

## Pelas portas de Villela: Um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica<sup>1</sup>

“Quando há base racional para uma opinião, os indivíduos contentam-se em expô-la e esperar que funcione. Nesses casos, as pessoas não mantêm com paixão suas opiniões; alimentam-nas com calma e tranqüilamente apresentam suas razões. As opiniões defendidas com paixão são sempre aquelas que não têm boa base; com efeito, a paixão é a medida da falta de convicção racional de quem a expressa”

(Bertrand Russell, *Ensaio Céticos*)

Maurício Bunazar<sup>2</sup>

### I-Introdução

Quem são os pais hoje, ou, mais precisamente, qual o fator que determina o vínculo parental? Esta questão, que atualmente tanto tem atormentado os juristas que se dedicam ao direito de família, recebeu contornos radicalmente diferentes com o trabalho paradigmático do professor João Baptista Villela intitulado *Desbiologização da paternidade*<sup>3</sup>. Villela demonstrou que a paternidade é uma escolha livre, totalmente dissociada e diversa da responsabilidade civil decorrente do produto da coabitação entre um homem e uma mulher.

Tal responsabilidade civil é, em apertada síntese da obra do autor, conseqüência de um fato natural, circunscrito, portanto, ao mundo da natureza, enquanto que a paternidade é realidade cultural, pertencente, pois, ao mundo da cultura.

A obra de Villela se concentra na paternidade, mas difusamente revela também que a maternidade segue a mesma lógica da escolha, e não do determinismo natural, o que fica evidente quando o autor se refere à célebre decisão do rei Salomão, que opta por entregar a criança àquela mulher que mais demonstrou por ela amor e desprendimento.

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado no III Congresso Paulista de Direito de Família, realizado entre os dias 27 a 29 de agosto de 2009. Publicado na Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, n. 59. Abr/maio 2010.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Civil em pós-graduações *lato sensu*. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM. Advogado em São Paulo.

<sup>3</sup> Separata de Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte., ano XXVII, número 21 (nova fase), maio de 1979.

Com isso, a obra do professor permitiu à doutrina e, ainda que mais timidamente, à jurisprudência enxergar mais longe, reconhecendo realidades como a parentalidade socioafetiva e, mais recentemente, a pluriparentalidade, isto é, a possibilidade de uma pessoa possuir mais de um vínculo parental materno e/ou paterno ao mesmo tempo<sup>4</sup>, sendo justamente tal possibilidade objeto de análise neste trabalho.

## II- Entre o amor e a técnica

“A ciência só existe em meio à paixão do perguntar, em meio ao entusiasmo do descobrir, em meio à inexorabilidade da prestação de contas crítica, da demonstração e da fundamentação”

(Martin Heidegger, *Introdução à Filosofia*)

O direito de família sofreu uma (r)evolução pós-constituição de 1988 que culminou com a radical alteração de conceitos como núcleo familiar, função social da família e responsabilidade parental. Com tal ruptura, a ordem constitucional instaurada pela Constituição de 1988 trouxe desafios a todos os atores do cenário jurídico e, especialmente, aos doutrinadores e julgadores, uma vez que a relação doutrina/jurisprudência é uma relação dinâmica de retroalimentação, como bem demonstrou o professor Junqueira de Azevedo<sup>5</sup>, em que o estudante de hoje é o juiz de amanhã, que aplica o que aprendeu na faculdade e, ao mesmo tempo, influencia o que será aprendido pelos novos alunos.

Contudo, boa parte dos doutrinadores que veiculam ideias inovadoras em matéria de família não tem demonstrado responsabilidade científica, vale dizer, soltam teorias no ar ou as edificam sobre areia movediça, impossibilitando que os julgadores delas se valham, pois, por imperativo constitucional, as decisões judiciais devem ter fundamentação racional, a qual, queiram ou não, exige compatibilidade material e lógica com o sistema de direito positivo.

Se for questionada a razão pela qual o trabalho de Villela rendeu frutos, a resposta salta aos olhos: ele demonstrou tecnicamente que o sistema jurídico comporta a ideia de paternidade

---

<sup>4</sup> Veja-se, por exemplo, Maria Berenice Dias em seu *Manual de Direito das Famílias*.

<sup>5</sup> Estudos e Pareceres de Direito Privado. O direito como sistema complexo de 2º Ordem. P.25

socioafetiva. Caso Villela tivesse apresentado ao público jurídico um texto apenas com frases de efeito do como “pai é quem dá amor, e não quem dá material genético” possivelmente teria recebido aplausos, mas certamente não teria causado qualquer reação jurisprudencial relevante e a essa altura já teria caído em esquecimento.

