

# DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE

Laudirene Gomes Neves<sup>1</sup>

Roberto Lins Marques<sup>2</sup>

## RESUMO

A família é um fato social em constante transformação e existe uma problemática que traz consigo dúvida a respeito de seu conceito na contemporaneidade, bem como se o afeto, por si só, é um elemento suficiente para designar todos os novos formatos familiares. Sabe-se que a lei não trouxe expressamente o conceito de família, sendo um conceito que se modifica conforme a evolução da sociedade, e o fato de ter deixado de ser caracterizado exclusivamente pelo fator biológico para se estruturar em fatores culturais bem demonstra isso. A presente pesquisa cita a evolução do Código Civil de 1916 à redação atual do Código Civil de 2002. Ao final, concluiu-se que são as funções familiares exercidas, que definem os direitos e deveres familiares na legislação vigente. Para o feito desse estudo, foram utilizados métodos exploratórios e pesquisa bibliográfica.

**Palavras chaves:** Direito Civil. Direito de Família Afetividade. Funções familiares. União Estável, Abandono Afetivo.

## WITHOUT BIOLOGICAL BONDS

### ABSTRACT

The family is a social fact in a state of constant transformation and there is a problem that brings with it doubt about your concept in contemporary society, as well as the affection, by itself, is a sufficient element to designate all of the new formats family. We know that the law is not brought explicitly to the concept of family, being a concept that changes according

---

<sup>1</sup> Acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. E-mail: laudirenyneves@gmail.com.

<sup>2</sup> Advogado. Especialista em Inovações do Direito Civil e Seus Instrumentos de Tutela. Especialista em Direito do Consumidor. Mestre em Educação. Professor universitário. E-mail: roberto.marques@uniube.br

to the evolution of society, and the fact of having ceased to be characterized exclusively by the biological factor to build on cultural factors as well demonstrates this. The present research cites the evolution of the Civil Code of 1916 to the current wording of the Civil Code of 2002. At the end, it was concluded that the functions the family carried on, that define the rights and duties of family members in the current legislation. To the accomplishment of this study, were used methods of exploratory and bibliographic research.

**Key words:** Civil Law. Right of Family Affection. Functions family. Union Stable, Affective Abandonment.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da desbiologização da paternidade, que tem como objeto a análise da transformação ocorrida no conceito familiar, buscando encontrar um elemento comum aos agrupamentos familiares que seja mais preciso que o afeto. Juristas de renome, já em época anterior à vigente Constituição Federal, alegavam que a relação de pais e filhos biológicos não é nada mais do que um convite à paternidade, ou, em outros termos, que os pais biológicos não são verdadeiros pais se não desenvolverem o devido afeto por com sua prole. O afeto, portanto, tem valor jurídico.

A família é um pilar de grande importância para garantir a sobrevivência física e moral do indivíduo, sendo a base para a formação do caráter, sendo, por isso, elemento de especial importância para a sociedade e de nítida proteção do Estado.

O Estado, ao resguardar o direito da dignidade humana, colaborou para uma nova ideia jurídica de família, com novos valores e propósitos, tendo a doutrina tradicional afirmado que seu núcleo é o elemento afetivo, mesmo que a Constituição de 1988 não tenha trazido expressamente esse ideal em sua redação. O que esse texto se propõe a questionar, entretanto, é se definir o afeto como elemento central seria, de fato, o mais acertado, haja vista que não se desconhece a existência de famílias onde o afeto se encontra ausente. O afeto, assim pensado como o desenvolvimento de sentimentos de grande e positiva boa estima, de um amor para com outrem, certamente não está presente em todas as relações familiares. Há pais que não possuem afeto por seus filhos, da mesma forma que há filhos que não nutrem afeto por seus pais. Se isso ocorre e, mesmo assim, são considerados como entes familiares, o

que se questiona é se o afeto é, adequadamente, o elemento central desses núcleos familiares modernos.

Para buscar uma reflexão sobre o presente tema, se partiu de uma análise acerca das diversas formas de família, iniciando – e esse foi o nosso recorte – pelo Código Civil de 1916, de forma que conceituações anteriores não foram abordadas intencionalmente.

