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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A
PATERNIDADE SOCIOAFETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

Giovana Crepaldi Caldeira

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A
PATERNIDADE SOCIOAFETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

Giovana Crepaldi Caldeira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcio Ricardo da Silva Zago.

Presidente Prudente/SP
2011

**PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A
PATERNIDADE SOCIOAFETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção de Grau de
Bacharel em Direito.

Márcio Ricardo da Silva Zago
Orientador

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves
1ª Examinadora

Jefferson Fernandes Negri
2º Examinador

Presidente Prudente, 10 de novembro de 2011.

Meu Deus, me dê a coragem de viver trezentos e sessenta e cinco dias e noites, todos vazios de Tua presença. Me dê a coragem de considerar esse vazio como uma plenitude. Faça com que eu seja a Tua amante humilde, entrelaçada a Ti em êxtase. Faça com que eu possa falar com este vazio tremendo e receber como resposta o amor materno que nutre e embala. Faça com que eu tenha a coragem de Te amar, sem odiar as Tuas ofensas à minha alma e ao meu corpo. Faça com que a solidão não me destrua. Faça com que minha solidão me sirva de companhia. Faça com que eu tenha a coragem de me enfrentar. Faça com que eu saiba ficar com o nada e mesmo assim me sentir como se estivesse plena de tudo. Receba em teus braços meu pecado de pensar.

Clarisse Lispector

Não perca a força e o sonho
Não deixe nunca de acreditar
Que tudo vai acontecer

Rosa de Saron - Chance

AGRADECIMENTOS

Meus primeiros agradecimentos são, sem dúvida para minha mãe, Regina Célia, e minha irmã, Maria Fernanda, que sempre me deram e continuam dando força no meu caminhar. Muito obrigada por estarem ao meu lado constantemente, pelo carinho e afeto, pela educação, pelo respeito, pela ajuda nos momentos difíceis e confraternização, nos de alegria, pelos conselhos, pela companhia, por me compreenderem nas horas em que me dediquei a este trabalho. Pra sempre amarei vocês.

Agradeço aos meus avós Aparecida e Waldir, pelo grande amor de avós me transmitido e pelo amparo nas horas necessárias. Sou muito realizada em ser sua neta.

Agradeço a minha tia Denise, pelo carinho e atenção que sempre me presta.

Agradeço ao meu namorado, Rodrigo, pelos momentos alegres e carinhosos, pelo companheirismo durante esses anos e pelas colaborações em todos os sentidos.

Agradeço meu orientador, Professor Márcio Ricardo da Silva Zago, pela atenção e colaboração, sempre estando a minha disposição para orientação, tudo isso para que este trabalho seja concluído brilhantemente. Meu muitíssimo obrigado.

Agradeço aos meus examinadores, Professores Fabiana Junqueira Tamaoki Neves e Jefferson Fernandes Negri, pela disponibilidade de apreciarem este trabalho de conclusão de curso.

Enfim, agradeço àquelas pessoas que, de alguma forma, fazem parte da minha vida e me auxiliaram a ter forças para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho consiste da análise da paternidade socioafetiva, levando-se em conta o menor como sujeito de dignidade e interesses que devem necessariamente predominar para que o mesmo se desenvolva de forma plena. Primeiramente, é abordado o conceito de princípio e sua aplicação, além de seu enquadramento como espécie de norma jurídica, seguindo da exposição dos princípios fundamentais do Direito de Família, estes decorrentes da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 e do Código Civil de 2002. A seguir, explana-se sobre o princípio da dignidade da pessoa humana no que tange a sua definição formulada ao longo da História e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, assim como servir de princípio norteador do direito de família e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Após, afere-se sobre a filiação e sua disposição no Direito Romano e Brasileiro, neste, havendo comparações da sua aplicação nos Códigos Civis de 1916 e 2002, bem como sobre o poder familiar, seu exercício, suspensão e extinção. Em seguimento, passa-se a discorrer sobre a paternidade, tecendo considerações gerais a respeito de sua definição e da presunção de paternidade, adentrando-se, então, na relação paterno-filial socioafetiva, fundamentada no afeto que une pai e filho e os efeitos decorrentes o reconhecimento da paternidade socioafetiva. Por fim, defende-se a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor em um possível conflito entre as paternidades biológicas e afetivas, para, deste modo estabelecer uma verdadeira relação pai-filho, visando o desenvolvimento físico, psíquico e social da criança e do adolescente. Como procedimentos metodológicos foram empregados os métodos histórico, dedutivo, assim como o crítico e analítico. Os recursos utilizados para o desenvolvimento do trabalho foram: doutrinas, jurisprudências, artigos em revista e sites específicos na internet, bem como legislação brasileira e estrangeira.

Palavras-chave: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direito de Família. Princípio do Melhor Interesse do Menor. Posse de Estado de Filho. Afeto. Paternidade Socioafetiva.

ABSTRACT

This work consists of affective paternity analysis, taking into account the lower as the subject of dignity and interests which must necessarily prevail so that it develops fully. First, it approached the concept of principle and its application beyond its framework as a kind of rule of law, following the exposure of the fundamental principles of family law, these result from enactment of the 1988 Brazilian Constitution and the Civil Code of 2002. The following explains itself on the principle of human dignity with respect to the definition formulated throughout history and its application in the Brazilian legal system, as well as serve as a guiding principle of family law and the principle of best interest of the children and adolescents. After, it measures up on the membership and their willingness and Roman Law in Brazil, this, with comparisons of their application in the Civil Codes of 1916 and 2002, as well as the family power, its exercise, suspension and termination. In follow-up is to talk about fatherhood, with considerations about the general definition and the presumption of paternity, into itself, then the social-affective parent-child relationship, grounded in the affection that unites father and son and the effects arising from the recognition of affective paternity. Finally, it defends the principles of human dignity and the best interest of the child in a possible conflict between the biological and affective paternity, to thereby establish a genuine parent-child relationship, to develop physical, mental and social development of children and adolescents. As a methodological procedure, we employed the historical method, deductive, as well as critical and analytical. The resources used to develop the study were: doctrines, jurisprudence, and journal articles on specific sites on the Internet, as well as Brazilian and foreign laws.

Keywords: Principle of Human Dignity. Family Law. Principle of Best Interest of Children. Possession of State of the Son. Affection. Affective paternity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NOÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS	12
2.1 Conceito.....	12
2.2 O Princípio Como Uma Norma Jurídica.....	14
2.3 Princípios Fundamentais do Direito de Família	16
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	16
2.3.2 Princípio da igualdade entre filhos	17
2.3.3 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros	17
2.3.4 Princípio da não intervenção ou da liberdade	18
2.3.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	19
2.3.6 Princípio da solidariedade familiar.....	20
2.3.7 Princípio da afetividade	21
3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	23
3.1 Definição e Aplicação	23
3.2 Dignidade da pessoa humana como princípio norteador do direito de família.....	27
3.3 Princípio do Melhor Interesse do Menor: um Subprincípio da Dignidade da Pessoa Humana	30
4 FILIAÇÃO	33
4.1 Noções Gerais de Filiação.....	33
4.2 Filiação no Direito Romano.....	34
4.3 Filiação no Direito Civil brasileiro: análise dos Códigos Civis de 1916 e 2002	36
4.4 Poder Familiar	44
4.4.1 Conceito	44
4.4.2 Características	47
4.4.3 Exercício do poder familiar	48
4.4.4 Suspensão, perda e extinção do poder familiar	52
5 PATERNIDADE	55
5.1 Definição e considerações gerais	55
5.2 A Presunção <i>pater is est</i>	57
5.3 Paternidade Biológica	60
5.4 Posse de Estado de Filho	61
5.5 Paternidade Socioafetiva	63
5.5.1 Conceito e elementos para o reconhecimento socioafetivo da paternidade	63
5.5.3 Efeitos jurídicos no reconhecimento de uma paternidade socioafetiva	67

6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MELHOR INTERESSE AO MENOR NO TOCANTE A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	71
6.1 A Criança e o Adolescente e seu Direito à Dignidade	71
6.2 Paternidade Biológica <i>versus</i> Paternidade Socioafetiva: Aplicação do Melhor Interesse ao Menor	73
 CONCLUSÃO	 81
 BIBLIOGRAFIA	 84

1 INTRODUÇÃO

Para acompanhar a transformação de mudança de vida e idéias do homem e da sociedade ao longo dos anos, o ordenamento jurídico sempre está sofrendo alterações. Conseqüentemente, a partir da inclusão de novos valores à coletividade, surgem outros princípios que regerão a legislação em detrimento de outros.

Eis o que aconteceu com o Direito de Família brasileiro. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Código Civil ora em vigor se tornou ultrapassado em muitos aspectos, inclusive no referido ramo civil. Um deles se refere aos novos princípios trazidos pela atual Carta Constitucional, que se contradizem com aqueles que norteavam o Código Civil de 1916.

Por conseguinte, indispensável ao legislador atualizá-los a luz da nova Constituição, sobrevindo, então, o que atualmente se denomina de Constitucionalização do Direito Civil. Neste contexto, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 prega os princípios da igualdade entre os filhos e o critério do melhor interesse do menor, subprincípios da dignidade da pessoa humana, consagrado no seu artigo 1º, inciso III.

Estas normas foram de grande importância para a fundamentação de um novo tipo de paternidade que, embora não esteja expressamente prevista na legislação brasileira, não pode ser desconsiderada sua existência dentro da sociedade: a paternidade pautada no afeto. Hoje, portanto, não se pode mais argumentar a paternidade apenas em vínculos biológicos e jurídicos, já que a caracterização da personalidade do filho independe de vínculo sanguíneo ou registral.

Assim, sendo, a presente pesquisa buscou exatamente ressaltar a importância da paternidade socioafetiva no Direito de Família, atendendo aos interesses do menor que importem no seu crescer com dignidade.

Pois bem, para a formação desta monografia, a mesma foi estruturada em seis capítulos. O primeiros deles trouxe o conceito de princípios e seu

enquadramento como norma jurídica, juntamente com a exposição dos princípios fundamentais do Direito de Família.

O segundo capítulo analisou o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua influência no Direito familiar, principalmente sua aplicação envolvendo o menor.

Na sequência, elencou-se o instituto da filiação e suas peculiaridades no Direito Romano, fazendo-se devidas comparações desta relação nos Códigos Civil de 1916 e de 2002, desdobrando-se nas explicações a respeito do poder familiar, um dos direitos e obrigações dos pais com os filhos menores.

O quarto capítulo abordou-se a respeito da paternidade, cuja explanação consiste na sua definição, seguida da presunção *pater is est* e, finalmente do vínculo paterno formado pela consanguinidade e pelo afeto. O encerramento do capítulo consistiu na análise específica da paternidade socioafetiva, qual seja de seu conceito pela doutrina, a influência da posse de estado de filho para a sua caracterização e posições jurisprudenciais acerca do reconhecimento deste vínculo afetivo e seus respectivos efeitos jurídicos.

Após, adentrou-se precisamente no tema desta monografia, isto é, o menor como sujeito à dignidade, devido a sua peculiaridade de pessoa em desenvolvimento. Para isso, a influência do pai neste momento é imprescindível, independentemente de haver entre ele e seu filho vínculo sanguíneo. É aí que entra, na maioria dos casos, a predominância da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, concretizando-se, assim, o princípio do melhor interesse do menor.

Enfim, a conclusão do trabalho consta do último capítulo, defendendo-se a exteriorização dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor a partir da relação paterna fundada no afeto.

Para tanto, o procedimento metodológico adotado consistiu na aplicação dos métodos dedutivo, histórico e crítico/analítico, bem como a utilização de doutrinas, jurisprudência, legislações brasileiras e alienígenas, artigos jurídicos em revista e sites específicos na internet.

2 NOÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS

A palavra princípio remete a algo que constitui a base de outro. É a diretriz para a construção de comportamentos e modos de vida, o substrato que dá origem a algum evento. Provavelmente, essas seriam as definições apresentadas por uma pessoa comum. São definições pobres, mas indicativas.

Da mesma maneira que a vida do ser humano é regida por princípios, também é o Direito. O ordenamento jurídico, ao ser construído, é regido pelos seus próprios princípios.

A manipulação equivocada dos princípios pode trazer conseqüências ruins. Atualmente, o operador do Direito tende a sua valorização, ou seja, tudo se pretende resolver através da aplicação de princípios, ocasionando uma exacerbação destes. É primordial que se saiba utilizar os princípios em cada caso concreto, podendo ocasionar falta de segurança jurídica.

De maneira sucinta, mas didaticamente, a próxima seção tem por objetivo abordar o princípio na Ciência do Direito.

2.1 Conceito

São vários os doutrinadores, tanto pátrios quanto internacionais, que exploram o conceito de princípio. Embora o termo seja utilizado em diversos campos do estudo humano, como a Filosofia, Sociologia, Física e Política, o conceito será delimitado à área e pensadores jurídicos.

Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 53) tenta demonstrar que o princípio “designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, [...] por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”.

Robert Alexy (1979), apud Ávila, (2003, p. 28) também apresentou sua definição de princípios. Para ele “princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio do qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”.

Para Guilherme Prado Bohac de Haro (2006, p. 216):

Princípios, assim, conceitualmente, são normas de direito dotadas de generalidade, positivadas ou não no ordenamento jurídico, primárias no interior do sistema, com dimensão axiológica de conteúdo ético mutável, dotados de objetividade, que transcendem o conteúdo literalizado do texto da norma, com teor atual e atualizável, polifórmicos, vinculantes às demais normas jurídicas que a ele aderem e vinculados ao ideário político, social e jurídico predominante, informativos de todo o sistema jurídico do estado e caracterizados pela complementaridade que lhe dá o seu entendimento inteiro e acabado.

José Afonso da Silva (2010, p. 91) traz o conceito de princípio elaborado por Celso Antonio Bandeira de Mello (1971):

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

E, finalmente, a definição proposta pelo grande doutrinador Humberto Ávila, descrita em seu livro Teoria dos Princípios (2004, p. 70):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Estes são alguns de muitos doutrinadores que explicam a definição de princípios, mas já suficiente para a sua compreensão.

Com a descrição do perfil do princípio, extraem-se suas finalidades imediatas e mediatas.

Imediatamente, os princípios assinalam um estado ideal que deve ser alcançado, mas sem a indicação de condutas que devem ser seguidas. Um exemplo para clarear tal finalidade: quando se estabelece o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), o estado ideal a ser seguido é que prevaleça a igualdade nas relações entre pessoas, porém não se indica quais condutas serão adotadas para isso.

Justamente por não descreverem condutas, a finalidade mediata dos princípios impõe que as pessoas estabeleçam condutas necessárias com o propósito de concretizar os estados ideais.

A partir das fixações anteriormente tratadas sobre princípios, deve-se complementar o raciocínio, mencionando o porque do princípio ser uma norma jurídica. Eis a análise.

2.2 O Princípio Como Uma Norma Jurídica

O homem é um ser naturalmente sociável. Sempre está inserido em grupos, seja em família, religião, ambiente de trabalho ou lazer, cada um tendo seu papel. Para disciplinar comportamento em sociedade, é mister que haja criação de normas, definindo direitos e deveres a cada um do grupo.

Nesse sentido leciona José Afonso da Silva (2010, p. 91):

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

No campo do Direito, têm-se as normas jurídicas. Estas, segundo Haro, se diferenciam das demais regras sociais por serem potencialmente coercitivas e terem por finalidade a concretização da justiça.

A norma jurídica é o resultado da interpretação de textos normativos. É dividida em espécies, sendo uma delas o princípio. Haro explica tal afirmação (2006, p. 62):

[...] os princípios também possuem caráter de potencial coerção e inclinação à justiça. [...] o descumprimento aos seus mandamentos imperativos pode levar à sua aplicação coercitiva, até mesmo pelo uso da força. Possuem, também, o valor de justiça arraigado em seu corpo normativo. [...] Pode-se dizer que o valor de justiça é o principal “órgão” do corpo de um princípio, por isso dele é indissociável.

