

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

FACULDADE DE DIREITO

**A IMPORTÂNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA FRENTE AO
DIREITO BRASILEIRO**

Daniela Roberta Bento

PRESIDENTE PRUDENTE / SP

2008

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

FACULDADE DE DIREITO

**A IMPORTÂNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA FRENTE AO
DIREITO BRASILEIRO**

Daniela Roberta Bento

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Sandro Marcos Godoy.

PRESIDENTE PRUDENTE / SP

2008

A IMPORTÂNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA FRENTE AO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Sandro Marcos Godoy
Orientador

1° Examinador

2° Examinador

Presidente Prudente, 11 de março de 2008.

“O ato de ser pai conduz
O homem a consciência de sua extensão,
Inserido no despertar de uma vida.
No entanto,
Exercer a paternidade permite
Que o homem alcance o esplendor e a magnitude
De desenvolver o filho,
Propiciando-lhe a capacidade
Para trilhar a própria vida.
Em um concentra-se o ato, noutro,
Condensa-se o todo.”

(Juliana Fernandes Queiroz)

Este trabalho é dedicado aos meus pais Itamar e Regina, que além de gerarem minha vida, foram os grandes educadores e formadores, os quais sempre me ensinaram a sonhar e principalmente acreditar em minha capacidade de vencer meus medos, minha ansiedade e angústias, sempre muito tolerantes e pacientes, regados de amor.

A Paula Roberta, minha irmã, que é metade de mim, tudo que me falta posso encontrar em seus olhos, sua segurança, paciência, entre tantas outras diferenças que foram essenciais para o meu crescimento pessoal, bem como ao meu cunhado Paulo Alexandre, sem o qual este sonho não teria se realizado me ensinou que nos momentos mais difíceis não podemos desistir nunca quando temos fé e Deus ao nosso lado, muito obrigado.

Ao meu namorado, Leonidas, a quem agradeço pelo espírito de dedicação, afeto, compreensão e paciência. Para você, ousou-me plagiar as palavras de Vinicius de Moraes: *“Você se fez presente em todos os momentos, firmes ou trêmulos e, passo a passo, fez-me sentir a segurança necessária para enfrentar o meu caminho a seguir... A sua presença é qualquer coisa como a luz e a vida e eu sinto que em meu rosto existe o seu rosto e em minha voz a sua voz.”*

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que é pai e realizador de todas as coisas, sendo que foi ele que com sua graça, me auxiliou e colocou em meu caminho todas as pessoas as quais devo minha vida e minhas realizações.

Ainda com a mesma intensidade agradeço aos meus pais que me deram total apoio e suporte para que eu pudesse traçar mais esta linha em meu destino, que muitas vezes abdicaram seus próprios sonhos em prol dos meus, a eles meus eternos e sinceros agradecimentos. Amo muito vocês.

A minha irmã Paula Roberta, e ao meu cunhado Paulo Alexandre, que fazem parte desta minha vitória, que me transmitiram força e garra, para nunca desistir em momentos que achei serem impossíveis de ultrapassar.

Ainda com muito carinho, agradeço meu namorado Leonidas, parte integrante e especial da minha vida e ao qual devo muitos agradecimentos já que ele que ajudou na realização deste trabalho, com sua paciência inesgotável nos momentos em que eu pensei que não poderia mais continuar, e com seu amor me acolhia e me mostrava que de mãos dadas à caminhada não seria tão árdua e sim mais segura e única.

Agradeço meu orientador Sandro Godoy, que com seu grandioso saber jurídico e disciplina me deu a oportunidade de apresentar um trabalho sólido, sempre acreditou em meu tema e dando força nas inúmeras vezes que me senti insegura, além de mestre é um grande amigo. A você professor minha eterna gratidão.

Enfim, agradeço a todos os meus amigos, em especial a minha turma 5ºB pelos melhores momentos da minha vida que vocês me proporcionaram. Em especial agradeço as minhas amigas, Renata Calil, Larissa Henn, Tatiana Lima, Renata Matheus, Juliana, Clarissa, Paula, Muriel, Maria Lúcia, Dayane, Priscila e Larissa, pelo carinho, pela confiança, por cada palavra, por cada lágrima derramada juntas, pelas risadas, por tantos estudos e experiências trocadas, pelo crescimento e amadurecimento, por tantas sextas-feiras incríveis, enfim trago em mim um pouco de cada uma, pessoas únicas e incríveis. Também agradeço a todos aqueles que de alguma forma ou de outra fazem parte da minha vida os quais aqui não citei mas sabem que sempre lhes serei grata.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que a família é a base da sociedade, sendo responsável pela formação dos indivíduos bem como os valores morais, étnicos, religiosos, educacionais, psicológicos, etc. Inicialmente, tratou-se do conceito do direito de família, sua evolução histórica e a influência que sofreu do direito romano. Em seqüência, a autora elenca o direito de família presente nas constituições brasileiras, e a realidade de mudança que o instituto foi sofrendo com o passar do tempo, conquistando vários direitos, como o da liberdade, igualdade, dignidade, superando o sistema de rigidez, autoritarismo, retirando a desigualdade e cedendo espaço a um lar de afeto e felicidade. Destaca-se as formas de entidade familiares existente no ordenamento jurídico, suas peculiaridades e histórico formador. Nesse contexto, apresenta as formas de exercício da filiação, o poder familiar, guarda, tutela e adoção de acordo com o princípio de melhor interesse da criança e a do adolescente. E por fim, a origem da relação paterno-filial jurídica, biológica e socioafetiva e evolução deste instituto em busca do reconhecimento de uma nova paternidade a socioafetiva, acreditando que o afeto, amor, convivência, vai de encontro com tudo aquilo que o Estatuto da Criança e do Adolescente vem resguardando, sendo a forma saudável do crescimento, físico e psíquico da criança, no mais, garantir aos pais socioafetivos a continuidade de convivência com a criança e adolescente, não retirando dos filhos o direito de conhecimento da paternidade biológica, pois este é um direito constitucional, imprescritível, irrenunciável, mas sobrepondo o socioafetivo.

PALAVRAS-CHAVES: Família. Evolução. Direito Romano. Constituições. Entidades Familiares. Poder Familiar. Guarda. Tutela. Adoção. Paternidade. Paternidade Socioafetiva. Afeto. Posse de Estado de Filho.

ABSTRACT

Purpose of this project is to show family is the society base, it's responsible for individual's formation as moral values, ethnic, religious, educational, psychological, etc. In the first moment, it handled concept of family's right, their historic evolution and the influence they underwent by the Roman right. In sequence, the authoress attach the family's right in the brazilian constitution and the reality of change that institute was undergoing along the years, getting a lot of rights, as liberty, equality, dignity, prevailing over the strict system, authoritarianism, taking off the inequality and yielding space to a home of affection and happiness. It is distinguished the familiar forms of existing entity in the legal system, their peculiarities and formador description. In this context, it presents the forms of exercise of the filiation, the familiar power, keeps, guardianship and adoption in accordance with the begin of better interest of the child and of the teen-ager. Finally, the origin of the relation legal, biological and socio-affective paternal-branch office and evolution of this institute in search of the recognition of a new paternity the socio-affective, believing that the affection, love, live with, goes of meeting with everything what the Statute of the Child and the teen-ager comes protecting, being the healthful form of the growth, psychic physicist and of the child, in more, guaranteeing to the socio-affectives parents the continuity of live with the child and tenn-ager, not removing of the children the right of knowledge of the biological paternity, therefore this is a constitucional law, imprescriptible, unrenounce, but overlapping the socio-affective.

WORD-KEY: Family. Evolution. Roman Right. Constitution. Familiar Form. Familiar Power. Keeps. Guardianship. Adoptiom. Paternity. Paternity socio-affective. Affection. Possession of the state of child.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ORIGEM DA FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
2.1 A família no Direito Constitucional Brasileiro.....	15
2.1.1 Constituição de 1824.....	15
2.1.2 Constituição de 1891.....	16
2.1.3 Constituição de 1934.....	16
2.1.4 Constituição de 1937.....	18
2.1.5 Constituição de 1946.....	19
2.1.6 Constituição de 1967.....	20
2.1.7 Constituição de 1969.....	21
2.1.8 Constituição de 1988.....	22
3 AS ENTIDADES FAMILIARES NO DIREITO BRASILEIRO.....	26
3.1 Casamento.....	26
3.2 União Estável.....	29
3.3 Família Monoparental.....	34
4 FILIAÇÃO.....	39
4.1 Poder Familiar	39
4.2 Guarda.....	45
4.3 Tutela.....	51
4.4 Adoção.....	55
5 PATERNIDADE.....	61
5.1 Origem da Paternidade e a presunção <i>Pater is est</i>	61
5.2 Paternidade Biológica.....	64
5.3 Posse do Estado de Filho.....	66
5.4 Paternidade Socioafetiva.....	70
5.5 Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva.....	73

CONCLUSÃO.....79

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....83

INTRODUÇÃO

A família brasileira foi ao longo do tempo sofrendo modificações significativas, os acontecimentos históricos e a evolução do homem, fizeram com que dogmas antigos fossem perdendo espaço e uma nova família se formasse, regada por afeto, igualdade e dignidade para cada um dos seus membros. Desta forma, o idealismo patriarcal não compõe mas os ditames de um lar.

O direito vem ao longo da história, adequando-se à luz da evolução da sociedade que lhe deu origem, a qual sofre contínuas alterações acompanhando a humanidade. A família, nos moldes atuais, sofre mutações e degradações, e torna-se discutível por seus direitos abstratos que em um passado remoto não era imagináveis.

No conceito atual de família, encontra-se presente o ideal de igualdade entre os pais no exercício do poder familiar, como entre os filhos, da dignidade, liberdade e afetividade, isto tudo ensejado em uma convivência voluntária e harmoniosa. Diante deste dinamismo, os elementos sociais e comportamentais começam a influenciar no estabelecimento da filiação, tentando modificar o que antes era presumido, ou biologicamente verdadeiro, cedendo espaço a uma nova paternidade, indo além dos direitos e deveres jurídicos previstos, mas buscando o que há de mais verdadeiro e real no exercício da paternidade que é o afeto.

A construção familiar tem como pilar básico o afeto, e a paternidade é fundada também no amor, podendo assim esta existir sem haver qualquer correspondência genética, denominando-se a paternidade socioafetiva que etimologicamente demonstra o afeto que um pai deve dispensar ao filho, independentemente de qualquer vínculo biológico ou jurídico.

Ao direito é inevitável a sua alteração para melhor adequação com a realidade social em determinada época, e com a promulgação da Constituição Federal de 1988 muitas mudanças no ordenamento jurídico foram inseridas, e dentre elas, a unificação da filiação do art. 227, § 6º, sendo proibida qualquer discriminação entre os tipos de filiação, resultando assim no restabelecimento dos princípios da cidadania, da igualdade, da dignidade humana e da supremacia dos interesses dos filhos.

Deixou de imperar no sistema pátrio, o entendimento da paternidade

presumida “*pater is est*” e tão somente a meramente biológica.

Atualmente, temos três formas de filiação: jurídica, biológica e sociológica (afetiva). E ao estabelecer uma filiação, deve-se analisar isoladamente cada caso, pois cada ser humano possui sua individualidade, formação social e dignidade.

Nesse entendimento, o presente trabalho, propõe-se de maneira singela, a compreender as novas relações familiares, em específico o estabelecimento da filiação pautada no afeto; já que não se pode mais admitir que o afeto é de menor importância comparado ao laço biológico ou jurídico, ao passo que a relação paterno filial requer carinho e amor, pois não é um dado genético que vai levar um pai a dispensar afeto e os elementos inerentes a uma verdadeira paternidade.

Objetiva-se aclarar a relação paterno-filial por meio da posse do estado de filho, que é melhor para a criança lhe proporcionando tudo aquilo que ela precisa para crescer e evoluir de acordo com sua dignidade e interesse.

Em particular o tema central desse trabalho é afirmar a importância da existência do afeto na relação pai e filho, nesse enfoque o autor faz um estudo das formas de entidade familiar existentes no direito pátrio, as formas de filiação, e os direitos e deveres da relação paternal.

Como procedimento metodológico será utilizado o método dedutivo e histórico para pesquisa e elucidação do tema.

2 ORIGEM DA FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

Ninguém sabe com segurança como, quando e em que circunstância originou-se a família, mas é certo que o ser humano primitivo “Homo Sapiens” em determinada época de sua evolução, passou a conviver em grupos e tribos, surgindo pequenos sinais da vida familiar e primitiva sociedade.

A explicação para a origem da família, está envolta de grandes incertezas, vez que não há uma forma única e certa de família. Para avançar o estudo da origem, delimitamos uma estrutura que foi predominante para a organização familiar brasileira, pois, é inútil buscar uma única trajetória evolutiva que seja satisfatória e abranja as quantitativas transformações e funções que este instituto sofreu nas mais diversas sociedades históricas já estudadas.

Desse modo, uma das primeiras civilizações de grande importância para o âmbito de organização familiar é a greco-romana.

Em Roma o elemento principal e constitutivo da família foi a religião. A família romana se reunia todos os dias em torno do altar para realizar o culto doméstico que era presidido pelo genitor, que tinha poderes de sacerdote, de herdeiro do lar, enfim, a religião passa a residir no pai, tornando-se este um ser supremo e absoluto. É desta premissa que lhe era atribuída a palavra *pater*, significando apenas o poder e a autoridade de que a religião o revestiu.

Segundo Fustel de Coulanges (2002, p.45):

O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados, A religião fez com que a família formasse um só corpo nesta e na outra vida.

A família antiga seria, pois, uma associação religiosa, mais que uma associação natural.

A família era essencial para a perpetuação do culto familiar, não podendo este desaparecer, pois cairiam em desgraça. Por isto, era necessário um descendente homem para continuar o culto, surgindo neste momento a adoção quando não era possível o filho de sangue dar continuidade ao culto.

E não bastava gerar um filho, este deveria ser fruto do casamento religioso, pois o filho bastardo não poderia ser o continuador da religião doméstica, o cristianismo condenava as uniões livres, o casamento era o sacramento. O

nascimento de uma filha não preenchia esta necessidade, pois ela não poderia dar continuidade, vez que ao casar abandona o culto do lar de seu pai e passa a cultuar os deuses e antepassados do marido.

E o pai, chefe supremo da religião doméstica, tinha poderes absolutos sobre os demais membros da família, podendo reconhecer ou não um filho ao nascer, e a criança só lhe seria importante após iniciado o culto religioso.

O casamento era obrigatório para perpetuar a família, não buscava a afetividade ou o prazer, seu objeto principal era gerar uma terceira pessoa para continuar a religião.

E por muitos anos a família, era um grupo de pessoas restrito sob o mesmo lar, formado pelo pai, mãe, filhos e seus deuses.

A família antiga por muito tempo assim se sustentou, em seus preceitos religiosos para a sua própria perpetuação.

Mas este modo familiar se modifica lentamente quando Roma passa por pequenas expansões em sua estrutura social e política, fazendo com que esta nova formação tenha mais força que o poder individual de cada chefe de família, enfraquecendo os poderes do *paterfamilias*, tendo o Estado criado leis regulamentando as relações familiares.

E ainda envolto das mudanças, a difusão do cristianismo e sua doutrina, trouxe algumas mudanças para a família romana, entre elas: monoteísmo (adoração a um único Deus) a religião deixa os lares tornando-se pública, prega a igualdade entre os homens e mulheres, e enfraquecendo o núcleo familiar patriarcal, existe agora uma igualdade de poderes, direitos e deveres entre os cônjuges.

A família está em constante evolução, pois a cada momento a sociedade muda, renova-se, criando novas formas de convivência, fazendo com que as pessoas se agrupem das mais diversas maneiras, buscando acima de tudo a melhor forma para cada uma ter sua sobrevivência digna.

A família que hoje conhecemos e da qual fazemos parte, pode ser conceituada como moderna, pois seus preceitos a cada dia estão mais adequados àquilo que a sociedade atual vive. Hoje, antes do casamento as pessoas buscam realizar-se profissionalmente, casam-se com a finalidade de constituir família embasada no amor e na afetividade, não há de se falar em casamentos impostos apenas para perpetuar espécie, busca-se muito mais, seja qual for o tipo de união.

A transformação da família moderna se dá quando o Estado assume

para si funções das relações familiares, podemos citar a função educativa, alimentar, e indo além, estabelecendo limites aos pais para com seus poderes, deixando de existir qualquer resquício do patriarcal, por uma convivência democrática no grupo familiar.

Para os menores foram instituídas leis de proteção, onde o Estado visa dedicar-se àqueles que são mais frágeis e necessitam de uma maior vigilância, para que a função do pátrio poder seja exercida sob as égides da educação, confiança e amor.

E é desta maneira que o direito é visto como ciência social, que regulamenta e estuda a vida social, devendo evoluir para alcançar as transformações sociais para não tornar-se um passado remoto.

2.1 A família no Direito Constitucional Brasileiro

2.1.1 Constituição de 1824

No Brasil a primeira Constituição de 1824 do período imperial outorgada por Dom Pedro I, não faz menção alguma à família, ressaltando que esta é fruto de um período liberal clássico, predominantemente, uma constituição política, e individualista.

O constitucionalista Sergio Resende de Barros (1997) apud Oliveira (2002, p.26) sustenta:

A ordem política foi o conteúdo inicial das constituições escritas. Desde o final do século XVIII, foram elaboradas na Europa e na América constituições políticas cujo conteúdo era a organização fundamental do Estado, mediante separação dos poderes e a declaração dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. Contendo nada além da separação de poderes e da declaração de direitos, a ordem política foi matéria contida nas constituições do século XIX. A ocupação do direito constitucional eram as relações políticas, não só estritamente, mas também minimamente consideradas: apenas as relações essenciais para o exercício do poder, travadas entre governantes e governados. Este o conteúdo inicial do direito constitucional.

A constituição de 1824 foi elaborada por uma Assembléia Constituinte patriarcal, e para participar do processo eleitoral leva-se em conta a capacidade contributiva de cada um, caracterizando um sufrágio censitário. Tendo esta previsto um capítulo sobre a família imperial na qual não se regulamentava o núcleo familiar, mas sim a forma que seria a transmissão do Poder Imperial, caracterizando o não-

intervencionismo, sendo conforme já dito um modelo liberal clássico.