Em que pese a consideração que se chegou ao final, não se pode ignorar que diversos juristas afirmam que o conceito está aberto e sujeito a mudanças, mas que o primordial é reconhecer e dar juridicidade aos novos modelos familiares, mas sempre encontrando um elemento que seja comum a todos e que permita ao Estado outorgar-lhes a especial proteção que dele se espera. Encontrando esse elemento central, que pode ser o afeto ou não, também se estará evitando conflitos e outorgando a devida proteção aos modelos familiares que ainda vierem a surgir.

## **2. BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE FAMÍLIA**

Segundo Dias (2015 p.29) “a vida em conjunto é um fato natural aos seres humanos, cuja característica inicial era a informalidade”. Ao longo da evolução histórica e perante as múltiplas sociedades, o conceito de família sofreu várias alterações. Na história do Direito brasileiro, particularmente a partir da Proclamação da República, observa-se que o Estado foi intervencionista nesse conceito e buscou exercer a função de organizador da sociedade, determinando que o matrimônio era a única instituição familiar, composta pai, mãe e seus filhos biológicos, num contexto familiar do tipo patriarcal (homem como o chefe familiar).

Com o passar dos anos e diante do clamor social, esse modelo de família foi se modificando e, aos poucos, foram surgindo novos núcleos familiares, que, paulatinamente, buscavam o reconhecimento legal. Exemplo dessa evolução pode ser observada, por exemplo, na evolução da família informal (união estável), que partiu de um completo desinteresse legislativo para, com o tempo, ser reconhecida no campo obrigacional e, mais ao fim do século XX, ser definitivamente agasalhada com o manto de entidade familiar. Em semelhança, a família homoafetiva, que partiu da condição de entidade sem qualquer valor jurídico e afrontadora dos bons costumes, para ser considerada, também ao final do século XX, como família em igualdade de condições com as demais.

O Estado, em sua função legislativa, não conseguiu – e, muitas vezes, não desejou – acompanhar rapidamente as mudanças sociais, o que resultou em prejuízos de diversos tipos aos entes componentes dessas instituições familiares, o que gerava grande inquietação.

Foi com o surgimento da Constituição Federal de 1988 que pode-se observar quase uma ruptura nesse tradicionalismo estatal, ao permitir o reconhecimento de um sem número de novos núcleos familiares, trocando a proteção do instituto do casamento pela busca da felicidade de seus membros. Como tal evolução é de substancial importância para esse estudo, passa-se a uma análise mais detida do tema.

## 2.1 A FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

De acordo com a ideia histórica absorvida no âmbito jurídico, desde a primeira Constituição do Brasil, de 1824, era constante a busca por uma legislação nacional que absorvesse os estudos relacionados ao objeto desse estudo, preferencialmente a partir de um Código Civil diante da carência de uma legislação pátria, pois, embora independentes e republicanos, o Brasil e sua ciência do Direito utilizavam as obras legislativas Europeia para reger a sociedade, o que acabava por prejudicar um tratamento adequado à verdadeira realidade nacional. Foi somente em 1916 que essa busca teve fim, com o surgimento do primeiro Código Civil Brasileiro, de autoria do renomado Clóvis Beviláqua.

Portanto, pode-se afirmar que a pioneira legislação brasileira a abordar o tema de família foi o Código Civil de 1916, que tratou também do casamento civil entre o homem e a mulher, de forma que tal Código foi o autor das bases da família nacional, ponto primordial a partir do qual teve início o estudo deste conceito jurídico.

O Código Civil de 1916 trouxe um conceito de família mais reservado, onde só se configurava pela união matrimonial entre homem e mulher, não reconhecendo outra estrutura familiar a não ser pelo casamento. Sem casamento, não existia família a ser protegida pelo Estado. O casamento era, portanto, o aspecto fundamental ao surgimento da base familiar, sequer se imaginando a possibilidade de existência de família fora do casamento.

Outro aspecto abordado além do casamento era que à descendência deveria ser preferencialmente biológica (a adoção deveria ser a última opção), e os filhos tidos fora do casamento, embora fossem uma realidade constante, não teriam quaisquer direitos.

