

FACULDADE CATÓLICA DOM ORIONE

CURSO DE DIREITO

PAULO VINÍCIUS SARDINHA MARINHO

**PRESUNÇÃO DE FILHOS CONCEBIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO
ESTÁVEL EM CASO DE MORTE DO PAI**

ARAGUAÍNA

2015

PAULO VINÍCIUS SARDINHA MARINHO

**PRESUNÇÃO DE FILHOS CONCEBIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO
ESTÁVEL EM CASO DE MORTE DO PAI (art. 1.597, inciso II, c/c art. 1.723,
ambos do Código Civil, c/c § 3º, art. 226 da Constituição Federal de 1988)**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
APRESENTADO À FACULDADE CATÓLICA DOM
ORIONE COMO REQUISITO PARCIAL À OBTENÇÃO
DE GRAU DE BACHAREL EM DIREITO.

PROFESSOR ORIENTADOR: RICARDO FERREIRA
REZENDE.

ARAGUAÍNA

2015

PAULO VINÍCIUS SARDINHA MARINHO

**PRESUNÇÃO DE FILHOS CONCEBIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO
ESTÁVEL EM CASO DE MORTE DO PAI**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Grau de Bacharel em Direito do curso de Direito da Faculdade Católica Dom Orione e aprovado na sua forma em: 17 de março de 2015.

Profº. Msc. Daniel Cervantes Ângulo Vilarinho
Coordenador do Curso

Apresentado à banca examinadora composta pelos professores:

Profº. Esp. Ricardo Ferreira Rezende
Orientador

Profº. Mestre Maicon Rodrigo Tauchert
Examinador

Profº. Esp. Wilson de Oliveira Cabral Junior
Examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus familiares e amigos que acreditaram em mim e me deram força para continuar lutando e não se deixar abater com os percalços que surgem na vida, em especial para minha mãe Lena e minha prima Pollyanna.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas bênçãos concedidas em minha vida, dentre elas a graduação em Direito.

“Devemos sempre nos preparar para o fracasso. Isso torna ainda mais gratificante o sucesso.”

Steven Spielberg

RESUMO

A união entre o homem e a mulher, ou seja, o companheirismo é um instituto milenar, tendo início com o próprio surgimento da família. Tem sua razão de ser em diferentes motivos a depender da época, primeiro seu objetivo era a procriação visando à perpetuação da espécie humana, depois o objetivo era a proteção do reinado e seus pertences com a produção de filhos homens para combater em guerra etc. Em dado momento a união entre a mulher e o homem tinha aspectos religiosos, devendo a união ser efetuada pela igreja em forma de obediência aos ditames de Deus. Para os que seguiam os preceitos do cristianismo somente as relações unidas sob as regras da igreja católica poderiam ser aceitas na sociedade. Isso com que mesmo as uniões de fato entre pessoas desimpedidas se tornassem mal vista perante a população. Em certo estágio em que se encontrava a humanidade o Estado passou a ditar as regras entre a sociedade conjugal, visto que para os detentores do poder tal se tratava de matéria de ordem pública. Com isso o Estado criou o casamento como único meio de se ter direitos civis no pertinente a união entre o homem e a mulher, assim a união de fato entre pessoas desimpedidas continuou sendo mal vista perante a sociedade. Mas a evolução ocorrida nos últimos tempos fez com que o mundo mudasse e que o Brasil inserisse o divórcio em sua legislação, além da possibilidade de novo casamento entre pessoas divorciadas, além de haver maior aceitação entre a união de fato entre homens e mulheres que não houvesse impedimentos para tal; isso fez inclusive com que a Constituição Federal brasileira de 1988 implantasse em seu bojo regra de conversão da união estável em casamento. Mas mesmo havendo reconhecimento da união estável como entidade familiar, o Código Civil de 2002, reserva determinados direitos as relações advindas do casamento, nesse sentido é a presunção de paternidade do filho nascido após a morte do genitor.

Palavras-chave: União Estável. Presunção de paternidade. Pós Morte.

ABSTRACT

The union between man and woman, that is, the fellowship is an ancient institution , beginning with the family emergence itself. It has its reason for being on different grounds depending on the season, first his goal was procreation in order to perpetuate the human species, then the objective was to protect the kingdom and your belongings with the production of sons to fight in war etc. At one point the union between the woman and the man had religious aspects, and the union be made by the church in the form of obedience to the dictates of God. For those who followed the precepts of Christianity only the relationship united under the rules of the Catholic Church could be accepted in society. So with that even de facto unions between people became ill uninterrupted views to the population. At one stage it was in humanity the state began to dictate the rules of the conjugal society, whereas for those in power as it was of public policy matter. With that the state created marriage as the only means of having civil rights in the relevant union between man and woman, so the fact that marriage between people remained uninterrupted frowned upon in society. But the trend seen in recent times has made the world to change and that Brazil inserisse divorce in its legislation and the possibility of remarriage of divorced people, plus there is greater acceptance of the fact of marriage between men and women who do not there were impediments to such; it made including the Brazilian Federal Constitution of 1988 implanted in its core conversion rule of a stable union in marriage. But even with recognition of stable union as a family unit, the Civil Code of 2002, reserves certain rights arising from the marriage relationship, in this sense is the son of the presumption of paternity born after the death of the parent.

Keywords: Stable Union. Presumption of paternity. Post Mortem.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	9
3 UNIAO DE FATO, CASAMENTO E UNIAO ESTÁVEL.....	21
4 CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL.....	23
5 RECONHECIMENTO <i>POST MORTEM</i> DA UNIÃO ESTÁVEL.....	25
6 FILIAÇÃO.....	25
7 FILIAÇÃO PRESUMIDA NA UNIÃO ESTÁVEL EM CASO DE MORTE DO GENITOR.....	27
8 CONCLUSÃO	32
9 REFERENCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

A presunção de filhos concebidos na constância do casamento, nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte do cônjuge, não deixa dúvida sobre a paternidade, uma vez que o artigo 1.597, inciso II do Código Civil é autoexplicativo nesse sentido.

Entretanto o legislador do Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade de solucionar o problema, quando o filho nascido nos 300 (trezentos) dias após a morte do genitor, advier de uma união estável, que é uma convivência entre um homem e uma mulher, muito comum em nosso país.

A moderna posição em que se encontra a tecnologia pode, ao menos em tese, solucionar o problema, uma vez que a ciência genética com grande porcentagem de chance de estar correta pode apontar se um homem é ou não pai de determinada criança.

Não obstante, é intrigante a questão! Isso porquanto uma criança concebida na constância de um casamento, e, nascida nos 300 (trezentos) dias subsequentes à morte do pai, é considerada filha deste, conservando, assim, a moral da mulher casada, e o costume da sociedade, que considera pai aquele que vive com esta. Enquanto que o filho advindo da união estável – concebido nos 300 (trezentos) dias subsequentes à morte do pai – não é presumido filho do extinto, mesmo que a própria família do falecido (pais, irmãos e etc.) reconheça a união estável, tendo por consequência, uma batalha jurídica para registrar a criança, garantindo, assim, os direitos desta.

Isso pode ocasionar um desgaste emocional tanto na mulher que conviveu perante a sociedade anos com aquele homem, agora falecido, como se casado fosse, como para o filho que por vezes esperará anos e anos a solução do problema, devido à morosidade do judiciário, sem ser reconhecido legalmente como filho do seu pai, que se encontra morto.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O companheirismo não se trata de inovação recente na história da civilização humana, ele é um instituto milenar. Ronaldo Frigini segundo Mathias Coltro (2009, p. 292) “aponta que mesmo no regime da poligamia dos casados, era frequente a existência de concubinas na vida dos homens, além de suas esposas”. Bertrand Russel conforme Mathias Coltro (2009, p. 292) “comenta acerca da praxe existente entre os povos antigos, do *defloramento oficial das virgens* pelos sacerdotes, como fator instintivo do perfil da família naquela época, naquela sociedade”. Adahyl Lourenço Dias *apud* Mathias Coltro (2009, p. 292) “lembra que era costume de alguns povos antigos a prática consistente no dono da casa fornecer aos seus visitantes *hospedagem, leito e mesa*, entregando-lhes as próprias mulheres”.

A Babilônia possuía vários costumes, entre os babilônicos havia a crença que existiam apetites sexuais diversos, para eles uma modalidade de apetite sexual estimulava o espírito artístico, outra o desenvolvimento da produção, outra o aumento da prole fundamental a batalha nos exércitos, outra fomentava a inteligência.

Adahyl Dias conforme Mathias Coltro (2009, p. 292, 293) frisa que Salomão além de possuir mais de trezentas concubinas contraiu núpcias com setecentas mulheres, sendo todas de famílias bem conceituadas; informa ainda que os hebreus tinham a esposa legítima posta em grau hierarquicamente superior à meretriz, enquanto a concubina se encontrava no grau de hierarquia entre uma outra, ou seja entre a esposa e a prostituta. “Há ainda registros históricos de que, entre os persas, hindus e chineses, as uniões concubinárias também eram admitidas”.