2.1.2 Constituição de 1891

Esta foi a segunda Constituição e a primeira republicana, e ao ser implantado o regime republicano houve grandes divergências na forma de realizar a administração do país.

Contudo, a constituição republicana não trouxe um capítulo específico para a família e inseriu no artigo 72 o parágrafo quarto afirmando que só era reconhecido o casamento civil, cuja celebração deveria ser gratuita. Tal dispositivo retirou da Igreja o controle do ato jurídico do casamento, demonstrando a ilegalidade da cerimônia realizada apenas no religioso.

Acerca da Constituição de 1891 explica Waldemar Ferreira (1935) apud Oliveira (2002, p.37):

Constituição de 1891 só reconheceu o casamento civil. Não se preocupou com o religioso. Deixou ao arbítrio de cada casal realizá-lo se e quando lhe aprouvesse. A nenhum dificultou ou impediu o exercício desta faculdade. (...). Só ao casamento civil atribuiu efeitos jurídicos, definindo direitos e impondo deveres ao cônjuges. Derivou dele as relações de parentesco. Fez decorrer dele o regime comum de bens, em falta de convenção antenupcial. Assegurou os direitos dos filhos. Estabeleceu, enfim, um sistema de norma garantidoras da família e da sua dignidade.

Esta seria então mais uma constituição de conteúdo liberal clássico, não contemplando nenhum capítulo para proteção a da família e sociedade, tendo caráter individualista e não intervencionista.

2.1.3 Constituição de 1934

Nas primeiras décadas do século XX, em todo o mundo aconteciam várias revoluções; como nos Estados Unidos a primeira Guerra Mundial, a crise na Bolsa em Nova York, na Rússia cai o governo czarista surgindo um novo governo socialista por Lênin, já na Itália o novo regime fascista sob a liderança de Mussolini fracassa, surgindo o regime nazista liderado por Hitler. Isto tudo fora acontecendo dando a contraprova de que o sistema liberal clássico antes predominante em todos os governos mundiais já não se mantinha como o ideal, que era necessário o nascimento de uma nova ordem política que protege os mais fracos frente a tantos

privilegiados e poderosos.

No Brasil não foi diferente, neste período passamos por uma crise tanto política quanto econômica e social, que foi denominada como a Revolução de 1930, que pôs fim ao primeiro período da República. E é neste momento que nasce uma nova constituição em meio à crise, sem esquecer de citar que nosso país foi um dos países que mais sofreram com a crise na Bolsa de Valores de Nova York, pois nos destacávamos na exportação do café e esta foi reduzida ao mínimo, gerando para os produtores prejuízo.

Em 24 de fevereiro de 1932 pelo Decreto 21.076 o novo Código Eleitoral, passou a permitir a participação das mulheres e dos maiores de 18 anos nas eleições, o voto agora é secreto e universal protegendo a liberdade de expressão de cada cidadão. Pela primeira vez a Assembléia Constituinte foi composta tanto por homens quanto por mulheres.

A constituição de 1934, a segunda republicana é o marco da passagem do liberalismo clássico para o intervencionismo do Estado, pois houve uma nova ordem, normas referentes a alguns direitos sociais, como salário mínimo, proibição de trabalho para menores de 14 anos, entre outros, resultado no final da revolução de 1930.

Ao mais, foi previsto no Título V “Da Família, da Educação e da Cultura”, Capítulo I, “ Da Família”, arts.144 à 147 *in verbis*;

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio* , com efeito suspensivo.

Art. 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juizes

Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art. 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

É de fácil percepção que o legislador ao elaborar os artigos atentou-se à forma que a família se constituiria pelo casamento e suas formalidades, e ao casamento religioso foram estendidos os efeitos civis que na Constituição de 1891 lhe fora abstraídos.

2.1.4 Constituição de 1937

Esta constituição foi outorgada pelo golpe de Estado realizado pelo próprio presidente da República Dr. Getúlio Dornelles Vargas em 10 de novembro de 1937, impondo o regime ditatorial pela condição de chefe supremo do Estado. Denominou-se por longo período “A Polaca” vez que sofreu grande influência da Constituição da Polônia, nos ditames que esta previa ao poder presidencial supremacia incontestável.

Nessa Constituição, manteve-se o que já fora previsto na constituição anterior em matéria do instituto da família, o que lhe foi inovador foi a criação de um capítulo especial, nos arts. 124 a 127 nos termos seguintes:

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

Ao compararmos os artigos da constituição de 1934 com a de 1937, podemos notar que esta última foi um pouco mais além do ato jurídico do casamento, passou a preocupar-se com a educação dos filhos sendo um dever primordial para a família onde o Estado também traz para si de forma subsidiária esta responsabilidade; a igualdade entre os filhos naturais e legítimos; a infância e juventude passam a ser objeto de cuidados e garantias por parte do Estado para que as crianças e adolescentes tivessem uma vida mais digna; o Estado assume pra si também o dever de cuidar daqueles que sofressem qualquer tipo de abandono pelos seus pais.

2.1.5 Constituição de 1946

Com a queda do Estado Novo colocando fim ao regime ditatorial implantado pelo presidente Getúlio Vargas e concomitantemente o término da Segunda Guerra Mundial, o mundo passa por uma redemocratização na ordem política e social. O pensamento democrático difundiu-se rapidamente fazendo com que os regimes políticos autoritários que ainda eram presentes em muitos países sofressem uma desestabilização.

A constituição de 1946 é o marco da redemocratização no país “democracia social”, um novo sistema de garantias individuais e proteção para o cidadão.

Especificamente ao direito de família, a quarta constituição não inovou quase nada daquilo que já tinha sido previsto na de 1934, vejamos os artigos 163 a 165 *in verbis*:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art. 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art. 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus* .

Notadamente à leitura dos artigos verifica-se que, em termos, o conceito do direito de família pouco evoluiu mantendo-se ainda o pensamento conservador, que a família se constituía pelo ato jurídico do casamento sendo este indissolúvel, os efeitos jurídicos atinentes ao casamento religioso, etc.

2.1.6 Constituição de 1967

Com a Revolução de 1964, os militares passaram a governar o país; e buscavam para o regime militar segurança e estabilidade por estes, e outros motivos é que a constituição de 1967 foi criada, vez que a de 1946 já não satisfazia o novo governo com as diretrizes que seriam implantadas.

E para a elaboração desta foram editados alguns Atos Institucionais regulamentando o projeto, a comissão especial, os poderes conferidos ao Congresso Nacional.

Acerca do direito de família, este novo texto constitucional não trouxe nada além do que já havia sido legislado anteriormente, como podemos observar nos artigos abaixo:

Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A entidade familiar legítima era apenas a que se constituía pelo casamento, assim esta teria proteção jurídica do Estado. Vale ressaltar que em razão do momento político de elaboração desta constituição, a família teve limitados seus direitos comparados com as constituições anteriores, pois os governantes militares queriam garantir e perpetuar o poder político instituído por eles e era apenas isto que lhes interessava.

2.1.7 Constituição de 1969

O regime militar implantado em nosso país desde março de 1964 mantinha-se no poder, e durante este período muitos protestos e manifestações se alastravam para conter as medidas radicais que eram tomadas. Em 1968 foi baixado um novo Ato Institucional o AI-5, permitindo que o presidente fechasse o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e tivesse o poder para cassar mandatos e suspender direitos, e conferiu aos militares ampla liberdade para legislarem acerca de qualquer matéria, entre tantas outras coisas.

Neste período Artur da Costa e Silva era o presidente do nosso país, e este foi acometido por uma doença grave e não poderia mais exercer suas funções, e a partir deste instante foi que as coisas mudaram. Não houve a transferência de poderes ao vice-presidente conforme era previsto na constituição, no entanto quem assumiu o poder foram três militares que durante o período de governo editaram a Emenda Constitucional n° 1.

Esta emenda trouxe muitas modificações à constituição de 1967 e esta deu origem à constituição de 1969.

Acerca do direito de família nada se alterou em relação à constituição de 1967, vejamos:

Art. 175 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito

no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação dos excepcionais.

As pequenas mudanças foram no próprio texto constitucional em vernáculo mais aprimorado.

Com o fim do mandato de Médici, Geisel seria o novo presidente em 1974 e foi durante seu governo que aconteceu uma grande evolução no direito de família. No ano de 1977, os senadores apresentaram a emenda constitucional nº 09, que previa uma mudança no artigo 175 §1º, o casamento deixaria de ser indissolúvel, o que causou grande repercussão na Igreja Católica, muitos acreditavam que este seria o fim da família.

Esta emenda foi regulamentada pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que ficou conhecida como a Lei do Divórcio. É o marco inicial da modernização do direito de família em nosso país, aprimorando-se as mudanças significativas que a sociedade sofreu durante o longo período da constituição de 1969.

2.1.8 Constituição de 1988.

O governo militar conjuntamente com a ditadura chega ao fim, após 21 anos de governo, o Brasil inicia sua redemocratização em 1985 tendo como seu presidente Tancredo Neves eleito em 15 de janeiro, que infelizmente veio a adoecer assumindo seu cargo o vice-presidente José Sarney. Em 15 de março, e no mesmo ano, em 21 de abril, Tancredo Neves veio a falecer, consumando de forma definitiva o cargo de presidente a José Sarney.

Conforme já era previsto pelo novo governo, o país necessitava de uma nova ordem constitucional que deveria preceituar além da nova sistematização do Estado democrático, os direitos e garantias individuais. Esta nova ordem foi promulgada em 5 de outubro de 1988.

A constituição de 1988 foi um grande divisor de águas para o direito de família, ao reconhecer a evolução latente deste instituto na sociedade brasileira, e mais, tendo como princípio a dignidade humana, pois considera este elemento fundamental para a formação do ser humano e sua personalidade. As relações

familiares foram concebidas amplamente pelo Estado passando a ter efeitos jurídicos as relações que anteriormente eram de fato, agora tornam-se de direito.

Destarte, a família deixa os moldes dos legisladores civilistas, que tinham com primordial característica o individualismo, convertendo-se para o ramo de interesse público tendo como objetivo o escopo social.

A Constituição, no Capítulo VII do Título VII, ampliou o conceito de família, reconhecendo a união estável, a família monoparental, a igualdade de direito entre os cônjuges e aos filhos.

Estabelece o artigo 226 da CF, *in verbis*:

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

§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

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

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

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§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.

Necessário ressaltar as inovações, no parágrafo 3º do artigo 226, que passou a reconhecer a união estável, que caracteriza-se pela união de pessoas livres de sexos opostos que não são unidas pelo casamento, é a existência da família informal, podendo converter-se tal união em casamento, não havendo os impedimentos regulados pelo Lei 9.278/96.

O parágrafo 4º regulamenta as famílias monoparentais, denominadas família unilinear formada por um dos genitores da criança desde a sua origem ou

após a extinção do vínculo familiar, por separação, divórcio, etc.

E a respeito do parágrafo 5º que trata da isonomia dos cônjuges, foi um grande avanço aos costumes da época visto que consideravam a mulher inferior ao homem; e ao consagrar igualdade entre estes seres a mulher passa a exercer seu papel na sociedade. Deixando de existir a família organizada apenas sobre a base patriarcal onde o homem era o chefe da sociedade conjugal, hoje já não é assim, com o advento deste dispositivo o poder familiar passa a ser exercido conjuntamente pelo homem e pela mulher.

Já o parágrafo 6º, regula a forma de dissolução do casamento, pelo divórcio, separação de fato por mais de um ano, ou quando comprovada por mais de dois anos, podendo assim constituir nova família, novo matrimônio quem assim o desejar preenchendo tais qualidades, não sendo necessário existir culpa para a dissolução ou mesmo se houve motivo para tal.

Os parágrafos 7º e 8º apresentam as funções que o Estado vai exercer perante a família, proporcionando recursos educacionais e científicos no que diz respeito ao planejamento familiar, e garante a assistência familiar, etc.

A constituição de 1988 estabeleceu a unidade da filiação, tendo com base o princípio de igualdade, onde não haverá mais desigualdades entre os filhos nascidos dentro do casamento e os nascidos fora ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sem que haja discriminação (artigo 227, §6º). Anteriormente à constituição, a filiação era considerada legítima, legitimada e ilegítima conforme diversa fosse sua origem; a filiação legítima era definida no momento da concepção os que eram nascidos na constância do casamento. Os legitimados eram os filhos nascidos antes do casamento, mas logo após os pais se casavam. Os ilegítimos eram os filhos dos pais não casados ou impedidos, que poderiam ser tidos como espúrios, adulterinos, ou incestuosos.

O constituinte no “caput” do artigo 227, descreve como o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar, e, além disto, colocados a salvo de toda discriminação, violência e crueldade.

No artigo 229 o legislador conferiu direito e deveres recíprocos aos membros da família, os pais tem o dever de assistência aos filhos, bem com educar, criar, contudo os filhos têm o dever de acolher e cuidar dos pais na velhice, carência

ou enfermidade.

São notórias as inovações que esta ordem constitucional regulamentou acerca do direito de família, atribuindo com harmonia aos artigos a realidade vivida pela sociedade brasileira.

3 AS ENTIDADE FAMILIARES NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Casamento

Inúmeras são as definições de casamento, assim temos como a forma tradicional e clássica de constituição de família, seja ele civil ou religioso.

Entre as definições mais citadas no ordenamento jurídico, destaca-se a de Lafayette Rodrigues Pereira (1956) apud Nader (2006, p.45), “o casamento é ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”. Muito referida igualmente é a definição de Clovis Beliváqua (1943, p.34), “o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer”.

O Código Civil Brasileiro atual, bem como o de 1916 não definiu o que vem a ser casamento, deixando esta tarefa aos doutrinadores, cada qual com seu próprio conceito, havendo, portanto várias definições para o instituto.

Assim, conclui-se que a importância do casamento advém de sua função social e familiar, que atravessou séculos e se mantém nas legislações de forma diversificada em função da experiência de cada povo.

É o casamento que institui a família legítima, entre um homem e uma mulher. Com a Constituição de 1988 o casamento deixou de ser a única forma legítima de entidade familiar, a união estável e a família monoparental passaram a ser reconhecidas pelo Estado.

No Código Civil de 1916, o casamento era a única forma legítima de constituir família. O único casamento válido era o civil, os religiosos assim o seriam, se tivessem seus efeitos reconhecidos com os efeitos civis.

Sobre os efeitos jurídicos do casamento, o Código Civil de 1916 elencou os deveres dos cônjuges em disposições gerais no art. 231: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos.

Em seguida apontou os direitos e deveres do marido nos art. 223 à 239, e o da mulher nos art. 240 à 255, em capítulos diversos deflagrando assim

notória discriminação entre os cônjuges, o marido “chefe da sociedade conjugal e representante legal da família”, a mulher “companheira, consorte e colaboradora do marido”. Evidente que esta disposição dos cônjuges ao exercício do casamento se contrapõe ao princípio constitucional da igualdade entre marido e mulher previsto no art. 226, §5º, da CF/88, tendo estes artigos não recepcionados pela Magna Carta sido revogados pelo Novo Código Civil.

Acerca do regime de bens entre os cônjuges é previsto: comunhão universal, separação e dotal.

No atual Código Civil há algumas mudanças referentes ao casamento, com destaque a valorização do casamento religioso, a igualdade entre os direitos e deveres dos cônjuges, entre outros.

O casamento passa a ter o efeito da comunhão de vida entre os cônjuges, consolidando a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, assumindo mutuamente a condição de companheiros, e responsáveis pela família e também a igualdade dos filhos.

Os efeitos civis do casamento religioso podem ser admitidos a qualquer tempo desde que mediante habilitação dos contraentes e o devido registro.

Acerca do regime de bens, cria-se um novo regime: participação final nos aquestos, segundo o qual os bens comprados durante o casamento pertencem a quem os comprou, mas serão divididos caso ocorra a separação, este novo regime dá autonomia a cada cônjuge em administrar seu patrimônio.

Estas foram algumas das mudanças referentes ao Código Civil, direito de família e casamento em seu amplo campo de atuação jurídica.

Silvio de Salvo Venosa descreve (2001, p.36):

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc.

A natureza jurídica do casamento é dos temas mais discutidos e com diferentes opiniões doutrinárias.

Na doutrina existem três teorias explicativas sobre a natureza jurídica do casamento: *a contratual*, *a institucional* e *a mista*.

A *teoria contratual* tem como foco o ato gerador do casamento que é a

declaração de vontade dos nubentes, que se unem para comunhão de bens e satisfação de seus interesses, e deste ato celebrado geram-se inúmeros efeitos jurídicos, bem com direito e deveres sempre em observância à lei.

Na *teoria institucional* o casamento não pode ser um simples contrato, não bastando apenas a declaração de vontade das partes, apesar desta ser importante. Os nubentes devem aderir e respeitar os direitos e deveres descritos pelo legislador, não podendo modificá-los o casamento é uma instituição, uma vez que as normas que regem o matrimônio são de ordem pública.

Na *teoria mista* ou *eclética* o casamento é uma instituição e um contrato ao mesmo tempo. Sendo primeiramente um contrato, pois, ninguém casa-se sem declarar mutua vontade. Depois de celebrado, o matrimônio torna-se uma instituição, pois, deve obedecer as normas instituídas pelo Estado que não podem ser alteradas pelos nubentes.

O casamento tem suas características, sendo elas:

a) Liberdade de escolha dos nubentes: a vontade para se casar tem que ser dos próprios nubentes, em razão que no passado distante o *paterfamilias* escolhia o futuro cônjuge para os filhos, prática que hoje é inconcebível em nosso ordenamento onde a regra é liberdade de escolha, cabendo aos pais apenas a autorização quando seus filhos não têm idade núbil. O direito de escolha é irrenunciável;

b) Solenidade do ato nupcial: o casamento se classifica como negócio jurídico, pois se realiza com a declaração de vontade entre os nubentes. É solene, pois, impõe um rito que culmina com a declaração do oficial do Registro Civil (juiz de paz), em que todas as palavras solenes devem ser proclamadas, o ato deve ser realizado em local acessível a “porta abertas”, a quem queira opor impedimentos havendo publicidade sobre este e será marcado com antecedência;

c) Normas de ordem pública: o casamento é regido por normas cogentes, que não podem ser alteradas;

d) União permanente: a união não é eterna, mas é permanente na medida em que, para que seja desfeito o casamento não basta tão somente a vontade entre as partes, é obrigatório a intervenção judiciária, o Estado-juiz;

e) União exclusiva: no ordenamento jurídico brasileiro não é permitido a poligamia, isto é, não é possível casar-se com mais de uma pessoa de uma só vez. Nosso sistema é monogâmico, ou seja, casar-se com uma única pessoa, este

sistema sofre influência da doutrina Cristã. Mas há países em que a poligamia é permitida, sendo esta uma característica da cultural e religiosa. A poligamia se divide em: poligenia, um homem com duas ou mais mulheres, e poliândria, uma mulher com dois ou mais homens.