Apesar de já existir uma separação entre a Igreja e o Estado, era notória a influência da Igreja sobre o casamento, e um ponto no qual podia ser notada essa influência se dava na indissolubilidade do casamento. O casamento deveria perdurar até a morte de algum dos cônjuges, e essa ideia era acatada pelo Estado ao entender a família como uma unidade de acumulação de riquezas. Assim, mantido o casamento sem sua dissolução, não haveria partilha de bens e, por consequência, o objetivo de acúmulo de riquezas na família se tornaria

mais próspero.

No código civil de 1916, família da era tida como patriarcal e hierárquica, conservando-se os costumes. O domínio do homem era primordial, a lei o nominava como chefe da entidade conjugal, e, como tal, era o responsável pelas finanças, filhos, esposas e criados.

Já à mulher exercia o papel de ser a responsável por cuidar da moral familiar e dos bens materiais adquiridos, devendo também cooperar com o seu companheiro, inicialmente dentro do lar e, com a evolução social, também financeiramente. Mesmo com tal participação, a mulher permanecia sobre a autoridade do homem, enquadrada pela redação original do Código Civil de 1916 como pessoa relativamente incapaz a partir do matrimônio, ou seja, o casamento representava para a mulher a perda de sua autonomia, de sua capacidade civil plena, tornando-a incapaz a exercer os direitos em igualdade de condições com seu cônjuge, sujeitando-a à sua assistência para todos os atos civis negociais.

## 2.2 O DIREITO AO VOTO FEMININO NO CÓDIGO ELEITORAL DE 1932

Uma importante passagem da evolução dos direitos da mulher, que influenciou diretamente na forma como compreender o papel dos cônjuges dentro de uma família, pode ser observada com a conquista do voto feminino, em 1932.

Depois de anos de reivindicações e discursões, apenas no governo de Getúlio Vargas, pelo Decreto 21.076, as mulheres conseguiram o direito de votar e serem eleitas para cargos no executivo e legislativo.

O direito ao voto, todavia, não foi pleno, pois existiam algumas restrições para tal conduta, ou seja, até então somente as mulheres casadas mediante procuração de seus esposos podiam votar, da mesma forma que as viúvas e solteiras com rendimento próprio. Foi somente em 1934, com o do Código Eleitoral, que se estendeu a todas as mulheres esse direito, embora o voto ainda fosse facultativo, tendo se tornado obrigatório apenas em 1946.

Esse direito ao voto representou, assim, um exemplo da igualdade da mulher que tanto era almejado, repercutindo seus efeitos dentro dos matrimônios existentes.

### 2.3 AS SÚMULAS 380 E 382 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS PRIMÓRDIOS DA UNIÃO ESTÁVEL

Em agosto de 1964, o Supremo Tribunal Federal regulamentou as relações extramatrimoniais, conhecidas na época como concubinato, relações essas que, até então, não tinham qualquer amparo legal. Essa regulamentação surgiu com a súmula de jurisprudência nº 380 (já revogada) e a Súmula 382.

Pela súmula 380, “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”; e, pela súmula 382, também do Supremo Tribunal Federal, “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Tais súmulas representavam que as relações fora do casamento deveriam merecer proteção legal, bem como asseguravam a liberdade de viver-se em domicílios distintos. Foram as raízes das famílias informais, embora ainda muito distantes de terem a mesma proteção das famílias matrimonializadas. Essa igualdade só veio com a publicação da Constituição Federal de 1988, no §3º do art. 226, que reconheceu a existência da união estável e trouxe os requisitos para o seu reconhecimento. Esse artigo constitucional foi regulamentado pelo Código Civil, para definir, à luz do art. 1.723 do Código Civil, que é preciso a existência da relação afetiva entre duas pessoas, de forma duradoura, pública, contínua e, principalmente, com o objetivo de constituir família. Existe tais elementos, a proteção legal incide sobre as famílias informais, outorgando-lhe todas as tutelas devidas igualmente a qualquer outra forma familiar.

### 2.4 O RESGATE DA CAPACIDADE CIVIL PLENA DA MULHER CASADA PELA LEI Nº 4.121/62

A Lei nº 4.121, publicada 27 de agosto de 1962, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, trouxe modificação significativa à predominância do modelo patriarcal vigente na família brasileira, pois garantiu que as mulheres pudessem exercer vários direitos que somente os homens podiam exercer até então.