Na Grécia Antiga houve período em que se admitia o concubinato, sendo posteriormente proibido com o advento da monogamia como forma de união entre o casal, veja lição de Mathias Coltro (2009, p. 293):

Na Grécia Antiga, o concubinato também se verificava e era admitido, no sistema poligâmico envolvendo os homens casados. Pouco depois, Licurgo, conhecido como rei-regista, e, mais adiante, Sólon instituíram a monogamia, época em que as concubinas passaram a formar uma classe à parte. A História noticia a presença de célebres concubinas na cultura dos gregos. Aspásia ensinou retórica, em aulas próprias, a grande número de alunos e, por ser considerada estrangeira — por ser de Mileto —, não pôde casar-se com Péricles e, desse modo, viveram em concubinato. Antes, no entanto, a mesma Aspásia já houvera se amasiado a Sócrates e, com a morte dele, fora concubina de Alcebiades.

“No Egito, do mesmo modo, há registros a respeito de relações concubinárias, inclusive de forma generalizada a partir da influência grega, e, principalmente com a chegada das cortesãs da Grécia (Mathias Coltro, 2009, p. 293)”.

Gustavo Bossert conforme Mathias Coltro (2009, p. 293) menciona que os hábitos babilônicos influenciaram a Roma Antiga, tendo esta um sistema parecido com o que existia naquela.

Segundo eles as formas de união, em Roma, entre pessoas de sexos opostos constituíam-se em quatro formas a saber:

a) o casamento normal dos romanos decorrente dos *jus civile*, denominado *justae nuptiae*; b) o casamento entre estrangeiros, decorrente do *jus gentium* conhecido como *sine connubio*; c) a união de fato entre os escravos, conhecida como *contubernium*; d) a união livre, ou seja, o *concubinatus*, a união constituída sem o *consensus nuptialis*.

Esta ultima forma de união, qual seja, o *concubinatus* constituía a forma representativa da comunhão de vida entre os participantes da união, todavia, a concubina não tinha o status de mulher legítima de seu convivente, muito menos havia equiparação entre sua condição social e a do seu companheiro, sendo privada, inclusive, de contrair matrimônio.

Embora não fosse reconhecido como instituto jurídico na Roma Antiga, tanto o *concubinatus* quanto a concubina tiveram sua aceitação passando-se a ser visto de forma honesta, diferenciando-se das ligações efêmeras e transitórias.

A relação concubinária contida em Roma começou a ser regulada a partir do Imperador Otávio Augusto, que na tentativa de por ordem na sociedade buscou estabelecer as diferenças entre a união livre e as outras uniões extramatrimoniais. Assim sendo o concubinato adquiriu a sua condição de estado legal.

A regulamentação sobre as uniões livres em Roma prosseguiu com outros imperadores, nesse sentido é a lição de Mathias Coltro (2009, p. 293, 294):

O trabalho legislativo a respeito das “uniões livres” prosseguiu com outros imperadores romanos, especialmente Constantino e Justiniano. De acordo com o tratamento à época, alguns requisitos eram indispensáveis: convivência duradoura entre homem e mulher, ambos púberes, sem vínculo de parentesco, de forma livre, não sendo possível o casamento por força de impedimentos baseados em diferenças de caráter social ou político. Fundamentalmente, o concubinato não podia decorrer de *incestum*, *adulterium* ou *stuprum*. Gustavo Bossert aponta que somente podia ser

tomada como concubina uma mulher de baixa honradez, assim consideradas as atrizes, mulheres independentes, prostitutas, aquelas surpreendidas em adultério ou as nativas. Havia tamanha preocupação com tal questão que se uma mulher *honest*a e *virgem* consentisse em ser concubina, o enlace deveria ser realizado por meio formal, sob pena da união ser considerada ilícita sob a modalidade de *stuprum* e, com a constituição do concubinato, ela perdia a sua posição na sociedade e o título de *mater familiae*, que representava sinal de distinção e honra para a mulher romana.

Na Roma antiga, tratando-se de matéria de filiação, dava-se grande importância ao concubinato posto que os filhos advindos da “união livre” eram considerados filhos naturais, enquanto os gerados de outras uniões extramatrimoniais eram considerados espúrios. Efeitos patrimoniais e pessoais surgiram na relação concubinária, passou-se a incluir, embora de forma tímida, direitos de participação na sucessão de seu companheiro para concubina. Diferenciava-se a relação de concubinato do casamento, necessariamente na falta de formalismo para constituição e conservação da união entre os conviventes, bastava a coabitação pública e notória entre um homem e uma mulher; diferenciava-se também do casamento pela inexistência de *affecio maritalis*, ou seja, não se fazia necessária a reciprocidade de tratamento entre marido e mulher, podendo até mesmo inexistir entre os concubinos compreensão, afeição e harmonia (Mathias Coltro, 2009, p. 294).

O companheirismo sempre foi contemplado pelo direito canônico, nesse sentido são as palavras de Gustavo Bossert apud Mathias Coltro, (2009, p. 294):

O Direito canônico sempre contemplou o companheirismo. Desde o início de sua elaboração, lembra Gustavo Bossert, o direito canônico reconheceu a realidade sociológica das uniões fundadas no companheirismo, preocupando-se em regulá-las, atribuindo-lhes efeitos, principalmente para assegurar a monogamia e a estabilidade da relação do casal. Há passagem histórica noticiando que Santo Agostinho aceitava que se concedesse o batismo à mulher que vivia em concubinato, desde que ela se comprometesse a não abandonar o seu concubino, doutrina que passou a ser observada pelos eclesiásticos. No ano 400 d.C., o Concílio de Toledo expressamente admitiu a união monogâmica de um homem e sua concubina, desde que com caráter de perpetuidade e que o homem não fosse casado, reconhecendo, portanto, além das uniões matrimoniais, as uniões extramatrimoniais monogâmicas. Em 528 d. C., o Concílio de Orléans estatuiu que era bigamo quem tinha duas mulheres, sem distingui-las entre esposas e concubinas. Naquela primeira época, o Direito Canônico aceitava o matrimônio clandestino ou presumido, ou seja, a união do homem e da mulher que, sozinhos, convencionava se tomar por marido e mulher, sendo os próprios contraentes os ministros da celebração.

Consoante Mathias Coltro (2009, p. 294, 295) Houve um enfraquecimento da Igreja Católica com o passar do tempo, isso em virtude do aumento do número de uniões espúrias em conventos, culminando com a realização em 1.049 d. C., durante o Concílio de Reims, de discurso condenando a conduta de satisfação de prazeres sexuais de padres e de leigos, sendo inclusive proibida a entrada de mulheres em conventos, além de tornar-se mais rigoroso o celibato eclesiástico. Findando o século XV, a Igreja Católica utilizando-se de seu poder material começa um processo de debilitação, principalmente com a nova estruturação cultural perante o Renascimento, tendo por base os contextos que fizeram a se chegar nessa Reforma. Em seguida surgiu outro movimento da Igreja, tendo por base reação e defesa, realizaram varia medidas para manter e aumentar o poder da Igreja. Entre as diligências realizadas com o intuito de preservar e fortalecer a Igreja destacam-se as tomadas pelo Concílio de Trento em 1563, que de forma concisa foram: a) vedação do casamento presumido; b) tornar obrigatória a contração de casamento perante um pároco, com duas testemunhas, e de forma publica; c) instituição de registros paroquiais, com assentos dos casamentos, e controle pelos eclesiásticos da igreja que eram constituídos como autoridades; d) vedação do concubinato, aplicando-se pesadas punições aos concubinos, como por exemplo, a excomunhão e a qualificação de hereges.

Gustavo Bossert consoante Mathias Coltro (2009, p. 295) aduz que após o século XVI a forma de repressão da Igreja Católica era tão grande que começou a deixar que se usasse como rompimento das uniões extramatrimoniais o emprego da força pública.

Portugal e Espanha foram influenciados fortemente pelo Direito canônico em suas ordenações sobre o assunto.

Segundo esse autor supramencionado nas Ordenações Del Rei Dom Duarte, havia o reconhecimento de uniões livres, denominando-se a concubina de barregã, pois já se pensava no tratamento igualitário dos filhos na partilha dos bens herdados, esse era um meio de se punir o adultério de fato, ou seja, a falta de lealdade entre os cônjuges; também era proibido ao homem casado doar bens para sua concubina, pois, buscava-se proteger a monogamia como forma de união.

Continua o autor dizendo que as Ordenações Afonsinas (1.446) fazem referencia em alguns momentos sobre o concubinato impuro, ou, relações que

envolviam clérigos, havendo punições para tais uniões; por isso as concubinas de padres ou de outros clérigos puniam-se com penas pecuniárias, de açoite, ou até mesmo com a morte, quando houvesse a reincidência; era proibida a venda ou doação de bens do homem casado para sua concubina “– querela de doação inoficiosa legada pelas Ordenações –” muito menos se admitia a disposição em última vontade em testamento em benefício desta. Embora fosse admitida a união estável não se admitia a nenhum homem a viver em concubinato na corte, no período que estava em vigor as Ordenações Afonsinas. Quase as mesmas regras fizeram parte das Ordenações Manuelinas (1521) e das Ordenações Filipinas (1603), sendo que estas faziam maior ênfase à relação concubinária no Livro V quando tratou dos crimes e suas respectivas punições.