O casamento é fundado no interesse em comum dos nubentes, a comunhão da vida, que se destina a organizar e dar estabilidade à família que se forma, passando a equilibrar a sociedade. É notório que muitos dos interesses que levaram ao matrimônio não são idênticos, mas deve existir um denominador comum entre estes. E por último, não podem ser confundidos com os efeitos jurídicos do casamento, nos quais independem da vontade dos nubentes, pois são decorrentes da lei, ordem pública, como o novo estado civil, a fidelidade e o parentesco, entre outros.

3.2 União Estável

A família brasileira sofreu grandes modificações após o advento da Constituição Federal de 1988 sendo esta um marco para o direito de família. O legislador constitucional passou a conhecer outras formas constitutivas de família, as quais sempre existiram, mas ficavam à margem do ordenamento jurídico, passando estas novas entidades familiares a terem o mesmo respeito e prestígio que antes era apenas admitido ao casamento. Foram reconhecidas expressamente além do casamento, a união estável e a família monoparental.

Anteriormente ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, se conhecia por uniões livres o concubinato, que para Euclides de Oliveira (2003, p.73) é:

A união entre o homem e a mulher, com intuito de vida em comum, sem as formalidades do casamento. Corresponde à chamada união livre ou informal, porque sem as peias da celebração oficial e dos regramentos estabelecidos na lei para as pessoas casadas.

A união estável corresponde ao concubinato puro, isto é, a união do homem e da mulher desimpedidos para contraírem matrimônio que possuem uma convivência duradoura e estável, como dever mútuo de assistência, fidelidade e lealdade, tornando-se uma família de fato.

Há entendimento de alguns doutrinadores para com a classificação do

concubinato puro acima descrito, e o concubinato impuro, qual seja, a união do homem e da mulher na qual ambos ou apenas um deles tenham algum dos impedimentos para contraírem matrimônio, sendo apenas conviventes.

Nesse mesmo sentido temos o posicionamento de Álvaro Villaça Azevedo (2002, p.191):

Considera-se puro o concubinato quando ele se apresenta como uma união duradora, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato, sem detrimento da família legítima. Assim acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, viúvos, os separados judicialmente ou de fato, por mais de um ano, desde que respeitando outra união concubinária. O concubinato será impuro se for adúlterino, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como o de um homem casado ou concubinato que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato. Concubinato puro ou concubinato simplesmente, deve merecer, por parte do Estado, completa proteção e regulamentação legal; já o segundo, concubinato impuro ou concubinagem, não deve merecer apoio dos órgãos públicos e, mesmo, da sociedade.

A Constituição Federal prevê a união estável entre homem e mulher no art. 226, § 3º, e sua conceituação está prevista no art. 1723 do Código Civil, que é a mesma dada pela Lei 9.278/96, art. 1º. Conforme o art. 1723: *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradora, e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”*

Para efeito de proteção do Estado, a Constituição Federal no art. 226, § 3º, reconhece a união estável entre homem e mulher, afastando o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo, e ainda aduziu ao texto constitucional a orientação no sentido de facilitar a conversão de união estável em casamento.

Evidencia-se a orientação constitucional à conversão de união estável em casamento, na interpretação de Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.51), a Constituição não pretendeu igualar a união estável ao casamento, concluindo: “Ora, se a lei ordinária (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade, continua sendo o casamento.”

A união estável diferencia-se do casamento, no tocante às formalidades, não se instaura documentalmente, o casamento é negócio jurídico solene, a união estável se institui na ordem dos fatos, mediante relações da vida, o vínculo jurídico se forma lentamente, caracterizada pela informalidade. Desta

maneira, a união estável apresenta a vantagem no tocante do processo de formação quanto sua dissolução, no entanto, há a dificuldade de se comprovar a sua existência em razão da falta de documento constitutivo.

Embora não exigível instrumentação escrita, parece de modo recomendável que a constituição da união estável seja formalizada por meio de um contrato de convivência entre as partes, que servirá como marco de sua existência além de propiciar regulamentação do regime de bens que venham a ser adquiridos no seu curso (LEITE, 2003, p.125).

Para configuração desta entidade familiar, é necessário o preenchimento de alguns requisitos essenciais são eles:

a) Diversidade de sexos: o art. 226, § 3º da Constituição Federal, e art. 1723 do Código Civil, exige a diversidade de sexos para formação da entidade familiar. Pelas imposições normativas não se enquadra no modelo da união estável a união entre pessoas do mesmo sexo, a união homoafetiva.

Para que ocorra tal avanço, nas relações homoafetivas, o ponto de partida será a remoção do obstáculo constitucional. Se a este é indispensável a diversidade de sexo, seria um contrasenso a dualidade de orientação. Destarte, pensamos, caso a união estável entre homossexuais se torne juridicamente possível, a permissão deverá estender-se ao instituto do casamento (NADER, 2006, p.589).

b) Inexistência de impedimento matrimonial: não será possível constituir união estável se um ou ambos os parceiros possuírem impedimentos matrimoniais, que está descrito no art. 1723, § 1º do Código Civil, o qual nos remete ao art. 1521 do mesmo codex, que por sua vez enumera as causas impeditivas. Sendo assim, estão impedidos de constituir união estável os ascendentes com os descendentes, seja parentesco natural ou civil; os afins em linha reta; o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi adotante; os irmãos, unilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; o adotado com o filho adotante; as pessoas casadas; o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Não constitui óbice a união estável no caso de pessoa casada que estiver separada de fato ou judicialmente.

Não há possibilidade jurídica de existir mais de uma união estável concomitantemente, em razão da unicidade do vínculo que se impõe para a formação desta entidade familiar.

c) Vida em comum sob o mesmo teto: conviver sob o mesmo teto

revela a intenção de constituir família, mas hoje morar junto não é requisito para configurar união estável, vez que mesmo morando em casas diferentes a união estável se configura a partir do momento que verifica a dependência um do outro, uma economia comum, união duradora, estável e pública.

A união estável pode-se configurar ainda que não exista coabitação. Há conviventes que preferem manter suas respectivas casas porque consideram essa independência salutar ao relacionamento; e há também aqueles que precisam morar separados, por fôca do trabalho ou outra razão. A falta de moradia comum não descaracteriza, portanto necessariamente a união estável (ULHOA, 2006, p.125).

Assim a convivência sob o mesmo teto deixa de ser elemento para a união estável, mesmo porque, há muitos casamentos em que os cônjuges vivem em casas separadas. Tendo o direito o condão de adequar-se a estes novos costumes que se imperam diante da evolução da sociedade.

d) Notoriedade das afeições: a união estável deve ser conhecida entre os amigos do círculo familiar, devendo assim ser pública. A união que se dá as escondidas, clandestinamente não pode ser considerada entidade familiar pela lei e ter proteção. Os companheiros devem conviver como marido e mulher, como se casados fossem.

Realmente, como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local que vivem, nos meios sócias, principalmente de sua comunidade, apresentando-se, enfim, como se casados fossem (AZEVEDO, 202, p. 437).

e) Convivência duradora e contínua: não há prazo estipulado na lei nem na doutrina para caracterizar a união estável, deve observar a durabilidade do relacionamento, devendo este ser maduro, e não esporádico. Há alguns entendimentos que o prazo mínimo seria cinco anos para caracterizar união estável, outros falam em dois anos, contudo não há um prazo certo a ser observado, devendo o juiz analisar caso a caso antes de decidir, observando também os demais requisitos para que não haja prejuízo aos companheiros.

Outro requisito relacionado ao tempo, é a continuidade da convivência e do relacionamento, não devendo ocorrer interrupções significativas no decurso da união estável que desnaturem a própria vida em comum, ressalvando que as interrupções breves em razão de desentendimentos, e posteriormente superados

reconciliados não prejudiciais à entidade familiar não serão considerados descontinuidade da união estável.

f) *Affectio maritalis*: é requisito subjetivo, no qual se faz presente para estabelecer qualquer tipo de união, no propósito de formação de família. Essa característica é de vital importância para o reconhecimento da união estável, assim os companheiros devem renovar todos os dias este sentimento para formar sua família, de vida em comum, dos interesses; não bastando para tanto apenas o interesse de relacionar-se, ou muito menos apenas o sexual, é exigido o intuito de viver como uma família como se casados fossem.

g) Fidelidade: para que se caracterize a união estável deve existir a reciprocidade de fidelidade entre os companheiros, pois, não é permitida a bigamia em nosso ordenamento jurídico, bem como já dito é vedado uniões estáveis concomitantes, ou mesmo esta e um casamento; a união deve ser exclusiva entre os conviventes.

Ser fiel ou leal na relação é não faltar com a sinceridade, é ser autêntico com o companheiro. Agir com lealdade é corresponder à confiança do companheiro. Quebra o dever de lealdade o companheiro que namora ou mantém relações íntimas com terceira pessoa, traindo o compromisso de fidelidade, implícito na união estável (NADER, 2006, p. 595).

A mesma fidelidade exigida na união estável, é encontrada no casamento; portanto a infidelidade pode levar a ruptura desta entidade familiar, ao passo que torne inviável a vida em comum.

O regime de bens na união estável está disposto no art. 1725 do Código Civil é o da comunhão parcial, que poderá ser afastado mediante contrato escrito, não havendo assim um regime legal obrigatório.

O texto constitucional, no art. 226, §3º, determinou que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento. Contudo a Lei 8.971/94 dispôs, apenas sobre os direitos dos companheiros, já a Lei 9.278/96 em seu art. 8º prevê: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento por requerimento ao oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”. O art. 1726 do Código Civil também prevê a conversão mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

No entanto, o artigo não traz explicitação alguma acerca dos requisitos para a conversão, as formalidades para o pedido, etc. Não sendo atendidos os

ditames da norma constitucional para a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Para preencher a lacuna legislativa, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo baixou o Provimento 10/96, no qual prevê o processo de habilitação, para a conversão de união estável em casamento. Denota-se que o tempo anterior de convivência não constará no processo de conversão, ou mesmo no registro de casamento, mas este continua existindo para efeitos jurídicos, especialmente para partilha de bens que foram adquiridos durante esse período.

O art. 1726 do Código Civil também prevê a conversão mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Observa-se inadequada referência a pedidos dos companheiros ao juiz, quando na verdade, o pedido cabe ao oficial do Registro Civil, mesmo porque, na conversão, não atua o juiz de casamentos por não haver celebração solene do ato, mas simples registro em seguida à habilitação dos companheiros (OLIVEIRA, 2003, p. 152).

Conclui-se que esta sendo a regra vigente não facilita a conversão, mas dificulta.

3.3 Família Monoparental

A família monoparental é formada por qualquer dos pais e seus descendentes, de acordo com o art. 226, § 4º da Constituição Federal. Podemos definir a família monoparental como entidade familiar composta pelos genitores (pai ou mãe) com seus descendentes.

Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças (LEITE, 2003, p.22).

A entidade familiar monoparental, sempre existiu, não é um fato novo, basta considerarmos a existência eminente de mães solteiras, mulheres separadas, viúvas e viúvos, crianças abandonadas. Assim a monoparentalidade abrange os casais que vivem em união livre, ou casais casados que tornam-se monoparentais em decorrência da separação, divórcio, falecimento e ainda aqueles que optaram em ter filhos sozinhos.

Alguns doutrinadores defendem que a família monoparental pode ser

formada quando a criança estiver sobre a guarda dos avós, assim diz Fábio Ulhoa Coelho (2006, p.134):

Há assim família monoparental de primeiro grau (pai ou mãe e seus filhos), segundo grau (avô ou avó e seus netos) etc. Também deve-se considerar monoparental a família constituída por mais de duas gerações. Quando alguém mora com a filha e neto, os três integram uma família monoparental de grau misto.

Há outros entendimentos, no qual este primeiro não deve prevalecer, pois o legislador constituinte no artigo 226, § 4º, mencionou expressamente que a família monoparental será caracterizada como entidade familiar quando a comunidade for formada por qualquer um dos pais e seus filhos, não foi de sua vontade incluir também os avós, ou qualquer outro parentesco, caso contrario teria escrito que a comunidade poderia ser formada por qualquer dos ascendentes, e não somente dos pais.

Então, concluo que não há outra forma de família monoparental senão aquela formada por um dos pais e seus filhos.

Anteriormente, a monoparentalidade era tida como uma situação de imposição, quando ocorria a viuvez, por exemplo, mas atualmente cada vez mais a monoparentalidade tem sido decorrência do elemento vontade, ou seja, uma opção, por celibato ou separação; vontade manifestada por esta nova entidade familiar.

Não é possível determinar o fator gerador da monoparentalidade, ou aquele que o determine, mas é possível estabelecer a ocorrência de diversos fatos que quando são acumulados favorecem o surgimento desta entidade familiar.

A monoparentalidade é proveniente do celibato, da separação ou divórcio, da união livre, da viuvez e das mães solteiras.

O celibato é um modelo de vida que vem sendo escolhido pelas gerações atuais, casa-se cada vez menos, essa escolha de vida sentimental ocorre em grande número pelas camadas econômicas mais favorecidas tanto entre homens quanto entre as mulheres.

Esse segmento social tem atuado como agente multiplicador, pois na medida em que esta entidade familiar é bem sucedida, tem um prestígio social, não tendo dificuldade econômica, passa a ser um modelo a ser seguido.

O celibato, não implica um novo modelo de vida para se viver sozinho, na solidão, como podemos imaginar. A maioria dos celibatários tem parceiros,

companheiros com os quais vivem em união livre, ou mesmo até como casados, mas sem qualquer tipo de compromisso legal.

Outra razão para a escolha do celibato, é a mudança da mentalidade e valores que se deslocou da formação conjugal para a formação profissional, no qual o mercado de trabalho exige a cada dia mais formação de profissionais especializados, o que retarda um futura vida matrimonial.

O divórcio e a separação são dos fatores mais determinantes para a formação da família monoparental. No Brasil, antes da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), os números de separações eram enormes não podendo atribuir a lei o aumento das separações, mas sim esta apenas regularizou as rupturas que já estavam consumadas no plano fático.

As mudanças do comportamentos e mentalidades em matéria familiar e sexual são um dos fatores do fenômeno da separação e divórcio, em razão de que os casamentos envolvem cada vez mais jovens havendo uma precocidade matrimonial, e outros já preferem viver em concubinato por ser uma situação mais cômoda que o casamento.

Nas camadas sociais econômicas mais elevadas, as mulheres que possuem uma maior qualificação profissional autônoma independente, tendem a se manterem sós, após o divórcio, ou apenas possuem um companheiro para a vida emocional e sexual sem qualquer compromisso mais sério. Considerando as mulheres que não possuem uma qualificação profissional que se retiram da atividade profissional para se dedicar aos filhos e ao trabalho doméstico tendem a se unirem com outro homem para garantir a sua subsistência e de seus filhos, após o divórcio. Já os homens, se unem com maior facilidade a uma outra mulher.

O divórcio ocorre com mais freqüência nas classes sociais menos favorecidas economicamente, depois nas classes superiores, no qual demonstra que o fator econômico influencia na entidade familiar, onde se mantém o casamento preservando o status social, sobretudo para que não ocorra a divisão do patrimônio.

A figura feminina continua tendo a iniciativa para o divórcio ou separação, independente se esta possua ou não atividade profissional. Essas mulheres compõem a classe denominada “mulheres chefes de família”.

Após o divórcio, o homem e a mulher podem se casar novamente, ou viverem em união estável. Qualquer que seja a escolha, ou seqüência dada ao divórcio, a monoparentalidade ao existir e se formar sempre resultará em efeitos

diretos sobre os filhos. Já se constatou que os filhos de pais separados casam-se mais e precocemente comparando-se aos filhos de pais não separados, deixam o lar mais cedo em razão de que a separação faz com que estes vivem de forma mais independente, estes acabam buscando o que não tiveram em casa.

A união livre é resultado da revolução sexual que ocorreu nos anos 60, no qual o casamento deixa de ser um modelo para formação de entidade familiar, a individualidade de cada um é predominante, o não compromisso bem como duração ou fidelidade. Esta nova forma de união se fortifica no momento em que não há legislação regulamentando o divórcio, fazendo com que as pessoas que antes eram casadas passem a viver em união livre.

E esta entidade familiar que surgiu na década de 60, entre os jovens foi reconhecida após muitos anos de mudanças pela Constituição Federal no artigo 226, § 3º como união estável, garantindo proteção do Estado aos seus componentes.

A viuvez era o fator inicial para a entidade monoparental. O problema maior das viúvas é a inaptidão ao trabalho, por serem a maioria pertencente a uma geração na qual a mulher se iniciava na esfera doméstica e não profissional, o trabalho fora do lar era mal visto, assim estas eram preparadas para gerarem filhos e cuidar do lar. Assim temos que com a morte dos maridos, as viúvas integram a família monoparental, ficando com seus filhos.

As mães solteiras sempre existiram, e foram sempre muito discriminadas pela sociedade e pela Igreja. Estas eram desprezadas pela opinião pública, bem como impedidas de participar da sociedade e terem uma vida pública.

No Brasil a partir de 1941 passou-se a legislar sobre o tema, e conferindo maior justiça as mães solteiras, dispôs no Decreto Lei 3.200/41 sobre a guarda do filho natural, em 1949 a Lei 883 permitiu o reconhecimento do filho adúltero; em 1989 a Lei 7.481 permitiu o reconhecimento dos filhos incestuosos. Atualmente a Lei 8.560 de 1992, permite à mãe solteira ingressar com investigação de paternidade para reconhecimento de filiação mesmo que o pai seja casado, e por fim a Lei 8.971/94 garante aos companheiros os direitos de alimentos e sucessão.

