitos e tampouco tem deveres a cumprir.

Então não haveria como se utilizar a presunção de paternidade, porquanto uma das maneiras de extinguir o casamento é a morte e, com o casamento extinto, não haveria o que se falar acerca da presunção da paternidade.

Por estes motivos, a doutrinadora entende que só seria possível a inseminação póstuma, se houvesse a anuência do marido que versasse, expressamente, sobre essa hipótese, em instrumento público ou particular, como ocorre na legislação espanhola.

No entanto é necessário lembrar-se que os princípios constitucionais que protegem o direito de a criança conhecer seus pais também garante que ela se desenvolva de modo saudável, ao lado deles.

Venosa (2009, p.235) defende que é, sim, possível haver a filiação, mesmo que seja por inseminação artificial *post mortem*, fundado no artigo 1597, inciso III, do Código Civil.

No entanto o autor também defende que a ética médica deve sempre repelir a reprodução independente em razão das consequências morais e psicológicas que possam causar ao filho.

É visível a contradição abordada pelo doutrinador, que ora defende a inseminação póstuma, ora inibe a reprodução independente. A inconsistência de sua posição reside no fato de que, tanto na inseminação póstuma quanto na reprodução independente, as consequências serão as mesmas. A criança será condenada, antes mesmo de ser concebida a nascer sem o pai, uma vez que só haverá a figura materna em ambos os casos.

A inconstitucionalidade da reprodução artificial *post mortem* é patente e os incisos III e IV, artigo 1597 do Código Civil brasileiro, devem ser declarados inconstitucionais. Veja-se, por pertinente, a redação do artigo:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

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

Diante da leitura do inciso III, percebe-se que o Código Civil permitiu que a inseminação artificial póstuma seja realizada. O inciso IV, por sua vez, permitiu a implantação do embrião, ainda que o pai, doador do gameta, já estiver falecido. Em ambos os casos, a paternidade será presumida, como se a criança tivesse sido concebida na constância do casamento.

Ao confrontar os incisos do referido artigo com as normas-princípios da Constituição Federal de 1988, fica clara a inconstitucionalidade desse dispositivo normativo, uma vez que a reprodução assistida póstuma, levada a efeito, violaria, além dos princípios constitucionais da paternidade responsável, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente, também os direitos da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de constituição familiar permite que o casal, com dificuldades para procriar, recorra às técnicas de inseminação artificial.

No entanto esse direito é limitado, ou seja, se houver conflito entre o direito do casal e o direito da criança, deverá prevalecer o direito da criança. Este é o entendimento de Gama (2003, p.464), que esta em perfeita sintonia com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, estampado no artigo 227, *caput*, da Carta Magna.

Sem dúvida, a possibilidade de reprodução assistida *post mortem* afrontaria, também, o princípio da paternidade responsável, disposto no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição federal.

Por este princípio, os pais têm a obrigação de preservar todos os direitos da criança e do adolescente, entre eles o da filiação paterna, sendo um

direito de todo ser humano e que não pode ser violado pela vontade egoísta do casal ou, mesmo, da mãe que insiste na inseminação ou reprodução póstuma.

Dessa maneira, pode-se dizer que o princípio da paternidade responsável atua, nesse caso, como um óbice ao princípio da liberdade de constituição familiar.

Um desdobramento do princípio da paternidade responsável é o princípio da afetividade. Por ele, nenhuma pessoa pode ser privada do direito de conviver com ambas as figuras paternas, pai e mãe, e desenvolver com eles, uma relação de afeto e carinho.

Se a reprodução póstuma for realizada ferirá, além do princípio da paternidade responsável, da afetividade, também o direito de status de filho, o direito à filiação e ao nome. Estes são direitos da personalidade inerentes ao ser humano, independente de vontade, e não podem ser renunciados e tampouco violados por vontade de terceiros.

Ao fazer uma interpretação a *contrário sensu* e levando, em apreço, o princípio da isonomia, homens e mulheres devem receber o mesmo tratamento jurídico. Com efeito, se é inconstitucional a mulher realizar a reprodução assistida póstuma, também o é o homem viúvo utilizar o gameta feminino armazenado ou fazer a transferência de embrião para uma barriga de aluguel, visto que estaria violando todos os princípios e direitos acima citados.