Sobre as Ordenações Dias *apud* Nogueira da Gama (2009, p. 295, 296) leciona que o concubinato era cuidado em muitos dispositivos por elas, tendo as mesmas, traçado diferenças entre a venda do corpo e o concubinato. Mancebia, barreguice ou concubinato se dava quando era notória entre os vizinhos e vila que determinada mulher estava ligada a um homem vivendo como se fosse marido e mulher, de forma permanente, com simples cópula, mesa e leito comuns.

Consoante Mathias Coltro (2009, p. 296) a França também foi influenciada pelo Direito Canônico. Tal autor menciona que em 1604 o Código Michaud não reconhecia eficácia ao concubinato, pois tinha disposição expressa tornando inválida qualquer doação feita por partícipes de relação concubinária. Conforme esse autor o Código de Napoleão ignorava totalmente a união livre, não regulamentava nenhum efeito que por ventura essa união pudesse vir a produzir em relação a determinadas disputadas de interesses; quando tratava do tema o Código de Napoleão adotava a linha abstencionista, conseguindo influenciar nesse sentido boa parte da codificação civilista do ocidente. Dessa forma na França durante o século XIV a jurisprudência teve que fazer uma morosa e paulatina elaboração pretoriana para resolver as situações práticas que surgiam da união livre.

Mathias Coltro (2009, p. 296) também assevera que Gustavo Bossert acentua que a legislação “francesa de 16 de novembro de 1912, estabeleceu-se como fato gerador do vínculo de filiação o concubinato notório, iniciando uma série de debates sobre a questão”.

A forma como o casamento é reconhecido hodiernamente, ou seja, instituição de preocupação estatal, advém da Revolução Francesa, todavia tem sua origem, indubitavelmente, do movimento religioso da Reforma luterana, que nunca conseguiu aceitar que o casamento fosse regulamentado pela Igreja Católica, pois tinha o entendimento de que tal conteúdo pertencia ao direito público, isto é, de alçada do Estado (Leite apud Nogueira da Gama, 2009, p. 296).

Nas palavras de Nogueira da Gama (2009, p. 296) Napoleão Bonaparte, por intermédio do Código Civil Francês de 1804, concedeu traços à estrutura familiar legal, com contornos de hierarquia, em relação ao chefe, tendo por base a linha do “modelo patriarcal, autoritário e centralizador, retirando do modelo legal qualquer outra forma de agrupamento familiar que não constituído através do casamento civil”.

Em uma primeira fase o companheirismo não foi conhecido pela legislação francesa posto que pelas próprias palavras de Napoleão o Estado não tinha nenhum interesse em reconhecer tal situação fática.

Portanto, somente da intervenção do Estado “na esfera familiar, até então caracterizada pela predominância do particular sobre o público, a formação da família legítima passou a ser determinada por elementos predominantemente legais”. A partir de então a família legítima passou a ser formada por casal, ou seja, homem e mulher, “livres e desimpedidos, que declaram solenemente sua vontade diante da lei” (Leite apud Nogueira da Gama, 2009, p. 296).

Nas palavras de Nogueira da Gama (2009, p. 296, 297) a situação ocorrida naquela época na França revelasse-se um “exemplo típico de que a relação de fato somente pode ser reconhecida como relação jurídica de acordo com os valores históricos e locais que passaram a predominar em determinado grupo, sob a imposição do poder político”. Para o autor ficou evidente que “apesar das divergências entre o Estado e a Igreja Católica, havia unanimidade em desqualificar o companheirismo de qual quer componente jurídico, eis que existente como realidade sociológica”.

Com relação à família tanto os gregos quanto os romanos tiveram duas concepções básicas, qual seja: a do dever cívico e a da formação da prole.

Nesse sentido ensina Lisboa (2013, p. 25) dizendo que a união entre o homem e a mulher no início era vista como um dever cívico, que tinha por finalidade

a procriação e acompanhamento do desenvolvimento da prole, que futuramente, quando da juventude, seria útil aos exércitos da respectiva pátria.

Em virtude da utilização de jovens em combates a criança do sexo masculino era muito mais desejada do que a do sexo feminino, pois os filhos homens fortaleciam os exércitos, possibilitando novas conquistas, além de segurança da nação.

O passar do tempo fez com que a definição de família aos poucos chegasse a uma nova estrutura. Novos ideais foram criados, passando agora a se ter por objetivo a continuidade da entidade familiar, dando-se ao casamento e a família o objetivo de perpetuação da espécie, através do nascimento dos filhos.

É por isso que Lisboa (2013, p. 26) comenta que a relação sexual no casamento limitava-se sob os fins da procriação.

O cristianismo concebeu nova roupagem as relações sexuais, mudando para ausência da prática de sexo antes do casamento. “Vedou-se o jugo desigual entre o homem e a mulher e buscou-se o fortalecimento do casamento, desprestigiando-se as relações informais (Lisboa, 2013, p. 26)”.

Segundo Lisboa (2013, p. 26), salvo em alguns casos, o cristianismo foi terminantemente contra o divórcio, bem como contra o novo casamento. *In verbis*:

Assim, o cristianismo mostrou-se contrário à institucionalização do divórcio e à realização de um segundo matrimônio, salvo no caso de morte de um dos cônjuges ou da existência do adultério. E a tolerância inicialmente conferida às uniões livres foi substituída pela sanção contra os concubinos. Valorizou-se, desse modo, a família constituída mediante casamento.

Antes da Revolução industrial a família era gerida pelo chefe de família, sendo a atividade de trabalho desta exercida em conjunto. Segundo lição de Lisboa (2013, p. 26) na maioria das vezes o trabalho da família estava voltado para o artesanato, sob a liderança do chefe de família, com o auxílio de sua mulher e dos seus filhos; e por vezes de pessoas que não faziam parte da família, que se colocavam como aprendizes de ofício.

O trabalho artesanal não conseguiu concorrer com as máquinas introduzidas no mercado pela Revolução industrial, veja lição de Lisboa (2013, p. 26) sobre o tema:

Com a introdução das máquinas, o trabalho artesanal, tipicamente familiar, não foi suficiente para concorrer com a produção fabril, motivo pelo qual houve uma sensível redução da renda artesanal, e os membros da família, que auxiliavam o artesão, passaram a procurar outra fonte de renda, trabalhando nas fábricas.

Sobredito acontecimento acarretou a *desagregação do trabalho familiar* e a derrocada das diferenças de funções entre os seus integrantes. Uma lenta repersonalização das relações familiares estava por vir, destacando-se a saída da mulher de sua casa para o exercício da jornada de trabalho e a quebra do ciclo de continuidade da atividade paterna pelos filhos, que passaram a se voltar para outras modalidades de labor.

Segundo Lisboa (2013, p. 26, 27) passaram-se a regular as relações de família, pelos códigos novecentistas, tendo por base o individualismo jurídico, da seguinte forma:

- a) a *estatização da regulação das relações familiares*, a partir do casamento civil, com a introdução de normas jurídicas de ordem pública;
- b) a *qualificação da família legítima*, a partir da celebração do matrimônio;
- c) a *proscrição do concubinato*, privilegiando-se, assim, as uniões formais reconhecidas pelo Estado;
- d) a fixação de *diferentes estatutos normativos dos direitos e deveres do homem e da mulher*, mantendo-se a chefia do lar conjugal em favor do cônjuge varão;
- e) a *categorização dos filhos, preferindo-se os legítimos aos demais*, com a finalidade de se prestigiar a família constituída mediante casamento; e
- f) a *indissociabilidade do vínculo familiar*, buscando-se a perpetuidade e a estabilidade das relações entre os cônjuges e deles com os seus filhos legítimos.

Na história a função do homem teve destaque na família ocidental. Isso porquanto, via de regra, prevaleceu na relação familiar o patriarcado, ou seja, o ascendente masculino mais idoso era a autoridade superior, cujo os demais deviam obediência.

Consoante Lisboa (2013, p.27) o pai, nos tempos primitivos, poderia matar o filho, em virtude de este constituir imbróglio para ele; isso ocorreu entre os africanos. Também poderia o genitor praticar o infanticídio em obediência aos rituais religiosos, pois para que tais alcançassem seus objetivos deveria haver o sacrifício; tais acontecimentos se sucederam entre os incas e os astecas.

Também poderia ocorrer de o patriarca vender seu filho, como ocorria com os gregos, com botocudos e com os espanhóis, através da Lei das Sete Partidas.

O homem quase que invariavelmente exercia a função de chefe no casamento, todavia com o passar do tempo, seu poder de decisão perante a família foi sendo limitado.

Segundo Lisboa (2013, p. 27) “o patriarcado foi exercido, em diversos períodos da história e em várias partes do mundo, mediante a *poligamia*, que paulatinamente foi decaindo, sendo substituída pela sociedade da *monogamia*”.

Continua o mesmo autor dizendo que nas relações familiares de Roma vigorava a autoridade do *pater famílias*, desta forma o patriarca tinha o privilégio de beneficiar-se de qualquer ganho patrimonial adquirido pelo filho; com o bônus de não se obrigar perante terceiros pelo compromisso firmado por seus filhos.

Ensina Lisboa (2013, p. 27) que “[...] somente o *pater famílias* era plenamente capaz para a prática de atos jurídicos (*sui iuris*), pois, além de ser livre e possuir o atributo da cidadania, não era dependente de qualquer autoridade familiar”.