A função social da doutrina passa por fornecer parâmetros racionais de decisão, permitindo a evolução do sistema jurídico. Nesse passo, busca-se neste artigo, sem qualquer pretensão de definitividade, investigar se há possibilidade sistemática de reconhecimento judicial da pluralidade de vínculos parentais.

### III- A atualidade do problema

Desde que os vínculos matrimoniais perderam a qualidade de indissolúveis, ainda antes mesmo da introdução da figura do divórcio no ordenamento, passou a ser fato social cada vez mais constante a participação da mesma pessoa na constituição de mais de um núcleo familiar. Com isso, tornou-se comum o fenômeno que a doutrina passou a chamar de família mosaico, que é bem traduzido na expressão popular “o meu, o seu e os nossos”.

É nesse quadro, ainda que não só nele, que se insere o fato social consistente em, via de regra, uma criança passar a encarar mais de uma pessoa como seu pai ou sua mãe.

É comum que no meio social em que vivemos ouça-se falar ou mesmo se conheça o caso de uma criança, cujos pais não vivem juntos, que se afeiçoa pelo novo consorte da mãe ou do pai, a ponto de passar a encará-lo (a) como pai ou mãe<sup>6</sup>.

Quando o pai ou mãe biológico deixa de participar da realidade da criança, tendo seu papel assumido pelo novo consorte de quem está com ela, surge o aspecto mais comum da parentalidade socioafetiva: aquele em que o vínculo parental de origem biológica é desconstituído na exata medida em que se forma o vínculo parental socioafetivo.

---

<sup>6</sup> No mais das vezes, o fato se dá com o novo consorte da mãe, pois é quem normalmente fica com a criança, mas nada impede que o fato se passe com uma mulher.

Porém, não é incomum que o vínculo entre pai ou mãe biológico permaneça íntegro e surja entre a criança e o novo consorte de quem com ela está um vínculo de afeto socialmente idêntico ao de pai ou mãe biológico.

A hipótese descrita acima é, inegavelmente, um fato social, a questão é saber se tal fato é jurídico ou, utilizando uma imagem Ponteana, se tal fato entra no mundo jurídico.

Em síntese o que se quer investigar é se a pluralidade de vínculos altera as posições jurídicas dos envolvidos na questão, gerando entre pai ou mãe socioafetivo e a criança direitos, deveres; obrigações, preensões; ações e exceções, ao passo em que se mantém íntegra a relação parental de origem biológica com todas as suas conseqüências.

Antes, porém, é necessário caracterizar juridicamente o afeto, pois, como se verá, é ele o elemento nuclear do conceito de parentalidade.

#### IV- Caracterização jurídica do afeto

Os estudiosos do Direito de Família contemporâneo, insista-se, desde o trabalho de Villela elegeram o afeto como o elemento constitutivo da parentalidade<sup>7</sup>, no entanto, quanto à sua caracterização, não há a mesma uniformidade.

Com efeito, há de maneira difusa<sup>8</sup> quem sustente que a afetividade é elemento que não pertence ao mundo do direito, sendo algo abstrato e anímico, que só adquiriria relevância jurídica no momento em que externalizado; ao mesmo passo que há quem veja na afetividade questão de direito<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> É preciso distinguir elemento constitutivo da parentalidade (=afeto) com elementos reveladores da parentalidade, isto é, *tractus, nomen e fama*.

<sup>8</sup> Por exemplo, em alguns julgados em que se confunde amor com afeto, ao negar-se indenização pelo chamado abandono afetivo, o que consagrou-se como teoria do desamor.

<sup>9</sup> Veja-se, por exemplo, José Fernando Simão: Valor Jurídico do Afeto. Disponível em: [www.professorsimao.com.br](http://www.professorsimao.com.br). Paulo Lôbo : *Princípio Jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br), seção de artigos.

A palavra *afeto* tem origem no latim *affectus*, que na língua mãe é homógrafa, apresentando duas significações<sup>10</sup>:

- I- Particípio passado de *afficio*, que significa: (i) prover, dotar, acordar, dar; (ii) pôr em determinado estado, em certa disposição, dispor; (iii) impressionar, causar impressão (boa ou má); (iv) enfraquecer, oprimir, atacar.
- II- Substantivo masculino, também com origem etimológica em *afficio*, que significa estado ou disposição de espírito, que dá origem a: (i) sentimento, impressão; (ii) sentimento de afeição; (iii) paixão (termo da linguagem filosófica e retórica).