O crescimento do número de mães solteiras no país demonstra que há uma maternidade consciente, descaracterizando-se a falsa idéia de que as mães solteiras são ingênuas ou vítimas da sociedade. A partir disto, criam-se dois grupos de mães solteiras, aquelas que já foram casadas e têm filhos e que desejam ter mais

filhos, mas que não haja qualquer compromisso legal, denomina-se produção independente; e o grupo das mães solteiras que já tiveram uma vida conjugal, não tiveram filhos e decidem tê-los.

Percebe-se que as mães solteiras são uma categoria que precisa ser tratada e estudada com muita sensatez e destreza uma vez que se deve conciliar dois interesses presentes neste fator, o da criança onde sua proteção deve ser garantida pelo ordenamento jurídico e tudo que o lhe for favorável para um melhor desenvolvimento e integração social, bem com o da mãe.

A monoparentalidade é um fato que ocorre em todos os tipos de famílias, reconhecida como entidade familiar recebe total proteção do Estado, não podendo haver discriminação entre família biparental e monoparental.

4 FILIAÇÃO

4.1 Poder Familiar

O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres inerente à condição paterna e materna, fundado no interesse da família e diretamente ligado ao filho. Dentre este complexo conjunto de direitos e deveres, encontra-se a promoção da guarda, o sustento, a educação e o desenvolvimento psíquico dos filhos.

Como demonstra Fábio Ulhoa (2006, p.184):

Ter filhos é uma experiência única e essencialmente gratificante. É também uma experiência acompanhada de sérias responsabilidades. Ao pais cabe preparar o filho para a vida. Consciente ou inconsciente, transmitem-lhe seus valores, sua visão do mundo. O comportamento e atitudes deles servem de modelo que o filho tende a reproduzir.

Esse instituto alterou-se bastante no curso da história, acompanhando a evolução do direito de família, o Código Civil de 2002 denomina como poder familiar a antiga denominação “pátrio poder”.

O antigo pátrio poder é o traço fundamental da família romana que se constituía sobre relações de poder e existiam grandes desigualdades entre o núcleo familiar. O filho desde o nascimento com vida, estava sob este poder do chefe de família, o qual poderia dispor da vida do mesmo, castigar da maneira como lhe aprouvesse, casar o filho com quem mais lhe conviesse; entre tantos outros poderes que lhe eram conferidos. Essa primeira concepção do poder patriarcal romano vai se abrando com o tempo, mas mesmo mitigado continuará se alastrando até a Idade Média.

O pátrio poder era uma relação exclusiva de direito que se transformou em um conjunto de deveres.

Até o advento da Constituição Federal, o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo marido, o chefe da família conforme era tido pelo Código Civil de 1916, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) passou o pátrio poder ser exercido pela mãe quando na falta ou impedimento do pai este seria deferido a mulher que passaria a exercer a chefia conjugal, ressalvando que quando houvesse divergência entre os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevaleceria a vontade do pai.

Mas esta concepção patriarcal modificou-se com o artigo 226, § 5º da

Constituição Federal que prevê o princípio da igualdade entre os cônjuges, que exercem o pátrio poder em posição de igualdade e condições, quer sejam eles casados ou não.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e Adolescente no art. 21 da Lei 8.069/90 :

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

Sendo assim, após o advento da Constituição Federal de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 a igualdade entre os cônjuges se consolidou sendo confirmada pelo Código Civil de 2002 no artigo 1631.

A família moderna não combina mais com os poderes atribuídos exclusivamente ao homem, pois a família passa a ponderar os interesses individuais de seus entes buscando a melhor formação do indivíduo.

O poder familiar conferido aos cônjuges não é tido como um benefício frente aos filhos, mas sim um complemento para estes desempenharem melhor seus papéis como formadores e educadores.

Utilizando-se dos sábios ensinamentos de Roberto Senise Lisboa (2002, p.269), temos como poder familiar:

Poder familiar é, ao mesmo tempo, uma autorização e um dever legal para que um pessoa exerça as atividades de administração dos bens e de asseguramento do desenvolvimento dos direitos biopsíquicos do filho do incapaz, pouco importando a origem da filiação. Revela-se um autentico múnus legal, pois o poder familiar importa não apenas em direito sobre a pessoa do incapaz e os seus bens, como também em deveres pessoais e patrimoniais sobre o filho.

Partilhando do mesmo pensamento, José Antonio de Paula Santos Neto (1994, p.55) define:

É o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para manter, proteger e educar.

O poder familiar vai existir enquanto o filho não alcançar a maioridade. Para ser titular deste poder não basta ser apenas o genitor tem que ser muito mais,

é necessário ser mãe e pai, pois, o poder familiar é derivado da filiação, qualquer que seja ela e não apenas do vínculo biológico, e é desta maneira que os pais adotivos e os sócio-afetivos os têm.

O exercício do poder familiar corresponde aos seguintes direitos (CC, art.1634):

a) Dirigir a criação e educação - É o mais importante direito ligado ao poder familiar, através deste os pais preparam os filhos para a vida e para a sua sobrevivência. A educação dos pais é fundamental para a formação da criança, definindo regras, dando-lhe assistência material, médica, intelectual, etc. Faltando com este dever, os pais sofreram repreensão tanto de ordem civil como penal;

b) Ter os filhos em sua companhia e guarda – Este é o complemento para o dever de criação e educação, enquanto o filho não alcança a maioridade estes têm que acompanhar os pais sempre que for determinado, pois, é na companhia dos pais que os filhos aprendem a relacionarem nas mais diversas situações de relacionamento social. Já o direito de guarda, são os cuidados que os pais terão para com a criança em seu processo de desenvolvimento. Na hipótese de pais separados a guarda ficará com um deles, assegurando ao outro o direito de visita, não sendo afastada a possibilidade de guarda compartilhada;

c) Conceder ou negar autorização para o casamento – É o consentimento dos pais aos filhos menores para casarem. Se este direito for exercido de modo abusivo, negando os pais de modo injustificável a realização do casamento, o consentimento pode ser suprido pelo juiz, desde que esta autorização vise favorecer o menor;

d) Nomeação de Tutor - É o direito de cuidado com a prole, quando os pais falecem e o filho não atingiu a maioridade, a lei define a qual parente caberá responsabilizar-se pela vida da criança. O tutor não tem o poder familiar, ele tem apenas alguns dos direitos relacionados a este;

e) Representação e assistência - Os pais representam seus filhos impúberes até que estes completem 16 anos, a partir desta idade eles serão assistidos. Assim enquanto os filhos forem absolutamente incapazes (impúberes), os pais praticam os negócios jurídicos do interesse do menor, em nome dele. Ao atingir a incapacidade relativa (púbere), os pais tornam-se assistentes, para que os negócios jurídicos pretendido pelo menor sejam válidos. Ocorrendo divergência entre os pais e os filhos para a prática de determinado ato ou negócio jurídico

caberá ao juiz decidir o que é melhor para o interesse da criança.

f) Reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha – Se alguém retira os filhos de seus pais, eles têm o direito de reclamar pela devolução, podendo ser exercido este direito por um dos titulares do poder familiar contra o outro, sempre que desrespeitados o direito de guarda e companhia, ou qualquer outro, poderá valer-se da ação de busca e apreensão do menor com tutela liminar, ou mesmo um pedido de modificação de guarda;

g) Exigir obediência e respeito - A educação e formação do filho para uma vida adulta social faz-se através de transmissão de valores, moral, respeito e regras. Não sendo negado que por parte dos filhos há uma resistência para com os pais diante de sua condição de aprendiz, sendo assim discutir ou contestar os pais é algo rotineiro e comum na vida para o crescimento e amadurecimento, devendo os pais sempre exigirem obediência e respeito o que deve ser recíproco para uma convivência harmoniosa;

h) Exigir prestação de serviços - É o direito dos pais exigirem prestação de serviço ao filho que seja própria e adequada para sua idade e que contribua para a melhor formação na vida adulta e formação de seu caráter, pois aos pais é proibido de acordo com a legislação trabalhista exigir do filho menor que realize trabalho para o sustento da família.

O poder familiar é irrenunciável, pois, os direitos aos pais assegurados foram unicamente para garantir o bem-estar da prole e da família.

Parte da doutrina defende que a adoção seria uma forma de renúncia ao poder familiar, ora conforme prevê o artigo 45 do ECA, a adoção depende de consentimento dos pais ou representante legal do adotando, através de declaração escrita ou a termo nos autos, abrindo mão dos direitos que foi a este conferido desde o nascimento do filho. Os adeptos desta corrente dizem que a lei implicitamente deixa claro que a adoção seria uma forma de renúncia ao poder familiar.

A renúncia ao pátrio poder seria uma forma de dar aos pais a oportunidade de fugirem das responsabilidades que lhes foram dadas, no entanto, isto não é de grande aplicabilidade quando os pais não possuem condições de criarem seus filhos adequadamente; visando o melhor interesse e beneficência podem optar pela transferência o pátrio poder para terceiros que terão melhores condições para formação e criação dos filhos.

Além da adoção, a emancipação seria também uma forma de renúncia ao poder familiar, na qual os pais, de comum acordo, e iguais condições decidem renunciar ao poder familiar não havendo necessidade de manutenção deste.

O pai e a mãe não podem renunciar ao pátrio poder, pois os direitos, que têm não lhes foram concedidos por virtude de medida em favor deles, mas em benefício dos filhos ou do filho. O pátrio poder é suscetível de destituição, porém, em quaisquer circunstâncias, persiste irrenunciável. O pátrio poder não é irrenunciável por natureza. É isto sim, irrenunciável em regra, o que se explica pela necessidade de evitar que os menores fiquem ao desamparo em decorrência da irresponsabilidade paterna. Mas a renúncia é possível em certos casos previstos em lei, como se demonstrou no tocante às hipóteses de emancipação e consentimento para adoção contempladas pela legislação brasileira (Neto, 1994, p. 63-68).

Em nosso ordenamento jurídico há divergências acerca da indivisibilidade do pátrio poder. Uma parcela da doutrina defende que o pátrio poder é indivisível e que este instituto não pode se exercido pelo pai ou pela mãe pela metade, assim não admite fracionamento. Em contrapartida, outra corrente diz que este é divisível em razão que o poder familiar pode ter uma parcela que o compõe destacada, como por exemplo, a guarda.

Condensando as duas correntes, temos que o poder familiar torna-se indivisível acerca da titularidade, cabendo somente ao pai e à mãe, quanto aos direitos e obrigações que decorrem do instituto são divisíveis.

O pátrio poder é intransferível, seus titulares não podem transferí-lo nem a título oneroso nem gratuito.

A transferência do poder familiar, só ocorrerá com a permissão do Estado, isto no caso da adoção que ocorre a renúncia do pátrio poder os adotantes irão adquirí-la somente após a homologação da renúncia formalizada pelo Estado.

A imprescritibilidade está ligada à essência do poder familiar, vez que esta não está sujeita à decadência, mesmo quando os titulares deixam de exercitá-lo, não o perderão, a única forma de perder o poder familiar, são as situações previstas em lei que serão vistas mais adiante.

O poder familiar tem duração limitada e somente existirá até o filho atingir a maioridade ou quando emancipado, a partir daí o instituto deixa de existir.

Este instituto é exercido de forma associada, colegiada pelo pai e pela mãe conforme preconiza nosso ordenamento jurídico, ocorre que em determinadas situações este exercido de forma exclusiva por apenas um dos titulares, conforme casos das famílias monoparentais.

Ressalta-se, que o poder familiar é instituto de ordem pública, assim o Estado tem o direito de fiscalizar o exercício dos titulares, pois este busca uma sociedade pacífica íntegra, e a família é o alicerce da sociedade. O poder familiar encontra-se em sua base, por isto o Estado deve resguardar e proteger os direitos dos menores, fiscalizando a aplicação correta do instituto para melhor formação de cidadãos.

Desta maneira, o poder familiar poderá ser suspenso por decisão judicial quando incorrer seus titulares em abuso, assim temporariamente os titulares ou apenas um deles, não poderá exercê-lo.

Qualquer parente ou terceiro que verifique abuso do poder do pai ou da mãe do menor poderão pugnar pela restrição do poder familiar, levando ao conhecimento do juiz ou do Ministério Público. Nesse contexto, o julgador analisando o caso concreto, poderá penalizar os pais por decisão fundamentada, podendo suspender total ou parcialmente o poder familiar.

Dá-se a suspensão do poder familiar nos seguintes casos:

- a) falta cometida pelo detentor do poder familiar, pelo abuso de autoridade ou de direito, mediante a prática de ação comissiva ou omissiva sobre a pessoa do filho;
- b) má administração dos bens do filho;
- c) condenação penal por sentença irrecorrível, de crime cuja pena é superior a dois anos (LISBOA, 2004, p.272).

Além da suspensão os titulares poderão perder ou serem destituídos do poder familiar por decisão judicial quando: castigar imoderadamente o filho; abandonar o filho; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; reiterar nas faltas causadoras da suspensão do poder familiar (CC, art. 1638).

Os castigos imoderados são aqueles em que a lei não tolera o que não tem moderação, aplicados com brutalidade, estupidez, podendo ser tanto físicos como morais, os quais causam traumas e sofrimento ao menor e são desnecessários para seu desenvolvimento.

O abandono do menor implica na perda do pátrio poder, pois é dever dos pais criar, educar e guardar os filhos, aqueles que têm condições para tanto e não cumprem com seu dever, deixando seus filhos, revelam a falta de aptidão para o exercício do pátrio poder, não sendo nada mais justo do que privar, tirar destes genitores a autoridade paternal.

Os pais perderão o poder familiar quando praticarem atos contrários à

moral, e aos bons costumes; para que a prole não sofra a má influência de seus genitores sobre a sua personalidade que está em formação.

Ainda aqueles que reiteradamente incidirem nas faltas previstas da suspensão, como abuso de autoridade, e falta com os deveres à paternidade, poderão ser destituídos do pátrio poder.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 130 ressalta sobre a perda do pátrio poder: “Verificada a hipótese de maus tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.”

E ainda o artigo 24 combinado com o artigo 22 do referido Estatuto faculta ao juiz destituir a autoridade paternal quando: houver quebra do dever de sustento, do dever de guarda, do dever de educação e das determinações judiciais.

Nestas condições poderá o magistrado destituir o poder familiar, ou aplicar medidas alternativas, já que a destituição não é obrigatória.

Os pais que forem destituídos da autoridade, poderão requerer ao juiz que sejam restituídos, de forma que este analisará que se a perda foi proveitosa ao menor e não permitirá a restituição.

Temos ainda a extinção do poder familiar que é o término do exercício paternal sobre o filho, por fatores diversos da suspensão ou da destituição, são eles: a morte dos pais ou do filho; a maioridade do filho quando completa dezoito anos, a emancipação que confere capacidade plena ao menor e a adoção.

4.2 Guarda

As crianças e os adolescentes compõem o grupo de pessoas que estão em desenvolvimento, as quais, não têm capacidade de se auto-desenvolverem nos aspectos físico, psíquico, moral, social e afetivo, como também não têm condições nem meios próprios para atender às suas necessidades básicas, protegerem sua integridade física e saúde. Em razão desta fragilidade, este grupo necessita de mais atenção, cuidados e proteção por parte da sociedade e do Estado.

Desta maneira, as sociedades ao longo dos anos, têm buscado um sistema que melhor atenda os interesses das crianças e adolescentes.

Em 1924, a Declaração de Genebra impôs a proteção especial para a

criança, sendo confirmada em 1959 pela Declaração Universal dos Direitos das Crianças. Em 1969, o Pacto de *San Jose* da Costa Rica trouxe a mesma orientação de proteção à criança e ao adolescente.

Mas, foi na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989, na Assembléia Geral das Nações Unidas que se consagrou a Doutrina da Proteção Integral que prevê que todas as crianças e os adolescentes merecem proteção especial e todos os seus direitos devem ser observados com total prioridade.

A Constituição Federal contemplou a Doutrina da Proteção Integral da Criança em seu art. 227, *caput*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de serem colocados a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A lei nº 8.069/1990 (ECA), nos artigos 1º ao 5º em harmonia com a Lei Maior reafirma a Doutrina de Proteção Integral, assegura todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Ao definir o instituto da guarda, elucida França (1972, p.160): “Guarda de menores é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o mesmo, dimanadas do fato de estar este sob o poder ou companhia daquele em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação.”

Dessa forma, a guarda, é um dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar, pois a guarda é exercida por aquele que detém exercício legal do pátrio poder que tem como fundamento a proteção dos menores para sua formação e desenvolvimento.

Segundo Viana (1993, p.191) guarda é: “um direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam poder familiar e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiros”.

Nas palavras de Oliveira (2000, p.53): “Guarda é um conjunto de direitos e deveres que certas pessoas exercem, por determinação legal, ou pelo juiz, de cuidado pessoal e educação de um menor”.

A guarda é um direito e dever dos pais, de ter os filhos em sua companhia, para seu melhor desenvolvimento e exercício do poder familiar,

protegendo os filhos sob o aspecto físico, supõe o dever de assistência material, alimentação, moradia, vestuário, assistência médica, educação, cultura e diversão. É, portanto, dever de ambos os pais cuidar de seus filhos para uma adequada formação social, intelectual e moral.

Vigora no instituto da guarda o princípio do melhor interesse do menor, tem tal predominância e importância que muitas vezes prevalece sobre os interesses dos próprios genitores. Sendo este princípio o norteador para a concessão da guarda, assim o juiz em cada caso concreto, deve analisar e interpretar os fatos visando proferir uma decisão que preserve este interesse.

O princípio do melhor interesse do menor, prima pelo que é mais vantajoso ao modo de vida, desenvolvimento, futuro, equilíbrio e felicidade do menor; permitindo assim que a guarda seja concedida a outra pessoa, que não sejam os pais, que possa propiciar ao menor o que lhe seja mais favorável.

Isto tudo é aplicado também para os filhos maiores e incapazes.

Muitas vezes, quando se tratar de menores que estejam em idade e condições de serem ouvidos pelo juiz, a oitiva é utilizada como instrumento de investigação sobre o ambiente social, moral e afetivo no quais estes convivem, e que auxiliará o juiz a proferir uma decisão.

Além de analisar o interesse do menor, o juiz aprecia a conduta dos pais que não devem ser contrária à ordem e à moral, que possa prejudicar o desenvolvimento dos menores. Nestas questões pertinentes à conduta dos pais, no que tange ao instituto da guarda, em nossa jurisprudência, há opiniões diversas, pois o interesse do menor é supremo e não deve ser esquecido.