“Os integrantes da família que se subordinavam a autoridade familiar eram os *alieni iuris*, dos quais até a mulher casada fazia parte”.

Há na história também um período em que o regime matriarcal ou matriarcado predominava, isto é, houve uma época em que a mulher mais velha era a autoridade superior da família. Isso ocorreu em poucas regiões do planeta e em curto período de tempo.

O matriarcado ficou evidenciado em alguns clãs africanos, americanos e da Oceania. “No entanto, tal regime proporcionou o enfraquecimento das tribos, causado pela *redução da fecundidade da mulher*, decorrente do fato de que ela se unia invariavelmente a vários homens (*poliandria*)”.

Embora a preponderância do patriarcado seja evidentemente superior ao matriarcado, ele perdeu sua força, com o passar dos anos, nas sociedades ocidentais, isso devido às mudanças do modo de vida da sociedade, nesse sentido leciona Lisboa (2013, p. 28), *in verbis*:

A desagregação do trabalho familiar artesanal e o deslocamento dos membros da família para trabalharem nas fábricas, lembra Michelle Perrot, foi o fator que desencadeou a saída da cônjuge virago do lar matrimonial, bem como a de seus filhos, durante várias horas do dia, a fim de exercerem as suas respectivas atividades laborais, cujos salários eram destinados ao fortalecimento da economia doméstica e complementavam a renda obtida pelo chefe da família por determinado período.

Como os contratos de adesão acarretaram uma série de situações iníquas em desfavor do prestador de serviços contratado pelo fabricante comitente,

a massa de trabalhadores passou a se organizar, assim como a sociedade civil em geral (insatisfeita com as ineficazes medidas de proteção tomadas pelo poder público), exigindo finalmente uma *participação positiva ou ativa* no processo político. Surgiram, assim, os elementos embrionários do sindicalismo e do associativismo modernos, bem como dos partidos políticos populares.

Tais acontecimentos contribuíram decisivamente para que a mulher e o jovem pudessem vir a reivindicar por seus direitos.

A reivindicação de direitos advindas das manifestações pela emancipação e pela liberdade social da mulher e dos jovens, que começaram a partir do final do século XIX, trouxeram consequências consideráveis no que diz respeito às relações familiares em geral, e isso mostrou reflexos na estrutura familiar um século depois, nesse sentido aduz Lisboa (2013, p. 28, 29); veja os reflexos apontados por esse autor:

a) maior *aceitação da uniões informais* entre o homem e a mulher, culminando, no direito brasileiro, com o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar;

b) maior *condescendência da chamada “moral pública”*;

c) *possibilidade de extinção do casamento* por motivos outros, além da morte ou do adultério, em relação que o Código estabelece de forma meramente *exemplificativa*;

d) *maior proteção para a mulher*, consagrando-se o *princípio da igualdade entre o homem e a mulher* nas relações familiares, e não somente genericamente, como se costumava dispor dentre os direitos e garantias fundamentais;

e) *maior proteção para os filhos*, consagrando-se o *princípio da igualdade entre os filhos*, pouco importando a sua origem, legítima (concebido durante as justas núpcias) ou não, prestigiando-se tanto a *filiação biológica* como a *filiação solidária*; e

f) a *nova personalização das relações familiares*, buscando-se o asseguramento dos *direitos da personalidade* de cada integrante da família.

Aduz Lisboa (2013, p. 29) que em 1948, foi proclamada a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas que trouxe a plena igualdade entre os direitos de homem e mulher, além de proibir que fossem feitas distinções entre filhos tanto advindos do casamento quanto de outra relação.

Em seguida o mesmo autor passa a traçar comentários sobre a evolução no Brasil dizendo que a versão original do Código Beviláqua, isto é primeira versão do Código Civil brasileiro de 1916, considerava a mulher como pessoa relativamente

incapaz quando da realização de atos e negócios jurídicos; esta versão atribuía ao cônjuge varão à chefia da sociedade conjugal, concedendo para a esposa apenas o auxílio ao marido.

E continua falando que no Brasil foi a partir da constituição de 1934 que a família passou a ter importância como organismo social e jurídico.

Também leciona que embora o Estado já tenha editado várias normas jurídicas que tenham ordem pública versando sobre a família, muitas, inclusive inseridas no Código Civil brasileiro, ele cria a Comissão Nacional de Proteção à família, pelo Decreto-lei 1.764, de 10 de novembro de 1939.

Logo após relata que após a criação da Comissão Nacional de Proteção à Família “foram regulados os *aspectos eugênicos, morais e patrimoniais* da família, pelo Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941”.

Lisboa (2013, p. 29, 30) continua sua lição sobre a evolução da entidade familiar brasileira aduzindo que:

Tão somente com a entrada em vigor da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), a mulher deixou de ser considerada relativamente incapaz. A igualdade de direitos propugnada pela Declaração Universal da ONU de 1948, porém, ainda não era reconhecida pelo direito interno brasileiro.

A possibilidade de extinção do casamento por fatores diversos da nulidade ou da anulação, do desquite e da morte foi ampliada com o advento da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que procedeu à introdução das normas referentes ao divórcio e permitiu a realização de um segundo casamento.

Até a data da entrada em vigor da lei do divórcio, havia entre nós o *desquite*, instituto equivalente à atual separação judicial.

Contudo, o desquite não rompia integralmente o vínculo matrimonial, pois apenas se prestava para o *rompimento dos aquestos* comunicados, não possibilitando que o desquitado contraísse outro casamento civil. Não havia por meio do desquite, assim, o rompimento do vínculo matrimonial por completo.

Segundo Lisboa (2013, p. 30) pouco a pouco com decorrer do tempo foram criados direitos patrimoniais que beneficiaram a concubina, isso ocorreu em virtude da maior aceitação pela sociedade das chamadas uniões livres.

De início segundo esse autor foi à jurisprudência que fixou direitos em prole da concubina, tendo sido seguida depois pela doutrina.

Lisboa (2013, p. 30) também comenta que “o reconhecimento das uniões livres, em determinadas circunstâncias, somente passou a constar do direito positivo pátrio com a promulgação da Constituição de 1988 (art. 226)”.

Sobre a evolução ensina ainda Lisboa (2013, p. 30, 31):

As mudanças socioeconômicas e a maior participação popular na política, conforme anteriormente disposto, foram os fatores que contribuíram decisivamente para que a família passasse por consideráveis alterações, até os dias atuais.

Em suma, não há uma *crise da família*, como alguns defendem, mas o seu *redimensionamento*, como consequência natural do desenvolvimento da história da humanidade. A família pós-moderna passa, destarte, por uma *repersonalização das funções de seus membros*.

As mudanças socioeconômicas na história contemporânea proporcionaram a necessidade de revisão de diversos institutos jurídicos, cujas premissas tiveram de ser de modo necessário parcialmente alteradas.

Assim sucedeu com a teoria da responsabilidade civil, quando se adotou a doutrina do risco da atividade. E, ainda, com o direito contratual, ante o surgimento dos contratos de adesão e a evolução legislativa a que se chegou, com as chamadas cláusulas negociais gerais.

A introdução de um direito civil constitucional, primado em uma concepção principiológica e menos normativa, indica os novos rumos do direito privado e o realce que se passa a conferir à pessoa e sua dignidade, como o elemento nuclear da relação jurídica à pessoa e sua dignidade, como o elemento nuclear da relação jurídica [...].

As influências decorrentes das mudanças socioeconômicas mundiais levaram, inevitavelmente, à *repersonalização* das atuais relações familiares, que se encontra em estágio bastante avançado, em contraste com a família da sociedade pré-industrial.

Confere-se atualmente maior importância à *liberdade* e à *igualdade* entre os membros da família, em detrimento do patriarcado.

Os jovens e as mulheres de hoje exercem atividades laborais externas, para a manutenção própria e em colaboração com o orçamento da família que integram.

Além disso, a reunião de toda a família, durante o dia, torna-se cada vez mais difícil, senão impossível, especialmente nos grandes centros urbanos, em que as distâncias entre o lar e o local de trabalho e de estudo de cada integrante da família só são vencidas após um tempo razoável em trânsito pesado e congestionado.

E, quando a família pós-moderna consegue enfim se reunir, pouco dialoga, cercando-se invariavelmente dos atrativos que cada membro considera mais interessantes – a televisão, a música, o jornal etc. A *sociedade da informação* viabiliza maior interação social de cada membro da família com a coletividade local, regional, nacional e transnacional, ao mesmo tempo em que estabelece autênticos “guetos” de privacidade dos integrantes da família, sob o mesmo teto. A família pós-moderna interage com menor intensidade que a pré-industrial, porém as funções dos seus membros

encontram-se redimensionadas em face da igualdade de direitos entre o homem e a mulher e da não discriminação entre os filhos.

Apesar da comunicação menos frequente entre os integrantes da família, as responsabilidades com que a mulher e os filhos passaram a arcar concederam-lhes maior autonomia e o interesse mais ávido pela informação, contrariamente ao que se verificava nos dias passados, em que preponderava a baixa instrução feminina e a concentração dos atos e dos negócios nas mãos do chefe da casa.

Busca-se hoje o asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família, pouco importando se ele é o genitor, a genitora, ou algum filho havido ou não havido do casamento.

