



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

**O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à
influência sobre os efeitos decorrentes da filiação**

Rio de Janeiro

2012

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do direito privado, cidade e sociedade. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Heloisa Helena Barboza

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S731p Souza, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio.

O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais, à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação / Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza - 2012.

232 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Heloisa Helena Barboza.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Pais e filhos (Direito). 2. Paternidade. 3. Filiação. I. Barboza, Heloisa Helena. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.63

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do direito privado, cidade e sociedade. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Aprovado em: 27 de março de 2012.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Heloisa Helena Gomes Barboza
Faculdade de Direito da UERJ (orientadora)

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder
Faculdade de Direito da UERJ

Prof.^a Dr.^a Rosângela Maria de Azevedo Gomes
Faculdade de Direito da UERJ

Prof.^a Dr.^a Ana Carolina Brochado Teixeira
Faculdade de Direito da UNA-MG

Prof.^a Dr.^a Maria de Fátima Freire de Sá
Faculdade de Direito da PUC-MG

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

Para Anabela.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus por me conferir forças para chegar à conclusão dessa jornada. O período de quatro anos foi bastante intenso e cheio de percalços, entretanto todos foram necessários e essenciais para o fortalecimento de minha fé.

Agradeço muitíssimo aos meus queridos pais, Geraldo e Ilza. Em vocês encontro incentivo, ânimo e compreensão para as minhas ansiedades.

Às minhas irmãs, Greice e Thamy, apoio incondicional, presenças divertidas, cada uma a seu modo.

À professora Heloisa Helena Barboza, orientadora de ontem e de hoje. Pessoa de extrema sabedoria, amiga, humana, humilde. Seus ensinamentos ficarão gravados para sempre em minha memória. Muito obrigada! Em sua pessoa, agradeço a todo o corpo docente da pós-graduação da UERJ.

Fernanda Paes Leme, querida amiga. Sem você a distância teria sido um empecilho, seja para as questões administrativas, seja para as minúsculas roupinhas de bebê. Nunca me esquecerei!

Allan e Vitor, prontos para qualquer tipo de auxílio.

Aos colegas da UFRRJ pela flexibilização de horários.

Enfim, agradeço a João Paulo, meu amigo e companheiro. A sua ajuda foi importante para tudo. Sua presença ao meu lado, essencial.

Pequena, você me permite a vivência da mais esplêndida experiência humana. Agradeço a Deus, todos os dias, pelo seu sorriso e sua alegria.

RESUMO

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação*. 2012. 270f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A paternidade responsável se destaca no contexto da Constituição de 1988, refletindo seus efeitos para todo o sistema. Os pais, ao assumirem esse *status*, passam a ser titulares de diversas obrigações sendo verdadeiro afirmar que deles, de alguma forma, sempre se exigiu certo tipo de responsabilidade. Seu conteúdo, todavia, é que variou no histórico da construção da família brasileira. A proteção aos filhos, anteriormente mais formalista e restrita à aplicação de medidas de suspensão ou destituição do poder familiar (pátrio poder), cedeu espaço para outros valores. Atualmente, cabe aos pais, em essência, a formação e a emancipação da pessoa do filho. Assistir, educar e criar são as ações básicas que informam a sua responsabilidade, sendo ainda titulares do dever de inserir o menor no contexto da família e da sociedade. A igualdade, a solidariedade e a autonomia se mesclam ao encargo parental, a bem da formação física e psíquica da prole. Mas, é necessário observar que o dever de cuidado, imposto constitucionalmente aos pais, é transferido para os filhos após a maioridade, por meio de uma lógica de reciprocidade e vulnerabilidade. Assim, passam estes a ser responsáveis pela assistência e pelo cuidado dos ascendentes doentes ou, por qualquer outro motivo, necessitados. Considerado o fato de que a verdadeira parentalidade é aquela que cria o estado concreto de pai-filho, reflexo do cumprimento da responsabilidade, é forçoso concluir pela inexistência de seus efeitos jurídicos nos casos em que o vínculo restou fixado pela simples formalidade do registro. Defende-se, então, para o fim de eximir os filhos de seus deveres, a desconstituição do vínculo registral ou a inocuidade de seus efeitos, sempre que os pais não tenham cumprido responsabilmente as suas funções em benefício da prole. As normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais legitimam tal prerrogativa, afastando as obrigações dos filhos cujos direitos fundamentais não foram respeitados pela incúria daqueles que tinham contrariamente o encargo de assistir e cuidar.