Edgard de Moura Bittencourt (1984, p.78), diz a respeito:

Prevalece o interesse do menor, pois só o comportamento mau ou mesmo desonesto, que afete a criação e a formação daquele, é que será levado em conta para a alteração da guarda. Nesse passo, não se há de esquecer que, como matéria de fato, o exame das condições do menor, com sua mãe, pai ou terceiro que o trata afetuosamente, necessita ser cuidadoso a fim de evitar que para uma condenação à conduta da guardiã, se torne uma medida prejudicial à criança. Prejudicial sobretudo no sentido de lhe tolher o ambiente de carinho que a criança encontra na companhia de quem, longe dela e sem afeta-la, não tenha conduta regular.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19 dispõe a regra geral de que o menor deve ser criado e educado no seio de sua família natural, há exceção à regra quando esgotados todos os meios para manter o menor

na sua família de origem, este será colocado em família substituta.

A família natural, disposta no artigo 25 da Lei 8.069/90, compreende a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes unidos pela consangüinidade, e o conceito abrange a família constituída ou não pelo vínculo do casamento.

O artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe três formas de colocação do menor em família substituta, são elas: guarda, tutela e adoção.

A colocação do menor em família substituta, conforme já dito, é exceção, só ocorrerá esta modalidade de guarda diante da total impossibilidade de manter o menor em sua família natural, pois conforme afirmativa do artigo 23 do ECA, que a falta de condições financeiras não constitui motivo justo para que essa medida seja tomada em relação ao menor, devendo a família ser incluída em programas oficiais de auxílio.

O instituto tem por finalidade os menores abandonados pelos pais ou órfãos, para que através da família substituta estes possam ter todos os direitos e deveres assegurados para seu desenvolvimento e formação. O guardião tem o dever de prestar assistência moral, material e educacional ao menor.

Quando há a decisão de colocar o menor em família substituta, sempre que possível os menores deverão ser ouvidos, na possibilidade de se manifestarem sobre seu destino, a família a que vai pertencer, auxiliando assim o magistrado a formar sua convicção jurídica da decisão final.

Não podendo esquecer que a colocação dos menores em família substituta, leva em conta o grau de parentesco e afetividade, onde a primeira pode e deve ser desobedecida quando não se harmonizar com a segunda, sem contar outros dados que devem ser considerados, como condições morais, sociais e econômicas para o fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente contempla três espécies de guarda: provisória, definitiva (satisfativa ou permanente) e especial.

A guarda provisória é concedida nas hipóteses em que a criança ou adolescente encontra-se abandonada pelos pais, ou quando estão sob a guarda de fato de pessoa que não é detentora do poder familiar que muitas vezes sem intervenção judicial, assume a criação e educação do menor.

Esta pode ser conferida como medida incidental nos processos de tutela e adoção, muitas vezes é deferida através da cognição sumária, permitindo assim ser revogada a qualquer tempo, inclusive de ofício.

A guarda definitiva é concedida a pessoa determinada, o menor ficará sob os seus cuidados até que adquira a plena capacidade, esta é estabelecida em processo de cognição exauriente após o estudo da situação fática e jurídica, sempre buscando o melhor interesse do menor, no entanto poderá ser modificada quando a situação que ensejou a guarda deixe de existir.

Já a guarda satisfativa ou permanente, tem o condão de regulamentar uma situação de fato preexistente integrando o menor no seio da família do guardião.

Por fim, temos a guarda especial, que é concedida com o objetivo de suprir a ausência temporária ou eventual dos pais ou responsável pelo menor, encerrando o termo ou condição, ela se exaure.

Em nosso ordenamento temos outras modalidades de guarda, quais sejam:

a) Guarda originária: é decorrente direito natural, vinculada ao poder familiar exercido pelos pais, na qual é direito e dever destes conviverem com seus filhos e vice-versa. No entanto, esta não precisa ser exercida por ambos os pais, esta admite a guarda exclusiva podendo ser exercida somente pelo pai ou pela mãe.

b) Guarda derivada: é aquela que não está vinculada ao poder familiar, ela é decorrente da lei, por exemplo, o tutor detém a guarda do tutelado porque a lei determina.

c) Guarda de fato: quando uma pessoa por uma decisão própria, sem atribuição legal ou judicial, não sendo o detentor do pátrio poder, toma a seu cargo a criação e a educação de um menor. Esta subsiste até o momento em que a guarda não for reclamada pelos genitores ou não for judicialmente alterada.

d) Guarda comum: a guarda exercida igualmente entre os genitores, integrando os direitos e deveres inerentes ao poder familiar, competindo ao Estado e à lei regular o seu exercício.

e) Guarda desmembrada: é a exercida por terceiros não detentores do poder familiar, quando o Estado destitui do poder familiar os genitores que por não ter em condições ou estando impossibilitados de exercerem tal direito e dever, e buscando a proteção e o melhor interesse do menor, desvincula o poder familiar,

outorgando a guarda à terceira pessoa.

f) Guarda provisória: é estabelecida em caráter precário, sendo concedida por medida cautelar ou antecipação de tutela, sendo revogável a qualquer tempo, inclusive de ofício.

g) Guarda definitiva: é a estabelecida através de um processo de conhecimento que não pode ser alterada a qualquer momento, mas tão somente se ocorrer fato novo, devendo assim ser interposta outra ação.

h) Guarda delegada: o Estado se manifesta pela retirada do menor da guarda de seus pais e a confere a uma terceira pessoa, que exercita a atribuição em nome do Estado.

i) Guarda exclusiva: é a estabelecida a um dos pais, assegurando ao outro o direito de visitas.

j) Guarda compartilhada: é a exercida pelos cônjuges, existindo um consenso entre os pais que, mesmo separados, irão juntos decidir acerca do bem-estar moral, intelectual e material do menor, compartilhando as diretrizes de educação. A guarda será estabelecida conforme for melhor para a criança, podendo ficar um período com o pai, e depois com a mãe e assim sucessivamente, fazendo com que o laço afetivo entre pais e os filhos permaneçam, pois, muitas vezes, estes se estreitam quando há separação ou divórcio dos pais.

O instituto da guarda não está sujeito à coisa julgada, uma vez que a atribuição da guarda se dá em função de circunstâncias fáticas voltadas primordialmente ao interesse do menor. Desta maneira, tem-se admitido a modificação da guarda tantas vezes quantas se demonstre necessária.

A guarda também pode ser revogada conforme está disposto no art. 35 do ECA: “A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvindo o Ministério Público”.

Desta maneira, a concessão e manutenção da guarda, nas disposições gerais do Código Civil, com base no ECA, somente continuará se, os fatos e fundamentos que a motivaram permanecerem inalterados, ou se alterados, que não prejudiquem a esfera jurídica do menor. É necessário ressaltar que a dificuldade financeira do guardião não conduz à revogação da guarda.

Nos procedimentos de revogação ou modificação de guarda é sempre observado o princípio do contraditório e ampla defesa, devendo prevalecer sempre o interesse do menor.

4.3 Tutela

No sistema jurídico brasileiro enquanto as pessoas físicas não alcançam a maioridade, estas permanecem sob a proteção de seus pais que detêm o pátrio poder. E desta maneira existindo a impossibilidade do exercício de poder familiar será necessário à utilização de outros institutos que supram a ausência do titular do poder familiar, e um dos mecanismos utilizados é a tutela.

Nas palavras de Lisboa, (2004, p.279): “Tutela é instituto complementar ao poder familiar cujo objetivo é o exercício de atividade assecuratória dos interesses pessoais e econômicos do incapaz, por motivo de idade cronológica”.

A tutela é exercida pelo denominado tutor, já o menor posto em tutela é tido como tutelado ou pupilo.

Este instituto é concedido quando o poder familiar for suspenso ou extinto, em razão da morte, ausência ou perda da função pelos pais conforme está descrito no artigo 1728 do Código Civil.

Nesse sentido Nader (2006, p.621), com precisão ressalta:

A criança e o adolescente, em qualquer circunstância, devem ter seu responsável pela proteção de seus interesses essenciais, diante dos termos do art. 227, *caput*, da Constituição da República, que lhes assegura, com absoluta prioridade, uma gama de direitos fundamentais, umbilicalmente ligados ao Direito Natural. Sem os pais, naturais ou adotivos, ou a figura do tutor, torna-se praticamente impossível o exercício de tais direitos. A etimologia do vocábulo tutela dá bem a medida do caráter protetivo do instituto. O vocábulo provém do verbo latino *tuere*, que significa *defender, proteger*.

O direito de nomear tutor compete aos pais, e temos três espécies: a testamentária, a legítima e a dativa.

Na tutela testamentária, há nomeação do tutor para os filhos mediante testamento ou documento autêntico, podendo a escolha recair sobre parentes, padrinhos ou terceiros, desde que estes sejam pessoas aptas a exercer o encargo da tutela. A nomeação testamentária não terá validade caso o testamento seja nulo, no entanto se algumas de suas cláusulas forem nulas a invalidade não atinge a nomeação.

Se os pais nomearem pessoas diversas, caberá ao juiz decidir acerca da escolha valendo-se do que será melhor para a criança. Devemos ressaltar que a

nomeação dos pais será válida quando estes estiverem no exercício do poder familiar; a doutrina tem entendido que na época do falecimento do nomeante que tiver suspenso o poder familiar a nomeação terá eficácia, pois embora suspenso, o poder familiar ainda vige.

A tutela legítima ocorre quando não havendo tutor indicado pelos pais, mediante testamento ou documento autêntico, a nomeação observa o critério legal do artigo 1731, incisos I e II do Código Civil, qual seja: os ascendentes de grau mais próximo, como por exemplo, um dos avós paternos ou maternos; os colaterais até o terceiro grau.

A tutela dativa esta descrita no artigo 1732, incisos I a III do Código Civil, onde o juiz nomeará um tutor idôneo e residente no domicílio do menor, podendo esta escolha recair em parentes não obedecendo a escala de preferência (art.1731 do C.C), ou em pessoas estranhas, nesta o que se leva em conta é que a pessoa a ser nomeada preencha os requisitos para exercer o “múnus”.

Este instituto possui características de fundamental importância:

a) suprir a incapacidade: o poder conferido ao tutor é para preencher a falta de capacidade do menor, cuidando de sua vida, dos negócios jurídicos, na administração de seus bens este é especificamente nomeado para estas funções, representar menores de até 16 anos e assistir menores até 18 anos para todos os atos da vida civil.

b) obrigatoriedade: o tutor não pode recusar, nem renunciar ao cargo, salvo nos casos previstos nos artigos 1736 e 1737 do Código Civil.

c) personalíssimo: a nomeação do tutor é um ato personalíssimo que atribuí a determinada pessoa idoneidade e aptidão para o exercício do instituto, sendo assim não pode ser transferida a outra pessoa nem por ato “inter vivos” ou “causa mortis”, salvo disposição prevista no artigo 1743 do Código Civil, quando é delegado parcialmente o exercício e autorizado pelo juiz, ao necessitar a administração dos bens conhecimentos específicos e técnicos e ainda serem realizados em lugares distantes do domicílio do tutor.

d) temporário: o encargo do tutor pode se estender até quando perdurar a incapacidade, mas a obrigatoriedade do encargo está prevista no artigo 1765 do Código Civil, ou seja, no período de 2 anos deverá exercer a tutela, ultrapassando este período, esta se encerra, mas não impede que o tutor continue seu exercício desde que este o assim o desejar, e o juiz entender conveniente ao

menor.

e) exclusividade: para cada tutelado um tutor, é possível a designação de um só tutor para irmãos órfãos, de acordo com o *caput* do artigo 1733 do Código Civil; caso ocorra a nomeação de mais de um tutor por disposição testamentária, ou documento autêntico, o primeiro indicado exercerá a tutela, e os outros lhe sucederem pela ordem de nomeação se ocorrer morte, incapacidade, escusa ou qualquer outro impedimento.

Este instituto também é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 36 a 38, tendo o caráter protetório ao menor e melhor interesse, colocando-o em família substituta.

O tutor no exercício deve prover a educação, assistência moral, material ao menor, administrar o patrimônio deste, com muito zelo e boa-fé, como se fosse seu próprio filho.

O tutor não substitui os pais do tutelado, nem mesmo sob o ponto de vista jurídico. Ele não titula os direitos associados ao poder familiar; apenas fica incumbido de algumas das funções que os pais exerciam. Aquelas funções por sim dizer práticas que se relacionam à paternidade ou maternidade, as que não podem aguardar a maioridade do sujeito. Em certo sentido, a tutela se contrapõe ao poder familiar, porque ela não tem lugar enquanto ele existir; recuperado o poder familiar perdido, sai o menor da tutela. Enquanto um dos pais viver ou titular do poder familiar, concentram-se nas mãos dele todos os direitos associados a esse poder e não há razões para ser dado tutor ao menor (ULHOA, 2006 p. 209).

A tutela se diferencia do pátrio poder em vários aspectos mesmo ainda tendo em seu conteúdo alguns dos poderes decorrentes do pátrio poder; uma delas é que o poder familiar é exercido sem o controle do Poder Judiciário, já a tutela é fiscalizada pelo Juiz, pelo Promotor de Justiça; outra diferença é que na tutela o tutor não tem usufruto sobre os bens do tutelado e no pátrio poder os pais têm sobre os bens dos filhos, entre tantas outras diferenças temos assim que atuação da tutela é mais restrita do que o poder familiar.

Há responsabilidade para aqueles que exercem este “múnus”, as mesmas atribuídas de pais para filhos no que concerne à alimentação, educação, etc; já a responsabilidade referente aos bens que cabe ao tutor administrar em proveito do menor, é a mesma de qualquer outro administrador de bens alheios, ressalvando apenas que este não dispõe dos mesmos poderes destes, vez que o objetivo é dificultar a má administração, ou mal-uso do patrimônio, impondo limites a este exercício.

Pelo cuidado e zelo e aplicabilidade do princípio do melhor interesse do menor, temos a figura do protutor na tutela, que é um auxiliar nomeado pelo juiz que fiscalizará a administração do tutor quando o menor tiver um patrimônio considerável.

Assim o tutor deve prestar contas apresentando um balanço contábil ao juiz, onde o Ministério Público e o protutor se manifestam sendo mais uma forma de fiscalização e controle sobre os atos do tutor, em razão de que o tutor será responsabilizado pelos danos que vier a causar no patrimônio do menor, conforme o artigo 1752 do Código Civil, e solidariamente aqueles que fiscalizavam o exercício do tutor .

Com o dedicar do tutor à criação do pupilo e administração de seus bens, o que se constitui em grande responsabilidade, este terá o direito de uma remuneração prevista no caput do art. 1.752 que será proporcional ao valor do bens administrados, mas o valor a ser recebido terá sua quantia estabelecida provisoriamente, de acordo os rendimentos que o patrimônio gerar. E ainda, este poderá ser reembolsado pelos valores que despendeu no exercício da tutela, salvo quando for perante menores abandonados, pois o encargo é voluntário e gratuito.

O exercício da tutela, como já dito, é temporário, desta forma esta se encerra nas situações em que o pupilo alcança plena capacidade, ou é colocado sob poder familiar, emancipação, adoção, com a morte do pupilo, com o término do prazo da tutela, com ou a destituição do tutor; dentre outras formas.

No entanto devemos ressaltar que para ser investido no encargo de tutor, o individuo não poder estar inserido em nenhuma das hipóteses descritas no artigo 1735, pois tornar-se-á incapaz para exercer o “múnus”, bem como aqueles previstos no artigo 1736 poderão escusá-lo do encargo.

A tutela é um instituto como os outros já mencionados, que visa aplicar e completar o que está descrito na Magna Carta em seu artigo 227, assegurar às crianças e aos adolescentes tudo o que lhes é inerente para que tenham uma vida digna, garantindo um dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

4.4 Adoção

A Constituição Federal tem como princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e o direito a vida (art. 5º, caput). Sendo

indispensável para a configuração destes princípios que o ser humano tenha garantia de uma vida digna onde possa desfrutar da convivência familiar e comunitária.

A adoção é um dos meios que o ordenamento jurídico encontrou para garantir que todos possam conviver em família, independente se for família biológica ou substituta. Este instituto vem ao longo da história evoluindo até chegar aos moldes atuais. Na antiguidade era utilizada pelos gregos e romanos para a perpetuação do culto doméstico que era exercido pelos *paterfamilias*, e desta maneira era necessário ter um descendente homem para continuar o culto sagrado se por acaso o *paterfamilia* viesse a falecer, e quando isto não ocorria estes usavam da adoção para que o culto religioso doméstico tivesse continuidade.

E existiam duas modalidades de adoção no Direito Romano: a *adoptio*, que incidia sobre uma pessoa capaz, por vezes um emancipado que renunciava à família que vivia para ingressar na família do adotante, assumindo o culto doméstico tornando-se assim o herdeiro, e a *adrogatio* que incidia não só na pessoa do adotando como também em sua família: mãe e irmãos, era feito de forma solene, e permitido apenas para os patrícios, deixando de fora os plebeus e estrangeiros.

Nestas duas formas de adoção romana, era exigido do adotante idade mínima de até 60 anos, que não tivesse filhos biológicos do sexo masculino, e deveria ter pelo menos 18 anos a mais que o adotado. Neste período as mulheres, não poderiam adotar, isto se modificou na fase imperial, quando já poderiam adotar desde que houvesse o consentimento do imperador.

No Império de Justiniano, a modalidade *adoptio*, subdividiu-se em: *adoptio plena*, adoção realizada entre parentes, e *adoptio minus plena*, adoção realizada entre estranhos; tendo como particularidade essas duas novas formas de adoção, de que o adotado conservava os direitos sucessórios da sua família natural.

No ordenamento jurídico brasileiro a adoção foi instituída pela primeira vez no Código Civil de 1916, nos termos dos artigos 368 a 378, tendo como requisitos para adoção: os maiores de cinquenta anos, casados, sendo ao menos dezoito anos mais velhos que o adotado, não possuindo prole legítima ou legitimada; com tantas peculiaridades conferidas ao adotante, surgiram causou sérios obstáculos aos que tivessem intenção de adotar.