3 UNIAO DE FATO, CASAMENTO E UNIAO ESTÁVEL

Conforme Bonfim (2010, p. 1) “a união de fato entre duas pessoas de sexos diferentes nasce com o surgimento da própria família. Sem a necessidade de regularização legal, duas pessoas decidiam compartilhar suas vidas partilhando objetivos comuns”.

Mas em virtude de princípios adotados pela religião foi inserida na sociedade a solenidade do casamento, levando as pessoas a buscarem tal para a criação da família, nesse sentido veja a lição de Bonfim (2010, p. 1):

[...] por princípios religiosos, a convicção de que a criação da família deveria realizar-se formalmente fazia com que os pretendentes buscassem concretizar o sonho de uma vida em comum com a solenidade do casamento, momento a partir do qual, atendidas as exigências legais, poderiam apresentar-se como marido e mulher.

A prática do casamento passou a ser o meio pelo qual a sociedade aceitava a constituição de família, classificando esta em legítima, e em ilegítima quando fosse constituída sem a realização do casamento.

No Brasil as exigências para o casamento aumentaram com a criação do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, segundo Bonfim (2010, p. 1) esse decreto aumentou as exigências para o casamento, isso em virtude deste, com o início da República, ter deixado de ser religioso católico, acatólico ou misto para se tornar somente em civil.

Essa nova realidade teve por consequência o aumento das uniões de fato, uma vez que os casais habituados a se casarem somente no religioso continuavam exercendo essa prática, que a nova legislação civil considerava união de fato.

Outro fato a ser mencionado é o de que as constituições brasileiras até 1977 não admitiam o divórcio tendo por isso as seguintes consequências relatadas por Bonfim (2010, p. 2):

[...] fazia que o casamento que por qualquer motivo não tivesse prosperado continuasse a existir no papel, embora as pessoas já não estivessem comprometidas com aqueles objetivos comuns que o motivaram. Essa situação de indissolubilidade do casamento civil resultou em um relevante aumento das uniões de fato, pois outros interesses surgiam, agora para serem compartilhados com terceiros, à margem do reconhecimento legal.

Segundo o mesmo autor esse foi o motivo dos legisladores regulamentarem os efeitos jurídicos das relações familiares advindas da união de fato, posto que inúmeras famílias viviam nessa situação.

A Carta Magna de 1988, então conhecida como cidadã, foi a primeira constituição brasileira a reconhecer a união estável como meio de se formar família. O legislador trouxe no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 a seguinte redação: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Conforme Bonfim (2010, p. 2) “esse reconhecimento da união estável como entidade familiar abriu espaço para que a regulamentação surgisse e os direitos de quem vivia em união estável fossem disciplinados”.

A Lei 9.278 de 1996 que regula o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 conceitua em seu artigo 1º a união estável: “é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Outrossim, o Código Civil brasileiro de 2002 em seu artigo 1.723 define o que seja união estável: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Bonfim (2010, p. 7) atenta para o fato de que quase nada mudou de uma redação para a outra, para constatar a semelhança basta analisar os respectivos dispositivos; a redação do código civil somente fez o aperfeiçoamento da definição com a inclusão do nome união estável no artigo.

Conforme as palavras de Álvaro Villaça Azevedo *apud* Bonfim (2010, p. 7) a união estável ou matrimônio de fato tem as seguintes características:

“a união do homem e da mulher, que se mostra como um acontecimento social, espontâneo, criando uma família, que reclama uma proteção da ciência do Direito, por não ter surgido segundo as normas legais do casamento, mas com todas as condições de regularizar-se”.

Com isso percebe-se que os contornos e objetivos da união estável são os mesmos que os do casamento possuindo muito mais semelhanças do que diferenças.

4 CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL

Clóvis Beviláqua *apud* Cavalcanti (2007, p. 79) quando fala do concubinato relata que este parece confundir-se com a própria origem da “[...] sociedade humana, haja vista que nos primórdios da civilização a informalidade era a regra prevalecente nas relações humanas, inclusive no que diz respeito ao casamento”.

Cavalcanti (2007, p. 79, 80) quando trata do histórico do concubinato na antiguidade chega a dizer que no início da sociedade “[] o desejo e mesmo a necessidade de aumentar a população eram muito grandes, facilitando a tolerância com que era visto o concubinato”.

Segundo Cavalcanti (2007, p. 76, 77) no que pertine a formação da família em Roma existiam várias formas de união entre a mulher e o homem. Veja vários meios de uniões que esse autor relata em sua obra:

Em primeiro plano, as *justae nuptiae*, o casamento dos cidadãos romanos, pelo *jus civile*, tendo como pressuposto o direito ao casamento (*connubium*), e que se fundava, basicamente, no permanente consentimento dos esposos (*consensus*). Foi este, sem dúvida, o alicerce da família e da sociedade romanas.

Havia também o casamento entre romanos e peregrinos, e destes entre si, que se considerava *injustum*, ou seja, não regulado pelo *jus civile*, mas pelo direito nacional dos estrangeiros ou pelas regras do *jus gentium*.

A união de fato de que participasse escravo (*contubernium*) não surtia efeitos jurídicos. Somente sob Justiniano veio a reconhecer-se o efeito do parentesco originado dessas uniões, a *cognatio servilis*.

Por fim, havia o concubinato, que revestia a forma de união estável de homem e mulher solteiros e livres, como se casados fossem, mas sem a

affectio maritalis e a *honor matrimonii*. E que não se considerava atentatório à moral, nem era proibido.

No direito canônico conforme Segundo Cavalcanti (2007, p. 84, 86) o concubinato que era um fato natural passou a ser considerado imoral em Roma após o surgimento do cristianismo. No direito luso-brasileiro “as Ordenações do Reino, a exemplo do Direito Canônico anterior ao Concílio de Trento, reconheciam o casamento presumido”. Edgar de Moura Bittencourt conforme Cavalcante relata que nas Ordenações Filipinas, “os tribunais chegaram a presumir matrimônio entre os concubinos”.

Edgard de Moura Bittencourt consoante Cavalcanti (2007, p. 89) com relação ao concubinato aduz que “é a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio”.

Leciona Cavalcanti (2007, p. 97, 98, 99) que desde Roma o concubinato é diferente do adultério sendo este uma forma de relacionamento de alguém que já houvesse contraído casamento, enquanto o concubinato tratava-se de união de fato entre pessoas desimpedidas. Segundo esse autor o concubinato pode ser considerado como a união estável que se apresenta hoje, com a diferença de que a evolução do mundo contemporâneo fez haver aceitação dessa forma de família, por isso deu-se o nome de união estável como meio de conceber uma nova roupagem ao relacionamento duradouro entre homem e mulher que não fosse iniciado pelo casamento. Nesse sentido veja a transcrição:

[...] Podemos dizer que o concubinato seria, atualizando o conceito, a forma de união singular permanente de homem e mulher não casados entre si, mas livres de compromisso legal ou moral com terceira pessoa, diferindo do adultério, portanto, na medida em que se trata de união monogâmica.

À vista de se ter adotado a expressão *união estável* para identificar a união tida como concubinato puro, acreditamos melhor atender aos interesses da boa técnica reservar o termo *concubinato* para designar as uniões extramatrimoniais que, por carecerem em definitivo de qualquer dos requisitos daquela, não possam ser caracterizadas como tal, a exemplo das uniões adúlteras ou incestuosas.

Após se autorizar-se o divórcio no Brasil as coisas mudaram, mas o contexto não mudou de uma ora para outra principalmente em virtude da igreja condenar o termino do casamento e contração de outro. Por isso vários casais saiam do país para contrair novo casamento no exterior.

O termo concubinato manchado pelo costume — era mal visto pelo fato de ser chamados de concubinato, tanto a união entre pessoas desimpedidas quanto a união de pessoas impedidas; apenas distinguia-se concubinato puro de impuro, sendo aquele a união entre pessoas desimpedidas que possuíam união sem contrair casamento, e este a união entre pessoas casadas, que traíam seus esposos ou esposas — teve que ser remodelado recebendo, assim, a denominação de união estável.

Nesse sentido veja lição de Cavalcanti (2007, p. 103):

Para atender a essa necessidade, obviando num mesmo passo a inconveniência de utilizar o desgastado termo *concubinato*, que se tornara notoriamente ambíguo e portador de conotação negativa, adotou o constituinte de 1988 a expressão *união estável* para designar a célula familiar a que se destina a proteção do Estado, segundo o § 3º do art. 226.

Esse foi o motivo da criação do termo união estável pela Constituição Federal de 1988, tendo tal terminologia, consoante Cavalcanti (2007, p. 103), o significado de “junção de duas pessoas de sexo diverso, formando uma unidade familiar.

5 RECONHECIMENTO *POST MORTEM* DA UNIÃO ESTÁVEL

O reconhecimento da paternidade após a morte do genitor, quando a unidade familiar for formada por união estável é perfeitamente possível, bastando para tanto que o requerimento seja feito por pessoa interessada, para esta valer-se dos efeitos pessoais e patrimoniais advindos da entidade familiar.

Sobre a competência do foro para se requerer o reconhecimento da união estável, o STJ entende que deve-se ingressar na comarca de domicílio do companheiro sobrevivente, utilizando-se de analogia, portando adotando a regra do artigo 100, I, do Código de Processo Civil (3ª Turma, REsp 1145060-MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.0.2011, DJ 26.9.2011).