Palavras-chave: Filiação. Paternidade responsável. Sanção. Princípios constitucionais. Desconstituição dos efeitos da parentalidade.

ABSTRACT

The responsible parenthood stands out in the context of the 1988 Constitution, reflecting its effects on the entire system. Parents, as assuming this *status*, become holders of various obligations, being true say of them that, somehow, always demanded a certain kind of responsibility. Its contents, however, is what varied in the historic construction of Brazilian family. The children protection, previously more formal and restricted to the application of measures of suspension or dismissal of family power (*patria potestas*) gave way to other values. Currently, parents have, in essence, training and empowerment of the individual child. Assist, educate and create are the basic actions that inform their responsibility and even the duty holders to enter the child in the family and society. Equality, solidarity and autonomy are mixed to parental burden for the sake of physical and emotional training of the offspring. But it should be noted that the duty of care, first imposed on parents, based on vulnerability of children, is transferred from the majority of these through a logic informed by reciprocity. So are the children to be responsible for assistance and care of patient risings, or for any other reason, need. Considering the fact that the true parenting is one that creates the actual state of parent-child reflecting the fulfillment of responsibility, it is clear that there was no legal effect in cases where parenting remained fixed for the simple formality of registration. It is argued, then, for the purpose of shielding children from their responsibilities, the registral deconstitution the bond or the safety of its effects when parents have not fulfilled the duties for de benefit of minor children. The constitutional and infraconstitutional legal order legitimize this prerogative, away the duties and obligations from those whose fundamental rights weren't respected by the carelessness of those who had the burden of doing so.

Keywords: Membership. Responsible parenthood. Sanction. Constitutional principles. Deconstitution of the effects of parenting.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	09
1	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	16
1.1	Da tradicional irresponsabilidade masculina sobre a prole até a divisão constitucional igualitária de obrigações parentais	16
1.1.1	<u>A distribuição de funções na família</u>	17
1.1.2	<u>O Direito e a reprodução do patriarcalismo</u>	21
1.1.3	<u>A luta feminina e a equiparação de condições e responsabilidades</u>	24
1.2	A era contemporânea e sua influência sobre o Direito: os valores que se impõem à família na atualidade	28
1.2.1	<u>O Direito e a nova conjuntura histórico-social</u>	33
1.3	A configuração da família e a influência da principiologia constitucional	37
1.4	Os princípios constitucionais preponderantes para a estruturação familiar	44
1.4.1	<u>A dignidade da pessoa humana e a democratização das relações de família</u>	44
1.4.2	<u>A solidariedade e a dimensão relacional da família</u>	50
1.4.3	<u>O princípio da igualdade da filiação e seus efeitos</u>	58
1.4.4	<u>O princípio da autonomia reprodutiva</u>	66
1.4.5	<u>O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente</u>	75
2	AS DIMENSÕES DA FAMÍLIA NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE	83
2.1	Delineamentos para a responsabilidade	83
2.2	A previsão constitucional do princípio da responsabilidade	85
2.3	As situações emergentes da biotecnologia: os novos conflitos	89
2.3.1	<u>A possibilidade de escolha pelos pais das características físicas dos filhos</u>	89
2.3.2	<u>Monoparentalidade: um filho a qualquer preço</u>	92
2.4	A condição do nascituro: ameaça e proteção	97
2.5	A responsabilidade parental no direito infraconstitucional brasileiro	101
2.5.1	<u>O estabelecimento da paternidade</u>	101
2.5.2	<u>A trajetória do pátrio poder à paternidade responsável</u>	109
2.5.3	<u>O poder familiar e os interesses existenciais dos filhos</u>	115
2.5.3.1	A guarda dos filhos: instrumento para exercício do poder familiar	118
2.5.3.2	Assistir, criar e educar os filhos menores	119