Das várias conquistas obtidas com a nova Lei, uma das mais importantes foi a quebra da soberania familiar que era exclusivamente exercida pelo homem desde o Código Civil de 1916, haja vista que a mulher passou a manter sua autonomia civil e, especialmente, patrimonial ainda que casada, deixando de ser reduzida à condição de relativamente incapaz, (não sendo mais assistida por seu esposo), e passou a ter direitos sobre os filhos se houvesse o

“desquite”, conhecido atualmente separação judicial. Além disso, passou a dividir o poder familiar sobre os filhos do casal, a ser exercido, sempre, em prol do melhor interesse da criança.

O Estatuto da Mulher Casada representou uma singular vitória feminina e o início de muitas mudanças relacionadas aos deveres e direitos da mulher. As mudanças aconteceram paulatinamente, mas isso não desmerece o título de ser um grande marco na evolução dos direitos femininos no Brasil.

## 2.5 A LEI DO DIVÓRCIO – LEI Nº 6.515/1977

Em 1977 surge no Brasil a Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio), que dispôs sobre a possibilidade da dissolução do vínculo do matrimônio, lei esta que regulamentou a Emenda Constitucional nº 09/77. Com a criação dessa lei, passou-se a possibilitar o divórcio no Brasil, permitindo, inclusive, que a pessoa divorciada pudesse se casar novamente, embora esse direito, inicialmente, pudesse ser exercido uma única vez.

Até o ano de 1977, portanto, com o casamento nascia um laço jurídico permanente, ou seja, um laço eterno. Ainda que o casamento se tornasse insuportável, podia ser pleiteado, como forma de proteção, o desquite, atualmente nominado de separação judicial, que colocava fim à sociedade matrimonial e seus deveres, mantendo íntegro, entretanto, o laço matrimonial, ou seja o laço jurídico, impedindo qualquer das partes pudesse estabelecer uma nova união conjugal.

Lei do Divórcio, mesmo cheia de requisitos para quem desejasse obtê-lo, deu a oportunidade de um reinício, ou seja, as pessoas que se encontravam em um casamento indesejável passaram a ter a chance de se livrarem de situação insustentável e de um vínculo que não mais desejavam ter e, com a Lei 6.515/77, se demonstrou um grande avanço à liberdade do indivíduo. Foi o primeiro passo para se compreender que o casamento deveria ser benéfico para as pessoas envolvidas, e não ser protegido insistentemente como uma instituição intocável.

## **3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUAS INTERFERÊNCIAS NO CONCEITO DE FAMÍLIA**

A estrutura, os conceitos e a normatização do Direito das Famílias evoluíram com o passar dos anos, oportunizando a existência de novos modelos de família. Portanto o século

XX, tendo a Constituição Federal de 1988 como marco principal, implantou em sua redação uma significativa ampliação do conceito de família, contrariando os critérios das Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 (Emenda nº 1/69), e essas mudanças foram de muita importância, pois a sociedade encontrava-se em um período de criação de um Estado democrático.

O Estado interveio nas relações privadas revigorando a instituição civil dentro do novo modelo Constitucional. Assim, foi edificado todo um Direito Civil à luz da Constituição Federal, trazendo meios mais eficazes para se implantar a almejada dignidade da pessoa humana, prescrita na mesma Constituição Federal, logo em seu artigo 1º.

Os novos conceitos de família, advindos da Constituição Federal, trouxeram efeitos que modificaram a interpretação de todos os textos relativos às entidades familiares, como, por exemplo, da Lei 6.515/77, relacionada à separação judicial e divórcio; da Lei 8560/92, que contribuiu para a normatização da União Estável; a regulamentação do reconhecimento e da igualdade dos filhos concebidos fora do casamento; no surgimento de outros textos posteriormente criados, como o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90), entre outros.