Como via de regra acontece, as palavras têm um significado original que se altera conforme sua utilização em contextos diversos. Nalguns casos, a palavra perde totalmente sua significação original; noutros, dela conserva algo.

Por certo que neste ensaio não se poderá afirmar categoricamente que a palavra *afeto* sofreu alterações significativas até os dias de hoje, mesmo porque isso requereria profundo domínio de filologia. Contudo, não poderá ser tida por infundada a suspeita de que a duplicidade de conceitos no latim tenha influenciado a atual disputa acerca dos contornos da ideia de afeto.

Ao que parece, aqueles que vêem no afeto um mero elemento anímico ou psíquico pensam o termo em sua segunda significação, ou seja, como estado ou disposição do espírito ou sentimento de afeição; já os que vêem no afeto um fator jurídico, em sua primeira significação, ou seja, como prover, dotar, acordar, dar; pôr em determinado estado.

A bem da verdade, a ideia é a mesma, ora sendo encarada como potência (=sentimento/conhecimento do dever de afeto), ora como ato (=prover, dar, agir/cumprir o dever de afeto), não passando de uma disputa aparente.

---

<sup>10</sup> Ernesto Faria, *Dicionário Escolar Latino Português*, Ministério da Educação, 4ª edição, 1967: Rio de Janeiro. *Dicionário de Latim- Português*, Porto Editora, 2ª edição, 2001: Porto, Portugal.

Não obstante, ainda que aparente, esta disputa tem se revelado nociva na medida em que contribui para baralhar a noção jurídica de afeto, que, como se verá, é de existência irrefutável.

Pontes de Miranda, há muitos anos atrás, já falava no afeto como um fator jurídico. E mais, mencionava o afeto em certa crítica a posições de Beviláqua, que se referia a um "direito afetivo"<sup>11</sup>.

São do jurista as seguintes passagens: "O que resarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, da pessoa por quem pagou, o que houver pago (art. 1.524). A exceção- 'se este não for descendente seu'- constitui particularidade com fundamento ethico-affectivo do Código Civil brasileiro". E, mais adiante, prossegue o mestre: "O que se quis foi favorecer a solidariedade familiar, - traço affectivo, que se nota em muitos lugares do Código Civil"<sup>12</sup>.

Pontes de Miranda, ao longo de toda sua gigantesca obra, sempre alertou para o perigo que a ciência corre toda vez que um conceito é utilizado descuidadamente<sup>13</sup>, algo que, acredita-se, vem ocorrendo com a ideia de afeto.

O Direito é ciência e, como tal, é dotado de linguagem própria, que em muito diverge daquela utilizada pelo leigo. Por isso, cabe demonstrar que há no sistema jurídico uma ideia própria de afeto, que não se confunde com o querer bem (= estado anímico) nem com o mero dar amor, carinho e atenção. Assim, o que se buscará a seguir é uma tentativa de caracterizar juridicamente o afeto.

Conforme já se disse, toda confusão em torno da noção de afeto ocorre porque se acredita que afeto é elemento anímico e, se assim for, realmente tem razão os que o vêem como fator metajurídico, que só adquiriria relevância após ser externalizado, vale dizer, demonstrado.

---

<sup>11</sup> Pontes não indicou a fonte onde Beviláqua menciona o aspecto afetivo do Direito, o que impediu sua consulta direta.

<sup>12</sup> *Fontes e Evoluções do Direito Civil Brasileiro*, Pimenta de Mello, 1928: Rio de Janeiro. (sem grifos no original)

<sup>13</sup> "O sistema jurídico contém regras jurídicas; e essas se formulam com os conceitos jurídicos. (...). É fácil compreender-se qual a importância que têm a exatidão e a precisão dos conceitos, a boa escolha e a nitidez deles(...)" *Tratado de Direito Privado*, Tomo 1.

Contudo, o afeto é ideia que está presente em todo o sistema jurídico, o que, por corolário lógico, faz dele fator jurídico. Com efeito, a noção de afeto é aferível, pelo menos, a partir da análise de quatro sistemas normativos, quais sejam, a Constituição Federal<sup>14</sup>, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>15</sup>, o Código Civil<sup>16</sup> e o Código Penal<sup>17</sup>.