2.5.3.3	O dever de respeitar e o direito de ser respeitado.....	124
2.5.4	<u>A representação dos filhos menores</u>	128
2.5.5	<u>As repercussões patrimoniais do exercício do poder familiar</u>	131
2.6	Pais separados: a superação da figura do genitor guardião responsável e do genitor visitante irresponsável	135
2.7	A irresponsabilidade dos pais alienadores e a repercussão sobre a condição emocional dos filhos	139
3	A IRRESPONSABILIDADE PARENTAL E A PERDA DOS EFEITOS DO VÍNCULO FAMILIAR	145
3.1	O conteúdo da parentalidade responsável	145
3.2	As consequências jurídicas do descumprimento da paternidade responsável	157
3.3	Repercussões do afastamento do parentesco: casos específicos	167
3.3.1	<u>Alteração do nome</u>	168
3.3.2	<u>Exclusão do direito sucessório</u>	172
3.3.3	<u>Alimentos e curatela</u>	177
3.4	A interpretação do art. 1614 do Código Civil em face da irresponsabilidade parental	185
3.4.1	<u>O reconhecimento do filho maior</u>	188
3.4.2	<u>A impugnação do reconhecimento realizado durante a menoridade</u>	194
3.5	O descumprimento da responsabilidade parental e a perda dos efeitos jurídicos decorrentes do parentesco: uma proposta mais ampla	199
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	207
	REFERÊNCIAS	214

INTRODUÇÃO

O princípio da paternidade responsável possui fundamento constitucional, mas boa parte da doutrina e da construção jurisprudencial nunca se preocupou em dimensionar os seus contornos, restringindo-se a reconhecer a sua incidência em uma função meramente complementar, em casos já aparentemente orientados por outras diretrizes principiológicas.

Torna-se, então, aconselhável lembrar aos teóricos e aos práticos do direito que a responsabilidade parental se afigura como a mais legítima justificativa para todas as mudanças verificadas em sede legislativa e na aplicação do direito de família contemporâneo.

O conceito de família e os valores que permearam a sua construção até os dias atuais foram vários, partindo-se do núcleo patriarcal, verdadeiro marco inicial para a pesquisa e o estudo da matéria, até o modelo contemporâneo de família, fruto de uma progressiva mudança social e da abertura axiológica constitucional¹. Em qualquer caso, a responsabilidade parental sempre acompanhou o sentido jurídico atribuído à paternidade, sendo matéria extremamente influenciada pelos interesses de cada época. No contexto do patriarcalismo, por exemplo, não havia regulação jurídica que impusesse igual comprometimento dos pais quanto aos filhos. Pelo contrário, verificava-se que a própria ordem jurídica isentava os homens da paternidade espúria, permitindo tão somente a constituição do vínculo com a prole legítima oriunda do casamento. O cuidado físico e psíquico com a pessoa dos filhos, ao contrário do que ocorre atualmente, não se configurava como obrigação jurídica, dimensionando-se apenas como dever fático, titularizado pelas mulheres, seja em uma relação de casamento ou, com muito mais força, nos casos em que este inexistia.

Cabia às mães casadas a obrigação de cuidar dos filhos, embora não lhes fosse atribuído o então denominado pátrio poder. Essa responsabilidade feminina era justificada pelo fato da maternidade, sendo natural que elas exercessem o papel de esposa e mãe.

Já as mulheres não casadas, quando dispostas a exercer sozinhas a maternidade, assumiam integralmente o cuidado com os filhos, sendo-lhes direcionado o dever de dirigir a sua criação e educação, contando, às vezes, com a ajuda da sua família de origem ou de uma cadeia de solidariedade formada por outras mulheres em igual condição. Na maioria dos casos, contudo, cabia à mãe, sozinha, prover a subsistência e a formação do filho como

¹ ALMEIDA, Angela Mendes de. Os manuais portugueses de casamento dos séculos XVI e XVII. *Revista Brasileira de História: Família e grupos de convívio*, São Paulo, Anpuh/Marco Zero, vol. 9, n. 17, p. 191-207, set./fev. 1988-1989. p. 199-201. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

pessoa². As mulheres casadas, ao contrário, não precisavam se preocupar com a provisão de bens materiais, por ser esta uma função do marido.