6 FILIAÇÃO

Silvio Rodrigues consoante Gonçalves (2012, p. 318) conceitua filiação como “[...] a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que

liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”.

Conforme Zeno Veloso apud Gonçalves (2012, p. 318) as normatizações sobre o parentesco sanguíneo encontram sua estrutura a partir da filiação, pois o laço familiar mais importante é o derivado da relação entre pais e filhos.

Segundo Gonçalves (2012, p. 318, 319) com a promulgação da Constituição Federal de 1988 começou uma nova era no campo da filiação, pois não mais se admitia a atrasada distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, conforme preceituava o Código Civil de 1916.

Conforme esse autor filhos legítimos eram os advindos do relacionamento entre pessoas casadas; por sua vez os ilegítimos advinham de relações entre pessoas que não tivessem contraído as justas núpcias, e dividiam-se em naturais e espúrios. Os filhos naturais eram aqueles derivados de relações em que os pais não tinham impedimentos para o casamento. Os filhos espúrios eram aqueles nascidos de relações em que a lei proibia casamento entre os pais. Os filhos espúrios podiam ser adulterinos se adviessem de relação entre pessoas casadas, ou incestuosos, se fossem gerados por pessoas que possuíssem parentesco próximo, como por exemplo, irmã e irmão ou pai e filha.

O Código Civil de 2002 preceitua que os filhos gerados entre pessoas casadas ou não terão os mesmos direitos, nesse sentido é a prescrição do artigo 1.596, veja: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Mesmo tendo a lei concebido igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, a mesma lei concretiza indiferenças ao reconhecimento dos filhos que não advieram do casamento, dentre eles estando a prole gerada da união estável. Nesse sentido veja a lição de Caio Mario da Silva Pereira consoante Gonçalves (2012, p. 319):

[...] o legislador de 2002, no que concerne à filiação, reporta-se sempre ao casamento, omitindo as situações oriundas das relações de fato reconhecidas como união estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado, recomendando que se revejam, “de imediato, os princípios que regem as presunções considerando também estas relações de fato geradas de direitos e deveres”.

Complementa Gonçalves (2012, p. 319) o entendimento de Caio Mario dizendo que apesar de não existir legalmente distinção entre filhos advindos ou não do casamento, por proibição da própria lei, esta cria “qualificações discriminatórias e efeitos diferenciados pela origem da filiação”, pois estabelece “para os filhos que procedem de justas núpcias, uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação”, já para “os havidos fora do casamento, critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário”, e para “os adotados, requisitos para sua efetivação”.

7 FILIAÇÃO PRESUMIDA NA UNIÃO ESTÁVEL EM CASO DE MORTE DO GENITOR

Dentre as hipóteses de presunção de paternidade dos filhos concebidos durante o casamento insculpidas no artigo 1.597 encontra-se a por morte do genitor, para ser mais preciso esta regra localiza-se no inciso II do artigo mencionado.

Para melhor compreensão transcreve-se a regra inserta no Código Civil de 2002, veja:

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

[...]

II - nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

O dispositivo em questão é simples de ser interpretado e por isso não traz grandes questionamentos quanto sua redação, todavia diz menos do que deveria, pois não se compatibilizou com a Constituição Federal de 1988 que busca proteger a família bem como a criança, tendo inclusive reconhecido a união estável como entidade familiar, facilitando sua conversão em casamento.

O legislador do Código Civil de 2002 quando fez referência a presunção de filiação durante o casamento perdeu a oportunidade de assegurar proteção semelhante aos filhos advindos da união estável.

Verdan Rangel (2013) fundado nos ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald aduz nesse sentido:

Em sede de comentários introdutórios, cuida destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando promover um diálogo entre os anseios da sociedade e as maciças modificações inseridas na sociedade, em decorrência do cenário contemporâneo, estabeleceu um sucedâneo de alterações em valores que, até então, estavam impregnados de aspecto eminentemente patrimonial. Nesta senda, denota-se que as disposições legais que norteavam as relações familiares, refletindo os aspectos característicos que abalizavam a Codificação de 1916, arrimada no conservadorismo, estavam eivadas de anacronicidade, não mais correspondendo aos desejos da sociedade. Nesta toada, é possível pontuar que, com clareza solar, o artigo 227 da Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, hasteia o princípio da isonomia entre os filhos, afixando que *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*. Por oportuno, cuida evidenciar que o ideário de igualdade, enquanto flâmula orientadora, tem o condão de obstar as distinções entre filhos, cujo argumento de fundamentação é a união que estabelece o liame entre os genitores, casamento ou união estável, além de repudiar as diferenciações alocadas na origem biológica ou não. *“Não há mais, assim, a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem. Sequer admite-se qualificações indevidas dos filhos”*. Ora, com a promulgação da Carta de 1988, verifica-se que o Constituinte, sensível ao cenário contemporâneo apresentado, bem como impregnado pela mutabilidade, passou a valorar as relações familiares enquanto emolduradas pelo aspecto de afetividade.

Inexiste na codificação de regência dispositivo legal que permite a presunção de paternidade dos filhos, em sede de união estável, apesar de ser constitucionalmente acampada como entidade familiar. *“Diante da situação gerada pela exclusão da incidência da presunção pater is est na união estável, concluímos que, apesar da regra expressa na Constituição Federal de proibição de todo e qualquer tratamento discriminatório entre os filhos”*, subsiste uma distinção teórica e prática na legislação civil. Com efeito, ao aplicar a presunção de paternidade tão apenas no casamento, a Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, estatuiu diferentes categorias de filhos, quais sejam: os filhos de pessoas casadas, que gozam de presunção e podem, automaticamente, reclamar os seus direitos decorrentes do parentesco paterno, e os filhos de mulheres não casadas, que, não dispondo de presunção, precisam de reconhecimento pelos seus pais e, não ocorrendo de forma espontânea, precisam investigar a paternidade, aguardar a prolação da decisão judicial para, somente então, vindicar os direitos respectivos.

Miranda (2012) menciona que a situação da distinção entre os filhos nascidos da união estável e os gerados do casamento trata-se de *“aparente tratamento desigual em situações iguais”*, veja suas palavras: *“diz-se aparente porque, numa interpretação do dispositivo em comento sob filtragem constitucional, a presunção deve incidir em ambas as situações, sob pena de cometer-se odiosa injustiça”*.

Para exemplificar seu posicionamento de que a regra do artigo 1.597 do Código Civil deve ser aplicada a união estável Miranda (2012) traz o seguinte exemplo:

Imagine-se que uma mulher viveu em união estável — comprovada por escritura pública lavrada no tabelionato de notas — por dez anos com seu companheiro, o qual faleceu e deixou três filhos em comum. Dos três filhos, dois foram reconhecidos e registrados sob a paternidade do finado. O mais novo, porém, nascido um dia antes do falecimento do pai, não teve sua paternidade registrada. Se esta mulher fosse casada com o falecido, quanto a paternidade não haveria maiores problemas, pois, por influxo de expressa disposição legal, o fato se adequaria à hipótese normativa abstratamente prevista. Todavia, como no exemplo dado a mulher não mantinha vínculo matrimonial com o falecido, poderia ser sustentado que diante da falta de previsão legal seria necessário o ajuizamento de ação de investigação de paternidade post mortem. Entretanto, como adiante se verá, esta não é a solução adequada.

Fundamentando seu pensamento no ordenamento jurídico continua Miranda (2012) asseverando que a Carta Magna de 1988 concedeu tratamento privilegiado à família e atribuiu condição de entidade familiar à união estável. Isso é fácil de constatar em seu texto:

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Parágrafo 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

Parágrafo 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Parágrafo 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Sobre o artigo supra mencionado Miranda (2012) comenta que a interpretação deste é no sentido de que a presunção de paternidade após a morte do pai deve ser reconhecida não somente no caso de casamento, mas, também na união estável. Veja suas lições:

A leitura do dispositivo acima conduz o intérprete à conclusão de que o casamento e a união estável devem receber idêntica proteção estatal. E a conclusão não poderia ser distinta, uma vez que ambos são espécies do gênero instituição familiar. Tãmanha é a importância da união estável que o legislador constituinte, prevendo a possibilidade do intérprete fazer distinções de tratamentos irrazoáveis entre o casamento e a união estável, previu explicitamente em relação a esta a proteção do Estado.

Veja que a previsão contida no parágrafo 3º em relação à proteção estatal da união estável não se repetiu em relação ao casamento, embora pareça óbvio que o casamento indiscutivelmente receberá a proteção do Estado. Pensamos que ao legislador constituinte pareceu que a obviedade da proteção conferida ao casamento poderia não se repetir quando do trato da união estável. Por isso, com o fim de não deixar margens às dúvidas, foi expresso e claro.

A proteção à família insculpida no texto constitucional vai ao encontro da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Observe-se que somente haverá dignidade se todas

as formas de arranjos familiares forem reconhecidos e protegidos pelo Estado. O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, abre o conceito de família(s).