O afeto é, assim, um poder funcional dos pais com relação aos filhos, ou seja, é um poder instrumental que serve para que eles se desincumbam de seu ônus enquanto pais, portanto, o afeto preexiste a qualquer relação parental concreta. Esse poder funcional é de conteúdo complexo na medida em que suporta uma plêiade de elementos, inclusive- mas não só-, o amor (esse sim inegavelmente anímico).

Com base no trabalho de Villela, na doutrina posterior a ele e no que paulatinamente vem decidindo os tribunais é que se pode afirmar que o afeto, tal qual configurado acima, é o núcleo do suporte fático da parentalidade. Destarte, haverá a formação do vínculo parental entre quem de fato exerça esse poder funcional e a pessoa em face de quem há tal exercício, sendo a origem biológica apenas um fator que gera presunção *iuris tantum* de afeto, nada mais que isso.

V- O direito à pluriparentalidade: o fato, o valor e a norma

Há um sem-número de teorias que buscam explicar o fenômeno jurídico, sendo a preferência por uma delas fator menos técnico que ideológico. A razão de optar-se pelo tridimensionalismo realiano neste ensaio é que Reale, ao exercer a função de coordenador

---

<sup>14</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

<sup>15</sup> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

<sup>16</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV- Sustento, guarda e educação dos filhos. E Art. 1.583, § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação.

<sup>17</sup> Crimes de abandono material e intelectual.

dos trabalhos de elaboração do projeto que resultou no Código Civil de 2002, influenciou-o profundamente com seu pensamento. A boa doutrina, há tempos, percebeu que o ordenamento jurídico é um sistema hierarquicamente organizado, tendo por núcleo a Constituição Federal, contudo, o Código Civil ocupa o lugar central no direito privado, influenciando os vários microssistemas que em torno dele gravitam, o que, conseqüentemente torna a teoria realiana fator presente em todo esse ramo do direito.

O jusfilósofo Miguel Reale<sup>18</sup> não foi, como crêem alguns, o criador do tridimensionalismo jurídico, mas sem dúvida foi quem demonstrou que a integração entre fato, valor e norma é um processo dialético, e não mera superposição de um a outro. Reale teve êxito em demonstrar que a tensão entre fato e valor, que resulta no momento normativo, é do tipo implicação-polaridade, vale dizer, há a implicação de um ao outro sem que disso resulte a perda da individualidade do fato e do valor, peculiaridade que deve ser levada em conta pelo intérprete, que, ao interpretar, não poderá encarar o fenômeno como uma unidade desvinculada daquilo que a compõe, devendo, ao contrário, considerar o fator sociológico (=fato), o fator filosófico (=valor) e o fator normativo (=norma).

A questão que, aqui, se busca verificar é se há o fenômeno jurídico da pluriparentalidade, ou mais especificamente, se há um direito à pluriparentalidade como resultante da interação dialética entre fato e valor veiculado pela *VOX* normativa.

Ora, o fato social ( $\neq$  de fato jurídico) de uma criança encarar mais de uma pessoa como pai e/ou como mãe, inclusive tratando a ambos por pai e/ou por mãe, é algo evidente e, como todo fato notório, dispensa prova.

Cabe, pois, investigar se sobre essa base fática incide uma valoração de cuja tensão surgirá uma norma.

---

<sup>18</sup> Não há como fornecer uma única obra do autor como referência, pois o seu tridimensionalismo é fruto de anos de elaboração. Porém, é possível identificar o pensamento exposto neste ensaio nas seguintes obras, cuja bibliografia completa vem ao final: *Teoria Tridimensional do Direito*; *Lições Preliminares do Direito*; e *O Direito como Experiência*.



O valor é a face justa do Direito, assim, descobrir o valor de uma norma, conduta ou instituição passa por fazer um exame de compatibilidade entre o que se pretende verificar e a ideia de justiça.

Mas quem fornecerá a noção de justiça, sem a qual o exame de compatibilidade restará irremediavelmente prejudicado? A coletividade, e só ela.

Quanto a isso, pede-se licença para se transcrever a lição do professor Goffredo Telles Junior:

“ Cada Direito Objetivo é elaborado em consonância com um especial sistema ético de referência.

Pode acontecer que o sistema de referência de uma sociedade evolua e se renove, e que o Direito Objetivo vigente perdure e envelheça. Muito conhecido é o fenômeno do ancilose das estruturas jurídicas.

[*omissis*]. Em tais casos, a ordenação imposta é um *Direito artificial*. É um Direito que não exprime a realidade biótica da sociedade. É um Direito desajustado, às vezes corrompido e às vezes corruptor. É um *pseudo-direito* e, às vezes, uma *contrafação do direito*. Ele forçará o surgimento de interações humanas insubmissas, dentro do campo de sua competência. Grande parte da vida social irá processar-se à revelia de seus mandamentos<sup>19</sup>.”