### 3.1 A FAMÍLIA COMO ENTIDADE EUDEMONISTA

À família foi dado o caráter de entidade eudemonista, que é um conceito moderno que se refere à família que busca a realização plena de seus membros, caracterizando-se pelo afeto recíproco, pela consideração e o respeito mútuos entre seus membros. Tal característica independem da origem a partir da qual a família foi constituída, tendo laços biológicos ou não, fulcrando-se nos laços baseados na solidariedade.

A família eudemonista não é um tipo de família, mas uma característica, onde se refere ao dever da entidade familiar de se constituir em um núcleo de funções vinculadas à prosperidade e felicidade recíprocas. E essas características são o ponto central de nosso estudo.

Na concepção de Viana, *apud* Andrade (2011, p.524):

Eudemonista é considerada a família decorrente da convivência entre pessoas por laços afetivos e solidariamente mútuos, como é o caso de amigos que vivem juntos no mesmo lar, rateando despesas, compartilhando alegrias e tristezas, como se irmãos fossem, razão para quais juristas entendem por considera-los como formadores de mais de um núcleo familiar.

Pela doutrina tradicional, portanto, a família identifica-se pelo amor, afeto, comunhão de vida, plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíprocas (DIAS, 2006, p. 45). Essa é uma das possíveis formas de se ter uma família na busca da felicidade de todos os membros conviventes. Dias (2013, p.58) menciona ainda que é o afeto que organiza e orienta o desenvolvimento da personalidade e assegura o pleno desenvolvimento do ser humano.

### 3.2 A MULTIPLICIDADE FAMILIAR

Como já abordado, somente era considerada família após a realização de um matrimônio, tendo características indissolúveis (não existia o divórcio), patriarcal (submissão ao chefe da família, ou seja, o homem), matrimonializada (diversidade dos sexos), hierarquizada (hierarquia entre os próprios membros familiar) e patrimonialista (não existia limites para o estado entre o público e o privado).

Com o passar dos anos, os modelos familiares foram se modificando e a Constituição Federal de 1988, no Brasil, trouxe mudanças significativas, a partir de mais valores humanos, fraternos, plurais e igualitários, com base na dignidade da pessoa humana.

A multiplicidade ou pluralidade familiar modificou o contexto de que a família só era reconhecida após o casamento, oportunizando que outros modelos familiares, como a união estável e a monoparental, que foram expressamente reconhecidas, a título exemplificativo, na carta constitucional.

## **4 A BUSCA DE UM ELEMENTO COMUM PARA AS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES**

Com as mudanças constantes desde a Constituição da República de 1988, o Direito das Famílias vem sofrendo constantes alterações, sendo construído a partir de novos princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88); o princípio da igualdade (art. 5º, caput e art. 226, §5º, CF/88); o princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, CF/88); o princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF/88); e o princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º, CF/88); o princípio da tutela especial à família, independentemente da espécie (art. 226, caput, CF/88); convivência familiar (art. 227, caput, CF/88); a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, caput, CF/88) e a isonomia entre os filhos (art. 227, §6º, CF/88). Todos são fulcrados no princípio da dignidade, que,

pode-se afirmar, é o macroprincípio da atualidade, regendo todo o ordenamento jurídico nacional.

Os novos modelos familiares têm base na solidariedade e nas ideias de pluralismo. No dizer de Dias (2006, p. 39):

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

Afirma ainda Dias (2013 p 73), “que o princípio da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais”, permitindo concluir que a família se tornou pluralista e, pela doutrina tradicional, se constitui pelo afeto, sendo essencial para formação dos membros e para a compreensão do seu papel no âmbito familiar.

#### 4.1 A FUNÇÃO FAMILIAR

Conforme destacado ao longo desse estudo, a doutrina tradicional sempre fulcrou os novos modelos familiares a partir do afeto existente entre seus membros. Todavia, o afeto é algo espontâneo, que pode existir ou não em qualquer relacionamento familiar. Não se desconhece a possibilidade de pais não terem afeto por seus próprios filhos ou vice-versa, e, nem por isso, a lei deixará de tratá-los como uma entidade familiar ou eximi-los de qualquer responsabilidade de uns para com os demais.