Em 08 de maio de 1957 a Lei n° 3.133, veio modificar os requisitos indispensáveis para a adoção passando a dar uma nova redação os artigos ora

mencionados do Código Civil, reduzindo a idade do adotante de cinquenta anos para trinta anos, a diferença de idade do adotante para o adotado agora seria de dezesseis anos, a condição de inexistência de prole já não vigora, exigindo a comprovação de estabilidade conjugal por um período mínimo de cinco anos, o parentesco resultante da adoção tinha efeitos apenas entre o adotante e o adotado, e os direitos e deveres do parentesco natural não se extinguíam com a adoção, com exceção do pátrio poder que era transferido ao adotante.

Em 1965 a Lei nº 4.655 de 02 de junho, modificou-se a adoção no seguinte aspecto, permitiu que o registro de nascimento primitivo fosse substituído por outro com os novos dados, mantendo as exigências anteriores para adoção.

O Código dos Menores entra em vigor no dia 10 de outubro de 1979, Lei nº 6.697, que traz novas modalidades de adoção: a plena e a simples, buscando assim uma maior proteção à criança e ao adolescente no que concerne à adoção.

E por fim o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.609, de 13/07/1990), apenas confirmou a proteção da criança e do adolescente, acima de qualquer coisa, o seu bem-estar, resultando assim em mudanças que não causassem tantos embaraços para a realização da adoção visando sempre o interesse do menor.

Com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, no direito positivo brasileiro passam a existir duas espécies de adoção em nosso ordenamento, a adoção do Código Civil (arts. 1.618 a 1.628) para adotados maiores de 18 anos, e adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, adoção estatutária (arts. 39 a 52) para adotados de até 12 anos incompletos ou entre 12 e 18 anos de idade.

Nos ensinamentos de Venosa, (2001, p. 257):

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural... A filiação natural repousa sobre o vínculo do sangue; a adoção é uma relação exclusivamente jurídica que sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção moderna é, portanto, um ato jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato de adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

A finalidade da adoção é poder dar filhos para àqueles que não puderam tê-los naturalmente ou biologicamente, e dar aos menores desamparados ou abandonados a oportunidade de terem pais e viverem em uma família.

Tanto o Código Civil como o Estatuto da Criança e do Adolescente ao abordarem o instituto da adoção denotam em linhas gerais requisitos para que tal processo aconteça, os quais serão a seguir analisados:

O primeiro e mais importante requisito é a vantagem para o adotado e a legitimidade dos motivos do adotante, previsto no Código Civil no art. 1625 e no ECA art.43. A criança ou o adolescente deve experimentar mudanças em sua vida com a adoção, as quais possam lhe proporcionar melhora em sua formação educacional, profissional, psíquica, moral e econômica há principalmente, a convivência familiar e comunitária, em suma, tudo aquilo que lhe seja suficiente e moderado. Os motivos que levam os adotantes a requerem a adoção devem ser investigados pelo Poder Judiciário, para protegerem as crianças e os adolescentes, e para conhecer os reais objetivos dos adotantes, pois é ilegítimo, por exemplo, se o objetivo é simplesmente ter alguém que possa trabalhar para sustentar os adotantes.

Os pais biológicos da criança ou do adolescente, ou seus representantes legais, devem consentir na adoção, sendo este um ato irrevogável; se por ventura os genitores forem falecidos o consentimento será dado pelo tutor. Não será necessário o consentimento dos pais ou dos representantes legais, se estes forem desconhecidos, ou destituídos do poder familiar sem a nomeação de tutor, conforme art.1621 e 1624 do Código Civil, e art. 45 do ECA. O adotando tiver idade superior a 12 anos, o seu consentimento também será obrigatório, sua vontade é decisiva para instituir a filiação por adoção.

Para que seja alcançado o bem estar do adotado, a Constituição determina em seu art. 227, § 5º que a adoção seja assistida pelo Poder Público, assim o Poder Judiciário mantém um cadastro de crianças e adolescentes em condições para serem adotados, e das pessoas interessadas em adotar. Aqueles que pretendem adotar devem propor uma ação judicial, o processo judicial é indispensável, e através deste teremos o requisito, do estágio de convivência entre as partes, proporcionando uma prévia de como será a vida em família se deferida a adoção.

O estágio de convivência poderá ser dispensando quando: o adotando tiver até um ano de idade, presumindo que não tem idade suficiente para sentir a alteração do lar; se o adotando de qualquer idade, já há algum tempo estiver na companhia do adotante, sendo possível avaliar a convivência pelo período anterior (ECA, art. 46, §1º).

Após o período de convivência será feito um relatório, e as partes serão ouvidas, e o juiz tomará sua decisão ao auferir que a adoção será benéfica ao adotando e que os motivos dos adotantes são legítimos, proferindo sentença constituindo o vínculo de filiação, os efeitos desta sentença iniciarão com o trânsito em julgado.

O adotado receberá os nomes de seus adotantes e ascendentes no registro civil, cancelando o original, e conforme está descrito no art. 227, § 6º “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”; o adotando está preservado de qualquer preconceito ou discriminação.

A criança e o adolescente só poderá ser adotado por pessoa maior, que não seja seu ascendente ou irmão, e que tenha pelo menos 16 anos a mais que o adotado, tenha uma estabilidade familiar, ou seja, harmonia, respeito e princípios morais sólidos; qualquer pessoa física que reúna estes atributos pode adotar.

Nada impede a pessoa solteira, viúva, separada ou divorciada, que queira adotar, pois com a adoção teremos a formação de uma família monoparental, e mais, o adotante ainda poderá ser casado, ou em união estável, poderá adotar individualmente necessitando apenas da anuência do cônjuge ou convivente, configurando a chamada adoção unilateral.

Os casados e conviventes podem adotar em conjunto, bastando que um deles tenha maioridade, comprovada a estabilidade familiar, e se separados ou divorciados podem adotar a mesma criança ou adolescentes, salvo se o estágio de convivência tenha se iniciado durante a sociedade conjugal, caso contrário a adoção será feita individualmente (CC, art. 1622).

Desta forma, a adoção conjunta, somente poderá ser feita por pessoas que estejam ligadas pelo matrimônio ou união estável, ou na situação acima exposta, evidentemente ficando claro que pessoas do mesmo sexo estão impedidas de adotar conjuntamente.

Acerca da adoção por homossexuais Ulhoa (2006, 168) posiciona-se:

Pessoas do mesmo sexo estão impedidas de adotar conjuntamente. O homossexual pode adotar individualmente uma criança, e trazê-la para morar na mesma casa em que vive com o parceiro, ficando os dois adultos de fato exercendo o poder familiar, nada obsta que esta situação receba a chancela legal, senão o preconceito, ... Argumenta-se que a lei deve proibir a adoção por casal homossexuais porque o crescimento em ambiente

irrigado por posturas e padrões de ambos os sexos é essencial à adequada formação de identidade de qualquer pessoa – o que é verdade. Mas não basta a divergência dos sexos sob o ponto de vista jurídico para garantir-se o atendimento a esse importante requisito de saúde psicológica das crianças e adolescentes. Como maridos pouco masculinos e esposas não femininas podem adotar e adotam, então a lei não está preocupada com esse aspecto de formação de identidade dos adotados.

O tutor somente poderá adotar o tutelado, após prestar as contas da tutela, da mesma forma é ao curador.

Considerando os requisitos a finalidade, ou a motivação que ensejam a adoção, a legislação autoriza a *adoção post mortem ou póstuma*, é a adoção requerida pelo adotante em vida, porém vem a falecer durante o trâmite processual da adoção, e esta é deferida após seu falecimento, desde que tenha o adotante manifestado sua vontade perante o juiz. E os efeitos da sentença retroagirão à data do óbito do adotante.

Temos a *adoção internacional*, em que o adotante será um estrangeiro que deverá comprovar que está habilitado para requerer adoção conforme as regras de seu país de origem, e ainda fornecer um estudo psicossocial, e todos estes documentos apresentados deverão estar devidamente traduzidos, tendo ainda o dever de cumprimento do estágio de convivência que nunca poderá ser dispensado.

Destarte, conceitua Lisboa (2004, p. 343): “Adoção internacional é o ato jurídico solene pelo qual um nacional é introduzido como filho na família de um estrangeiro, domiciliado fora do território nacional do adotando, passando a ter os mesmos direitos que os filhos deles”.

Há ainda a conhecida *adoção à brasileira*, que não é prevista em nosso ordenamento jurídico, mas é a realizada pela declaração feita no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, que determinada criança é seu filho, omitindo o fato desta não ser seu filho biológico, muitas vezes este ato pode ter qualquer defeito dos atos jurídicos como erro, dolo, coação, mas o importante é isolar caso a caso para que se encontre uma resposta e solução justa, pois o que se sabe é que qualquer forma de adoção é nutrida pelo afeto o qual deve imperar sobre qualquer sistema jurídico. Esta situação muitas vezes é levada, pelo medo de não conseguir muitas vezes o resultado pretendido pela adoção, ou pelo tempo que um procedimento regular e legal de adoção pode ter, assim é muito mais fácil e rápido realizar o falso reconhecimento de filiação.

Existe divergência na doutrina acerca da natureza jurídica da adoção,

pois há duas modalidades distintas no direito brasileiro, e cada uma apresenta sua natureza jurídica própria, sua origem para o ato. A adoção do Código Civil tem sua natureza jurídica como de contrato, em razão da solenidade da escritura pública, a manifestação de vontade feita pelas partes, pela regras e condições previstas pela Lei Civil para a realização do ato, pelo caráter de ordem pública, etc.

Já na adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, é afastada a natureza jurídica contratual, em razão de que esta não se realiza apenas pela declaração de vontade feita pelas partes, o Estado participa da realização do ato, exigindo-se uma sentença judicial sem esta, não haverá adoção, é um ato jurídico de interesse público.

Por fim, os sábios dizeres de Assumpção (2004, p. 52):

A adoção, é muito mais do que estabelecer o parentesco civil, é sem dúvida nenhuma, a prova mais cabal de que o amor se faz pela convivência, construindo-se pouco a pouco. Os pais adotivos são pais por opção, por excelência, e, expressando amor puro e sincero, formam uma relação familiar voluntária, pelo simples desejo de serem pais.

5 PATERNIDADE

5.1 Origem da Paternidade e a presunção *Pater is Est*

A palavra paternidade no dicionário apresenta seu significado, “relação de parentesco que vincula o pai e seu filho”, e juridicamente “condição do pai em relação aos filhos, quanto aos direitos e obrigações”.

Esta denominação vinculada à paternidade, fora diversa nos tempos antigos. Retomando as diretrizes do Direito Romano, que influenciou a formação do nosso ordenamento jurídico, nos permite uma abordagem diferenciada e consagrada da figura paternal.

A família era composta por pai, mãe, filhos e escravos, e era necessário legar poderes a uma autoridade que norteasse seus membros. No entanto, a religião doméstica, era a supremacia do lar, e através desta o pai recebeu o cargo de senhor absoluto, devendo todos os demais obediência a eles.

E foi a partir daí, que surgiu a conceituação da palavra *pater*, que não equivale a pai, mas sim a poder, uma autoridade, uma dignidade majestosa, uma divindade, deixando neste momento de existir a figura do pai como genitor.

O pai tem poderes de sacerdote, herdeiro do lar, a religião passa a residir no pai, tornando-se supremo e absoluto. Era atribuído por leis romanas e gregas o poder ilimitado ao pater, tendo o direito de vida e de morte sobre seus filhos.

Por muito tempo a autoridade paterna se manteve, não existindo relação de paternidade entre pai e filhos, mas sim um respeito ao poder que era conferido ao genitor, em razão da religião doméstica, e em seguida pela lei.

Os filhos no direito romano eram divididos em três categorias : os legítimos – que eram frutos dos pais que eram casados entre si; os espúrios ou ilegítimos- frutos de união ilegítima, incestuosa e adúltera e os naturais – fruto do concubinato.

Os romanos repudiam os filhos ilegítimos, não tinham valor, direito ou espaço dentro da sociedade da família romana, pela questão religiosa, já que estes filhos não poderiam desempenhar o papel de filho que lhes era designado para a continuação da religião doméstica, o culto ao fogo sagrado.

Segundo Fustel de Coulanges (2002, p.167) “o laço de sangue isolado

não constituía, para o filho, a família, era-lhe necessário o laço do culto”.

Desta forma, os filhos tidos na constância do casamento eram presumidos legítimos. Já os filhos ilegítimos, poderiam fazer parte da família como os demais irmãos, através da adoção; os filhos naturais até a época de Constantino não tinha direito aos alimentos e à sucessão paterna, mas no fim do Império Romano os naturais foram equiparados aos legítimos, o que não foi estendido aos ilegítimos que não poderiam suceder nem reclamar alimentos ao seu pai.

E influenciado pelo direito romano, o Código Civil de 1916, manteve a classificação da filiação em legítima, legitimada e ilegítima.

Os filhos legítimos eram os filhos nascidos na constância do matrimônio de pais casados entre si; os ilegítimos eram os filhos nascidos de genitores não casados entre si, que eram denominados naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos; os legitimados eram aqueles que inicialmente eram tidos como ilegítimos, mas pelo casamento dos genitores entre si tornaram-se então legítimos.

Assim os filhos gerados de mãe e pai casados, tínhamos a paternidade e maternidade estabelecida automaticamente, a presunção “*pater is este quem nuptiae demonstrant*” (é pai quem demonstra justas núpcias).

A presunção da paternidade foi criada para proteger a família, pois, quando houvesse dúvida entre a paternidade biológica e a jurídica, conseguinte a verdadeira filiação paternal ou maternal, impreterivelmente a *pater is est* amenizava situações que não correspondiam à realidade.

E assim diversas teorias foram sendo criadas para sustentar e fundamentar a presunção da paternidade:

- Teoria da Acessoriedade: é a teoria mais antiga, já que está presente nos livros da Lei de Manú. A presunção da paternidade é estabelecida em virtude do domínio que o marido exercia em relação a sua esposa, o filho é tido como o fruto desse domínio e o acessório, em razão do clássico aforisma: o acessório segue o principal. Assim, o marido dono da esposa, e o filho sendo o fruto, o acessório segue o principal;

- Teoria da Presunção da fidelidade da esposa: esta teoria é defendida pelos exegetas do Código Civil Francês, e inspirada pelo Iluminismo; em regra a mulher é fiel ao seu marido, desta forma até que se prove o contrário como relações extramatrimoniais, presume-se que o filho é do marido;

- Teoria da coabitação exclusiva: na relação conjugal há o dever de coabitação, e essa teoria implica que pela coabitação há relação sexual entre os cônjuges assim o filho seria do casal, mas esta teoria é afastada até que se produza provas em contrário;

- Teoria da vigilância do marido: esta teoria não é muito 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;

- Teoria “admissão antecipada” do filho pelo marido: esta teoria entende que o matrimônio é um ato voluntário, e a partir deste o marido ao casar, recebe, admite, antecipadamente os filhos que sua esposa vier a conceber;

- Teoria conceitualista ou formalista: a presunção da paternidade é um resultado do título de estado, ou seja, a paternidade não é relacionada pelas circunstâncias de fato, reais ou presumidas, mas sim pelo registro de nascimento do filho, onde irá constar o nascimento e a maternidade. A teoria considera o marido da mulher como pai da prole gerada por ela, em decorrência da coabitação, da fidelidade, a presunção *pater is est* dos unidos(cônjuges) pelo casamento.

Essas teorias e pensamentos perduram por muito tempo, até que em 1975 e 1988, o direito de família sofre grandes modificações na atribuição da filiação quer seja pela promulgação da nova ordem constitucional, ou pelo estabelecimento da paternidade através dos avanços da Ciência e da Medicina.

A nova Constituição Federal estabeleceu igualdade entre os cônjuges (artigo 226, §5º), tornando-se ambos os dirigentes da sociedade conjugal que antes era apenas exercida pelo marido, consagrou a igualdade entre os filhos (artigo 226, § 6º) desaparecendo a classificação entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados.

A partir daí, novas leis surgiram adotando os preceitos estabelecidos pela Magna Carta, como a Lei nº 8.560/92 (Investigação de Paternidade), vem revogar o artigo 337 do Código Civil de 1916, que estabelecia que a presunção da paternidade legitimada era conferida apenas aos filhos que foram concebidos dentro do matrimônio, já os filhos extramatrimoniais apenas estariam dentro desta presunção, quando houvesse o reconhecimento voluntário do suposto pai ou por sentença judicial, explicitando a desigualdade de direitos e deveres entre os filhos. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) prescreve em seu artigo 27 o direito do filho ao reconhecimento do estado de filiação qualquer momento sendo

direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Com o avanço da tecnologia e da medicina genética, foram criados novos meios de se comprovar a paternidade biológica, não mais determinar a paternidade por presunções legais, a qual ainda subsiste em nosso texto jurídico. A principal descoberta foi em 1975, o exame de DNA, que permite a certeza quase absoluta da paternidade (99,9999...%).

No decorrer desses avanços, da busca pelos filhos da verdadeira paternidade biológica, a família brasileira vive novas situações que não compõem nossa legislação. Senão vejamos com o reconhecimento de um novo pai, o filho perde o vínculo com o pai registrário, como se não existisse qualquer vínculo entre o filho e pai registrário ocorrendo inúmeras conseqüências; a jurídicas que seriam por exemplo a perda do poder familiar se o filho for menor, entre outras, mas ainda há a relação afetiva, aquele que educou, criou e amou terá seu vínculo paterno extinto, não restando a este sequer nenhuma proteção.

Há que se valer de uma nova paternidade, qual seja, a paternidade socioafetiva, baseada no instituto da posse do estado de filho, que possa garantir tanto aos filhos quanto aos pais direitos e deveres decorrentes de sentimento e afetividade que foram desdobrados em período de convivência, que um vínculo biológico talvez não pudesse lhes garantir.

5.2 Paternidade Biológica

A paternidade biológica é a filiação estabelecida entre pai e filho pela consangüinidade.

O parentesco se originou pelos laços de sangue e seus familiares, e da mesma forma é para a paternidade e maternidade.

Nas palavras de Fachin (1996, p.59):” o liame biológico forneceu a base sobre a qual a norma edificou seus sistemas de relações paterno-filiais”.

A família era fundada no matrimônio, conforme já fora mencionado, e em razão da importância deste instituto como base da sociedade, dos valores religiosos, morais, culturais e outros, o Estado tinha interesse em manter este organismo de forma hierarquizada e protegida.