O valor *justo* é fornecido por esse sistema ético de referência, dado por uma coletividade analisada *hic et nunc*, e não por uma sociedade ideal imaginada por algum teórico...

Será, então, que a sociedade brasileira vê como justa (= valora positivamente) a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai e/ou mãe? A resposta parece ser afirmativa na medida em que é senso comum desde tempos imemoriáveis que a qualidade de pai e

---

<sup>19</sup> *Direito Quântico. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica.*

mãe deve ser atribuída a quem se comporte como tal, e não necessariamente a quem ostente esse status biológica ou documentalmente (= no registro).

Essa afirmação tem a cada dia encontrado eco mais poderoso nos tribunais, sendo certo que a parentalidade socioafetiva é, atualmente, uma realidade incontestada.

Se é assim, apenas um preconceito de origem biológica será capaz de vedar o reconhecimento da pluriparentalidade.

Explica-se: a razão de os pólos filiais materno e paterno sempre terem sido ocupados por apenas uma pessoa de cada lado prende-se ao fato biológico de uma pessoa só poder descender geneticamente de duas pessoas ao mesmo tempo, ou seja, de um único homem e de uma única mulher.

Ora, no momento em que Villela demonstrou a absoluta separação entre descendência biológica e paternidade, cessou a possibilidade de confusão entre as duas categorias, vale dizer, se é verdade que só um homem e só uma mulher podem fornecer material genético a alguém, é igualmente verdadeiro que mais de um homem ou mais de uma mulher podem, concomitantemente, comportar-se perante esse alguém e por ele ser encarado(a) como pai ou mãe, afinal o comportar-se é ato de liberdade individual, de autonomia privada que é infenso ao determinismo biológico. Submeter o ser humano ao determinismo biológico é negar-lhe o livre arbítrio, a possibilidade de autodeterminação é, em resumo, negar-lhe o fator que o distingue das demais criaturas, quanto ao qual se manifesta Junqueira em passagem que por sua beleza e profundidade vale a pena reproduzir:

“A pessoa humana, na verdade, caracteriza-se por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor).”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, in Estudos e Pareceres de Direito Privado,*

Pois bem, crê-se ter-se demonstrado que há um fato social dialeticamente relacionado com um valor, restando verificar se de tal tensão resultou uma norma, pois, se sim, ao menos numa perspectiva realiana, ter-se-á demonstrado a existência do Direito à pluriparentalidade.

Tal verificação tem por antecedente lógico necessário se não a definição, ao menos a conceituação (= ideia) de norma. Pode-se entender norma como imperativo que permite um dado comportamento, trazendo em si, direta ou indiretamente, a consequência de sua violação.

As fontes normativas são variadas, como de resto o são as próprias fontes do Direito. Contudo, podem-se reconhecer ao menos três formas de expressão de fatos dialeticamente valorados, isto é, de normas: (i) o enunciado lingüístico emanado do Poder Legislativo no exercício de sua função típica; (ii) o costume e (iii) a jurisprudência em sentido estrito.

Não há neste ensaio espaço para criticar a concepção normativa de Kelsen,<sup>21</sup> que, dado seu brilhantismo e rigor, influenciou e influencia o estudo do Direito em boa parte do mundo.

Porém, acredita-se que a ideia de norma<sup>22</sup> reclama uma visão mais aberta e, porque não, mais democrática. Com isso, pretende-se normal todo comportamento encarado pelo meio social como de acordo com a norma.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Que dá ênfase à revelação formal de um *dever ser*, veja-se: “Com o termo norma quer-se significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira” *Teoria Pura do Direito*.

<sup>22</sup> A ideia de norma exposta neste trabalho é fruto da influência direta e indireta de diversos autores, entre os quais: Kelsen: *Teoria Pura do Direito*. Bobbio: *Teoria da Norma Jurídica, Teoria do Ordenamento Jurídico, Da estrutura à função e Positivismo Jurídico*. Goffredo: *Direito Quântico e Iniciação na Ciência do Direito*. Reale: *Teoria Tridimensional do Direito e Lições Preliminares do Direito*. Eros Grau: *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. Humberto Ávila: *Teoria dos Princípios*. Antônio Junqueira de Azevedo: *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*., *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado e Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. Pontes de Miranda: *Tratado de Direito Privado*, *mormente Tomos 1 a 4*.