Dessa forma, tendo a Constituição Federal oportunizado a criação dos mais diversos entes familiares, e sendo que o afeto nem sempre estará presente em todos eles, cria-se uma dúvida que originou o presente estudo: seria outro o elemento a explicar a existência ou inexistência de um núcleo familiar?

O que se percebe é que, dentro de cada núcleo familiar, muito mais do que pessoas que se gostam, existem pessoas que exercem funções umas para com as outras, motivadas por um ideal de solidariedade. Um pai cuida de seu filho não porque o ama, mas porque tem um papel de pai pré-definido que precisa ser cumprido, sob pena de provável prejuízo à prole. Um marido deve cuidar e respeitar sua esposa não porque tem afeto por ela, mas porque é isso o que se espera de um cônjuge. Se o exercício desse papel puder ser acompanhado de amor, de

afeto, provavelmente será mais humanizado e, por isso, mais desejável. Todavia, a ausência do afeto não pode ser motivo para justificar a falta de cuidado ou respeito entre cônjuges.

Dessa forma, observa-se que, muito mais que o afeto, são as funções exercidas dentro de um núcleo familiar que demonstram a existência de uma família: função paterna, função materna, função de filho, função de marido e função de esposa etc. O afeto é um grande indicativo para o surgimento de laços familiares, mas isoladamente não é suficiente. Pessoas impedidas de se casar, por exemplo: ainda que tenham grande afeto entre si, não serão consideradas uma família, pois a lei, ao proibi-las de se unirem legalmente, também não as incumbe de qualquer função uma para com a outra.

Nos tópicos seguintes, serão demonstrados exemplos de situações que justificam que as funções familiares, mais que o afeto, poderiam ser o elemento central a identificar as entidades familiares.

#### 4.2 A FAMÍLIA SOCIOAFETIVA

O Código Civil, em seu artigo 1593, efetiva a família socioafetiva como parentesco civil, ou seja, de origem afetiva, ao passo que, já no artigo 1596, exclui a distinção entre os filhos biológicos e afetivos, equiparando-se ao artigo 227 da Constituição Federal, vejamos:

Dias (2013, p. 381), afirma que socioafetiva funda-se na cláusula geral de tutela da personalidade humana, salvaguardando a filiação como elemento fundamental para a formação da identidade da criança e formação de sua personalidade. Portanto nota-se que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil, trouxe significantes modificações acerca relações de parentesco e dos filhos adotivos.

A família socioafetiva, como o nome indica, surge do desejo de tratar alguém como seu familiar. Aqui a família é criada com a convivência por um espaço de tempo razoável, onde seus membros voluntariamente exercem funções baseadas na solidariedade em prol dos outros membros. A continuidade do exercício de tais papéis cria a família socioafetiva, à exemplo do que ocorre com a união estável, também criada pelo exercício contínuo de determinadas funções e desejos. Uma vez extinto o afeto, entretanto, não se nega a permanência da existência da família socioafetiva, que pode ser reconhecida judicialmente ainda que algum de seus membros tente negá-la: uma vez surgido vínculos paterno-filiais socioafetivos, eles não podem ser desfeitos posteriormente, haja vista que a paternidade não é revogável.

Assim, demonstra que a família socioafetiva pode se constituir pelo afeto, mas não desaparece pela ausência posterior dele. As funções familiares assumidas nesse tipo familiar devem permanecer, ainda que o afeto se encontra extinto.

#### 4.3 O REGIME DE BENS ENTRE OS CÔNJUGES

Segundo Gonçalves (2014, p. 442) “o regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômica dos cônjuges”. O artigo 1.639 do Código Civil, por sua vez, nos informa que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

O regime de bens entre os cônjuge se dá a partir do casamento, (art. 1.639 §1º, CC) ou do início da união estável, independentemente de se adotar o regime legal (comunhão parcial de bens), se se adotar algum outro tipo trazido pelo ordenamento (comunhão universal de bens, separação convencional ou obrigatória de bens e, ainda, a participação final nos aquestos), ou, ainda, se os nubentes criarem um regime de bens personalíssimo.