No que tange às legislações estrangeiras, importante salientar-se que a Espanha veda a inseminação artificial *Post mortem*, mas, se eventualmente ela ocorrer, só será estabelecido o vínculo paterno filial, caso o doador do sêmen tenha deixado expressamente prevista, por instrumento público ou testamento, essa possibilidade (Lei Espanhola nº 35/88, art.9.2).

A legislação Portuguesa também não permite a inseminação póstuma no casamento ou na união estável ou em qualquer espécie de união entre homem e mulher.

Na França, além de não ser permitida a inseminação póstuma, a lei dispõe que em caso de o doador deixar qualquer manifestação nesse sentido, ela não terá nenhum efeito após sua morte.

Assim como a França, as legislações Sueca e Alemã também vedam a utilização do sêmen após o falecimento do doador.

A Inglaterra permite a utilização de tal técnica, no entanto o filho, fruto da inseminação, não terá direitos sucessórios em relação ao doador, salvo se houver documento expresso neste sentido.

Como visto, apesar de a matéria ser controvertida, a maioria dos países europeus não permitem a inseminação póstuma. O Brasil, por sua vez, carece de uma legislação específica para essas novas questões de cunho social e ético, que estão surgindo com o desenvolvimento da ciência médica.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou da origem do direito de família, como ele surgiu nas antigas sociedades e como a família se tornou a célula básica do Estado. Apontou os vínculos familiares Romanos e sua importância para o direito atual. Definiu a natureza jurídica do direito de família, sistematizou toda a evolução legislativa do país e classificou as modalidades de família, tanto as presentes no ordenamento jurídico, quanto às ausentes neste *Códex*, porém presentes nas doutrinas bem como na sociedade.

Desde os primórdios da civilização, a figura paterna se fez presente, ainda que sob uma figura rígida, limitadora e poderosa, o pai faz parte da história da humanidade.

Não se pode permitir, em nome do desejo paterno ou materno, o sepultamento dessa figura. É necessário respeitar-se a ordem natural das coisas.

Pendem diversos entendimentos doutrinários acerca de a possibilidade da mulher, após o falecimento do marido, realizar a inseminação do gameta por ele deixado.

Apesar de nenhum dos doutrinadores, citados neste trabalho, terem apreciado a questão *a contrario sensu*, ela é imprescindível diante do princípio da isonomia. Segundo este princípio o tratamento jurídico entre homens e mulheres deve ser de maneira igualitária. Posto que se não for possível a inseminação póstuma requerida pela mulher, também não deve ser permitido a inseminação póstuma requerida pelo homem, que após o falecimento da mulher, manifesta o desejo de inseminar ou implantar o embrião em uma “barriga de aluguel”.

O Brasil não tem uma lei específica para esta matéria, o que naturalmente faz com que os estudiosos do direito busquem a melhor interpretação Constitucional e infraconstitucional, no caso o Código Civil, para solucionar eventuais lides.

Ao ler-se a Constituição federal, especificamente o artigo 226, parágrafo 7º, fica claro que a Lei Maior visa a defender a instituição familiar. Desse

artigo decorrem os Princípios da Paternidade Responsável e do Planejamento Familiar.

Já, no artigo 227 da Constituição Federal, a lei garante, expressamente a convivência familiar. Não é demais dizer-se que a Constituição do Estado trata a família como célula básica da sociedade, não só a protege como instituição, mas também seus integrantes, em especial os filhos.

As crianças e adolescentes necessitam de todo amparo legal para um desenvolvimento saudável dentro de uma família. Por este motivo, foi criado o ECA (Estatuto da Criança e Adolescente). Destinar um Estatuto inteiramente às crianças e adolescentes é mais uma prova da preocupação do legislador para com eles.

Ao analisar a inseminação póstuma perante os Princípios Constitucionais, utilizando-se da interpretação que deve ser feita destes, não há outra assertiva senão pautar-se pela inconstitucionalidade de tal ato.