<sup>23</sup> Seja jurídica, ética, religiosa etc

Assim, a norma jurídica será um padrão de comportamento encarado pela coletividade como jurídico, isto é, passível de gerar conseqüências inevitáveis, seguindo mais ou menos o modelo de inevitabilidade da jurisdição.

A coletividade tem noção da juridicidade ou não de um comportamento, sem que para isso seja necessário qualquer enunciado formal.

Essa verdade, Junqueira percebeu há tempos e, ao tratar da ideia de negócio jurídico, emprestou a ela toda força de seu gênio:

“ O negócio jurídico é uma criação do povo(...). O negócio jurídico existe desde a pré-história. É ele um modo de comportamento humano, uma forma- a jurídica- de os homens se relacionarem, como acontece com a linguagem e a convivência social(...). As sociedades primitivas, quer as que existiram, quer as que persistem, ainda hoje, à margem da civilização, apresentam , na sua vida social, determinados *modelos de comportamento*, revelados por observadores inteiramente alheios ao direito e que são atitudes *jurídicas*: são negócios jurídicos. Provavelmente, do ponto de vista histórico, o tipo primário de negócio jurídico foi o presente (...), idêntico ao contrato real inominado do direito romano “ do ut des” e que, uma vez realizado, criava, para quem recebeu, a obrigação de retribuir e, para quem deu, o direito à retribuição<sup>24</sup>”

Quando o autor supracitado fala em “ obrigação de retribuir e direito à retribuição” permite supor a existência de uma norma jurídica em que se fundamenta tanto essa obrigação quanto esse direito, o que revela que a juridicidade de um comportamento é antes uma questão de ponto de vista social do que uma questão formal.

Assim, a partir do momento em que a sociedade passa a encarar como pais e/ou mães aqueles perante os quais se exerce a posse do estado de filho, juridiciza-se tal situação, gerando, de maneira inevitável, entre os participantes da relação filial direitos e deveres;

---

<sup>24</sup> *Negócio Jurídico e Declaração Negocial.*

obrigações e pretensões; ações e exceções<sup>25</sup>, sem que haja nada que justifique a ruptura da relação filial primeva.

Destarte, a juridicização dessa situação<sup>26</sup> é o momento normativo que resultou da tensão dialética entre o fato social e o valor que a ele atribui a coletividade.

---

<sup>25</sup> Simão, em um artigo tão jurídico quanto poético, descreve a formação de vínculo jurídico de afeto entre um seu tio, diga-se, socioafetivo e uma criança. O texto é uma aula sobre socioafetividade, o que o torna leitura obrigatória. [http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_regime\\_bens\\_novamenteAfeto.htm](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_bens_novamenteAfeto.htm)

<sup>26</sup> Muitas vezes a norma formal (= enunciado semântico emanado do Poder Legislativo) não tem caráter constitutivo- não participa da formação da relação fato-valor-norma-, mas sim, caráter declaratório, declarando a norma que já havia se juridicizado. A realidade jurídica é repleta de exemplos, vg, o Poder Judiciário já permitia o levantamento do FGTS aos portadores de HIV muito antes dessa permissão constar em texto formal. Assim, a norma consubstancia-se na juridicização de um fato valorado.

Bibliografia:

Azevedo, Antonio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. Saraiva: São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Negócio Jurídico e declaração negocial (Noções gerais e formação da declaração negocial). Tese para o concurso de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo [s.c.p], 1986.

Netto Lôbo, Paulo Luiz. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em [www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br), seção de artigos.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcante. *Fontes e Evoluções do Direito Civil Brasileiro*, Pimenta de Mello, 1928: Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado, Tomo I*

Reale, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. Saraiva: São Paulo, 1980

\_\_\_\_\_. *Lições Preliminares do Direito*. Saraiva: São Paulo, 2002

\_\_\_\_\_. *O Direito como Experiência*. Saraiva: São Paulo, 1968.

Simão, José Fernando. *Valor Jurídico do Afeto*. Disponível em:

[www.professorsimao.com.br](http://www.professorsimao.com.br).

\_\_\_\_\_. *Novamente o Afeto*. Disponível em: [www.professorsimao.com.br](http://www.professorsimao.com.br).

Telles Junior, Goffredo. *Direito Quântico, Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*.

Juarez de Oliveira: São Paulo, 2006

Villela, João Baptista. *Desbiologização da Paternidade*. Separata de Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte., ano XXVII, número 21 (nova fase), maio de 1979.