O regime de bens, qualquer que o seja, inicia-se quando as partes (esposos ou conviventes) passam a ter a função de, repita-se, esposos ou conviventes, e não quando o afeto surge entre eles. Quando optaram por constituir uma família, desenvolver conjuntamente um projeto único de vida e se tratarem reciprocamente como consortes, o afeto certamente já existia há relativo tempo. Mas é com o exercício da função de marido e de esposa que o regime de bens tem início, como haveria de ser. Da mesma forma, se já existia uma união estável antes do casamento formalmente realizado, percebe-se que a função familiar já existia também anteriormente, de forma que o regime de bens se iniciará quando do surgimento da união estável (e não do casamento posteriormente celebrado).

Se o início de regime de bens se adequa ao início das funções familiares esperadas, não seria diferente o seu fim. Conforme consolidada doutrina e jurisprudência, o término do regime de bens não se dá com o divórcio ou a separação judicial, mas sim com a separação de fato. E isso porque, de acordo com o entendimento aqui exposto, os consortes deixaram de exercer a função familiar que lhes é inerente, de forma que deixaram de somar esforços para a criação de um patrimônio comum.

Demonstra-se, portanto, que o sistema de regime de bens adotado pelo Código Civil vigente respeita a ideia de funções familiares, muito mais que a ideia de afeto.

#### 4.4 A POSSE DO ESTADO DE CASADOS

A posse do estado de casados é um dos meios de prova para a comprovação indireta da existência do casamento, autorizada pelo Código Civil Brasileiro, em substituição à certidão do registro. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova, conforme nos orienta Diniz (2013, p. 136):

A situação em que se encontram aquelas pessoas do sexo diverso, que vivam notória e publicamente como marido e mulher, isto é, concubinato, apresentando-se juntos, nas relações públicas e privadas, como esposo legítimo tendo casa e economia comum, e sendo havidos nesta qualidade pelo público. Daí exige tal situação os seguintes requisitos: a) *nomen*, a mulher de usar o nome do marido; b) *tractatus*, ambos devem tratar-se, ostensivamente, como casados; e c) *fama*, a sociedade deve reconhecer sua condição de cônjuges.

Portanto, a prova indireta do casamento existe para suprir o registro de casamento, que se perdeu. E a sua realização se faz não pela demonstração do afeto existente entre marido e mulher, mas pela demonstração das funções de marido e mulher que eram exercidas. Por isso que a autora acima cita que os requisitos são a utilização do nome familiar, o tratamento que ambos tinham um para com o outro e o reconhecimento social (*fama*) de que são verdadeiramente casados. A prova, portanto, se dá sobre aspectos objetivos (funções, papéis familiares) e não sobre elementos subjetivos (afeto, amor). O casamento restará provado ainda que o afeto não mais exista; mas não poderia ser comprovado se só existisse afeto.

#### 4.5 A UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, conforme já externado no decorrer desse estudo, se materializa pela convivência pública, contínua duradoura, com objetivo em comum de constituir uma família. Segundo dias, (2016, p. 386) “simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação”. Para que exista a união estável, portanto, é essencial a presença de alguns requisitos, como a inexistência de impedimento ou matrimônio civil válido (se um dos cônjuges da união estável for casado deverá haver uma separação de fato judicial ou extrajudicial), que seja notório (perante a sociedade, que sejam reconhecidos como marido e mulher), respeito mútuo e lealdade (a aparência de posse de estado de casados).

Não há, dentre os elementos acima, o requisito de afeto mútuo, mas existem funções perfeitamente delineadas: função de lealdade, função de convivência, função de apresentar-se como membro familiar, função de respeito etc. Pode existir união estável sem que exista um afeto entre os conviventes, mas não a existirá se os membros não cumprirem as funções que deles se esperam em uma entidade familiar.

E, a exemplo do já exposto, a união estável não deixará de existir se faltar o afeto, mas deixará de existir se as funções inerentes aos conviventes deixarem de ser exercidas.

#### 4.6 O ABANDONO AFETIVO

Não basta apenas registrar uma criança. Não basta apenas amá-la e não cumprir os deveres de pai. É de grande importância a função dos pais na formação de uma criança, pois são responsáveis pela educação, formação social, proteção entre outros. Mesmo separados, os pais devem cumprir as obrigações (funções) que lhe são inerentes (art. 1.631 do CC).