Para firmar seus argumentos Miranda (2012) interpretando o artigo 1.723 do Código Civil que versa sobre a união estável, diz que a norma inserida nesse dispositivo possui identificação com o casamento na ótica sociológica. Veja a prescrição desse artigo:

Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Miranda (2012) também relata que perante a sociedade a união estável equivale ao casamento uma vez que “é configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, não sendo de competência do “legislador, muito menos do exegeta, negar esta realidade”. Por isso ele afirma contundentemente que “Não cabe ao intérprete negar aquilo que o legislador constituinte expressamente determinou, ou seja, a proteção tanto do casamento quanto da união estável”.

Para o mesmo autor o formalismo do casamento não faz presumir filiação “mas sim a situação fática, a coabitação do casal. Tanto é verdade que a presunção de filiação permanece intacta ainda que o casamento venha a ser declarado nulo ou se trate de casamento putativo”. Para tanto traz a baila o seguinte dispositivo do Código Civil:

Artigo 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

Parágrafo 1º. Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

Parágrafo 2º. Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Para Miranda (2012) “se o legislador optou por dar maior proteção à situação fática no casamento, mesmo raciocínio deve ser empregado em relação à união estável”. Nas palavras de Miranda esse é o motivo de se aplicar o mesmo direito onde houve a mesma razão. Conclui, ele, dizendo que “[] se há a presunção legal

da paternidade no casamento, não há motivos para que esta regra não incida sobre a união estável”.

Paulo Luiz Netto Lôbo segundo Miranda (2012) quando trata da chance de se adotar a presunção de paternidade a união estável ensina que:

Ainda que o artigo sob comento refira-se à constância do casamento, a presunção de filiação, paternidade e maternidade aplica-se integralmente à união estável. A redação originária do projeto do Código Civil de 2002 reproduziu a equivalente do Código de 1916, que apenas contemplava a família constituída pelo casamento e a filiação legítima, não tendo sido feita a atualização pelo Congresso Nacional ao disposto no artigo 226 da Constituição Federal.

Com base na lição de Paulo Lôbo, Miranda (2012) aduz que:

A análise de Paulo Lôbo sobre a origem do texto legal denota que o legislador infraconstitucional, ainda apegado aos vetustos valores da nossa sociedade passada, não trouxe ao Código Civil a roupagem constitucional merecida. Aliás, diga-se de passagem, há inúmeros dispositivos espalhados no dito código que certamente serão alterados por projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional, com o escopo de adequá-lo à nossa realidade.

É preciso fazer uma interpretação da lei conforme a Constituição da República.

Mais grave ainda do que deixar a união estável desguarnecida, a interpretação que nega a presunção legal da paternidade à união estável deixa desprotegida a criança fruto deste relacionamento.

Não há a menor dúvida de que a ratio do artigo 1.597 do Código Civil não é a proteção ao casamento, mas sim à prole. O objetivo é garantir que esta criança não fique sem um pai reconhecido e que este reconhecimento de paternidade seja feito sem burocracia e questionamentos. A paternidade é relativamente presumida. Relativa porque admite prova em contrário, que deverá ser produzida por quem alegar estado contrário à presunção legal.

Perceba-se que o foco legal é justamente evitar que a criança, que foi concebida durante o período de convivência entre seus genitores, seja submetida a um longo e tormentoso processo judicial de investigação de paternidade.

Ademais aduz Miranda (2012) “que do mesmo modo que a união estável, a proteção à criança tem status constitucional e cabe à família, à sociedade e ao Estado efetivar esta proteção com prioridade absoluta”.

Nesse sentido é o artigo 227 da Constituição Federal:

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à

cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Quando teve que decidir sobre a questão o Superior Tribunal de Justiça atento para não cometer injustiças reconheceu a presunção de paternidade de filho advindo de união estável, veja:

DIREITO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DE FILHOS. A presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no artigo 1.597, II, do Código Civil se estende à união estável. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O artigo 1.597, II, do Código Civil dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (artigo 1.723 do Código Civil), inclusive pela Constituição Federal (artigo 226, parágrafo 3º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no artigo 1.597, II, do Código Civil ao regime de união estável. Precedentes citados do STF: ADPF 132-RJ, DJe 14/10/2011; do STJ: REsp 1.263.015-RN, DJe 26/6/2012, e REsp 646.259-RS, DJe 24/8/2010. REsp 1.194.059-SP, Relator Ministro Massami Uyeda, julgado em 6/11/2012.

Merece aqui também se fazer o alerta trazido por Miranda (2012), qual seja, o de que no caso concreto deve-se atentar para a imprescindibilidade da “prova pré-constituída da união estável, sob pena do ordenamento deixar margens ao cometimento de fraudes”. Mas em virtude do cuidado para evitar fraudes não se deve criar imbróglios, isto é, todo tipo de burocracia pois se estará praticando injustiças imensuráveis.

8 CONCLUSÃO

As linhas traçadas neste trabalho tem por inspiração um caso prático enfrentado por um amigo, que é advogado, quando da militância num trabalho na seara do direito de família.

Certa feita o amigo me confidenciou o problema enfrentado numa comarca para registrar com o nome do pai uma criança.

Tratava-se da situação de um menino que teve seu pai assassinado quando faltavam noventa dias para seu nascimento.

O imbróglio foi criado em virtude do *de cujos* não ser casado com a mãe do nascituro.

O fato de haver uma relação uma união estável entre os companheiros fez com que o presentante do Ministério Público bem como a Magistrada do caso criassem entraves na inclusão do nome do pai, já falecido, no registro do filho.

O intrigante é que a família do *de cujos* não fazia nenhuma oposição à inclusão do nome do pai (extinto) no registro da criança, tendo inclusive, a própria mãe do falecido acompanhado a mãe do menino à Defensoria Pública para que se registrasse a prole do morto, uma vez que toda família reconhecia que a companheira convivia, em união de fato, com o *de cujos* a mais de 5 (cinco) anos.

O fato é que a causa se arrastou do ano de 2006, quando a criança tinha apenas alguns meses de nascida, ao final do ano de 2012, sem deixar para os envolvidos nenhuma perspectiva de registrar o menino com o nome do pai.

A criança nascida no ano de 2005 já contava com 07 (sete) anos de idade. Sabendo ler e escrever já se perguntava por que não possuía o sobrenome do pai como seu irmão, que era mais velho do que ele somente 11 (onze) meses e era filho do mesmo genitor.

Ficava intrigado por que convivia com a família do pai da mesma forma que seu irmão, era querido da mesma maneira que este, mas não possui o sobrenome do pai e muito menos o nome deste colocados em seu registro.

Foi aí (final de 2012) que meu confidente, formado há alguns meses em direito e com pouco tempo de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil ingressou no caso.

Ele era tio das crianças, e irmão do falecido, pegou o processo e analisou minuciosamente, leu doutrinas e pesquisou jurisprudências para saber o entendimento dos Tribunais sobre o tema.

Então chegou a conclusão de que embora os conviventes não fossem casados, o que lhes afastaria da regra contida no artigo 1.597, inciso II, do Código Civil de 2002, haveria como registrar a criança com o nome do pai embora falecido, isso por que as relações sociais são muito extensas não conseguindo a lei abranger a todas.

Foi aí que procurou a Juíza do caso para saber como esta pensava, conversou com a mesma sobre a causa e ela demonstrou ter entendimento no mesmo sentido, inclusive aconselhou a peticionar nos autos.

Decidiu também conversar com o membro do Ministério Público atuante na vara de família em que o caso tramitava para saber seu pensamento sobre o assunto. O Promotor não demonstrou sua posição, mas aconselhou que peticionasse nos autos, falou que analisaria e que somente emitiria sua opinião depois que olhasse a peça.

Diante disso o meu confidente, no intuito de convencer o Promotor já que a Magistrada do caso tinha demonstrado entendimento no sentido do que ele chegara, fez uma petição de transação entre a genitora da criança e a mãe do extinto.

Escreveu minuciosamente sobre o tema, tratou numas 30 (trinta) laudas sobre o assunto, juntou alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2012 e 2013 sobre o tema.

Explicou que o Código Civil de 2002 trazia a regra segundo a qual se presumiriam concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias após a morte do pai (art. 1.597, inciso II).

E que essa regra poderia ser adotada em outras situações que não a do casamento, tais como: união estável etc. Asseverou que tanto é verdade que a Constituição Federal de 1988 no parágrafo 3º do 226 reconhece a união estável entre homem e mulher, e que a Lei 9.278/1996 garante aos companheiros direitos e deveres semelhantes aos do casal.

Fundamentou seu entendimento na regra segundo a qual na omissão da lei o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Explanou que no caso em questão havia outro filho dos companheiros que era mais velho do que o requerente somente 11 meses e que este continha o nome do pai em virtude deste ter registrado, pois ainda estava vivo, e que somente não registrou o outro filho, autor da ação (representado por sua genitora), pelo fato de ter sido assassinado 90 (noventa) dias antes de seu nascimento.

Frisou que o *de cujus* não possuía nenhum outro filho além desses 2 (dois) que tivera com a companheira, que ele faleceu aos 22 (vinte e dois) anos de idade e que a mãe das crianças era a primeira mulher com quem o falecido convivera.

Ressaltou que o extinto somente deixara para os meninos uma pensão por morte, uma vez que trabalhara de carteira assinada, e que estavam recebendo em virtude do mais velho ter sido registrado pelo próprio falecido.