Além dos princípios, as regras também são espécies de normas. Sucintamente, a diferença entre ambas está na finalidade. Retomando novamente aos ensinamentos de Humberto Ávila (2004, p. 70):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Enquanto aqueles são normas finalísticas, estas são descritivas, já indicando a conduta a ser observada pelo destinatário. A regra, portanto, auxilia na implementação do estado ideal do princípio.

2.3 Princípios Fundamentais do Direito de Família

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Está positivado constitucionalmente no artigo 1º, III, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Trata-se de um macroprincípio ou sobreprincípio, possuindo um estado ideal mais abrangente, alcançando outros princípios, conforme permite o artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

É complexo descrever o conceito de dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 67) elabora uma definição que merece destaque na doutrina:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Por mais difícil que seja conceituar tal princípio de maneira uniforme, as pessoas sabem distinguir se algo é digno ou não para o ser humano. É digno alguém manter sua vida íntima em segredo, possuir sua moradia, não ser considerado culpado sem o devido processo legal, etc. Esses e outros exemplos mostram a amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana.

No Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana norteia as entidades familiares, para que possam viver harmoniosamente e seus

membros se desenvolvam plenamente. Tal entrosamento será inteiramente discutido no próximo capítulo.

2.3.2 Princípio da igualdade entre filhos

Este princípio foi consagrado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, contido no artigo 227, §6º, em virtude de outro princípio, descrito em seu artigo 5º, *caput*: da isonomia ou igualdade.

O Código Civil de 1916 fazia distinção entre os filhos concebidos dentro e fora do casamento, denominados, respectivamente, de filhos legítimos e ilegítimos, além daqueles que eram frutos de adoção.

O novo Código Civil de 2002 transcreveu o artigo constitucional em seu artigo 1.596: “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”.

Tais dispositivos também abrangem os filhos gerados pelo método de inseminação artificial.

2.3.3 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros

Aplicando o raciocínio discutido no subtítulo anterior, a Magna Carta estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres no interior da relação conjugal. Diz seu artigo 226, §5º que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O artigo 1.565 do atual Código Civil, diante dessa realidade, descreve que: “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Diferentemente do diploma de 1916, que estabelecia o que a mulher poderia fazer livremente de autorização marital ou não.

A idéia do sistema patriarcal familiar não mais se coaduna com a sociedade do final do século XX e da atual, uma vez que as mulheres conquistaram o mercado de trabalho, quebrando com a idéia da qual elas eram restritas aos trabalhos domésticos e à responsabilidade de cuidar dos filhos.

Maria Berenice Dias (2009, p. 65) faz um importante esclarecimento sobre a igualdade ora analisada:

A igualdade, porém, não apaga as diferenças entre os gêneros, que não podem ser ignoradas pelo direito. O desafio é considerar as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres dentro do princípio da igualdade. Já está superado o entendimento de que a forma de implementar a igualdade é conceder à mulher o tratamento diferenciado que os homens sempre desfrutam. O modelo não é o masculino, e é preciso reconhecer as diferenças, sob pena de ocorrer a eliminação das características femininas.

Destarte o juiz, mesmo que o legislador se mantenha inerte, deve reconhecer direitos com a finalidade de não gerar desigualdades, analisando caso a caso, sem perder de vista as naturais diferenças entre os sexos masculinos e femininos.

2.3.4 Princípio da não intervenção ou da liberdade

Este princípio impede que haja a interferência, tanto de pessoa de direito público quanto privado, na constituição e planejamento familiar, conforme dispõe o artigo 1.513 do Código Civil.

Deve-se fazer uma interpretação extensiva do artigo 1.565 §2º do Código Civil. Transmitindo a mesma idéia do dispositivo supracitado, a expressão “livre decisão do casal” também abrange a união estável e as famílias monoparentais, por serem consideradas entidades familiares.

Em 1988, a Constituição Federal já disciplinava a livre organização familiar, tendo o Estado o dever de proporcionar recursos para a sua concretização:

Art. 226, § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Nada mais justo que as pessoas possam administrar suas vidas de acordo com seus ideais. Pode-se resumir este princípio em um velho ditado: “cada um a seu modo”.

2.3.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança está estampado no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) reforça a referida norma constitucional, sendo dever da família “(...) 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”. (artigo 4º do ECA).

O Código Civil, em seu Capítulo XI, do Título “Do Direito Pessoal”, trata da proteção da pessoa dos filhos. Os artigos 1.583 a 1.590 estabelecem regras para a guarda dos filhos menores. Para isso, é importante que se considere o interesse do menor, ou seja, onde e com quem demonstrar melhores condições pra criá-lo, proporcionando-lhe afeto, saúde, segurança e educação. Deve-se averiguar caso a caso.

Lembrando que, no caso de guarda unilateral (aquela atribuída a um dos genitores) o pai ou a mãe que não a detenha não se exime da responsabilidade de supervisionar os interesses do filho. (artigo 1.583, §3º do Código Civil).

2.3.6 Princípio da solidariedade familiar

Decorrente de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, da Carta Constitucional), o princípio da solidariedade no âmbito familiar assegura a proteção dos grupos familiares, das crianças e adolescentes e dos idosos, encontrando fundamento nos artigos 226, 227 e 228 da CF.

O doutrinador Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 55) enseja que o princípio da solidariedade “(...) implica respeito e considerações mútuos em relação aos membros da família, pelo que, definitivamente, constitui princípio norteador do Direito de Família contemporâneo”.

No Código Civil, a título de exemplo do princípio ora discutido, o artigo 1.511 declara que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na

igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. O dever de prestar alimentos entre parentes também advém da solidariedade.

Portanto, o princípio da solidariedade estabelece deveres recíprocos entre familiares, garantindo-lhes os direitos inerentes ao cidadão, seja ele criança, adolescente, adulto ou idoso.

2.3.7 Princípio da afetividade

O afeto é considerado, atualmente, um dos fundamentos que devem estar presentes nas relações familiares. Vive-se uma fase em que os pais passam grande parte do dia fora de suas residências trabalhando, crianças ficam sob os cuidados de babás e vizinhos, adolescentes preferem permanecer nas ruas juntamente com más companhias, “curtindo a vida” ao invés de estudar e ajudar nas tarefas domésticas, além do aumento nas taxas de divórcio.

É cada vez mais comum os casos em que filhos se distanciam de seus pais biológicos. Como exemplo, crianças ou adolescentes que acompanham suas genitoras e estas se juntam a um novo companheiro, o qual substitui a figura do pai biológico ou jurídico, Esta forma de relação pai-filho é titulada de paternidade socioafetiva.

Ao tratar do assunto referente ao afeto, Renato Maia (2008, p. 173) defende que:

[...] a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva. Aquele, enfim, que além de poder emprestar seu nome de família, trata o indivíduo como seu verdadeiro filho perante o ambiente social.

A doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a paternidade socioafetiva com fundamento no princípio da afetividade, já que não há sua

positivação no ordenamento jurídico brasileiro. Interessante um julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA CONSOLIDADA - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA. 1. PARA CONSOLIDAÇÃO DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA É NECESSÁRIO QUE SEJA ESTABELECIDO VÍNCULO DE AFETIVIDADE ENTRE O PAI REGISTRAL E A MENOR, ALÉM DE SEREM BEM ATENDIDOS OS INTERESSES PRIMORDIAIS DA CRIANÇA COMO PROTEÇÃO, EDUCAÇÃO, ALIMENTAÇÃO, SAÚDE, AFETO, ETC. 2. SE PELAS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS NÃO PAIRAM DÚVIDAS ACERCA DA EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS QUE DÃO ENSEJO À PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA, TENDO O PAI REGISTRAL EFETUADO, POR LIVRE E ESPONTÂNEA VONTADE, O REGISTRO DE NASCIMENTO DA MENOR COMO SE SUA FILHA FOSSE, ALÉM DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS E DOS LAUDOS PSICOSSOCIAIS DAREM CONTA DE QUE A MENOR SE ENCONTRA INSERIDA NO SEIO FAMILIAR PATERNO, DEVE SER MANTIDA A SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. 3. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 0012720-70.2004.807.0007, Rel. Humberto Adjuto Ulhôa, decisão em 16/10/2009).

Muitos autores de Direito Civil afirmam que o legislador cível inclui, no artigo 1.593 do Código Civil, outras modalidades de paternidades como possíveis de serem reconhecidas. Dentre elas, a paternidade socioafetiva.

Em suma, o princípio da afetividade deve estar presente nas relações familiares, independentemente de vínculo sanguíneo ou jurídico.

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Definição e Aplicação

Formular o conceito de dignidade da pessoa humana foi e continua sendo objeto de aprimoramento entre os autores de várias ciências, dentre elas, filosófica, social e jurídica. Tal razão decorre certamente da polissemia atribuída à palavra dignidade. Portanto, não há como tal conceito ser apresentado de forma fixa, embora seja possível delimitar suas características essenciais.

Além disso, não se pode desprezar a diversidade cultural das sociedades atuais, sendo que há divergências entre as mesmas se certos atos se enquadram como dignos ao homem ou não.

Essas constituem as principais razões para a não elaboração de uma definição imutável sobre a dignidade humana.

Nesse sentido, Edilson Pereira de Farias (1996, p. 50) ressalta:

O princípio em epígrafe – a Dignidade da Pessoa Humana – é um princípio semântico e estruturalmente aberto, de ‘abertura valorativa’, o que faz com que o mesmo seja em grande parte colmatado pelos agentes jurídicos no momento da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Assim, em razão de o princípio da dignidade da pessoa humana ser uma categoria axiológica aberta, considera-se inadequado conceituá-lo de forma fixista.

É de fundamental importância traçar breves considerações históricas sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana com a finalidade de um melhor entendimento dos contornos atuais dados a esse valor fundamental.

No que tange ao pensamento cristão, embora não haja uma definição na Bíblia, é possível encontrar a base para a concepção da dignidade humana, a partir da premissa: o Homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Consequentemente extrai-se que os homens possuem valores próprios, inerentes, já

que dotados de parcela divina, sendo que, se violados, estaria contrariando o próprio Deus.

Cabe salientar que a doutrina difundida por Jesus Cristo possui um vasto conteúdo de atos dignos do Ser Humano, principalmente no que se refere ao amor, respeito e ajuda ao próximo.

Na antiguidade clássica, averigua-se uma concepção distinta de todas as outras épocas, no sentido de que a dignidade humana era relativa de pessoa a pessoa, isto é, estava relacionada à classe social que cada indivíduo se enquadrava, havendo, conseqüentemente, pessoas mais dignas que outras.

Em se tratando do pensamento estoico, ou seja, uma antiga corrente filosófica edificada por Zenão de Cítio, durante as civilizações grega e romana, elucida Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 32):

[...] a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados de mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, no que diz com sua natureza, são iguais em dignidade [...].

No período da Idade Média (século V ao XV), destaca-se a figura do filósofo, padre e teólogo São Tomás de Aquino, considerado, inclusive, o “construtor da Filosofia Cristã”. Além de ser um grande estudioso da religião cristã, é considerado o principal formulador da definição moderna de dignidade da pessoa humana. Para Aquino, além de fundamentá-la a partir da concepção cristã, acrescenta que é uma característica exclusiva do ser humano e, por conta dessa dignidade, se torna dono de seu próprio destino, através da racionalidade. (SARLET, 2009, p. 33-34).

No contexto da Idade Moderna (século XV a meados do século XVIII), a principal construção do conceito da dignidade humana foi feita pelo filósofo alemão Immanuel Kant. Partindo da idéia da qual o homem é um ser racional, ou seja, a possibilidade de agir de acordo com sua vontade e as leis formuladas pelo próprio, diferencia-se, deste modo, dos demais seres. (KANT, 2005, p. 68-69).

Por conta da racionalidade humana, o ser humano:

[...] *existe* como um fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros serem racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. (KANT, 2005, p. 68).

A partir deste raciocínio de Kant (2005, p. 77), este chega a seguinte conclusão sobre a dignidade da pessoa humana:

No reino dos fins tudo ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite o equivalente, então tem ela dignidade.

Mesmo com toda a tentativa de construir uma definição sobre a dignidade da pessoa humana por diversos pensadores e doutrinas, este valor apenas passou a ter normatividade jurídica a partir do século XX, principalmente nas Constituições europeias, sendo que a primeira delas foi na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no ano de 1949, descrevendo, no artigo 1.1 que “a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. (REPRESENTAÇÕES, s.d., s.p.).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, foi um grande passo para a consagração da dignidade da pessoa humana nas Constituições Pós Segunda Guerra Mundial, inclusive a da já citada no parágrafo acima. Considerado o documento que positivou, em âmbito internacional, a dignidade, está bem evidenciada a importância desta no preâmbulo, em seu primeiro parágrafo, da Carta da ONU, *in verbis*:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...].

Cabe salientar que, tão logo, o artigo primeiro da Declaração prega que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

O Tribunal Constitucional da Espanha, embasado na Declaração da ONU, conceitua a dignidade sendo “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”. (SARLET, 2009, p. 50).

No Brasil, a dignidade humana se tornou um valor supremo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, considerando aquela fundamento da República Federativa do Brasil. Interpretando extensivamente, isso denota a formação do Estado brasileiro a partir do ser humano, além de indicar que o Estado possui o comprometimento de proporcionar uma vida digna a todos os brasileiros e brasileiras.

Alexandre de Moraes (2006, p. 48) traz uma definição em seu livro *Direitos Humanos Fundamentais*:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Fladimir Jerônimo Belinati Martins (2011, p. 120) formulou seu próprio conceito sobre a dignidade humana, no sentido de que:

Em síntese, temos que a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe direito de acesso às condições existentes mínimas. Mas, por outro lado, a dignidade implica considerar que a pessoa humana é chamada a ser responsável não somente por seu próprio destino, mas

também pelos das demais pessoas humanas, sublinhando-se, assim, o fato de que todos possuem deveres para com a sua comunidade [...].

Dessa feita, ressalta-se que, embora não haja um conceito fixo da dignidade da pessoa humana, existem certas características em comum a todas as definições: a dignidade é uma qualidade essencial ao Homem, que o faz carecedor de direitos e respeito por parte do Estado e da sociedade, além de possuir responsabilidade no cumprimento de seus deveres, tudo isso para que se atinja o bem comum com os demais seres humanos.

3.2 Dignidade da pessoa humana como princípio norteador do direito de família

Conforme já dito, o Constituinte de 1988 abarcou a dignidade da pessoa humana à qualidade de princípio constitucional fundamental:

TÍTULO I
Dos Princípios Fundamentais
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III – a dignidade da pessoa humana

Antes mesmo da dignidade da pessoa humana ter-se tornado uma das espécies de normas jurídicas, já era considerada um valor relevante para o ordenamento. São os valores consagrados pela sociedade que condicionam à existência de uma norma

Nesse sentido, conforme bem salientado por Sarlet (2009, p. 77-78), o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal “contém não apenas mais de uma norma, mas que esta (s), para além de seu enquadramento na condição de princípio e regra (valor) fundamental, é (são) também [...] norma (s) definidora (s) de direitos e

garantias, mas também de deveres fundamentais”. O autor completa o raciocínio afirmando que, por esta razão, a dignidade humana se caracteriza “como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa”.

Cármem Lúcia Antunes Rocha, em seu artigo O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social, publicado no site www.editoraforum.com.br, também ressalta que a constitucionalização do supra princípio “modifica em sua raiz toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema”.

Isso significa que, além de ser um acentuado princípio constitucional, norteador dos direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana esculpe todos os ramos do Direito, dentre eles, o Direito de Família. Aliás, cabe ressaltar que, além do Direito Familiar, todas as áreas do Direito Civil têm como ponto de origem a Constituição vigente. É o que vem sendo chamado de Direito Civil Constitucional.