Isto se deve não somente ao que está expresso na Carta Magna mas também a todo o contexto desenvolvido pela Lei, iniciando-se pelo Princípio da Paternidade responsável.

Não haveria possibilidade de ser feita a inseminação póstuma, sem desatender-se esse princípio; não seria nem um pouco responsável um pai condenar seu próprio filho a nascer órfão de si mesmo.

Ademais, ao falar em Princípio do Planejamento Familiar, percebe-se que a Constituição se preocupa com que as famílias sejam estruturadas para o desenvolvimento sadio de uma criança.

Este princípio não será observado, se a reprodução assistida póstuma for realizada, como demonstrado anteriormente, por meio das diversas teses psicológicas apresentadas. A presença da figura materna e paterna é imprescindível ao bom desenvolvimento psicossocial da criança. Também não seria observado o direito da personalidade que engloba o direito ao *status de filho*, direito ao nome e a origem genética, quando se trata de reprodução assistida.

Os princípios apresentados não elidem a existência nem contradizem o princípio da Livre Constituição Familiar, uma vez que não se faz apologia ao ideal de família.

Pode-se dizer que o princípio da livre constituição familiar é limitado pelos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, conforme descrito no artigo 226 da Carta Magna.

A afetividade, sempre apresentada pelos psicólogos como o fator mais importante dentro de uma instituição familiar, é capaz de solucionar tais problemas, mas esse princípio também não pode ser invocado, para sustentar a inseminação *post mortem*. O que está em questão é direito de a criança ter um pai e com ele desenvolver o afeto real, não imaginário.

Após uma análise dos Princípios Constitucionais, deve-se analisar o Código Civil, especialmente o artigo 1.597, que dispõe acerca da presunção de paternidade.

Este artigo, especialmente os incisos III e IV, constantemente é utilizado como argumento, para permitir a inseminação ou implantação do embrião posteriormente à morte de quem seria pai ou mãe.

A inconstitucionalidade deste artigo fica evidente após a breve lembrança feita dos Princípios Constitucionais, que dão sustentação a todo o ramo do direito de família e às normas de proteção à criança e ao adolescente.

É inadmissível o argumento de que atualmente, na sociedade, há diversas famílias que não têm a figura paterna presente, seja por falecimento ou por ausência sentimental e física do pai ou da mãe, tendo, ainda, um bom desenvolvimento da criança.

Entretanto, não obstante os fatos sociais, o que está em análise é a violação ao direito de ter pai ou mãe e, conseqüentemente, a violação do direito de convivência familiar.

Esses direitos, protegidos Constitucional e infraconstitucionalmente, não podem ser violados em nome de um desejo de ser mãe ou de ser pai, do instinto de perpetuação da espécie.

A concretude da existência humana não pode ficar à mercê de um sentimento de realização pessoal, reforçando, ainda, a idéia de que “não seria nem um pouco responsável um pai ou uma mãe condenar seu próprio filho a nascer órfão de si mesmo”.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BIODIREITO e bioética: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 21. ed. Atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____; Código civil (1916). **Código civil brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O Estado Atual do Biodireito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Global, 1986.

ESTATUTO da criança e do adolescente: lei nº 8.069, de 13-07-1990. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FACHIN, Luiz Edson, **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Da paternidade, relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, konstanze. **As famílias pluriparentais ou mosaico**. In: PEREIRA, Rodrigo da cunha (coord). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

FREUD, Sigmund. **O ego e o id uma neurose demoníaca do século XVII**. Rio de Janeiro: Imago, 1976. XIX v.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Direito da Família**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. **Proteção integral**: paradigma multidisciplinar do direito pós-moderno. Porto Alegre: Alcance, 2002.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. 1 ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004-2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

NORMALIZAÇÃO de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. Disponível em: http://portal.unitoledo.br/arquivos/manual_Normalizacao.pdf.> Acesso em: 28 mar. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997-2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O contrato social: princípios de direito político**. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

Winnicott, D. W.; Constantino Schuch Ortiz. **O Ambiente e os Processos de Maturação**: estudos sobre a teoria do desenvolvimento emocional. 1. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1982.