O Código Civil de 1916 estabeleceu a paternidade da seguinte forma, o

casal que tivesse filhos no período do matrimônio, seria o pai o marido da mãe, e a mãe a mulher do pai, era a *pater is est*.

Este sistema vigeu por muito tempo, mas muitas vezes a realidade jurídica, não coincidia com a biológica, fazendo imperar a verdade jurídica para a proteção dos valores atribuídos à família.

A verdade biológica era, portanto uma verdade proibida. Filho era somente o filho no sentido jurídico. A descendência genética podia (e deveria) coincidir com a concepção do direito; ao banimento do sistema se empurra, os filhos que não se submetiam aos estritos limites da lei (FACHIN, 1996, p.20).

A presunção de paternidade *pater is est*, era a principal e de prevalência, a biológica era posta de lado, secundariamente não tinha nenhuma importância jurídica.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, modificou-se esta forma de paternidade, pois, assegurou a todas as pessoas o direito de ter reconhecido a sua filiação, e o Estatuto da Criança e do Adolescente consagrou este direito, no artigo 27.

A partir daí a verdade biológica, torna-se um fator natural e um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O avanço tecnológico e científico no campo da genética, acarretou mudanças no meio social do núcleo familiar, principalmente ao conhecimento e estabelecimento de paternidade.

E na década de 1980, foi descoberto o revolucionário exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), que estabelece com a margem de 99,99 % a certeza dos vínculos da informação genética existente entre os pais e os filhos.

A maternidade que antes era definida pelo princípio *mater semper certa est* (a maternidade é sempre certa), com o exame pericial de DNA, colocou em dúvida o mérito e importância deste princípio, pois se surgissem dúvidas acerca da verdadeira maternidade esta poderia ser auferida pelo exame, resolvendo o caso de roubos e troca de bebês na maternidade.

A averiguação da paternidade nos laços biológicos, garante no campo jurídico, os alimentos, a sucessão hereditária e a responsabilidade civil ao filho que anteriormente não conhecia seu pai biológico. Desta maneira o vínculo com o pai registrário é desfeito, mediante alegação de falsidade material de registro de

nascimento, e a paternidade biológica é reconhecida.

E é este o pensamento que predomina no ordenamento jurídico brasileiro, conhecida a paternidade biológica a anterior deixa de existir, e esta forma de filiação tem sido discutida na doutrina e jurisprudência, pois, a paternidade não se resume apenas em garantia de direitos ou deveres jurídicos, esta é muito mais complexa, atravessa os ditames jurídicos e avança para os laços afetivos.

5.3 Posse do Estado de Filho

Ao estudarmos a posse do estado de filho, devemos primeiramente estudar a divisão etimológica das expressões “posse de estado” e “estado de pessoa”. A primeira, em linhas tênues e gerais, demonstra que a existência de um fato se perfaz verdadeiramente pela aparência de um estado e seus elementos, e a partir desta aparência podemos provar a filiação afetiva. Já ao analisarmos a expressão “estado de pessoa”, temos que voltar na história do direito romano que foi o nascedouro da idéia do que seria o estado, e foi assim que o dividiram em “*status libertatis*” (estado de pessoa livre), “*status civitatis*” (estado de cidadão romano) e “*status familiae*” (estado, situação da pessoa dentro da família que o integra). E com a evolução dos institutos a única forma de estado que permanece na legislação é “*status familiae*”, ao fato de que todos os homens são iguais perante a lei.

E Ripert Platinol, citado por José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.57) entende sobre o estado de pessoa:

Determinadas qualidades que a lei toma em consideração para atribuir-lhes certos efeitos jurídicos. Designar o estado de uma pessoa é qualifica-la e rigorosamente a toda qualidade que produza efeitos de direito pode dar-se o nome de estado. O direito reserva este nome às qualidades inerentes a pessoa, com exclusão dos qualificativos que lhe correspondem em razão de suas ocupações.

Segundo Nogueira (2001, p.106), o estado de pessoa se identifica em três âmbitos: o estado político, que diz a respeito à nacionalidade e aos estrangeiros, o estado familiar o qual origina o parentesco (de cônjuge, filho) e o individual onde o indivíduo em seu grupo social será determinado por algumas características (idade, sexo). O que é relevante para o estudo, é o estado familiar onde temos dentro dele o estado de filho, que pela posse de estado se revela a partir do estado de pessoa do filho.

O estado de filho possibilita o estabelecimento da filiação, que pode ocorrer por um fato natural, ou seja, a procriação o condão biológico, como também o estado de filho, por um ato jurídico a qual teríamos a adoção.

Alguns doutrinadores defendem o entendimento de que o estado de filho se dá apenas pela procriação e adoção, e Orlando Gomes (1997, p. 168): “ o estado de filho resulta da procriação, no casamento, ou extra matrimonium, ou de ficção legal consistente na adoção, ou na legitimação adotiva”.

Denota-se que para esses defensores, o estado de filho origina-se da verdade biológica ou jurídica, contudo, há uma nova forma de estado de filho que é a verdade afetiva.

O estado de pessoa possui quatro características: a indivisibilidade, a indisponibilidade, a imprescritibilidade e a aquisição mediante posse.

A indivisibilidade diz que a pessoa não pode possuir mais de um estado ao mesmo tempo, ou seja, ser casada e solteira, ou ser filho decorrente do matrimônio de um homem e ser filho de uma união não matrimonializada de outro. E essa indivisibilidade afasta da filiação, a idéia que vai de encontro com o entendimento da paternidade socioafetiva onde segundo a lei a criança só pode ter uma paternidade.

O estado é indisponível, pois o indivíduo não pode dispor do que a lei lhe atribui de forma compulsória alguns direitos e deveres, não podendo renunciar a eles, convencená-los ou transacioná-los, como, por exemplo, do direito à vida. E a indisponibilidade permite que determinados estados possam sofrer mudanças que poderão decorrer da vontade humana, ou não decorrer da vontade humana. Temos assim a paternidade socioafetiva que poderia mudar uma filiação, que primeiramente existindo a biológica esta não se alteraria, mas com a vontade humana a verdade afetiva prevaleceria.

Com relação à imprescritibilidade, o detentor do direito mesmo quando inerte, ou como o passar do tempo, terá legitimidade para reivindicá-lo a qualquer momento. É muito presente esta característica nas ações de investigação de paternidade, que o filho pode a qualquer tempo requerer o reconhecimento da filiação.

A posse de estado de filho não é recente, ela existia mesmo antes que os países organizassem um sistema de registro de nascimento, tínhamos a figura fática da paternidade presumida.

Entende-se como posse do estado de filho, a relação clara e pública de um vínculo natural existente entre pais e filhos, sendo necessário que os pais tratem o filho como tal, tendo estes direitos e deveres oriundos desta relação paterno-filial.

O doutrinador José Bernardo Ramos Boeira (199, p.60) conceitua:

A posse de estado de filho 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 de pai.

E partindo deste mesmo pensamento, Orlando Gomes (2002, p.60): “a posse do estado de filho constitui-se por um conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho legítimo do casal que cria e educa”.

Desta forma, a doutrina elenca três elementos para a existência da posse do estado de filho, os quais são inerentes ao estabelecimento de filiação: o nome, o trato e a fama. E partindo destes elementos constituímos a relação da paternidade socioafetiva, e serão detalhados adiante neste trabalho.

O estado de filho afetivo, acrescenta o autor, é identificado pela exteriorização da condição de filho, nas seguintes circunstâncias: a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores; b) ter recebido continuamente o tratamento de filho; c) ter sido constatemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade como filho. (WELTER, 2003 p.151).

O nome é elemento da posse de estado de filho, que caracteriza o uso pelo pretense filho do patronímico do pai, ou seja, a criança deve ter o nome da família que a cria. Entretanto, este elemento, não é na maioria das vezes levado em consideração pela doutrina, pois em muitos casos, o filho que vem a ser criado já tinha um nome em seu registro, e coexistindo os outros elementos, trato e fama, há confirmação da verdadeira paternidade.

O trato é o elemento auferido quando analisado o tratamento que fora dispensado à criança referente à educação, à criação, e todos os outros elementos que são necessários para a constituição de uma relação paternal.

Esse elemento é de caráter objetivo, onde o pai deve prover as necessidades de um filho, tanto material como, moralmente, dando-lhe carinho, afeto, conforme assegurado em lei pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. E o que tem demais importante neste elemento da posse do estado de filho, é o carinho e afeto que um indivíduo dispensa a uma pessoa sem nenhum vínculo genético, apenas pelo simples fato de amar.

Já a fama é o elemento que leva o conhecimento da relação posse do estado de filho, a sociedade determina que aquela pessoa é filho de determinado indivíduo, ocorrendo assim uma verdadeira filiação. Sendo a voz pública a notoriedade e convicção social de que a relação entre duas pessoas determinadas, trata-se de pai e filho.

Há uma grande divergência doutrinária acerca de se a posse de estado de filho e seus elementos são questões de fato ou de direito.

Deste modo, Belmiro Pedro Welter (2003, p.163), descreve o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

...há matéria de direito sempre que para se chegar a uma solução, surja a necessidade de recorrer a uma disposição legal, pelo que surgem aqui duas questões: uma de fato e outra de direito. Apurar os fatos materiais alegados é questão de fato; enquadrar esses fatos nos conceitos legais dos elementos da posse de estado é questão de direito.

Ao decidir sobre o reconhecimento da posse do estado de filho, o juiz adentra no campo do direito, mas enquanto analisa os fatos e os elementos da posse de estado, estaria adentrando no campo dos fatos.

O sistema jurídico pátrio, no que se refere ao direito de família especificamente à filiação, teve por um longo período um sistema diverso e diferenciado para o reconhecimento paterno-filial, e em razão das mudanças da realidade social em 1988 com a promulgação da Constituição Federal este passou a ser um sistema insustentável que modificou-se para responder aos anseios da nova sociedade que se formava pelas novas idéias e valores. E assim, será com o reconhecimento da paternidade e a posse do estado de filho que terá que encontrar meios sustentáveis para o reconhecimento da verdade biológica, jurídica e socioafetiva.

O Código Civil de 1916, para proteger a família estabeleceu a presunção da paternidade, em nada mencionou acerca da posse do estado de filho, e com os avanços genéticos a paternidade biológica, ganhou muito mais espaço em razão de certeza probatória realizada pelo exame de DNA.

Contudo o Código Civil atual, não reconhece a posse de estado de filho, mas abre possibilidades de reconhecimento desta pela paternidade socioafetiva pelos artigos 1593 "*O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem*"; e 1605 "*Na falta, ou defeito, do termo de*

nascimento, poderá provar-se filiação por qualquer modo admissível em direito: II- quando existirem veementes presunções resultante de fatos já certos”.

O reconhecimento da posse do estado de filho não deve ser apenas fator probatório, mas deve ter o caráter jurídico sendo elemento constitutivo de perfilhação para a paternidade socioafetiva.

5.4 Paternidade Socioafetiva

No passado a família era constituída pelo matrimônio, e dirigida pelo poder patriarcal, a desigualdade fazia parte do núcleo familiar perante os filhos e seus integrantes, prevalecendo à vontade do pai, mas pelas mudanças sociais esta realidade foi se modificando. Hoje, nos deparamos com uma grande transformação no que tange aos núcleos familiares em sua estrutura e composição.

A família contemporânea valoriza um fator imprescindível em sua formação: o amor e o afeto.

A afetividade é traduzida, no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honralidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual. (OLIVEIRA, 2002, p.233)

O afeto está presente nas relações familiares tradicionais, iniciando-se no querer mútuo regado pelo amor entre o homem e a mulher em unir-se em matrimônio para formar uma família e destes para com seus entes familiares, e filhos. O afeto exerce um papel importante no atual contexto brasileiro, projetando as relações familiares e seus novos paradigmas da filiação.

Desta forma, a instituição familiar se transmudou para a esfera sociológica, valorizando a formação do indivíduo como ente familiar, e a relação paterno-filial. Após a paternidade presumida, jurídica e a paternidade biológica, surge uma nova concepção social de paternidade, a socioafetiva.

E nas palavras de Jacqueline Filgueiras Nogueira (2001, p.84 e 85):

O verdadeiro sentido nas relações pai-mãe-filho transcende a lei e o sangue, não podendo ser determinadas de forma escrita nem comprovadas cientificamente, pois tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são “invisíveis” aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não têm os olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem de alguém um “pai”: os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de

tê-lo e de dispor a dá-lo. Pais, onde a criança busca carinho, atenção e conforto, sendo estes para os sentidos dela o seu “porto seguro”. Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem.

O vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é o vínculo que se cria e não que se determina.

A paternidade socioafetiva fundamenta-se na relação de afeto, amor, carinho e dedicação do pai para com seu filho na intimidade do lar, da convivência diária, pouco importando se há algum vínculo biológico entre eles, a única coisa que os mantém é a essência da vida que é amar e ser amado.

A posse do estado de filho é elemento caracterizador da verdade sociológica, tendo com princípio a proteção integral da criança e do adolescente, para que estes tenham garantido tudo o que lhes foi assegurado no artigo 227 da Constituição Federal.

A paternidade não pode ser vista como uma imposição, mas sim uma opção, a relação paterno-filial vai além do ato de procriação do homem, ou de um exame genético, a verdadeira paternidade não decorre do nascimento, mas a que surge na convivência na troca de amor, no viver e crescer juntos, o cuidado da alimentação, educação, dos primeiros passos as primeiras palavras, enfim, em todos os pequenos gestos, e ações que estes seres conhecidos como pais dispensam e renunciam para o bem estar do filho.

Nesse contexto, temos a adoção no ordenamento jurídico, instituto que se forma pela escolha e opção de querer ser pai e mãe, pelo sentimento de doar-se, e amar uma criança, que muitas vezes foram abandonadas pelos pais biológicos em razão destes não terem condições de formar, criar e educar seu filho, e outras vezes pelo fato de que ter um filho não lhes garante a capacidade de exercer a verdadeira função de ser pai e mãe.

No Código Civil, o artigo 1596 inciso V, prevê a paternidade de inseminação heteróloga, em que o marido aceita a fecundação de um sêmen de terceiro desconhecido em sua mulher, estamos diante do estabelecimento e reconhecimento da paternidade socioafetiva no momento que o marido autoriza a fertilização em sua esposa, demonstrando que para este não é o material genético que o tornará pai, mas na escolha de exercer tal função, o amor que se inicia naquele instante.

Sobre o tema, Fernanda Otoni de Barros em seu artigo “Sobre o maior interesse da criança” professa:

Todo laço investido de afeto poderá ser chamado de laço familiar. Não é um espermatozóide que define o que é um pai e nem o fato de uma mãe gestar um filho em seu ventre que garante a maternidade. Também não veremos brotar da letra fria da lei, um pai, uma mãe, ou uma família para um filho.

Deste modo, existindo a paternidade biológica e afetiva e confrontando-as, a última deve prevalecer vez que os laços afetivos são muito mais valiosos eficazes para proteção e interesse da criança e do adolescente e é esta realidade que impera.

O tema é polêmico e atual, e tem sido abordado pelos escritores de novelas passando a arte a imitar a vida, temos com exemplo a novela “Páginas da Vida”, de autoria de Manoel Carlos, e exibida pela TV Globo. Nesse folhetim, houve a busca pelo pai biológico de ter sua paternidade genética declarada sobrepondo a paternidade afetiva que existia sobre seus filhos no período em que este refutou exercer tal função, e levado o caso ao Tribunal de Justiça fictício, o voto da relatora interpretado por Eva Wilma: “Felizmente nos dias de hoje a ciência do direito tem passado a considerar o afeto e o cuidado como valores jurídicos, isto significa nos campos das relações familiares não é o sangue que fala mais alto, os elos do amor e da cumplicidade transcendem o vínculo biológico”.

Os tribunais brasileiros têm seguido esta direção reconhecendo o afeto com valor jurídico, e elemento de estabelecimento da filiação, vejamos:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho", que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a

reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004) (grifo nosso).

As questões de Direito de Família, estão sempre em torno do desafio de encontrar meios jurídicos sustentáveis e condizentes com a realidade social deste instituto, e o reconhecimento da paternidade socioafetiva faz parte deste todo.

Enfim, a afetividade nas relações humanas é fato certo e constatado, e foi a partir deste elemento que o legislador regulamentou as entidades familiares que são presentes no ordenamento jurídico, mas incorreu em erro em não normatizar de forma cristalina a filiação socioafetiva, contudo, este é um prenúncio inovador, e como a união estável e a família monoparental foi há alguns anos, em tempo e data certa esta paternidade fará parte do direito pátrio como norma do direito de família.

5.5 Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva

A paternidade pode ser atribuída de duas maneiras: pelo reconhecimento decorrente de uma decisão judicial ou pelo livre e espontâneo reconhecimento do ato praticado por seu agente.

A primeira forma descrita é realizada através de ação judicial que tem por fim a declaração do Estado Juiz de atribuir a determinada pessoa o estado de pai, e para tanto, a ação deve ser proposta por pessoa legitimada em lei. Reconhecido por sentença o genitor, o Oficial de Registro Civil procede anotação à margem do assento anterior de nascimento dos dados relativos ao pai, ora reconhecido judicialmente, inserindo os apelidos de família de pai.

No procedimento desta ação, o julgador para estabelecer seu convencimento, é necessário à produção de provas, que pode ser feita de diversas maneiras, e o reconhecimento da posse do estado de filho (tratamento dispensado à criança, nome, a fama), exame prosopográfico (através de fotos a aparência física entre o investigador e o investigado), exame de DNA e a prova oral, bem como o processo é regido dos princípios constitucionais vigentes, tendo assim o investigado

direito ao contraditório, e mais podendo ainda contestar a ação qualquer pessoa que tenha justo interesse (art.1615, CC). Após regular trâmite, será prolatada a sentença.

Uma breve e simples descrição do reconhecimento judicial da paternidade, a segunda forma de reconhecimento é o voluntário, que pela simples vontade do presumido pai ao registrar o nascimento do seu filho, sendo por escritura pública ou particular, por testamento, e por manifestação expressa dirigida ao juiz.

E assim a doutrina afirma existirem três espécies de paternidade: a biológica, a jurídica, e a socioafetiva.

As duas primeiras espécies são estabelecidas pelo reconhecimento judicial ou voluntário, já a terceira espécie não há forma procedimental regulada. Havendo grandes discussões na área jurisprudencial e doutrinária no tocante ao reconhecimento e a partir da prevalência da verdade socioafetiva frente à biológica, concedido pela posse do estado de filho.