A Carta Maior destinou seu Título VIII - Da Ordem Social -, no Capítulo VII - Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso - para tratar dos principais direitos e garantias às entidades familiares e seus componentes, constituindo um dever do Estado zelar pelo seu cumprimento.

Especificamente a este trabalho, interessa a ligação entre o princípio da dignidade humana e a família, a qual a Constituição consagra explicitamente, em seu artigo 226, parágrafo 7º:

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

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (grifo nosso).

Flávio Tartuce, ao escrever seu artigo Novos princípios do Direito de Família brasileiro, denomina o princípio da dignidade humana como o “princípio dos princípios” e afirma que o Direito de Família é o ramo do Direito Privado em que há a maior incidência deste princípio.

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 22), mencionando Rodrigo da Cunha Pereira (2003), salienta que as mudanças ocorridas na sociedade do século XX, tanto sociais como políticas e científicas, também interferiram nas entidades familiares, criando-se novos modos de pensar e se organizar e, por consequência, conflitos entre pessoas que possuem convicções da vida diferenciadas. Neste cenário entra a noção de dignidade da pessoa humana, que terá o papel de solucionar tais problemas, ou seja, serão analisados quais caminhos serão considerados dignos para um ser humano.

Maria Berenice Dias (2009, p. 62), ao relacionar a dignidade na esfera familiar, em seu livro, afirma que “significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família”.

Na jurisprudência, o princípio em ênfase é, muitas vezes, decisivo para os julgamentos judiciais de âmbito familiar. Cita-se, como um de vários exemplos, a ementa do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais:

“INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana”. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5. Decisão de 01/04/2004. Relator Unias Silva, v.u.).

Outra decisão recentemente acolhida pelo Tribunal de Justiça de Paraná refere-se a impenhorabilidade do único bem de família do fiador levando-se em conta o direito de moradia, o princípio da proteção da dignidade à pessoa humana e pelo fato do filho menor do fiador ser dependente deste e portador de uma doença grave e rara (Cistinose):

EMBARGOS INFRINGENTES CÍVEL. PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. POSSIBILIDADE. VOTO VENCIDO IMPENHORABILIDADE. OFENSA AO DIREITO À MORADIA. EMBARGOS INFRINGENTES. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. OFENSA AO DIREITO DE MORADIA. SITUAÇÃO ATÍPICA. DOENÇA GRAVE DO FILHO MENOR DO FIADOR. OBSERVÂNCIA. INAPLICABILIDADE EXCEPCIONAL DO ARTIGO 82 DA LEI 8.245/90.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS. (Tribunal de Justiça do Paraná, 12ª Câmara Cível em Composição Integral, Embargos Infringentes Cível 220509-8/01. Decisão de 03/09/2008. Relator José Cichocki Neto, v.u.). (grifo nosso).

Evidencia-se, então, que o princípio da dignidade humana visa à proteção da entidade familiar brasileira, assim como na criação, aplicação e mitigação das normas do Direito de Família, garantindo, desse modo, que todos os componentes da família se desenvolvam e vivam dignamente.

3.3 Princípio do Melhor Interesse do Menor: um Subprincípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conforme foi ressaltado no capítulo anterior, o Princípio do superior interesse da criança e do adolescente, outra denominação dada por Maria Helena Diniz (2010, p. 23), é esculpido, atualmente, por boa parte do ordenamento jurídico brasileiro, tanto de forma explícita quanto implícita. Neste tópico, demonstra-se a importância do princípio da dignidade humana na proteção do menor e na construção dos direitos deste.

O ponto de partida, como já citado, é, sem dúvida, a Constituição Federal de 1988. O princípio do melhor interesse do menor encontra-se em seu artigo 227, sendo que enfatiza a dignidade como um dos direitos essenciais às crianças e adolescentes, assim seja:

Art. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (grifo nosso).

A Constituição Federal, assim, adotou o que se chama de Teoria da Proteção Integral, passando a vigorar no Brasil a partir do advento daquela. Segundo Felício Pontes Jr. (1992), apud Tânia da Silva Pereira (2000, p. 14) por essa doutrina:

[...] crianças e adolescentes são sujeitos de direito universalmente conhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas além desses, de direitos especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que devem ser asseguradas pela família, Estado e sociedade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) é, sem dúvida, norteado pelo princípio do melhor interesse do menor. Seu artigo 15 elenca a dignidade sendo um dos direitos inerente ao menor: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Em seguida, o artigo 18 expõe atos que não se enquadram na formação da dignidade do menor: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

Dessa forma, cabem às famílias, à sociedade e ao Estado conferir às crianças e adolescentes uma infância e adolescência digna, livre de violência, situações constrangedoras e outras situações que levem a má formação destes.

Na jurisprudência, cita-se uma decisão recentemente acolhida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, num caso de destituição do poder familiar por parte da mãe de um menor, levando-se em conta o princípio da dignidade à criança:

APELAÇÃO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. AGRESSÕES FÍSICAS E ABANDONO DO MENOR PELA SUA GENITORA. COMPROVAÇÃO. DESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO. Restando demonstrado nos autos que a genitora do infante o agride fisicamente, bem como verificado o seu abandono, a

destituição do poder familiar é medida que se impõe, levando-se em conta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da máxima proteção à criança e ao adolescente. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0290.07.050505-9/001. Decisão de 07/05/2009. Relatora Maria Elza, v.u.). (grifo nosso).

Enfim, a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro. Destarte ela norteará todo o ordenamento jurídico, inclusive as questões ligadas ao Direito de Família. Embora esta área do Direito seja alvo de constantes modificações, por conta de a sociedade estar sempre adotando novos princípios e regras, o tratamento digno que todos merecem ter deve prevalecer. Assim, crianças e adolescentes, ao serem chamadas de “gerações futuras”, necessitam ter seu desenvolvimento de forma plena, sempre levando em conta o princípio do melhor interesse para o menor.

4 FILIAÇÃO

4.1 Noções Gerais de Filiação

Ao estudar o tema filiação, deve-se analisar os novos fatos sociais. Arranjos familiares inexistentes anteriormente que permitem que uma pessoa possa ter filhos num casamento e, posteriormente, se una com outra que tenha filhos de outro casamento e podendo ter seus filhos em comum. Os sociólogos apelidam essa situação de “família mosaico”.

Isso é uma realidade que o Direito precisa se atentar, pois disto surgirá relações entre irmãos unilaterais, que se subdividem em irmãos germânicos – do mesmo pai - e irmão uterinos – mesma mãe. Ademais, a Constituição Federal de 1988 já modificou as regras familiares vigentes no século passado, igualando em direitos e qualificações, os filhos concebidos ou não durante o casamento.

De forma muito sucinta, conceitua-se filiação como o vínculo de parentesco sanguíneo, em linha reta, em 1 grau, ou seja, a relação jurídica entre pais e filhos.

Neste sentido, o ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 223-224) acrescenta que “a filiação é, destarte, um estado, o *status familiae*, tal como concebido pelo antigo Direito. Todas as ações que visam a seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado”. E complementa que este vínculo possui regras para sua constituição, modificação e extinção estabelecidos no ordenamento jurídico.

Sob o prisma do filho, utiliza-se o termo filiação propriamente dita. Em sentido contrário, isto é, sob o lado dos pais, denomina-se paternidade ou maternidade. Contudo, muitas vezes o legislador engloba a expressão paternidade para ambos os genitores, tendo como exemplo o disposto no artigo 226, § 7º da Lei Maior.

Neste capítulo, será feita uma breve análise sobre a relação entre pais e filhos da sociedade romana, assim como uma comparação entre as normas do Código Civil de 1916 e de 2002 a respeito do tema, e, em seguimento, discorrer-se-á sobre o poder familiar.

4.2 Filiação no Direito Romano

É de grande importância adentrar-se ao estudo da família romana, já que influenciou o modelo de família do ocidente por muito tempo.

Durante a Roma Antiga, a sociedade tinha como base institucional autoridades homens (princípio da autoridade). Assim também ocorria na família romana. O chefe de família, a figura paterna, era considerado soberano a todos os outros membros familiares, os quais deviam respeito e obediência.

Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 29) explica as funções de cada membro familiar romano:

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía a justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in locu filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha a esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio rantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

A entidade familiar se classificava de acordo com a influência de um membro sobre o outro. Deste modo, havia o *siu juris*, representado pelo *pater*, e *alieni júris*, compostos pelos outros entes familiares àquele submetidos. O *pater famílias*, destarte, exercia as funções de dirigente da família, eclesiástico e magistrado e suas decisões e ordens eram sagradamente acolhidas pela esposa, prole, servos e outros terceiros a ele dependentes.

No que tange às relações de parentesco, os vínculos eram divididos em agnação e cognação. O primeiro era constituído pelos indivíduos ligados ao mesmo *pater familiae*, quais sejam, a mulher e os filhos consangüíneos ou não. O segundo consistia simplesmente no liame sanguíneo entre pessoas. Assim, considera-se parente por cognação uma mulher casada em relação a sua mãe. (PEREIRA, 2009, p. 319).

Em se tratando de filiação no direito romano, os filhos distinguiam-se em legítimos (*justi ou legitimi*), quando eram concebidos durante o matrimônio de seus pais; espúrios (ou ilegítimos) (*spurii, vulgo quaesiti, vulgo concepti*), o que se originava da união ilegítima, isto é, de relações extraconjugais, sendo, por sua vez, subdivididos em incestuosos e adúlteros; e naturais (*naturales liberi*), provenientes do concubinato, estes, surgido, entretanto, no direito pós-clássico. (MAIA, 2008, p. 22).

A procriação tinha como principal intuito a sucessão do culto familiar. Entretanto, por questões religiosas, apenas os filhos homens legítimos poderiam dar continuidade às oferendas aos seus ascendentes. (JESUS, 2003, p. 24).

Os filhos espúrios, do ponto de vista jurídico, não eram reconhecidos pelo pai, não possuindo quaisquer direitos advindos da relação de filiação. Havia, no máximo, o laço físico entre ambos. (PEREIRA, 2009, p. 351). Thiago Aparecido de Jesus (2003, p. 24) analisando este aspecto, ressalta que:

O filho ilegítimo não possuía posição definida no grupo familiar, não participava dos atos sacros e não podia sequer fazer orações. Era considerado, simplesmente, o portador dos erros e pecados dos seus pais que violaram o sistema estatuído, gerando um filho de forma contrária à moral e à religião. Ainda mais grave era a situação do filho ilegítimo adúltero, que sequer podia ser enterrado no túmulo familiar ao lado dos demais membros da família.

Entretanto, pelo instituto da adoção tempos após, era possível que um filho espúrio constituísse membro da família romana, se igualando àqueles legítimos.

No ano de 450 A.C., foi codificada a Lei das Doze Tábuas e, a partir dela, a autoridade do *pater familiae* foi se tornando mais branda. Mulheres e filhos se tornaram menos dependentes do arbítrio do chefe de família, sendo que, estes

começaram a administrar os vencimentos militares, além da possibilidade de emancipação destes, o que não ocorria nos tempos passados. A mulher poderia obter o direito à guarda e à herança de seu falecido marido, se não tivesse deixado descendentes ou irmãos. Contudo, mesmo com essa mitigação, a decisão final nos assuntos familiares pertencia ao chefe. (GONÇALVES, 2010, p. 31).

No que concerne aos filhos naturais, a partir do governo de Justiniano, no ano 539, conquistaram o direito de sucessão e a alimentos. Posteriormente, caso os pais deste filho contraíssem matrimônio, aqueles passavam a serem considerados filhos legitimados. E, na última etapa do direito romano, foram equiparados aos filhos legítimos.

Já os filhos ilegítimos, mesmo com a evolução do direito de família romano, continuaram a ser desprezados juridicamente, não possuindo direitos a alimentos e impedido de suceder ao pai falecido.

Independentemente do tipo de filiação, a maternidade era certa e a genitora possuía o dever de alimentar sua prole.

4.3 Filiação no Direito Civil brasileiro: análise dos Códigos Civis de 1916 e 2002

O instituto da filiação estava textualizado nos artigos 337 a 367 do revogado Código Civil de 1916, divididos em capítulos de acordo com os tipos de filhos. Neste contexto, assim como no direito romano, subsistia a classificação em filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, este se subdividia em naturais e espúrios.

Renato Maia (2008, p. 25) faz uma crítica a respeito dessa divisão:

Quando, da edição do Código Civil de 1916 e legislações ordinárias posteriores, classificou-se os filhos, distinguindo-os entre legítimos e ilegítimos, ficando estes, dependentes de qual categoria se enquadrariam para serem reconhecidos ou não, como se estes pudessem pagar pelas atitudes de terceiros, sendo que culpa alguma poderia lhes ser atribuída, pois em nada tinham contribuído para a dessemelhança que portavam.

O artigo 337 do Código Civil anterior dispunha que “são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé”. Para isso, o artigo 338 esclarece que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, além daqueles nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Este critério, ainda mantido no Código de 2002, leva em consideração os períodos mínimos e máximos de uma gestação. O prazo de 180 dias, o que corresponde a aproximadamente 6 (seis) meses, corresponde a um tempo mínimo que a Medicina considera viável para uma criança nascer com vida, porém tais casos ocorrem raramente, devido a pré-maturidade do menor, o que dificulta sua sobrevivência. Este lapso temporal começa a correr a partir de efetivada a convivência conjugal, pois, assim como hoje, era possível os cônjuges se casarem por procuração, ou porque, por fatos complacentes, estavam impedidos de coabitarem na mesma casa.

Neste sentido, explica Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 1457):

O Código de 1916 adotara o sempre repetido princípio segundo o qual pai é quem assim demonstram as justas núpcias (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Presume-se o antigo legislador que o filho de mulher casada foi concebido pelo marido. A presunção, fundamentada no que usualmente ocorre, possuía um embasamento cultural e social, em prol da estabilidade da família, uma vez que impedia que se atribuísse prole adúlterina à mulher casada.

Os filhos legitimados eram aqueles gerados por pais que não estavam casados ao tempo da concepção, mas que contraíram matrimônio em determinado momento após o nascimento. A legitimação dos filhos, ora considerados ilegítimos, decorria, portanto, do casamento dos pais que não tinham nenhum impedimento legal para o ato e gerando, por conseqüência, a equiparação daqueles aos filhos legítimos.

A legitimação, na época, era uma forma de integrar o filho perante a sociedade, já que os ilegítimos eram alvo de discriminação e preconceito. E, sendo

igualados aos legítimos, detinham direitos pessoais e patrimoniais, como o sobrenome e herança.

E, por ultimo, os filhos ilegítimos eram aqueles concebidos durante uma relação extraconjugal. Distinguiam-se em naturais, quando nascidos de pais que não possuíam impedimentos quanto a parentesco e casamento, e espúrios, se entre seus genitores a lei impedia que ocorresse o matrimônio. Por sua vez, estes se subdividiam em adulterinos e incestuosos. Aquele decorria da infidelidade de um ou ambos os genitores, isto é, o filho nasceu de um ou ambos os pais casados com outra pessoa. (artigo 183, IV, do Código Civil de 1916). Destarte se o adultério fosse por parte materna, eram denominados *a matre*; por parte de pai, *a patre*, e por ambos os pais, *a patre e a matre*. Os incestuosos eram filhos cujos pais eram parentes em grau proibido para o matrimônio, como entre irmã e irmão. (artigo 183, incisos I a V do Código Civil).