Não seria, assim, a falta de afeto que prejudica uma criança, mas sim a falta das funções paternas ou maternas de que tanto necessita. Nas palavras de Dias (2013, p. 47):

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral.

Portanto o desamparo não vem da falta de afeto, mas da falta de cuidado, de convivência, de atenção, de zelo etc. E é com base na falta dessas funções familiares que o Poder Judiciário caracteriza tal conduta como ilícita, garantindo a devida compensação financeira (erroneamente chamada de indenização) à vítima. Ainda segundo Dias (2013. P. 469-450):

Não se pode mais ignorar essa realidade, passou se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visita-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexo permanente em sua vida.

Nenhuma lei legítima poderia punir um genitor por não ter afeto pelo seu filho. Mas é bem legítimo que o faça por esse genitor ter se omitido em suas funções para com a prole. É

a falta de convivência, de zelo e de atenção que prejudica o ser humano. Amar é uma opção; cuidar é um dever.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho expõe algumas das mudanças significativas que ocorreram, desde o Código Civil de 1916, e que foram aptas a consolidar um novo conceito de família, demonstrando-se, também, a grande importância que a família tem para o Estado, que a considera uma de suas bases para a sociedade. A família é resguardada pela Constituição Federal e também por outras leis, como o Código Civil 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No decorrer de estudo, buscou-se identificar que a função do núcleo familiar é de proteção aos membros que a compõe, papéis que se modificam com as transformações naturais do passar do tempo. O marco mais importante para o estudo foi a Constituição de 1988, que trouxe uma visão mais ampla a respeito do conceito de família, possibilitando a criação dos novos modelos familiar, que se baseiam nos valores humanos, na dignidade humana, tendo em vista que, havendo vínculos de sangue ou não, deverão seus integrantes serem tratados com respeito e igualdade, pois eles, mais que o instituto da família por si mesma, merecem a devida proteção.

Considerou-se que, embora a doutrina e jurisprudência pátria afirme que a constituição de uma família se dá pelo afeto, discordou-se em parte desse entendimento, ao tentar-se encontrar um outro elemento comum que justificasse a existência de um núcleo familiar ainda quando o afeto não se faça presente. Tal busca também se faz necessária para se facilitar o reconhecimento de novos modelos de família que surgirem no futuro, o que muito provavelmente ocorrerá. O que também se considerou, por fim, é que, apesar de afeto ser elemento de grande relevância para a constituição de uma família, o mesmo, por si só, não atende a todas as situações, sendo preferível analisar a existência de funções exercidas dentro de um núcleo familiar, pois eles, ao mesmo tempo que podem demonstrar a existência de uma família, se encaixam perfeitamente na sistemática do Direito das Famílias trazido pelo Código Civil de 2002.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Hugo Henrique. **Os atuais conceitos de família**. Disponível em: <<https://hugobp1.jusbrasil.com.br/noticias/418033042/os-atuais-conceitos-de-familia>> Data de acesso 30 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 4.121 - De 27 de agosto de 1962. **Estatuto da Mulher Casada**.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

\_\_\_\_\_. **Manual de direito de família**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito de família**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 11 ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>>. Data de acesso: 20 maio 2019.

IBDFAM - Assessoria de comunicação do IBDFAM com informações da Agência Senado Notícias Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5772/Comiss%C3%A3o+aprova+projeto+que+caracteriza++como+crime+o+abandono+afetivo+de+filhos>> Data de acesso: 29 maio 2019.

LUCENA, Lorena. **Os diversos regimes de bens no Brasil**. Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/450042665/os-diversos-regimes-de-bens-no-brasil>> Data de acesso: 03 junho 2019.

MATOS, Laisa Magalhães de; MARCATO, Gisele Caversan Beltram. **Modelos de família e princípios constitucionais aplicáveis**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/5788/5504>> Data de acesso: 29 maio 2019.

PEDROSO. Juliane. Disponível em: <<https://juuliane.jusbrasil.com.br/artigos/137611283/abandono-afetivo-frente-ao-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Data de acesso: 29 maio 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem Psicanalítica**. BH: Del Rey, 1997

VILELLA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, a. 27, nº 21, maio 1979.