Bem demonstrada a controvérsia jurisprudencial sul-rio-grandense, em que foram edificadas as duas decisões conflitantes, nos termos a) "No sistema jurídico brasileiro não existe adoção de fato, e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais, tais como direito de herança"; b) "A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art.227 da CF), assim como da doutrina da integral proteção, consagrada na Lei n° 8.069/90 (especialmente arts. 4° e 6°), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, revelada pela "posse do estado de filho", como gerador de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação" (WELTER, 2000, p.51). (grifo nosso)

Admitir-se o reconhecimento e estabelecimento da paternidade socioafetiva quer seja por ação declaratória, ou por investigação, se faz respeito aos princípios constitucionais da dignidade humana, solidariedade, igualdade e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Com relação à paternidade socioafetiva sua forma procedimental de reconhecimento ou investigação, é notória a lacuna na lei, vez que o sistema jurídico apenas reconhece a posse de estado de filho para valor probatório e não como meio constitutivo do status familiae, mas não devemos compartilhar do entendimento de que isto será um obstáculo para a regulamentação do estabelecimento da paternidade sociológica, pois o papel do julgador na ausência da lei é inovar e adequar-se à realidade social que anseia por mudanças.

Ao reconhecer a paternidade socioafetiva, o filho afetivo terá todos os direitos relativos a esta paternidade, e um deles é o estabelecimento do nome dos pais afetivos em seu registro de nascimento.

O doutrinador Belmiro Pedro Welter (2003, p.188) afirma:

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...

Como acima mencionado, o entendimento doutrinário é que o filho afetivo tenha todos os direitos decorrentes de uma adoção, e fazendo valer o princípio constitucional da igualdade entre as filiações.

Assim como a adoção, a filiação afetiva deve ser irrevogável conforme salienta o artigo 48 do ECA “ a adoção é irrevogável”.

E sobre a irrevogabilidade da paternidade socioafetiva o doutrinador Zeno Veloso citado por Belmiro Pedro Welter (2003, p.194):

Permitir que o pai, a seu bel-prazer pudesse, a qualquer tempo, desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria extremada injustiça, caracterizando um gesto reprovável, imoral, sobretudo se o objeto é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime por exemplo.

A irrevogabilidade deve ser aplicada em razão da voluntariedade expressada no ato do registro de nascimento pelo pai e/ou mãe socioafetivos, que é a forma, mas freqüente desta forma de paterno-filiação, conforme se denota o acórdão abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO. ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. IRREVOGABILIDADE. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretroatável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para atribuir ou negar a paternidade, não tendo sido provado qualquer vício de consentimento capaz de anular aquele ato jurídico. 2. A relação jurídica de filiação se construiu 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. 3. Manifesta improcedência do recurso que autoriza julgamento monocrático. Art. 557 do CPC. PROVIMENTO

NEGADO. (Apelação Cível Nº 70020586475, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 17/10/2007) (grifo nosso).

Isto em razão de que a relação paterno-filial é protegida pelo princípio da igualdade, vez que a adoção e a paternidade biológica (comprovada por exame de DNA) não são suscetíveis de revogação.

Pode ocorrer impugnação à filiação afetiva quando alegado que o reconhecimento voluntário do registro civil de nascimento foi eivado pelo dolo, fraude, coação, simulação ou erro, levando à possibilidade de anulação ou nulidade do registro de nascimento.

O filho sociológico terá os mesmos direitos relativos à sucessão da adoção conforme descreve o artigo 41 do ECA, tornando-se herdeiro necessário como os descendentes biológicos no direito patrimonial.

Na doutrina diferenciam-se a paternidade socioafetiva da adoção no seguinte aspecto, a primeira decorre do afeto através da posse do estado de filho sendo gênero, e a adoção é um ato de vontade jurídico ou legal que se estabelece após um período de convivência e afeto, tornando-se uma espécie da paternidade socioafetiva.

Deve-se ressaltar que o indivíduo que já possui a paternidade socioafetiva declarada, não será impedido de conhecer a paternidade biológica, vez que é um direito personalíssimo e está inserido no rol dos direitos fundamentais. No mais, sendo permitido o vínculo biológico, não se pode admitir que este reconhecimento seja para obter direitos patrimoniais sobre os bens de seus pais biológicos, já que a verdade sociológica se sobrepõe à sangüínea e a jurisprudência não tem admitido tal pedido, vide acórdão:

EMENTA: INVESTIGACAO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ANULACAO DE REGISTRO. Autora que ao inicio do feito, já contava com mais de 50 anos de idade, tendo, durante mais de meio século, constado como filha do marido de sua mãe, que a registrou como tal. POSSE DO ESTADO DE FILHO. A filiação, mais do que um fato biológico é um fato social. RECONHECIMENTO DA PRESCRICAO, NO CASO CONCRETO. Conteúdo imoral na demanda, que convenientemente, como de regra ocorre, busca a troca de um pai pobre por um pai rico. APELO DESPROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDA A RELATORA. (SEGREDO DE JUSTICA) (13 FLS) (Apelação Cível Nº 70004989562, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 23/10/2002).

Sendo direito personalíssimo de todo indivíduo conhecer a paternidade biológica, mas conforme demonstra o acórdão acima se esse reconhecimento for posterior à filiação afetiva estabelecida, a verdade biológica não ira acrescer ao indivíduo novos direitos patrimoniais, pois já fora dito que em equiparação à adoção a paternidade socioafetiva é irrevogável sendo assim não há qualquer vínculo jurídico com os parentes biológicos, e muito menos direitos sucessórios.

No entanto, a justiça não pode impedir que o filho afetivo, venha a requerer a investigação da paternidade biológica, devendo atentar-se ao interesse legítimo jurídico do investigante e a busca de eventuais direitos, pelo fato que deve prevalecer o princípio da igualdade entre as perfilhações, pois se assim não fosse haveria a discriminação que perante a Magna Carta é proibida.

Os alimentos são prestações de caráter pecuniário que tem por finalidade prover as necessidades do alimentado de acordo com a possibilidade de quem alimenta. Essa prestação tanto pode ser feita voluntariamente como por imposição legal.

O Código Civil em seus arts. 1.694 e 1.696 estabeleceu a obrigação alimentar conforme o texto da lei a seguir:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Nesse plano, aqueles que não possuem condições de proverem suas necessidades básicas, por motivos de pouca idade, doença, velhice e outras razões têm o direito de serem alimentados pelos parentes, cônjuges, pais e filhos. Estas normas são de interesse público tendo caráter imperativo e aqueles que não prestarem tal obrigação podem até sofrer a prisão civil que tem por fim o condão coercitivo para efetiva realização do dever alimentício.

Os alimentos são fixados pelo binômio necessidade/possibilidade, ou seja, a prestação é regida pelo preceito de que o alimentado deve receber que alimentos os quais supram sua necessidade, já o alimentante tem o dever jurídico de prover esta subsistência de acordo com a possibilidade que lhe é atribuída pelas suas condições financeiras.

No que se refere aos alimentos e à paternidade biológica, o pai tem o dever de prestar alimentos ao seu filho, fato este que já se encontra disposto no direito de família brasileiro há muito tempo, do mesmo modo, os filhos concebidos fora do matrimônio e os adotivos compartilham em igualdade de direito.

A paternidade socioafetiva ainda não está prevista no ordenamento jurídico pátrio, mas como há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais de que o filho afetivo tem os mesmos direitos do filho adotivo, portanto, o filho afetivo tem o direito de exigir a prestação alimentícia.

O dever de alimentos do filho afetivo parte do vínculo jurídico que este passa a ter com o pais socioafetivos quando há o reconhecimento desta relação paternal.

Essa situação já é uma realidade para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no teor do acórdão seguinte:

ALIMENTOS. Devidos a filho maior, possibilidade jurídica. Inexistência de presunção de necessidade que, assim, deve ser comprovada, juntamente com a possibilidade dos pais. Situação excepcional que permite ao filho, mesmo maior e capaz, buscar pensionamento alimentar de seus pais com fundamento no artigo 1.695 do Código Civil, 229 e 1º, III da Constituição Federal. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POSSIBILIDADE JURIDICA DE CARACTERIZAR OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. O indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica de pedido caracteriza vedação de acesso ao Poder Judiciário o que não é admitido pela Constituição Federal. Os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético e devem permear a conduta e decisões da magistratura moderna e atenta a realidade do mundo atual. (TJRJ; AC 2006.001.51839; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Dês. Conv. Mauro Nicolau Junior; Julg. 30/01/2007) (grifo nosso).

Conforme a exposição jurisprudencial acima, a paternidade socioafetiva gera a obrigação alimentícia, pois com a configuração desta relação paterno-filial seria inconstitucional eximir os pais sociológicos deste dever e não dar direito aos filhos de exigí-los já que seria uma discriminação frente à igualdade constitucional das filiações.

Inegável é que todas as possibilidades que foram descritas acerca de direitos e deveres decorrentes do reconhecimento da paternidade socioafetiva não é apenas da lei, mas também dos princípios norteadores do melhor interesse da criança que deve vir à frente de todos os embates que possam surgir, o da igualdade das filiações e o da dignidade humana.

CONCLUSÃO

A família é uma entidade histórica mutável, que se altera através do tempo acompanhando o avanço da sociedade e dos seres que a compõem. Portanto, a instituição familiar passa por constantes variações pondo em evidência o seu aspecto evolutivo.

No Código Civil de 1916, a família se iniciava pelo matrimônio, uma instituição patriarcal, hierarquizada e indissolúvel. A família contemporânea mostra-se com uma nova concepção, deixando de ser fundada apenas no poder patriarcal e se desenvolvendo em um contexto de companheirismo, bem estar, e amor, desgarrando-se de estigmas pretéritos.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e devendo assim a interpretação e aplicação das normas referentes à família ser realizada a partir destes parâmetros constitucionais.

Com o advento da Carta Magna foi proibida qualquer forma de discriminação existente das legislações anteriores, estabelecendo-se a igualdade entre o homem e a mulher, bem como entre os filhos, reconheceu-se a união estável e a família monoparental como entidades familiares.

Fica evidente que a família vem se modificando em vários aspectos, tanto social como, cultural e economicamente e estas mudanças não podem ser ignoradas pela legislação brasileira.

A finalidade sempre é buscar nas modificações um Direito de Família adequado às novas realidades sociais, a busca de uma convivência harmoniosa, fundada na solidariedade, igualdade e regada pelo amor, permitindo uma maior união entre pais e filhos.

Além das mudanças nas entidades familiares, também houve modificações nas relações de parentesco e sendo mais específico no estabelecimento da paternidade ou filiação.

Sempre houve dificuldades em atribuir paternidade ou maternidade a alguém, com base no direito romano passou-se a se estabelecer a paternidade e maternidade por presunções em razão da proteção que se buscava à entidade familiar. A presunção da paternidade é mais conhecida por *pater is est* o marido da

mãe seria o pai dos filhos nascidos na constância do casamento, e por muito tempo a presunção acabou com as incertezas que ora existiam acerca da paternidade.

Tal sistema foi adotado pelo nosso direito pátrio, no entanto, com a promulgação da Constituição Federal e os novos princípios norteadores do direito de família, a igualdade entre os pais e os filhos, esta realidade passou a ser diferenciada.

Assim em prevalência da igualdade entre os filhos e na busca de uma integral proteção, foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente que assegura aos menores todos os direitos fundamentais que são inerentes à pessoa humana, o princípio do melhor interesse a criança e ao adolescente, o direito imprescritível e indisponível de ter reconhecida sua verdadeira filiação. Sendo comprovada a verdadeira paternidade, a presunção *pater is est* e a registrária eram afastadas para darem lugar a uma nova paternidade, a biológica decorrente da evolução da ciência médica, surge o exame de DNA capaz de estabelecer com certeza quase absoluta os vínculos genéticos que ligam um pai a seu filho.

A jurisprudência e a doutrina passam a dar valor total à paternidade genética. Em consequência disso, o filho sendo reconhecido pela filiação biológica através da ação de investigação de paternidade, e quando existisse um vínculo anterior ou registro este seria desfeito sob o fundamento de falsidade ideológica, pondo fim a qualquer relação jurídica ou afetiva entre o pai registrário e o filho.

Esse é o pensamento predominante no ordenamento pátrio, porém, o reconhecimento de um vínculo biológico ou genético não estabelecia, nem garantia a existência de um vínculo social e afetivo entre pai e filho.

É evidente que a relação de filiação não decorre simplesmente pelo vínculo genético entre pai e filho, a função do pai no contexto sociológico, é ser muito mais que um mero genitor no sentido literal da palavra, é dispensar ao seu filho todo amor, carinho, educação, saúde, moradia e convivência; o que muitas vezes um genitor não é capaz de dispensar à sua prole.

Surge na doutrina uma nova paternidade, conhecida como paternidade socioafetiva, baseada não no vínculo genético, mas na relação de afetividade entre pai e filho. E essa nova concepção fundamenta-se na posse do estado de filho, instituto pelo qual a paternidade é estabelecida pela relação duradoura de filho e pai, entende-se que a dedicação de uma pessoa para com a outra só pode ser assegurada através do amor, sendo este o verdadeiro vínculo que une o pai ao seu

filho podendo ser pai aquele que não tenha vínculos genéticos com a criança. No mais, a paternidade socioafetiva não é tão recente, já que o afeto e o amor, são sentimentos inerentes ao ser humanos, dos quais não se pode negar a força para estabelecer vínculos entre as pessoas.

Desta forma, no direito brasileiro o conceito de paternidade se divide em: verdade biológica, genética e a socioafetiva.

O que se pretende com a paternidade sociológica é fazer valer o que institui a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, a proteção e o melhor interesse da criança e do adolescente, pois são pessoas que por possuírem características específicas e estarem em vias de desenvolvimento, tem que ter seus cuidados de formação priorizados, para que estes cresçam no seio de uma família que lhe proporcione o mínimo para uma vida digna, o Direito de Família contemporâneo reconhece que os melhores pais nem sempre são aqueles que geram, mas aqueles que exercem esta função pelo afeto, e muitas vezes o afetivo se sobrepõe à verdade biológica.

Deve-se entender que a paternidade socioafetiva não tem o condão de negar o direito do filho afetivo em querer buscar a sua origem genética, sendo uma garantia constitucional e não passível de renúncia ou disponibilidade. O que não se pode, é evidente, é fazer cessar ou desaparecer o vínculo entre pai e filho, não sendo justo, que esse pai que cuidou do filho, dando-lhe amor, carinho, educação, e os demais cuidados de que necessita toda criança; perca seus vínculos jurídicos e afetivos para com este.

O direito do filho intentar a investigação de paternidade mostra-se de forma clara e cristalina, porém, quando o juiz prolatar a sentença, esta deve ter natureza declaratória, não gerando direitos ou obrigações, já que o filho afetivo tem estes direitos e obrigações assegurados na paternidade afetiva ao equipará-la à jurisprudência e a doutrina à adoção. Seguindo esse raciocínio, impediria-se que os filhos por mero interesse pudessem trocar um pai afetivo pobre, por um pai biológico rico, intentando muitas vezes o reconhecimento apenas para efeitos patrimoniais e sucessórios.

O objetivo da Lei Maior é tutelar primeiramente o indivíduo enquanto ser, nada melhor do que deixar a criança ser criada em ambiente que lhe proporcione os cuidados que mais se enquadram às suas necessidades.

A paternidade socioafetiva não está amplamente presente e estabelecida no direito brasileiro, mas é preciso que o legislador tenha a percepção de que o afeto é a essência das relações de filiação, criando normas adequadas à realidade fática da paternidade sociológica.

O Tribunal do Rio Grande do Sul foi um dos pioneiros jurisprudencialmente em reconhecer e estabelecer a paternidade socioafetiva, construindo um caminho que posteriormente possa ser a fundamentação para a normatização da posse do estado de filho que expressa a plenitude da filiação afetiva.

Por derradeiro, o autor do presente trabalho enfatiza, a importância da paternidade socioafetiva frente à proteção e melhor interesse da criança e adolescente, para que estes possam integrar a família que lhes ofereça o melhor para o seu desenvolvimento psíquico, físico e moral trazendo esta verdade social ao mundo jurídico. Concluindo, a liberdade de escolha de cada indivíduo, quanto às pessoas com quem vai compartilhar a sua vida, deve ser respeitada, assegurando-lhe seu direito e princípio de ser humano digno, que todos somos perante a Lei.

BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Jason. **Adoção Plena – Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato – De acordo com o novo Código Civil Lei nº10.406, de 10-01-2002**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002.

BARROS, Fernanda Otoni de. **Sobre o melhor interesse da criança**. Disponível <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=27> Acesso em: 12 jan. 08.

BELIVAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7 ed., Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**. 3 ed. São Paulo: Leud, 1984.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade – Posse de Estado de Filho – Paternidade Socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOSCARO, Marcio Antonio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BORGHI, Hélio. **União Estável e Casamento – Aspectos Polêmicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996,

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de Paternidade**. São Paulo: LTr, 1997.

GOMES, Orlando, **Introdução ao direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, Tutela, e Guarda**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

IBDFAM – **Anais do I Congresso Brasileiro do Direito de Família- Repensando o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

IBDFAM – Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família – A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais – A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____, **Comentário ao Novo Código Civil.** 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões,** vol.5, 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de Criança e Adolescente e os Direitos Humanos.** Barueri, SP : Manole, 2003.

NETO, José Antonio de Paula Santos. **Do Pátrio Poder.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil,** vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A Filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico.** São Paulo: Memória Jurídica Editora, ,2001.

OLIVEIRA, Euclides de. **União Estável – Do concubinato ao casamento: antes e depois do Novo Código Civil.** 6.ed. São Paulo: Editora Método, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:RT, 2002.

PALMA, Rúbia. **Famílias Monoparentais.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SILVEIRA, Paulo. **Exercício da Paternidade.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família,** vol. 5, São Paulo : Altas, 2001.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da Guarda, Da Tutela e da Adoção (No Estatuto da Criança e do Adolescente).** 3 ed. Belo Horizonte:Del Rey, 1996.

_____, **Direitos de Família e do Menor.** 3 ed. Belo Horizonte> Del Rey, 1993

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