Senão leia-se a redação do artigo 183, incisos I a IV do Código Civil anterior, do qual se extrai a qualificação de um ou ambos os pais na questão dos filhos incestuosos e adulterinos:

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo;

III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376);

IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376);

VI - as pessoas casadas (art. 203);

No tocante aos filhos ilegítimos, o Código Civil de 1916 permitia que fossem reconhecidos por seus genitores, conjunto ou separadamente (artigo 355). Não obstante os incestuosos e adulterinos eram impedidos de serem reconhecidos por aqueles que possuíam os impedimentos citados anteriormente, segundo o artigo 358. Contudo, a Lei nº 7.841, de 17/10/1989 revogou tal artigo.

A promulgação da Carta Constitucional de 1988 extinguiu a classificação adotada pelo Código Civil ora vigente, ou seja, tanto os filhos advindos de uma relação matrimonial quanto daqueles não matrimoniais se igualaram em

direitos e deveres, não podendo ocorrer qualquer discriminação no que tange à filiação. É o que assegura, em síntese, o artigo 227, § 6º da Lei Maior. Dessa forma, os critérios adotados para classificar os filhos são apenas utilizados para fins didáticos. Ou seja, tal denominação de filhos matrimoniais e não matrimoniais reflete apenas na situação fática, sendo que, juridicamente, não poderá sobrevir distinções.

Diante das mudanças normativas, o Código Civil de 1916 não tinha mais aplicabilidade em diversos assuntos relacionados à filiação e também em muitas áreas do Direito de Família. Tais modificações legislativas e sociais refletiram nos novos dispositivos do Código Civil de 2002. Tanto é que a redação de seu artigo 1596 foi escrita com o mesmo teor do artigo 227, § 6º, da Carta Maior: “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”. Ressaltando que o Código Civil atual apenas faz menção a filhos havidos dentro ou fora do casamento.

Em razão dos avanços da ciência e tecnologia, ampliou-se o rol normativo da presunção dos filhos concebidos na constância do casamento. Além daqueles advindos de relações sexuais entre os pais, hoje existe os filhos gerados por reprodução assistida. Tanto as hipóteses naturais quanto as artificiais encontram-se normatizadas no artigo 1597 do Código Civil em vigor:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A respeito dos incisos III, IV e V do artigo supracitado, Maria Berenice Dias (2008, p. 329) leciona que:

As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ incluem todas as ‘técnicas de reprodução assistida’ que permitem a geração de vida, independentemente do ato sexual, por método artificial,

científico ou técnico. Fecundação, resultante de reprodução medicamente assistida, é utilizada em substituição à concepção natural, quando houver dificuldade ou impossibilidade de um ou ambos de gerar. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de **reprodução assistida**.

A fertilização assistida é realizada por via de dois métodos: a inseminação artificial, na qual o gameta masculino é introduzido diretamente no corpo da mulher, por técnicas artificiais, e lá ocorrerá a concepção, e a fertilização *in vitro*, consistente na união dos gametas masculinos e femininos dentro de uma proveta e, em momento posterior será implantado o embrião no útero da genitora. (GONÇALVES, 2010, p. 311).

O inciso III do artigo 1597 trata da fecundação artificial homóloga, isto é, quando os gametas masculinos e femininos utilizados para a concepção pertencem a ambos os cônjuges ou companheiros, mesmo que já falecido o marido. Neste caso, já é pacífico na doutrina e jurisprudência que, se tratando de concepção artificial *post mortem*, é mister que haja autorização expressa do falecido para a utilização de seu sêmen, mesmo que fornecido-o anteriormente ao seu óbito, vigorando, portanto, o princípio da autonomia da vontade. Caso contrário, segundo leciona Maria Berenice Dias (2008, p. 330), “sem tal autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto”.

A hipótese do inciso IV traz a figura dos embriões excedentários. Estes são gerados em uma proveta (*in vitro*), decorrentes de uma fecundação artificial homóloga, não sendo utilizados num primeiro momento, e sim retidos por técnicas especiais. Enfatiza-se que os embriões devem necessariamente provir de gametas dos pais casados ou em união estável.

Destaque para o Enunciado 107 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002, extraído do site www.daleth.cjf.jus.br:

Enunciado 107 – Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Sendo assim, os embriões excedentários ficarão armazenados até que haja autorização para a sua implantação no ventre da mãe, sendo os genitores casados, companheiros, separados ou divorciados.

Por fim, o artigo 1597, inciso V, trata do filho gerado por inseminação artificial heteróloga. Esta técnica ocorre quando se utiliza o gameta masculino de um terceiro, doador, que não o marido, para a fecundação. Para isso, a lei impõe que haja prévia autorização do esposo para utilização de material genético de terceiro. Tanto os nomes dos doadores quanto os dos receptores devem permanecer em sigilo.

O marido, conseqüentemente, não será pai biológico, mas será registral e socioafetivo. A fecundação heteróloga determina a presunção de paternidade, já que é requisito necessário o consentimento do homem. Assim sendo, segundo doutrina pacífica, o cônjuge não poderá impugnar sua paternidade, indo contra o princípio da paternidade responsável, salvo se alegar, judicialmente, que aquela criança foi concebida, por sua esposa, em uma relação extra-matrimonial. (artigos 1600 e 1602 do Código Civil).

A respeito, argumenta Maria Helena Diniz (2010, p. 465):

A presunção do art. 1597, V, visa a instaurar a vontade procriacional no marido, como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao autorizar a inseminação heteróloga de sua mulher. A paternidade, então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com esperma de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade.

Deste modo, caso o pai venha contestar a paternidade, estará agindo de forma desleal e contrária à boa-fé, pois houve deliberação de ambos os cônjuges para a inseminação artificial heteróloga. Destarte a doutrina indica uma falha do legislador ao prever apenas o consentimento prévio por parte do homem, ou seja, basta a concordância de forma verbal para que ocorra o procedimento de fecundação de um sêmen de um terceiro com o óvulo de sua mulher. O artigo 1597, V, deveria ter estabelecido a anuência escrita, para, deste modo, dar maior segurança jurídica ao ato de consentir.

Caso os cônjuges ou companheiros venham a se separar e já houve prévia autorização para a reprodução heteróloga, ambos poderão revogar seus consentimentos, desde que ainda não tenha ocorrido a implantação do embrião dentro da esposa ou companheira.

Por mais que o Código Civil de 2002 tenha inovado nas hipóteses de filiação, além de leis esparsas regulamentadoras da reprodução assistida, existem ainda muitas questões jurídicas a serem analisadas, tudo para que as aplicações das técnicas artificiais de concepção sejam mais seguras, juridicamente, poupando, de tal modo, problemas futuros ligados a maternidade e/ou paternidade.

No tocante aos filhos concebidos fora do casamento, o Código Civil traz sua regulamentação nos artigos 1607 a 1617. O ordenamento jurídico brasileiro não mais utiliza a classificação em filhos legítimos e ilegítimos, ante o princípio constitucional da igualdade entre eles, como já mencionado anteriormente. Entretanto, reza o artigo 1607 que “o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”.

Assim, diferentemente da filiação matrimonial, onde vigora o princípio da presunção de paternidade, os filhos concebidos fora do casamento devem ter sua paternidade reconhecida, de forma voluntária ou judicial.

As formas de reconhecimento voluntário estão estabelecidas no artigo 1609 do Código Civil de 2002:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

O reconhecimento feito no registro de nascimento (inciso I) decorre da declaração de um ou ambos os pais. Caso só contenha o nome de um dos genitores, o outro poderá reconhecer posteriormente, voluntariamente ou a pedido de forma judicial.

Poderá, o pai ou a mãe, efetuar o reconhecimento por escritura publica (inciso II), independentemente do fim que esta se destine, desde que fique clara a intenção de reconhecer. Também é possível através de escritura particular, desde que registrada em Cartório. O testamento (inciso III) é outra forma prevista em lei para o ato e, mesmo que seja anulado posteriormente, o reconhecimento continua válido (artigo 1610). E, por fim, o genitor poderá pedir ao juiz que haja o reconhecimento do filho (inciso IV).

O reconhecimento espontâneo é um ato solene, público, pessoal e irrevogável. Possui efeitos *ex tunc*, retroagindo ao tempo do nascimento da criança. Há a possibilidade de se efetuar o reconhecimento antes mesmo de nascer, já que o artigo 2º do Código Civil resguarda os direitos do nascituro. E, caso o filho não sobreviva ao parto, o reconhecimento não será cancelado, procedendo-se ao seu registro no cartório.

No que tange ao reconhecimento judicial, também denominado de coativo ou forçado, é realizado através da ação de investigação de paternidade ou maternidade, se for o caso, regulado pela Lei nº 8560/92. Dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Por se tratar de uma ação personalíssima, a legitimidade ativa para propô-la é do filho e, se menor, deverá ser representado pelo genitor já reconhecido ou tutor. Sendo maior, deverá ocorrer seu consentimento para se proceder ao reconhecimento e, se menor, poderá futuramente contestar o reconhecimento num prazo de 4 anos a partir de sua maioridade ou emancipação, conforme artigo 1614 do Código Civil. Caso este filho venha a falecer, diz o artigo 1606 da Lei Civil que os herdeiros só terão legitimidade se aquele “morrer menor e incapaz”. Contudo, se já existe uma ação do *de cuius* tramitando, os seus herdeiros poderão prosseguir com ela, no pólo ativo, se não extinto o processo (parágrafo único do artigo 1606).

A legitimidade passiva recairá sobre o (s) suposto (s) genitor (es) ou, se já falecido (s), os herdeiros deste (s). Gonçalves (2010, p. 343) completa o raciocínio no sentido de que “se não houver herdeiros sucessíveis conhecidos, a

ação deverá ser movida contra eventuais herdeiros, incertos e desconhecidos, citados por edital”.

A imprescritibilidade é uma das características da ação de investigação de paternidade, mas não atinge os efeitos patrimoniais decorrentes deste reconhecimento. Preceitua, dessa forma, a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. Como a lei não traz prazo, aplica-se o artigo 205 do Código Civil, prescrevendo em dez anos a contar do reconhecimento da paternidade.

A sentença, sendo julgada procedente, tem eficácia contra todos e deverá ser averbada no Cartório competente. Dela decorrerão todos os direitos pessoais e patrimoniais ao filho, inclusive a fixação de alimentos que deles necessite.

4.4 Poder Familiar

4.4.1 Conceito

O poder familiar é considerado um dos institutos mais antigos do âmbito civil. Também é conhecido, por alguns doutrinadores, como poder parental, entretanto a expressão ainda mais utilizada e conhecida, embora modificada pela legislação brasileira, é denominada pátrio poder.

De forma bem sucinta, Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 442) define poder familiar sendo “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições”.

Partilhando do mesmo entendimento, Maria Helena Diniz (2010, p. 564) conceitua poder familiar:

[...] como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Dessa forma, tem-se que o poder familiar deriva do vínculo de filiação, já que apenas o pai e a mãe do menor podem exercê-lo, sempre visando ao resguardo dos bens e do caráter deste.

Cunha Gonçalves (1955) apud Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 396-397) justifica o referido instituto, afirmando que:

[...] os filhos adquirem direitos e deveres, sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e para este fim, representá-los em juízo ou fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semi-pública, designada por *poder paternal* ou *pátrio poder*, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de *direitos-deveres*, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais.

Durante a Roma Antiga, a família era regida pela autoridade do *pater famílias*. Apenas o pai devia exercer as funções de conduzir o culto e ditar as regras no âmbito familiar. Na questão do antigo pátrio poder, não era diferente. O patriarca poderia direcionar a vida do filho como bem achasse, a partir do seu nascimento. Aquele escolhia com quem seu filho casaria, decidia sobre a vida e a morte, aplicava castigos da forma que aprovesse, dentre outros.

Tal predominância do chefe paternal sobre os filhos foi sendo relativizada ao longo dos séculos, principalmente com a influência do sistema germânico sobre o romano, já que, naquele, a função do pátrio poder era a criação do menor objetivando seu bem estar, em todos os sentidos. Diferentemente daquele, no qual o filho era considerado uma posse, prevalecendo à vontade do pai, sem se importar se os atos tomados eram ou não benéficos ao filho. Entretanto, mesmo com a mitigação, somente o pai detinha o poder familiar, sendo que a mãe exercia sua função de reprodução e educação dos filhos.

No tocante a legislação brasileira, o Código Civil de 1916, no artigo 379, determinava que o poder familiar fosse desempenhado apenas pelo marido. No entanto, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/62) modificou o artigo, passando a

determinar que ambos os cônjuges exercessem o pátrio poder, prevalecendo a decisão do marido quando houvesse divergência entre eles. Um grande avanço ao incluir a mulher como detentora das decisões pertinentes aos filhos menores, mas, em meio a uma sociedade ainda machista, a decisão do homem era a que prevalecia nos casos de não entendimento entre os cônjuges.

Nota-se que este instituto, ao contrário do mencionado, é norteado atualmente pelo princípio da igualdade entre os cônjuges. A Constituição Federal de 1988 consagra-o no artigo 226, parágrafo 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Desta forma, o artigo 379 da Lei Civil de 1916 não mais tinha aplicabilidade.

O Código Civil de 2002 trata do poder familiar nos artigos 1630 a 1638. Em conformidade com a Lei Maior atual, o artigo 1631 afirma que “[...] compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. Neste contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) também disciplinou a questão do poder familiar, no artigo 21:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Portanto, os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar, este exercido conjuntamente entre os pais, com a finalidade de proteção do patrimônio e da pessoa do filho, ou seja, levando em conta o critério do melhor interesse ao menor. Não mais permanece o pensamento do qual só o cônjuge-varão detinha o direito e a obrigação dos pais em relação aos menores. Tanto é que a expressão pátrio poder não é mais cabível, já que se refere apenas ao poder do pai, sendo modificada por poder familiar.

4.4.2 Características

O instituto do poder familiar traz consigo características que devem necessariamente não ser infringidas, as quais são elencadas abaixo:

- a) É irrenunciável, isto é, os pais ou aqueles que estiverem exercendo a guarda do menor não podem desistir dele. Justifica-se a irrenunciabilidade pelo fato do poder familiar visar unicamente à proteção dos filhos. A única ressalva acontece nos casos de adoção, quando os pais biológicos, através de um termo em juízo, autorizam que seu filho seja colocado à adoção. Alguns doutrinadores argumentam que a emancipação voluntária (artigo 5º, inciso I, do Código Civil) também constitui uma forma de renúncia ao poder familiar.
- b) É indelegável (intransferível), não podendo ocorrer a transferência do poder familiar a outras pessoas, a título oneroso ou gratuito. Única exceção consiste na adoção, já visto acima.
- c) É indivisível, embora haja divergência doutrinária a respeito. Para uma corrente, o poder familiar sempre será indivisível, já que tanto o pai quanto a mãe devem exercê-lo em conjunto. Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 308-309) argumenta que o poder familiar é indivisível, mas não o seu exercício:

Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns dos deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta.

Outra parte da doutrina alega que poderá ocorrer sua divisibilidade em certos casos, tomando como exemplo, a guarda.

- d) É imprescritível, “já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei”. (DINIZ, 2010, p. 566).
- e) É exclusivo, competindo aos pais o exercício do poder familiar. Aqui, faz-se uma ressalva no tocante ao artigo 1631 do Código Civil, mencionando que caso haja falta ou impedimento de um dos genitores, o outro o exercerá com exclusividade. Este dispositivo se enquadra às famílias monoparentais, em que um dos cônjuges tenha morrido, assim, o outro exercerá o poder familiar. O artigo 1633 também atribui à mãe a exclusividade nos casos do não reconhecimento do filho pelo pai e, nas situações em que a mãe não for conhecida ou for incapaz, nomear-se-á tutor, caso em que esta será titular do poder familiar.
- f) É temporário, conforme dispõe o artigo 1630 do Código Civil, já que apenas os filhos menores, ou seja, aqueles que não completaram 18 anos ou não foram emancipados, são protegidos pelo instituto estudado. Assim, ao completar 18 anos, extingue-se o poder familiar.
- g) É incompatível com a tutela, pois se o poder familiar está nas mãos dos pais, não ocorrerá a nomeação de um tutor para o menor. Este caso só advirá da suspensão ou destituição do instituto perante ambos os pais, pois se acontecer somente com um deles, o outro exercerá o poder de forma exclusiva.