Ademais expos que tanto a família da genitora das crianças quanto à família do *de cujos* (mãe, pai, irmãos, tios etc.) confirma a união de fato entre este e a mãe dos meninos. Expôs inclusive que a mãe do extinto ingressou com a demanda juntamente com a genitora da criança que ainda não tinha sido registrada com o nome do pai, asseverou, também, que sequer existia lide no caso em questão.

Outrossim, meu confidente explanou que era tio dos meninos, irmão do extinto, e reconhecia que somente o mais velho (apenas 11 meses) deles fora registrado como filho do falecido em virtude deste ter morrido 90 dias antes do nascimento da criança.

Mesmo contendo tudo isso na petição de transação entre as partes o membro do Ministério Público emitiu parecer desfavorável com fundamento de que o reconhecimento da paternidade é direito personalíssimo. Para ele somente o pai pode reconhecer como filho uma criança.

E a decisão da juíza advinha qual foi?!

Ela, segundo meu confidente, numa decisão fantástica de uma linha disse que seguia o parecer do representante do Ministério Público.

Isso levou meu confidente a crer que a Meritíssima sequer tinha lida a sua peça. Inconformado foi falar com ela, bateu na porta abriu um pouco e olhou dentro da sala, levou uma descascada da mesma — segundo meu confidente alguns juízes pensam que são Deus e outros tem certeza, tendo ele percebido que aquela juíza do caso fazia parte dos que têm certeza, pois não havia nenhum advogado daquela comarca e região que falasse bem dela na sua atuação como magistrada, tanto no trato com as pessoas como em suas decisões — que estava em audiência e mandou-o, com tom ríspido, aguardar do lado de fora, além de falar algumas coisinhas mais para se amostrar na frente dos jurisdicionados que compunham a sala no momento.

Então, meu amigo foi ao cartório da vara de família a qual tramitava a ação e conversou com uma serventuária sobre o caso, confidenciou a ela a indignação, até mesmo porquanto tratava-se de um sobrinho seu. Disse-lhe que o caso já se

arrastava há mais de sete anos, que continha vários erros grosseiros, além de muita procrastinação, portanto, parecia que não iria ser resolvido tão cedo.

Também falou para servidora que diante dessa situação se sentia arrependido de ter cursado Direito, pois estava se vendo de mãos atadas diante da injustiça praticada pelos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, e não conseguia acreditar em quantos erros o membro da Defensoria Pública atuante no caso tinha ocasionado no processo, além da inércia dessa instituição perante a atitude da juíza e do promotor da ação.

Então a servidora comovida com a situação pegou o processo do caso e ingressou com o mesmo na sala da juíza, durante a realização da audiência, e saiu com a data marcada de audiência para ouvir as partes envolvidas.

Dois meses depois foi realizada a audiência de conciliação e instrução, meu confidente levou 3 (três) testemunhas que sabiam do relacionamento da união entre a genitora do requerente e o falecido.

Dentro da sala de audiência ficou meu confidente como advogado de sua mãe (mãe também do falecido), a defensora pública como patrona do menor impúbere requerente, representado por sua mãe, e também uma advogada do núcleo de prática jurídica de uma faculdade da cidade, como curadora judicial nomeada pela magistrada para o irmão do requerente.

Iniciada a audiência sem a presença do membro do Ministério Público a juíza perguntou se havia testemunhas para serem ouvidas. Meu confidente disse que sim, mas achava que não havia necessidade da oitiva das mesmas, uma vez que ele era tio dos meninos, irmão do falecido, e sua cliente era avó, mãe do morto, e que reconheciam a união estável entre a mãe das crianças e o *de cujus*, portanto, não faziam oposição à inclusão no nome do falecido ao registro do requerente, pelo contrário queriam que fosse regularizada a situação do menino, até mesmo porquanto o menino mais velho (irmão do requerente) já havia sido registrado pelo próprio finado. Ressaltou, inclusive, que a mãe do falecido acompanhou no ano de 2006 a genitora do requerente a Defensoria Pública para resolver o problema já que o tabelião do cartório de registro civil havia dito para as mesmas que o menino somente teria o nome do pai se ingressasse com uma ação judicial. Frisou também que o próprio STJ já havia decidido pelo reconhecimento da paternidade em caso semelhante e que havia colocado decisões em sua petição.

Então a Magistrada perguntou a mãe do extinto se ela reconhecia a união estável entre seu filho e a genitora do requerente, e quanto tempo eles viveram juntos. A mãe do falecido confirmou que seu filho conviveu uma união de fato com a genitora do requerente até sua morte, e que eles conviveram juntos mais de 05 (cinco) anos, tendo nesse período feito dois filhos, com a diferença de 11 meses de um para o outro, e que o mais velho foi registrado pelo próprio pai, e que este somente não registrou o segundo filho em virtude de sua morte. Ademais a mãe do falecido confirmou que ele morreu noventa dias antes do nascimento da segunda criança.

Então convencida da paternidade a juíza começou a redigir a ata da audiência, só então o membro do Ministério Público chegou na audiência, muito apressado e todo atrapalhado em virtude da pressa e da saia justa por ter chegado quase meia hora atrasado.

A juíza então explicou para o promotor o que tinha ocorrido na audiência e que ela estava convencida que o falecido era pai da criança, sendo assim, ele também se convenceu e emitiu parecer favorável.

No momento do seu parecer o representante do Ministério Público olhou para o advogado, meu confidente, e disse-se que na sua atuação como promotor nunca tinha visto uma peça de advogado na vara de família tão bem feita como aquela, só que no caso em questão tratava-se de direito personalíssimo, portanto, ele não poderia emitir parecer favorável.

Meu amigo advogado disse que deu vontade de dar-lhe umas pancadas, e ficou olhando para cara do promotor de modo pensativo. E refletiu no seguinte sentido “se ele entende que trata-se de direito personalíssimo, sendo este o direito que somente pode ser reconhecido pela própria pessoa, no caso o falecido, como agora ele estar emitindo parecer favorável!”

A juíza então proferiu sentença em audiência no sentido de registra a criança com nome do pai e com aval do membro do Ministério Público, e assim se encerrou o caso que me inspirou a realizar esse trabalho.

Percebam que somente depois de quase oito anos, uma criança que teve o pai assassinado conseguiu inculcar em seu registro de nascimento o nome deste, e ter a alegria de ter assegurado o direito de ser reconhecido como filho de seu pai assim como seu irmão mais velho, com apenas onze meses há mais do que ele.

Refletam sobre os sentimentos das crianças nessas situações, pensem o tanto que isso pode afetar a vida delas.

No caso em questão por causa do Estado que não consegue oferecer segurança as pessoas a criança perdeu um bem tão precioso, qual seja seu próprio pai, e o mesmo Estado durante oito anos impediu esta criança de ser reconhecida como filha de quem lhe fez. Mesmo a criança convivendo com os familiares paternos, tendo o amor deles inserido em sua vida.

Veja que a criança não conseguia compreender por que seu irmão que era somente onze meses mais velho do que ela e que possuía as mesmas características (cor, olhos, cabelo, porte físico etc.), muitos parecidos, conforme meu confidente, tinha o direito ao nome do pai e ela não.

E tudo isso ocorreu simplesmente por que os pais da criança não eram casados.

Com isso chega-se a conclusão de que para se assegurar a justiça, ou seja, a justa medida, os operadores do direito não devem se ater somente a letra da lei, principalmente os que atuam na vara de família, posto que tal seara estar intimamente ligada ao emocional das partes envolvidas.

Em casos como este tanto o membro do Ministério Público, quanto o magistrado, devem se atentar para que a criança encontra-se em formação de caráter, podendo uma decisão muito demorada não mais surtir os efeitos almejados, mesmo sendo no sentido favorável.

Também não devem as instituições incumbidas de tutelar o direito da criança ficarem contra estas pelo fato da lei não determinada situação, mas tão somente situação parecida, posto que a lei nunca vai conseguir regular todas as relações fáticas existentes na sociedade.

Para terminar minhas considerações ressalto que no ramo de família deve-se levar em consideração o aspecto afetivo, isto porque a paternidade emocional, também chamada de socioafetiva tem se revelado em muitos casos superior ao parentesco genético ou biológico. Como se pode perceber quando se trata de família a questão é muito mais psicológica e sociológica do que jurídica devendo o juiz dessa matéria ficar mais atento a esses fatores.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougendor (Coord.). **União Estável**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Vade Mecum OAB e concursos. **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTI, Lourival Silva. **União Estável**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**. Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MATHIAS COLTRO, Antônio Carlos (Coord.). Antônio Carlos, **ESTUDOS JURÍDICOS EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DE EDGAR DE MOURA BITTENCOURT: a revisão do direito de família**. Rio de Janeiro: GZ ed., 2009.

MIRANDA, Rafael de Souza. **Presunção de paternidade pede prova de união estável**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-22/rafael-miranda-presuncao-paternidade-necessita-prova-uniao-estavel>. Acesso em 10 de jan. 2015.

VERDAN RANGEL, Tauã Lima. **Comentários à presunção de paternidade no direito das famílias: a valoração do adágio pater is est no ordenamento brasileiro**. Disponível em http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13290. Acesso em 30 dez. 2014.

PLANALTO, **Legislação**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>.