4.4.3 Exercício do poder familiar

O artigo 1634 elenca todos os direitos e deveres dos pais no tocante ao exercício do poder familiar, visando à proteção quanto à pessoa dos menores:

Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação,
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
V - representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A respeito dos sete incisos elencados pelo artigo 1634, a doutrinadora Maria Berenice Dias aponta uma crítica:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder familiar é a mais importante que coloca em relevo a **afetividade responsável** que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo (2003) apud Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 401) também argumenta que o Código Civil:

[...] é omissivo quanto aos deveres que a Constituição cometeu à família, especialmente no art. 227, de assegurar à criança e ao adolescente 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 [...].

Deste modo, deve-se aplicar os incisos do artigo 1634 do Código Civil, em conjunto com aqueles direitos e garantias da criança estabelecidos na Carta Maior.

O inciso I do artigo 1634 lista a principal obrigação dos pais: a criação e educação de seus filhos menores. Através desse direcionamento é que os filhos se tornarão pessoas úteis no âmbito familiar e perante a sociedade. É dever dos genitores ensiná-los a se comportar e se relacionar com as pessoas, indicando os princípios e regras pertinentes a sobrevivência individual e social. No que tange a

educação, os pais escolherão o melhor ensino escolar e religioso a ser seguido. Portanto, “cumpre-lhes [aos pais] capacitar a prole física, moral, espiritual, intelectual e socialmente em condições de liberdade e de dignidade (ECA, arts. 1º, 3º, 4º e 15)”. (DINIZ, 2010, p. 569). Caso os pais não cumpram esses deveres, poderão responder pelo crime de abandono material, tipificado no artigo 244, do Código Penal, além de perderem o poder familiar (artigo 1638, inciso II, do Código Civil).

Dispõe o inciso II o direito e o dever dos pais em ter seus filhos sob sua companhia e guarda. Considera-se este inciso sendo complemento do anterior, pois estando junto aos pais é que os menores observarão as condutas de cada genitor nas diversas relações sociais, bem como os pais estabelecerão os lugares a serem freqüentados, horários de estudo e lazer e com quais pessoas os menores poderão conviver e construir relações de amizade. Lembrando que este exercício não pode ocorrer de forma abusiva; é importante que se respeite a dignidade de pessoa da criança e do adolescente, sempre visando ao melhor interesse do menor. Caso os pais venham a se divorciar, a guarda será exercida pelo genitor que melhor tenha condições, podendo optar também pela guarda compartilhada.

O inciso III determina que haja o consentimento dos pais para que o filho menor - a partir dos dezesseis anos - se case (artigo 1517 do Código Civil). Caso a autorização não ocorra, injustificadamente, poderá ser suprida pelo juiz (artigo 1519 do Código Civil), se este se convencer de que as núpcias do menor trarão benefícios ao mesmo.

A nomeação de um tutor pelos pais, através de testamento ou documento autêntico (inciso IV), quando um dos cônjuges já faleceu ou não poder exercer o poder familiar, pois “se presume que ninguém melhor que os próprios pais saberá escolher a pessoa a quem confiar a tutela do filho menor”. (GONÇALVES, 2010, p. 405).

Quanto ao inciso V, os menores impúberes, isto é, os filhos com idade até dezesseis anos, serão representados por seus genitores e estes praticarão os atos da vida civil em nome dos menores, sob pena de declaração de nulidade do ato (artigo 166, inciso I, do Código Civil). Já os menores púberes - entre dezesseis e dezoito anos - poderão exercer os atos da vida civil, desde que assistidos pelos pais, sob pena do ato se tornar anulável (artigo 171, inciso I, do Código Civil).

O inciso VI visa à proteção do exercício familiar pelos pais, pois possuem o direito de acionar o Poder Judiciário caso um terceiro esteja com o menor, ilegalmente. Para tal, a ação de busca e apreensão do menor, com pedido de tutela liminar, será interposta. Se tratando de pais separados, poderá ser movida a ação de modificação de guarda, caso ocorra o desrespeito do direito de guarda.

Por fim, o inciso VII permite que os pais exijam respeito, obediência e prestação de serviços em consonância com a idade dos menores. Para que ocorra o efetivo exercício do poder familiar, os pais devem impor obediência aos filhos para que estes ajam conforme os liames ditados por aqueles. No entanto, o respeito e obediência devem ser recíprocos, não podendo ser exercidos abusivamente. Os filhos também devem ajudar nos serviços domésticos que sejam próprios para a sua idade. A Lei trabalhista proíbe o trabalho fora do lar ao menor de 16 anos (artigo 403, da Consolidação das Leis Trabalhistas), salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos (artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal e artigo 428, da Consolidação das Leis Trabalhistas).

Na questão patrimonial dos filhos menores, o Código Civil, no artigo 1689, confere aos pais o usufruto dos bens dos filhos (inciso I), bem como a administração dos seus bens (inciso II).

No entanto, o artigo 1693 indica os bens que não integram o usufruto e a administração pelos pais: I - os bens obtidos pelo filho concebido fora do casamento, anteriores ao reconhecimento; II - os valores obtidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício da profissão e os bens advindos de tais recursos; III - os bens deixados ou doados ao menor, sob a condição de não serem objetos de administração e usufruto, pelos pais; IV - os bens que aos filhos incumbirem na herança, sendo os pais excluídos da sucessão.

Existindo divergências relacionadas aos bens em usufruto ou administrados pelos pais, qualquer um deles poderá acionar o Judiciário para que este solucione a questão. Só será possível alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos mediante autorização judicial, demonstrada a necessidade ou manifesto interesse do menor.

4.4.4 Suspensão, perda e extinção do poder familiar

Os pais possuem o direito-dever, concedido por lei - e mesmo moralmente - de criar, orientar e administrar os bens dos filhos menores. Caso estejam prejudicando o interesse e desenvolvimento do menor, devem ser afastados do exercício do poder familiar. Neste sentido, o doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 316) explica que:

Como o poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode interferir nessa relação, que, em síntese, afeta a célula familiar. A lei disciplina casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente.

A suspensão do poder familiar é uma das medidas decretadas pelo juiz, a requerimento de parente do menor, do Ministério Público, ou de ofício, quando os pais praticarem atos enquadrados no artigo 1937 e parágrafo único do Código Civil. Veja:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (grifo nosso).

Maria Helena Diniz (2010, p. 576) afirma que a suspensão do poder familiar “é, pois, uma sanção que visa a preservar os interesses do filho, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei”.

O caso concreto averiguado pelo juiz é que determinará ou não a suspensão, já que as causas de suspensão do artigo 1637 e parágrafo único são genéricas. Ocorrendo abuso de autoridade e desleixo com os deveres do exercício do poder familiar, os pais estarão sujeitos a tê-lo suspenso.

A suspensão do poder familiar é temporária, cessando quando não mais for necessária; pode ser total, englobando todo o poder familiar, ou parcial, limitando-se, por exemplo, ao impedimento de ter o filho sob sua companhia; incide sobre a mãe, ou o pai, ou ambos e pode incidir em um ou todos os filhos menores.

Um ou ambos os pais também estão sujeitos a perda - ou destituição - do poder familiar, que constitui algo mais grave que a suspensão, pois, em regra, é permanente, salvo se provado em juízo que a causa pelo qual se deu a perda cessou-se, e é imperativa, abrangendo todos os filhos. Os quatro incisos do artigo 1638 indicam os ensejos da perda do poder familiar, que devem ser aplicados caso a caso:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

O inciso I se reporta a violência familiar, quando, sem justo motivo, os pais aplicam castigos desproporcionais à conduta do filho. O inciso II pode ser ligado ao artigo 1634, inciso II, que elenca do direito-dever de companhia e guarda. Mas, além disso, segundo Venosa (2010, p. 319) “abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico”. Se os pais colocam o menor em situações irregulares, contrariando a moral e os bons costumes (inciso III), como conviver com pessoas que traficam drogas, há grandes possibilidades de perderem o poder familiar. E, se derem causa, por diversas vezes, à suspensão do poder familiar, o inciso IV impõe que o juiz decrete a perda.

A perda do poder familiar ainda é mencionada no artigo 92, inciso II, do Código Penal, ocorrendo-a nos casos em que um ou ambos os pais forem condenados por crime doloso praticado contra o filho, com pena de reclusão.

Importante mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 24, prevê a suspensão quando os pais estiverem descumprindo o artigo 22 da mesma lei - guarda, sustento, educação e o não cumprimento das determinações judiciais para o menor.

Por fim, a extinção do poder familiar ocorrerá nos casos mencionados pelo artigo 1635 do Código Civil: morte do filho ou do pai (inciso I), emancipação e maioridade do filho (incisos II e III, respectivamente), adoção (inciso IV) e quando houver decisão judicial, nos casos do artigo 1638 do Código Civil (inciso V).

No caso de morte de um dos pais, o outro exercerá exclusivamente o poder familiar; se forem ambos, nomear-se-á um tutor ao menor, que passará a cuidar dos interesses daquele. Na adoção, haverá uma transferência do poder familiar dos pais biológicos para os adotantes. O falecimento do menor, “a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor”. (GONÇALVES, 2010, p. 411).

No momento em que o juiz decreta a perda do poder familiar de ambos os pais, automaticamente também se extingue o instituto, decorrente do artigo 1635, inciso V do Código Civil e o magistrado nomeará um tutor para cuidar dos bens e da pessoa do menor.

5 PATERNIDADE

5.1 Definição e considerações gerais

A palavra paternidade possui conotação muito subjetiva, dificultando uma definição segura. Deste modo, muitos autores não a conceituam, apenas citam características essenciais de um pai. Isto porque a figura paternal vem sofrendo constantes mudanças ao longo dos séculos. Alguns doutrinadores, no entanto, apresentam definições inteligentes.

Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 224) apresenta uma distinção entre filiação e paternidade. Para o autor, “filiação exprime a relação entre o filho e seus pais” e paternidade pode ser usada “de forma genérica para expressar a relação do pai e da mãe com relação aos filhos”.

O grande doutrinador da área civil, Clóvis Beviláquia, (1959) apud Renato Maia (2008, p. 50-51) igualmente traz as definições de paternidade e maternidade, diferenciando-as de filiação:

[...] a relação de parentesco existente entre a prole os progenitores chama-se filiação, quando considerada ascencionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; paternidade, quando considerada descencionalmente, do pai para o filho e maternidade, quando ainda descencionalmente, se tem em mira a mãe em face do filho.

Destarte os institutos da filiação e paternidade se confundem, ou seja, fazem parte de uma mesma relação jurídica, sendo que os sujeitos de ambos são os pais e seus respectivos filhos. Entretanto, a filiação é vista sob a ótica do filho para o pai, enquanto a paternidade, do pai para o filho.

Outras diferenças entre os dois institutos passíveis de ser elencadas são os direitos deles advindos. Na paternidade, os pais possuem o direito a guarda e visitas, nos casos de separação, o de exercer o poder familiar quanto à pessoa e

aos bens do filho menor, a alimentos e herança. No que tange à filiação, os dois últimos direitos da paternidade também se aplicam aos filhos, mas sob análise diferenciada, além deles terem direito ao nome de seus pais.

Luiz Roberto de Assumpção (2004, p. 51) é um dos autores que conseguiu definir paternidade:

O termo “paternidade”, em seu sentido plural, apresenta-se rico em nuances, que apontam a composição de um mosaico, que é a convivência cotidiana entre pais e filhos, mediante a expressão de seus anseios e objetivos, que perpassam os mais variados aspectos da relação. E o emprego da expressão “paterno-filial” é feito em sua homenagem, pois quer apontar as pessoas que estão inseridas nessa relação independentemente do modo de constituição a ela relacionado.

O Promotor de Justiça, Renato Maia (2008, p. 54), aborda, em seu livro *Filiação Paternal e seus efeitos como a psicanálise entende a figura do pai*:

[...] o pai ocupa um lugar determinante, sendo denominado de lugar da lei, porque faz o encaminhamento à cultura, tutelando a constituição de se sujeito, modulando as relações deste sujeito com o outro e a sociedade “permitindo a inserção da criança no universo das leis e do desejo, através de uma estrutura ‘edipiana’ que promove a sua inscrição no social”. (Barros, Fernanda Otoni de. *Do direito ao pai*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 96).

A sociedade romana, como já exposto, teve uma forte influência no ordenamento jurídico de vários países, inclusive no brasileiro. Assim também foi na questão da paternidade, principalmente no Código Civil de 1916.

Em Roma, o *pater* exercia uma autoridade sobre tudo e todos, e ninguém podia contestar suas decisões. Os filhos pertenciam ao pai, para quem deviam respeito. Ou seja, eram objetos para a autoridade paterna, cabendo ao *pater* decidir com quem iria casar, ter filhos e até mesmo sobre a morte deles. Os filhos ilegítimos, durante muitos anos, não eram reconhecidos e não tinham direito a alimentos, herança e a sucessão dos cultos religiosos da família, ao contrário dos legítimos.

Neste contexto, o poder autoritário do pai permaneceu por muitos séculos, inclusive no Brasil. Até o Código Civil de 1916 existia a diferenciação entre

filhos legítimos e ilegítimos, sendo que estes últimos, quando eram considerados espúrios, não tinham direito ao reconhecimento por parte de pai caso este se enquadrasse naqueles impedidos de contrair matrimônio, definidos pelo artigo 183 do Código Civil de 1916.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 colocou fim às discriminações entre os filhos, igualando-os em direitos e garantias.

5.2 A Presunção *pater is est*

A expressão latina *pater is est quem nuptiae demonstrant*, conhecida pela abreviação *pater is est* já advém desde tempos remotos. Pode ser traduzida como: o pai é aquele que demonstra legítimas núpcias. Na sociedade romana e germânica, a maternidade era sempre certa e, por conseguinte, o marido, em regra, era considerado o pai, devido à existência da relação matrimonial entre eles, sendo uma delas a coabitação. (PEREIRA, 2009, p. 326).

Tal presunção também era conferida com a finalidade de proteção das famílias, para que os filhos que tivessem a possibilidade de serem ilegítimos não os fossem, podendo, dessa maneira, gozar de todos os direitos e privilégios destinados aos legítimos. Além disso, a família era (e continua) sendo a base da sociedade e, para a sua estabilidade, era imprescindível que os filhos fossem advindos das relações matrimoniais, isto é, legítimos. E, por causa da sociedade patriarcalista que vigorou por muitos séculos, era uma vergonha para o marido não ser pai do filho de sua mulher, gerado, assim de uma relação extraconjugal. (BOEIRA, 1999, p. 42).

Conforme os ensinamentos de Assumpção (2004, p.70):

Dessa maneira, a presunção *pater is est* servia justamente para favorecer e consolidar a família calcada no patrimônio, pois a sua incidência era a garantia legal de que todos os filhos gerados pela mulher casada teriam como pai seu marido, mantendo-se, assim, a família como um conjunto de pessoas e bens subordinados a um chefe, que os administrava com a finalidade de transmitir o nome e o patrimônio familiar.

Zeno Veloso (1997, p. 52) justifica a presunção *pater is est*:

Não há nenhum exagero ou desvio em se atribuir legalmente a paternidade do marido. O *pai jurídico*, em regra, é o *pai biológico*. Com base no que geralmente acontece, nos dados da experiência, nas realidades práticas da vida, a mulher casada, que coabita com o esposo, é fecundada por este.

José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 43-45) cita as várias teorias criadas para fundamentar a presunção de paternidade:

- a) Teoria da acessoriedade: é considerada a teoria mais antiga simplesmente por explicar a presunção de paternidade por conta do domínio do marido ante sua esposa. Aplica-se aqui a premissa de que o acessório segue o principal. Conseqüentemente, sendo a mulher submissa ao seu marido, o filho desta também será.
- b) Teoria da presunção da fidelidade da esposa: há a presunção que a esposa é sempre fiel ao seu marido. Por isso, os filhos dela também eram do esposo, salvo se este provar o contrário, ou seja, que a mulher teve uma relação extraconjugal e engravidou do terceiro.
- c) Teoria da coabitação exclusiva: por ser um dos deveres da relação matrimonial a coabitação, isto é, relações sexuais entre os cônjuges, presume-se que os filhos nascidos da esposa sejam do marido, ate que seja provado o contrário
- d) Teoria da vigilância do marido: é a teoria menos aceita. “Ela paira sobre o poder marital exercido pelo marido, o qual está devidamente autorizado e obrigado a vigiar a conduta de sua esposa e, portanto, o filho que ela der à luz ser-lhe-à atribuído”. (BENTO, 2008, p. 63).
- e) Teoria da admissão antecipada: a partir do momento que o homem se casa com uma mulher, aquele assume, antecipadamente, todos os filhos que esta vier a gerar.

Essas teorias tiveram total influência no ordenamento pátrio. O Código Civil de 1916, no artigo 338, aplica a regra da presunção de paternidade na constância do casamento. E, somente o marido podia contestar a legitimidade dos filhos gerados por sua esposa (artigo 334). Não era suficiente para elidir a

paternidade a confissão de adultério da sua mulher (artigo 343). No entanto, a prova de que o homem era totalmente infértil bastava para a negação da paternidade. (artigo 342)

O artigo 340 do Código Civil de 1916 elencava as hipóteses possíveis de prova da ilegitimidade do filho: “que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho” - inciso I - ou, “que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados” - inciso II. Nota-se, assim, que a legislação civil protegia ao máximo os filhos para que fossem considerados legítimos e conseqüentemente, a entidade familiar do Século XX.

Atualmente, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e o Código Civil de 2002, juntamente com o avanço da Medicina e da Ciência, a presunção *pater is est* sofreu transformações. Tanto o pai quanto o filho podem impugnar a sua paternidade e filiação, respectivamente. Entretanto, o principal fator, aliado às mudanças legislativas, foi à descoberta do exame de DNA, em 1975. Deste modo, é a principal prova utilizada, além de ser a mais segura, para contestar ou reconhecer a paternidade, limitando o sistema da presunção de paternidade pela lei e jurisprudência.

O Código Civil de 2002, portanto, continuou prevendo tal sistema, nas hipóteses do artigo 1597, incisos I a V, mas a impugnação da paternidade tomou novos caminhos, sendo atualmente muito mais fácil descobrir quem é o verdadeiro pai, por conta da abertura legislativa e o constante avanço da Ciência.

5.3 Paternidade Biológica

É a espécie de paternidade mais antiga e a primeira a ser reconhecida. Consiste a paternidade biológica na relação entre pai e filho advinda da consanguinidade, isto é, considera-se pai biológico do filho aquele que, ao manter relações sexuais com a genitora deste, houve uma concepção e, deste modo, a criança gerada adveio do gameta masculino desse homem, transmitindo àquele ser parte do material genético deste.

A paternidade biológica, portanto, segundo Maia (2008, p. 132) “é o vínculo que liga gerados e geradores firmados pelo encontro fisiológico das células sexuais masculinas (espermatozoides) com as femininas (óvulo) [...]”.

Durante muito tempo, a descendência genética sempre esteve ligada ao matrimônio. A sociedade mundial, inclusive a brasileira, e as legislações de cada país indicavam que o pai era aquele cuja criança fora concebida por sua esposa. É o sistema da presunção *pater is est*, que vigeu no Código Civil Brasileiro de 1916. Ou seja, nasceu da barriga da esposa, marido era o pai.

Contudo, esta paternidade nem sempre coincidia com a realidade, isto é, havia casos em que o filho não estava ligado ao pai através do vínculo sanguíneo. É a denominada paternidade jurídica. Nessas hipóteses, no registro de nascimento da criança consta como pai o não biológico, mas sim o marido da mãe daquele.

Com o grande avanço da Medicina, vários exames foram criados para detectar a veracidade ou não do vínculo biológico paterno. Resumidamente, podem-se citar os exames sanguíneos, MN, ABO, RH e o sistema HLA, sendo que este situava a margem de erro entre 96% a 99%. As técnicas mencionadas perderam força a partir do momento da descoberta do exame de DNA, por esta estabelecer a porcentagem de 99 sobre a certeza de uma paternidade biológica. A partir daí, tanto a paternidade quanto a maternidade puderam ser averiguadas precisamente. (MAIA, 2008, p. 137-141).

Juntamente com a evolução científica e médica, a legislação brasileira também sofreu alterações. A Constituição Federal de 1998 assegura o direito à

busca da paternidade biológica, e, conseqüentemente, o reconhecimento do estado de filiação do indivíduo. Em seguida, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, reforçou este direito, no artigo 27, expondo que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça”.

Deste modo, aquele que deseja procurar sua paternidade genética poderá obtê-la através da ação de investigação de paternidade, usando como principal prova o exame de DNA. E, caso a ação seja julgada procedente, declarar-se-à a paternidade biológica, gerando os direitos e deveres decorrentes, tal como alimentos e sucessão.

5.4 Posse de Estado de Filho

A posse de estado de filho é considerada um dos elementos fundamentais para o reconhecimento da relação paterno-filial.

Esse instituto, nas palavras de José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 60), “é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento pelo pai”.

Segundo Maia (2008, p. 127), mencionando as ideias de Carvalho Santos (1934), “a posse de estado de filho é o conjunto de fatos que estabelecem, por presunção, o reconhecimento da filiação do filho pela família a qual pretende pertencer”.

Neste sentido, completa Edmilson Villaron Franceschinelli (1997, p. 75):

A posse de estado de filho nada mais é que o exercício de algum, alguns ou todos os direitos inerentes ao direito de filiação. Podemos dizer que aquele

que usa o patronímico do pai, é tratado como filho por eles e, como tal é reputado pelo público, está investido na posse de estado.

Deste modo, ao se verificar o tratamento de alguém como se fosse o pai e, do mesmo jeito, a criança se comportando tal como um filho, caracteriza a posse de estado. Isto independe do tipo de paternidade, seja biológica, jurídica ou socioafetiva.

Muitos Códigos Civis de outros países adotam o referido instituto, dentre eles o da Itália, Portugal, Espanha, França, Bélgica e da província canadense de Québec.

Maia (2008, p. 128-129), deste modo, faz uma importante crítica ao legislador civil brasileiro, afirmando que o Código Civil de 2002 não faz menção à posse do estado de filho, elemento este importante nos casos de investigação de paternidade. O autor cita a expressão usada por Orlando Gomes (1996), ao dizer que isso “é uma lacuna imperdoável”. Contudo, muitos autores defendem a tese de que é possível enquadrá-la nos artigos 1.593, ao se referir que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, e artigo 1605, *caput* e inciso II, indicando que “na falta ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se filiação por qualquer modo admissível em direito: II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

Para a identificação da posse, é mister que haja a presença de três características, quais sejam a *nominatio*, *tractatus* e *reputatio*, já mencionadas acima por Franceschinelli.

O nome é um dos elementos, entretanto é o menos relevante para a caracterização da posse de estado de filho, segundo a doutrina. Ao nascer, ao filho é dado o sobrenome daquele que é considerado seu pai. Contudo, “o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a ‘posse de estado de filho’ se concorrerem os demais elementos - *trato e fama* - a confirmarem a verdadeira paternidade”. (Boeira, 1999, p. 63).

A segunda característica consiste no tratamento dado pelo pai ao filho. Tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do adolescente asseguram a criança e ao adolescente o direito a educação, lazer, cultura, dignidade, respeito, convivência familiar e outros importantes para seu

desenvolvimento. Pode-se também incluir aqui o carinho e afeto. Deste modo, aquele que é pai deverá fornecer ao filho todo o apoio material e inclusivamente moral para a boa formação deste. E, essa função do pai independe se a relação entre eles possui vínculo genético ou não, o importante é a ligação amorosa existente entre ambos.

E, por fim, a fama, a aparência, a reputação como filho, pelo pai, e vice-versa, no meio social onde habitam. Em outras palavras, a própria sociedade reconhece a reputação do filho pelo pai, a relação filial-paterna é de conhecimento público.

A configuração da posse de estado de filho, principalmente ao se levar em conta as suas duas últimas características citadas, o trato e a fama, poderá servir de fundamento para a constituição de uma nova espécie de paternidade que vem sendo debatida pelos doutrinadores de Direito e outras áreas de Ciências Humanas, além de sua recente aplicação pela jurisprudência: a paternidade socioafetiva.

5.5 Paternidade Socioafetiva

5.5.1 Conceito e elementos para o reconhecimento socioafetivo da paternidade

A paternidade no Direito de Família brasileiro sofreu diversas modificações. Algumas delas já foram mencionadas no decorrer deste trabalho, tais quais o reconhecimento dos filhos considerados ilegítimos para o Código Civil de 1916 (princípio da igualdade dos filhos), o surgimento do exame de DNA e os filhos gerados por meio da reprodução assistida. Entretanto, uma questão relevante começou a ser discutida pela doutrina no final do século XX e, aos poucos, foi

também conquistando espaço nas decisões jurisprudenciais do âmbito familiar, hoje estando totalmente pacificada: a paternidade socioafetiva.

Trata-se de uma relação totalmente desvinculada dos laços de consanguinidade entre pais e filhos, mas sim acoplada no amor e afeto. Não se pode considerar pai somente aquele que gerou geneticamente a criança. O desenvolvimento do menor se dá por meio da forma que foi criado, ou seja, dando-lhe amor, carinho, amparo, educação, alimentação, acompanhando, deste modo, todas as etapas de seu crescimento.

Sobre o assunto, Maria Christina de Almeida, em seu artigo *A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade* (IBDFAM, s.d., s.p.), professa:

É fato que o elo biológico que une pais e filhos não é suficiente a construir uma verdadeira relação entre os mesmos. Basta verificar nas demandas de paternidade que, muitas vezes, o filho conhece seu pai por meio do DNA, mas não é reconhecido por ele por meio do afeto. Em outras palavras, a filiação não é um dado ou um determinismo biológico, ainda que seja da natureza do homem o ato de procriar. Em muitas das vezes, a filiação e a paternidade derivam de uma ligação genética, mas esta não é o bastante para a formação e afirmação do vínculo; é preciso muito mais. É necessário construir o elo, cultural e afetivamente, de forma permanente, convivendo e tornando-se, cada qual, responsável pelo elo, dia após dia.

Venosa (2010, p. 226) conceitua a filiação afetiva em sendo “aquela na qual o amor e o carinho recíprocos entre os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social”.

Assumpção (2004, p. 208) ressalva a importância da paternidade socioafetiva nas relações familiares:

[...] a paternidade é hoje, *acima de tudo*, socioafetiva, moldada pelos laços afetivos cujo significado é mais profundo do que a verdade biológica, em que o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho pelo pai dia a dia revelam uma verdade afetiva, em que a paternidade vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em integração e interação paterno-filial. A paternidade socioafetiva forma sólidos e verdadeiros laços entre pais e filhos, independentemente da voz do sangue, porque esta já não é suficiente para a formação daqueles vínculos na atual perspectiva das relações familiares.

A relação paterno-filial afetivo ocorrerá nas hipóteses em que alguém, que não o pai biológico, ostenta a função de pai, tratando a criança como se filho seu fosse. Nesses casos, o afeto e o amor constituem características imprescindíveis, já que guiarão o pai na criação do menor, pouco importando se há vínculo consanguíneo entre ambos.

João Batista Villela é considerado um dos pioneiros a estudar e defender a aplicação da paternidade socioafetiva, a qual a denominou Desbiologização da Paternidade. No ano de 1979, o autor publicou um artigo, com este mesmo nome, na Revista da Faculdade de Direito da UFMG, pondo em conflito a paternidade biológica e a socioafetiva. Ao afirmar que “a paternidade, em si mesma, não é um fato de natureza, mas um fato cultural” (1979, p. 402), Villela distingue a procriação de paternidade. O primeiro diz respeito à coabitação sexual entre dois seres humanos do sexo masculino e feminino, a qual foi gerada uma criança, já o outro se refere ao modo de amar, educar e criar o filho.

O autor termina sua tese (1999, p. 416-417) elencando que existem muitas crianças que desejam receber o amor de um pai, e pais que querem transmitir afeto e exercer todas as funções de uma verdadeira paternidade. Por isso, é necessário que ocorrera a desbiologização da paternidade para que a verdadeira relação paterno-filial, baseada no amor e no afeto, prevaleça, independentemente do liame sanguíneo entre pai e filho.

Para a constituição e conseqüente reconhecimento de uma paternidade socioafetiva, os elementos caracterizadores da posse de estado de filho devem estar presentes. Já foi explanado que os atos exteriorizados, incluindo a prática dos direitos expressos no artigo 227 da Constituição Federal, que possam decifrar uma possível função de pai, devem demonstrar que o pai trata o menor como sendo seu filho, sendo que esse laço entre ambos é de conhecimento da sociedade ao redor. No que tange ao nome, o filho poderá ou não levar o nome do pai que o cria, já que, em muitos casos, o registro consta do patromínico de outro pai que não o afetivo.

Neste sentido, Boeira (1999, p. 54) ressalta:

É a posse de estado, a expressão forte e real do parentesco psicológico, a caracterizar a filiação afetiva. Alias, não há modo mais expressivo de reconhecimento do que um pai tratar o seu filho como tal, publicamente, dando-lhe proteção e afeto, e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele, convivem. E pode-se afirmar que a desbiologização da paternidade tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais evidente.

Luiz Edson Fachin (1992, p. 169) também explica, através dos elementos da posse de estado de filho, o que deve se levar em conta para a caracterização de um verdadeiro pai:

[...] a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

O tema, inclusive, é tão importante e atual que vem sendo tratado na mídia em geral, como, por exemplo, novelas, jornais, revistas, etc.

Por fim, embora o atual Código Civil, mesmo com sua entrada em vigor em 2002, não admita expressamente sobre o reconhecimento da paternidade socioafetiva, não se pode desprezar que este instituto existe de fato. Tanto é verdade que os tribunais vêm declarando sua eficácia nas ações de reconhecimento. O novo Direito de Família prega o princípio da afetividade, isto é, a presença constante do afeto entre os entes familiares, independentemente se as ligações entre eles são consanguíneas ou afins. Esse pensamento também é aplicado à filiação socioafetiva e, num futuro breve, passará a ser regulamentado legalmente.

5.5.3 Efeitos jurídicos no reconhecimento de uma paternidade socioafetiva

A paternidade socioafetiva, por ainda não estar positivada, muito menos está quanto ao procedimento adotado para efetuar o seu reconhecimento. Contudo, a jurisprudência vem admitindo-a, fundamentando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse do menor e avaliando-se caso a caso.

O reconhecimento da paternidade biológica, conforme dispõe o ordenamento jurídico, ocorrerá voluntariamente, ou seja, o pai, por livre e espontânea vontade, registra o filho em cartório, ou será decretada judicialmente. Desse modo, assim também serão nos casos socioafetivos, aplicando-se, por analogia, ambos os procedimentos, segundo vem decidindo os tribunais. O julgador necessita se adequar a esta realidade social, adotando, nessas hipóteses, a premissa de que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

O estabelecimento de uma paternidade socioafetiva, conforme melhor entendimento, se dará nos casos de adoção judicial - a única que possui regulamentação legal, no Estatuto da Criança e do Adolescente -, adoção a brasileira e reconhecimento voluntário da paternidade, todos eles possuindo em comum a vontade de ter como filho alguém com quem não possua vínculo sanguíneo, apenas fundamentada no afeto.

Assim sendo, o doutrinador Belmiro Pedro Welter (2003, p. 188) sintetiza, em um único parágrafo de seu livro, todos os direitos relativos ao reconhecimento da paternidade socioafetiva:

Uma vez julgada procedente a ação de investigação de paternidade e/ou de maternidade socioafetiva, decorrem os mesmos efeitos jurídicos do arts. 39 a 52 do ECA, que são aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos; d) as relações de parentescos como os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) a herança

entre pais, filho e parentes sociológicas; g) o poder familiar; h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc.

Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. ALIMENTOS. MAIORIDADE. ADOÇÃO SIMULADA. O fato de ter registrado a autora como sua filha biológica, mesmo sabendo que não era, alterando a verdade dos fatos, por sua livre e espontânea vontade, caracteriza o que a doutrina e jurisprudência denominam de “adoção simulada”, assumindo, desta forma, todos os deveres inerentes a paternidade, sem qualquer diferenciação da prole natural (art. 226, § 6º da CF). A paternidade, muito mais do que um evento meramente biológico, é um fenômeno social, merecendo prestígio a verdade socioafetiva. Filho não é algo descartável, que se assume quando desejado e se dispensa quando conveniente. Com o implemento da maioridade, os alimentos deixam de encontrar seu fundamento no dever de sustento dos pais para com os filhos menores (art. 231, IV, CCB) – e que faz presumida a necessidade desses – e passam a amparar-se na obrigação existente entre parente (art. 396 e seguintes do CCB), desaparecendo, a partir daí, a presunção de necessidade, que deve ser provada por quem pleiteia os alimentos. Desproveram ambos os recursos. Unânime. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70004778619. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/12/2002) (grifo nosso).

O primeiro efeito ao se reconhecer a paternidade, sem dúvida, é o acréscimo do patronímico do pai, no do filho. Inclusive, a Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, a denominada Lei do Clodovil, em homenagem ao ex-deputado federal Clodovil Hernandes, da qual foi autor, alterou a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), acrescentando o §8º no artigo 57. Hoje, legalmente, permite-se que, judicialmente, o (a) enteado (a) acrescente o nome de seu padrasto/madrasta em seu registro de nascimento, desde que haja expressa concordância destes.

Outro importante efeito é o da irrevogabilidade da paternidade, ou seja, uma vez reconhecida a filiação socioafetiva, voluntariamente, o pai não poderá impugná-la, salvo se restar demonstrado vício de consentimento no momento do registro, conforme assim determina o acórdão a seguir:

APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. IRREVOGABILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretratável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico. A ausência da origem genética, por si só, não basta para

desconstituir o vínculo voluntariamente assumido. 2. A relação jurídica de filiação é construída também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil. 3. O reconhecimento voluntário de paternidade, com ou sem dúvida por parte do reconhecente, é irrevogável e irretroatável (arts. 1609 e 1610 do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral. Considerando que a instrução não trouxe qualquer elemento que corroborasse a tese de erro, ou outro vício qualquer de vontade, prevalece a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário de paternidade. Precedentes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70041923061, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/07/2011) (grifo nosso).

Do mesmo modo que os adotados têm o direito à sucessão de seus adotantes, segundo disposto no artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, também terão os filhos socioafetivos, tornando-se herdeiros necessários.

O direito a alimentos também decorrerá do reconhecimento da paternidade socioafetiva. O Código Civil disciplina a obrigação alimentar em seus artigos 1.694 a 1.710. Parentes, cônjuges e companheiros poderão solicitar uns aos outros alimentos, desde que presentes o binômio necessidade do alimentado e possibilidade econômica do alimentante de provê-los.

Na relação paterno-filial existe o dever do pai conceder alimentos ao filho, e vice-versa. No caso da paternidade socioafetiva, o filho também possui o direito de receber alimentos do pai que o reconheceu. Nesse entendimento, a jurisprudência brasileira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. DESERÇÃO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM 1. Cuidando-se da ação de alimentos, onde se discute a capacidade econômica do alimentante, o qual alegou insuficiência de recursos e pediu a gratuidade, a ausência de preparo não induz à deserção, sendo razoável conceder a dispensa do preparo. 2. Estando provado o vínculo jurídico de filiação, a alegação de inexistência do liame biológico é irrelevante e vazia pois não paira dúvida alguma sobre o vínculo socioafetivo, decorrente da posse de estado de filho, nem que o alimentante era o provedor do núcleo familiar. 3. Os alimentos se destinam ao atendimento das necessidades dos filhos, que são presumidas, dentro da capacidade econômica do alimentante. Recurso desprovido. (agravo de instrumento nº 70007798739, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/02/2004) (grifo nosso).

Enfim, após toda essa exposição sobre a paternidade, sobretudo a socioafetiva, suas características e efeitos advindos do reconhecimento desta, é necessário verificar a sua prevalência sobre a paternidade biológica, ou seja, qual tipo de paternidade irá prevalecer, levando-se em conta o melhor interesse do menor, detentor do direito fundamental à dignidade humana.

6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MELHOR INTERESSE AO MENOR NO TOCANTE A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

6.1 A Criança e o Adolescente e seu Direito à Dignidade

A dignidade da pessoa humana é uma norma que norteia toda a ordem jurídica, garantindo os direitos inerentes ao ser humano. Isso significa que cada direito fundamental possui um teor e uma projeção da dignidade humana.

O menor não pode mais ser desprezado no que tange aos direitos decorrentes de sua idade. Pelo contrário, são durante a infância e a adolescência que meninos e meninas desenvolvem seus atributos físicos, sociais e psicológicos. Deste modo, o valor de ser humano digno constitui característica imprescindível para o pleno desenvolvimento do menor.

Tânia da Silva Pereira (2000, p. 18), após explanar a respeito da Teoria da Proteção Integral, que vigora em nosso ordenamento jurídico, como já exposto anteriormente, ressalta que:

Esta condição especial [desenvolvimento dos menores] deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (comentário nosso).

É desta maneira que o direito a dignidade do menor possui fundamento constitucional. O artigo 227 da Constituição Federal fez questão de ressaltar, no rol de direitos e garantias previstos à criança e ao adolescente, que caberá a família, à sociedade e ao Estado garantir dignidade àqueles, com absoluta prioridade. E, considerando a dignidade da pessoa humana um máximo-princípio, pode-se afirmar, certamente, que os outros direitos descritos neste artigo são informados pelo valor

de dignidade humana. Tanto é que, ainda conforme o artigo 227, se proíbe que o menor seja discriminado, explorado, negligenciado e alvo de violência, atos estes que não vão de encontro ao conceito de dignidade humana. Reforça-se a condição de dignidade no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, disposto em seu artigo 3º, sendo que este valor constitui um direito inerente ao menor.

Um exemplo, no ordenamento brasileiro, sobre o tratamento digno que a criança e o adolescente merecem ter refere-se à proibição do trabalho infantil. A Carta Maior de 1988, no artigo 7º, XXXIII, veda o trabalho aos menores de dezesseis anos, salvo nas hipóteses de aprendiz, a partir dos 14 anos. Os menores de dezoito anos não trabalharão em condições noturnas, de periculosidade e insalubridade. Em complemento com a norma constitucional, o artigo 403, parágrafo único, da Consolidação das Leis Trabalhistas, dispõe que “o trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola”.

Pois bem, o dispositivo acima mencionado traz, na sua essência, a aplicação da dignidade da pessoa humana no tocante à criança e adolescente, ao ressaltar a forma como se desenvolverá o trabalho do menor. Ele poderá, de acordo com os ditames legais, trabalhar, desde que a profissão não traga malefícios para o seu perfeito crescimento e desenvolvimento, em todos os sentidos.

Outra hipótese de interferência da dignidade da pessoa humana ocorre nos casos em que a criança e adolescente deseja conhecer sua paternidade biológica. A respeito, afirma Maria Christina de Almeida (2003, p. 99):

A consagração do direito ao reconhecimento da própria ascendência ganha supremacia constitucional à medida que, como componente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conjugado com o princípio constitucional supremo da dignidade humana, consubstancia-se numa garantia da realização da esfera de vida íntima da pessoa e na conservação das condições fundamentais para a compreensão e o desenvolvimento da sua individualidade.

A ação de investigação de paternidade poderá ser proposta pelo suposto filho e, sendo menor, será representado ou assistido, conforme a idade. Almeida (2003, p. 126-127) ainda destaca a importância da busca da paternidade

biológica, que permitirá um melhor autoconhecimento da pessoa, já que “toda pessoa necessita saber sua origem - trata-se de uma necessidade humana”, consubstanciando-se, assim, o “direito fundamental à identidade pessoal”.

Em suma, denota-se a imprescindibilidade da utilização do valor, do princípio da dignidade da pessoa humana na efetivação dos direitos, garantias e, inclusive, deveres de crianças e adolescentes para que a Teoria da Proteção Integral seja atendida, isto é, para que possam crescer e se desenvolver dignamente, conseguindo compreender o sentido da vida, tanto para o bem deles, quanto para a sociedade em seu torno.

6.2 Paternidade Biológica versus Paternidade Socioafetiva: Aplicação do Melhor Interesse ao Menor

Já abordado preliminarmente neste trabalho, o princípio do melhor interesse da criança e adolescente está constitucionalmente descrita no artigo 227 da Constituição Federal. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também define critérios para que a aplicação deste princípio seja concretizada. Neste sentido, merece destaque seu artigo 5º. A partir dele fica mais fácil visualizar a importância da adoção do melhor interesse do menor no ordenamento, já que o próprio ECA dispõe que a mesma será regida de acordo com o seu fim social, “as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Pode-se tirar algumas conclusões acerca do artigo 5º do ECA. Uma delas é que, ao se efetivarem os direitos do menor estabelecidos no Estatuto, deve-se averiguar, conjuntamente, a realidade social. Não se deve, portanto, aplicar a lei de forma literária, “ao pé da letra”. Outra questão é a menção sobre a condição de desenvolvimento do menor, que também será levado em consideração na interpretação do ECA. Deste modo, nota-se a influência do princípio da dignidade da pessoa humana neste dispositivo, já que o legislador se preocupa com a criação

do menor durante o seu período de infância e adolescência, que irá, certamente, repercutir no futuro deles. Em síntese, o princípio do melhor interesse do menor adentrará em todas as questões que envolvam a efetivação dos direitos e garantias de menores e decidirá os casos concretos no que for melhor para a proteção destes.

O âmbito familiar é, sem dúvida, o local onde se aprende a viver em sociedade, a compreender o que é certo ou não e a definir o caráter e comportamento pessoal. E, neste contexto, os pais detêm a grande e principal parcela na formação dos filhos. Durante este período, é fato que ambos ensinarão os filhos sobre o significado do amor, da educação e do respeito, ficarão atentos a sua saúde e alimentação, etc. Destarte essas horas o que predomina é o espírito paternal, são os atos que quem deseja ser um bom pai, não importando se o vínculo entre pai e filhos se constitui pela consanguinidade. Muitos se tornam pai por meio da adoção e por inseminação artificial em suas esposas com o gameta masculino de terceiro, obtendo a paternidade legalmente. Além do mais, a evidência das características da posse de estado de filho perante a sociedade desempenha valor decisivo para presumir o liame de filiação.

Zeno Veloso (1997, p. 218) destaca a relevância do afeto, que, por muitas vezes, prevalecerá sobre o vínculo biológico para a construção do vínculo paterno-filial:

Obviamente, a verdade biológica, a certeza genética, não pode ser o dado, o valor, o critério único e sempre decisivo para estabelecer a filiação, ate porque, muita vez, este liame, este vínculo, nasceu do convívio, estreitou-se e se fortaleceu, independentemente de parentesco carnal, nas relações familiares, sociais, num laço afetivo que se apertou afetosamente no dia-a-dia da vida, tão solido e consistente e, não raramente, mais substancial e respeitável do que o elemento genético, considerado por si só.

No Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916, a paternidade biológica era considerada a verdadeira paternidade, em decorrência da filiação matrimonial. Ou seja, os filhos eram considerados legítimos justamente por serem concebidos durante o casamento, sendo o pai biológico o marido da mulher que deu à luz. Também se aplicava o instituto da presunção *pater is est*, presumindo-se que os filhos nascidos da mulher sejam do seu marido. Portanto, o marido ser

considerado pai biológico do filho de sua esposa eram importantíssimo para sua reputabilidade perante o grupo social.

Contudo, ao passar dos anos, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos foi se enfraquecendo, até que a Constituição Federal de 1988 consagrou definitivamente o princípio da igualdade entre os filhos. Assim, também foi surgindo um novo tipo de paternidade, não mais fundada na origem genética. Valores personalíssimos à relação paterno-filial, principalmente o amor e afeto, foram, aos poucos, preponderando em relação ao vínculo sanguíneo. Tanto é que João Baptista Villela, já no ano de 1979, defendia a desbiologização da paternidade.

Neste contexto, Almeida (2003, p. 183) comenta sobre a relativização da paternidade biológica:

É o incremento da filiação socioafetiva, sob a noção de posse de estado de filho, que ganha abrigo nas reformas do direito comparado, a qual não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.

E, realmente, copilando a ideia descrita por Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 364), a doutrina e jurisprudência, com base nos dizeres da própria Constituição Federal em que não haverá discriminação de filhos e a ideia da paternidade responsável, vêm levando em conta o convívio entre os membros familiares e o sentimento do afeto existente entre eles para determinar a verdadeira relação paterno-filial.

O Tribunal de Justiça do Paraná, em julgamento inédito no Estado, no ano de 2001, apreciou um caso em que havia conflitos entre as paternidades biológica e socioafetiva. Apesar de ter ocorrido a “adoção a brasileira”, alegação suscitada pelo pai socioafetivo, ora apelante, por meio de exame de DNA, esta não merece ser desconstituída, pois, caso contrário, estaria violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Eis o acórdão:

APELAÇÃO CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. “ADOÇÃO A BRASILEIRA”. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SOCIOAFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRECEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de

paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada 'adoção à brasileira' (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles fosse filho) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular 'adoção à brasileira', não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (Ac. 108.417-9-2:C.Civ. -Ac. 20.110 – Rel. Des. Accácio Cambi-unân.j. 12.12.2001) (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça já possui julgados onde reconhece a paternidade socioafetiva. No acórdão abaixo, entendeu-se, por unanimidade, que não se pode alegar falsidade de declaração de vontade apenas por não possuir vínculo biológico, evidenciando-se a má-fé daquele que sempre se considerou pai de alguém, além da paternidade biológica e socioafetiva possuírem conceitos diversos, sendo que a omissão de uma não retira a possibilidade de se reconhecer a outra. É o Julgado:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIADIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de pré questionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste deforma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (STF - Recurso Especial nº 878941 DF 2006/0086284-0. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 17/09/2007) (grifo nosso).

Outro julgado semelhante refere-se à anulação da paternidade promovida pelos irmãos do pai falecido, com a intenção de excluir o irmão socioafetivo da herança:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO MOVIDA POR IRMAOS DO FALECIDO PAI. No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer, sempre que resultar da espontânea materialização da posse de estado de filho. O falecido pai do demandado registrou-o, de tal modo, como filho, dando-lhe, enquanto viveu, tal tratamento, soando até mesmo imoral a pretensão dos irmãos dele (tios do réu) de, após seu falecimento, e flagrantemente visando apenas mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vínculo. Desacolheram os embargos (8 fls) (segredo de justiça). (embargos infringentes nº 70004514964, Quarto grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/10/2002).

Percebe-se, portanto, a valoração da paternidade socioafetiva nos tribunais brasileiros. Não se pode mais adotar a existência do vínculo pai-filho fundado apenas no critério da consanguinidade. Já está sendo unânime que, para que haja o reconhecimento da verdadeira interação paterno-filial, os laços de amor e afeto, o convívio diário entre pais e filhos, notado pela sociedade, são critérios imprescindíveis a serem observados. Frisa-se que estes elementos, característicos da posse de estado de filho, devem estar muito bem evidenciados, caso contrário, não há o que se falar em paternidade socioafetiva:

Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não da posse de estado, o que não retira desse conceito suas virtudes, embora exponha sua flexibilidade. E isso há de compreender-se: trata-se de um dado de existência, de um elemento de fato, e é tarefa difícil, senão impossível, enjaular em conceitos rígidos a realidade da vida em constante mutação. (FACHIN, 1992, p. 162).

Mesmo que haja a constituição do vínculo socioafetivo, o filho não está impedido de conhecer sua origem genética. Maria Christina de Almeida (2003, p. 132) salienta que, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, a busca pelo ascendente biológico constitui “direito fundamental indisponível, irrenunciável, imprescritível e intangível”. Apesar disso, a descoberta biológica não terá o condão de apagar a filiação socioafetiva já instituída e a destituição dos

efeitos pessoais e patrimoniais dela proveniente. Como exemplo, cita-se a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. Estabelecendo o ECA a imprescritibilidade da ação investigatória de paternidade, não estender a vedação do pericimento do direito aos maiores implica em vedação ao princípio constitucional da igualdade. Ao depois, a possibilidade de investigação não traz necessariamente sequelas obrigacionais e patrimoniais. Reconhecida a filiação sócioafetiva, a investigação de paternidade não leva à desconstituição ou anulação do registro de nascimento, mas se limita a atender à possibilidade de se conhecer a paternidade sem gerar sequelas de ordem patrimonial. Recurso provido por maioria. (TJRS - *Apelação Cível* nº 70004989562. Rel. Des^a Maria Berenice Dias. Sétima Câmara Cível. 23/10/02) (grifo nosso).

A desconstituição da paternidade socioafetiva, simplesmente com a justificativa de que o pai do filho não possui vínculo genético, para, conseqüentemente, buscar a paternidade biológica para fins patrimoniais, vai contra à moral e aos bons costumes.

Ainda que não haja o expreso reconhecimento da paternidade socioafetiva na legislação brasileira, nem por isso os estudiosos do Direito podem ignorá-la. Por essa razão, a doutrina e jurisprudência constituem a base para a construção de estudos acerca deste vínculo paterno, tal como este trabalho. Boeira (1999, p. 162) cita o direito comparado e seus sistemas jurídicos, para afirmar que há uma tutela maior dos valores sociológicos frente ao biológico, ainda mais quando se leva em conta a reprodução assistida heteróloga consentida. Portanto, para o autor:

[...] a verdade socioafetiva deve assumir papel de destaque, sobretudo nos casos em que é importante manter a estabilidade de famílias que cumpram o seu papel afetivo e social, embora não assentem num vínculo biológico, e ainda, nos casos em que se deva evitar o reconhecimento da filiação biológica por inconveniência para os interesses do filho. Esta situação aparece, claramente, quando se trata de inseminação artificial heteróloga consentida, por exemplo, em que a proibição de impugnar a paternidade do marido, que recai sobre o cônjuge que consentiu na referida inseminação, afasta a verdade biológica, devendo a paternidade estruturar-se na verdade sociológica, que é revelada pela posse de estado de filho.

Belmiro Pedro Welter (2003, p. 253) defende que, por conta do princípio da prevalência absoluta do interesse do menor, deve preponderar, sem dúvida, a paternidade afetiva, por conta do direito à convivência familiar.

Almeida (2003, p. 184) também afirma que o princípio do melhor interesse da criança poderá “sacrificar” a descoberta da paternidade biológica, caso já esteja constituído a socioafetiva, com todos os elementos da posse de estado de filho, permanecendo o vínculo de afeto para determinar a verdadeira relação paterno-filial.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais indica como elementos para averiguar a verdadeira paternidade os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor e, por conta deles, o vínculo socioafetivo prevalecerá:

APELAÇÃO CÍVEL - REIVINDICAÇÃO DA PATERNIDADE - EXAME DE DNA COMPROBATÓRIO - PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO - POSSIBILIDADE. O reconhecimento dos filhos através de registro público é irrevogável. No entanto, tal fato não implica na vedação de questionamentos em torno da filiação, desde que haja elementos suficientes para buscar a desconstituição do reconhecimento anteriormente formulado. A primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos é uma característica fundamental da atual Constituição Federal. Nesse sentido, e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, surgiu o Princípio do Melhor Interesse do menor. A Constituição Federal tornou equivalentes os laços de afeto e de sangue, acabando com a discussão sobre qual dessas é a verdadeira filiação. Na hipótese de conflito entre a paternidade biológica e a paternidade afetiva, deve-se priorizar aquela em detrimento desta, desde que, o filho mantenha também com o pai biológico laços de afeto. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.737489-4/002 - TJMG, Quarta Câmara Cível. Rel. Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes. Julgado em 09/11/2006).

Por fim, o princípio do melhor interesse do menor é determinante para resolver o conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva. Deve-se necessariamente avaliar qual vínculo paterno proporcionou e proporcionará o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente, que não mais pode ser considerado um mero objeto para os pais, criando-os da maneira que bem entender, independentemente se são benéficas ou não para o menor. Cada caso concreto será ponderado para a averiguação da paternidade, sempre preservando o menor como sujeito digno de direitos e garantias. Averigua-se que, na maior parte das

ocorrências, a paternidade socioafetiva sobrelevará a biológica, desde que presentes as características da posse de estado de filho, dentre elas o tratamento do pai com o filho fundamentado no afeto e amor, pouco importando a inexistência do vínculo genético entre ambos.

CONCLUSÃO

O Direito de Família é uma das áreas que sofre constantes mudanças. Isso se deve às modificações de pensamentos e modos de vida da sociedade. Destarte o legislador não pode ficar inerte, aplicando normas que não mais se coadunam socialmente.

A Constituição Federal de 1988 foi um ponto de partida para a “modernização” do Direito familiar, incorporando novos e importantíssimos princípios fundamentais a este ramo do Direito Privado. Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a Carta Constitucional ditou a aplicação dessa espécie de norma jurídica nas relações familiares.

Os princípios já foram considerados apenas enunciados de bons propósitos. Atualmente, possuindo força normativa, com a finalidade de apontar um estado ideal a ser concretizado, são institutos determinantes para a construção de regras ou para solucionar conflitos nos casos em que há lacuna na legislação.

E foi o que aconteceu e ainda ocorre na área de Direito de Família. Os princípios constitucionais foram decisivos para alterar a lei civil, para que estejam de acordo com os valores pregados na sociedade contemporânea. Alguns deles, tais como o da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor, positivados na Lei Maior brasileira, alteraram dispositivos do Código Civil de 1916 e nortearam a nova lei civil de 2002.

A partir de então, não mais existe a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, assim como o filho não pode mais ser considerado um mero objeto para os pais, servindo apenas para dar prosseguimento ao nome da família. O menor é um sujeito em pleno desenvolvimento e deve estar sujeito a todos os direitos e privilégios que lhe garantam seu pleno crescimento.

Além da filiação, o instituto da paternidade sofreu alterações. Predominava a presunção *pater is est*, advindo do Direito Romano e fundamento do estabelecimento da relação paterno-filial. O marido da mulher era considerado o pai

da criança nascida durante o casamento. Vinculava-se a paternidade registral com a biológica. Mas nem sempre isso ocorre no caso concreto.

Com o avanço científico, principalmente com o desenvolvimento do exame de DNA, juntamente com o começo de uma mudança normativa, ficou-se mais fácil impugnar a paternidade. Deste modo, a busca pelo pai biológico e, conseqüentemente, seu reconhecimento tornou-se constante nos tribunais brasileiros.

É sábio que a geração de um filho se dá pela fecundação de gametas masculinos e femininos, mas sua criação está relacionada a muitos fatores. Ser pai é contribuir para o desenvolvimento do filho, a partir do amor, afeto, carinho, educação, respeito, enfim, o querer bem do menor, e isso independe de vínculo de sangue entre eles. O exemplo mais prático a se mencionar é a adoção.

A partir disso, a doutrina começou a defender a chamada paternidade socioafetiva, fundamentada nas características da posse de filho e, principalmente, a evidência do afeto nesta relação pai-filho. Há muitos casos em que o menor é criado e educado por um terceiro que não o pai biológico e que, muitas vezes, o registrou como filho, isso se denominando “adoção a brasileira”.

Embora o Brasil adote o Sistema Jurídico da *Civil Law*, isto é, o direito está contido em legislações, caracterizando-se um sistema fechado, há casos em que o Sistema da *Common Law* (direito criado pelos tribunais, predominando as decisões jurisprudenciais ao invés de leis codificadas) se faz presente nas relações jurídicas. E os princípios vigentes no direito brasileiro se tornam a principal referência para conduzir julgamentos. Este é a hipótese da paternidade socioafetiva. Ela não se encontra tipificada, mas os tribunais, no final do século XX, começaram a se deparar com a situação, aplicando-se, então os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse do menor. Ou seja, há-se a criação de novos direitos a partir de princípios.

Com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, o filho terá todos os direitos relativos à filiação, tais como o nome, herança, alimentos e o pai, tudo o que se relaciona com o instituto do pátrio poder. Contudo, o menor poderá investigar sua paternidade biológica, sem que ocorra a destituição da socioafetiva. Ressalta-

se, no entanto, que caso haja conflito entre ambas as paternidades, a socioafetiva não irá prevalecer se não ficar caracterizado a posse de estado de filho.

Na verdade, o ideal é que haja o vínculo sanguíneo e afetivo numa só pessoa, para evitar maiores conflitos. Mas a afetividade é considerada hoje o principal elemento para o reconhecimento da paternidade, pois é a que melhor se enquadra para a efetivação do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, para o melhor interesse do menor.

Agora, só resta que a paternidade socioafetiva não mais seja ignorada pelo legislador brasileiro e que finalmente possa ser reconhecida e regulamentada legalmente, em conformidade com os princípios constitucionais.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Maria Christina de. **A paternidade socioafetiva e a formação da personalidade.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=54>. Acesso em: 03 ago. 2011.

_____. **DNA e estado de filiação á luz da dignidade humana.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVES, Francisco Eriberto Otaviano; SANTOS, Rogério Luís dos; LOURENÇO, Silas Helder Antunes. **O critério do melhor interesse da criança frente ao conflito entre pais biológicos e sócio-afetivos.** 2005. 79 f. Monografia (Pós-Graduação) - Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2005.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do direito do pai.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROS, Juliana Brito Mendes de. **Filiação Socioafetiva.** Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1472/1405>. Acesso em: 06 out. 2011.

BENTO, Daniela Roberta. **A importância da paternidade socioafetiva frente ao direito brasileiro.** 2008. 84 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2008.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade :** posse de estado de filho : paternidade sócioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial. Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de relação sangüínea entre as partes. Irrelevânciadante do vínculo sócio-afetivo. Recurso Especial nº 878941 DF 2006/0086284-0. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 20 de agosto de 2007.

Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/13577/recurso-especial-resp-878941-df-2006-0086284-0-stj>. Acesso em 15 set. 2011.

_____. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. Apelação Cível 408.555-5. Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004. Disponível em: <www.flavioartuce.adv.br/artigos/Tartuce_princfam.doc> . Acesso em 20 ago. 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação civil. Direito de família. Ação de destituição de poder familiar. Agressões físicas e abandono do menor pela sua genitora. Comprovação. Destituição. Possibilidade. Princípio constitucional da máxima proteção à criança e da dignidade da pessoa humana. Recurso provido. Apelação Cível 1.0290.07.050505-9/001. Relatora: Maria Elza. Belo Horizonte, 07 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5987254/102900705050590011-mg-1029007050505-9-001-1-tjmg/inteiro-teor>>. Acesso em 10 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível. Reivindicação da paternidade. Exame de DNA comprobatório. Paternidade biológica x paternidade sócio-afetiva. Princípio do melhor interesse do menor. Alteração do registro de nascimento. Possibilidade. Apelação cível nº 1.0024.05.737489-4/002. Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes. Belo Horizonte, 09 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5903881/100240573748940021-mg-1002405737489-4-002-1-tjmg/inteiro-teor>>. Acesso em 27 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Embargos Infringentes Cível. Penhora do bem de família do fiador. Possibilidade. Voto vencido impenhorabilidade. Ofensa ao direito à moradia. Embargos infringentes. Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ofensa ao direito de moradia. Situação atípica. Doença grave do filho menor do fiador. Observância. Inaplicabilidade excepcional do artigo 82 da lei 8.245/90. Estado democrático de direito. Ofensa aos princípios constitucionais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Proteção integral da criança e do adolescente. Embargos infringentes acolhidos. Embargos Infringentes Cível 220509-8/01. Relator: José Cichocki Neto. Curitiba, 03 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6169018/embargos-infringentes-civel-ei-220509801-pr-0220509-8-01-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em 27 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação civil. Negatória de paternidade. “adoção a brasileira”. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Precedência. decisão reformada. Apelação Cível nº 108.417-9. Relator: Des. Accácio Cambi. Curitiba, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_33_4_3_1.php>. Acesso em: 27 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. Alimentos. Maioridade. Adoção simulada. Apelação Cível nº 70004778619. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22 ago. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação. Negatória de paternidade. Anulação de reconhecimento de filho. Vício de vontade não comprovado. Irrevogabilidade. Paternidade socioafetiva configurada. Apelação Cível Nº 70041923061. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 28 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20262921/apelacao-civel-ac-70041923061-rs-tjrs/inteiro-teor>>. Acesso em 22 ago. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento. Alimentos. Deserção. Paternidade socioafetiva. Adequação do quantum. Agravo de instrumento nº 70007798739. Relator: Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 18 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 02 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação civil. Investigação de paternidade. Paternidade sócioafetiva. Apelação Cível nº 70004989562. Relatora: Des^a Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 23 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 15 ago. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos infringentes. Ação de anulação de registro de nascimento movida por irmãos do falecido pai. Embargos infringentes nº 70004514964. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 11 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 15 ago. 2011.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4. 2003. Belo Horizonte, MG. **Afeto, ética, família e o novo Código civil brasileiro**: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte, de 24 a 27 de setembro de 2003. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre: Fabris, 1992.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6

HARO, Guilherme Prado Bohac de. **O princípio da dignidade da pessoa humana : o valor supremo.** 2006. 256 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2006.

JESUS, Thiago Aparecido de. **A justiça ou a injustiça da paternidade biológica.** Presidente Prudente, 2003. 111 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2005.

MAIA, Renato. **Filiação paternal e seus efeitos.** 1. ed. São Paulo: SRS, 2008.

MARQUES, Marcelo Zaneti. **Famílias sócioafetivas.** 2008. 73 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental.** 1. ed. 6ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.
MATTOS, Ana Letícia Queiroga. **Construção social da paternidade resultante da interação entre pai e filho.** Disponível em:
<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=106>. Acesso em 03 ago. 2010.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Gen, Forense, 1998-2009. v. 5

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

REPRESENTAÇÕES da República Federal da Alemanha no Brasil: Lei Fundamental da República da Alemanha. Disponível em:
http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf .
Acesso em 25 jul. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Disponível em:<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51781>>. Acesso em: 13 out. 2011.

_____. **O Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Paulo. **Exercício da paternidade**. Porto Alegre : ArtMed, 1998. VADE Mecum. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 2003 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, nº 21, maio

1979, p. 401-419.

ZAGO, Cíntia Oliveira Neves; VESSANI, Fabiana; AGUIAR, Livia Carla de. **Paternidade socioafetiva**. 2005. 99 f. Monografia (Pós-Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2005.

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

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8468>>. Acesso em: 19 abr. 2011.