Diversas foram as transformações sociais que conduziram à mudança desse perfil familiar, todas encampadas pelo Estado mediante a paulatina evolução normativa sobre o tema da filiação. Outras matérias atinentes ao Direito de Família também sofreram modificação, tais como a extensão da proteção jurídica às várias entidades familiares e a fácil dissolução do vínculo conjugal. Todas essas alterações objetivaram a superação das distinções baseadas em estruturas formais – por exemplo, o casamento –, assim como o fomento de valores concernentes à proteção da condição humana. Do núcleo patriarcal chegou-se a uma instituição social voltada para o pleno desenvolvimento da pessoa, com diminuição das solenidades e valorização do afeto.

Com o tempo, a mulher se afastou de suas “naturais” funções, passando a atuar no mercado econômico, o que exigiu dos homens aproximação da vida doméstica e dos filhos. Essa divisão de tarefas tem aspectos positivos, mas também gera mazelas. Paradoxalmente, a vida moderna, caracterizada por uma nova relação de tempo/espço e com novidades tecnológicas que prometem tornar o dia a dia mais simples, não permite que se tenha maior tempo para si mesmo e nem para a família. Padrões criados pela sociedade seduzem os egos, conferindo uma sensação de vazio baseada na criação de necessidades nunca antes pensadas e, efetivamente, nunca antes necessárias. A absorção das pessoas por essa imensa rede conduz, fatalmente, à delegação das funções privadas, o que inclui a criação dos filhos ou, quando pior, a consideração destes como obstáculos para a consecução de objetivos tidos como mais importantes, tais como a carreira e a vida amorosa. E essa realidade atinge igualmente os homens e as mulheres³.

Nesse contexto de maior divisão de tarefas domésticas e de iguais interesses no campo social e econômico, tem-se que tanto o pai quanto a mãe, iguais destinatários do dever de responsabilidade sobre os filhos, podem descumprir esta obrigação, em detrimento da prole. De fato, qualquer um dos ascendentes pode preterir seus filhos abandonando-os com o outro genitor, com parentes ou, em casos mais graves, praticando crimes contra eles, como se constata no noticiário cotidiano. No entanto, algumas ressalvas merecem ser feitas: as responsabilidades que cabem às mulheres, apesar de todas as mudanças, ainda são,

² PERARO, Maria Adenir. *Bastardos do império*. São Paulo: Contexto, 2001.

³ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. No mesmo sentido, STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. São Paulo: Contexto, 2007.

estatisticamente, maior número; e a reprovação social das condutas irresponsáveis das mães, como o abandono, é muito mais severa se comparada à idêntica conduta masculina⁴. Afinal, a função de cuidar sempre foi da mulher e não do homem. Esses aspectos, embora evidenciem características ainda arraigadas na cultura brasileira, não serão tratados de maneira profunda neste trabalho em razão do preponderante viés sociológico e por afastá-lo de seu real objeto: a responsabilidade parental.

O cuidado, a preocupação com a formação moral e com a educação dos menores são, inevitavelmente, reflexos de um comprometimento e, na atualidade, o que mais se verifica é a falta de compromisso com os laços de afeto já criados. Dessa forma, uma postura que deveria emergir naturalmente da condição parental transmutou-se em questão pública, sendo descrita como diretriz axiológica na Carta Constitucional.

A Constituição da República, em seu art. 226, §7º, estabelece a responsabilidade como fundamento do direito ao planejamento familiar, sendo duas as preocupações iniciais desta tese: ressaltar a necessidade de que o termo utilizado pelo constituinte, qual seja, “paternidade” seja interpretado como parentalidade, já que, como visto, tanto homens quanto mulheres são responsáveis por seus filhos⁵; e esclarecer que a abrangência do princípio da paternidade responsável é muito maior que a retirada de sua literalidade, porquanto, sistematicamente, deva ser conjugado com a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (art. 227) e com a interpretação da família como entidade orientada pelo princípio da dignidade e solidariedade, voltada para a proteção e o pleno desenvolvimento de seus integrantes.

Os princípios constitucionais, cuja natureza de norma é reconhecida por boa parte da doutrina, são hábeis a regular sozinhos diversas matérias, elucidar problemas e permitir, por meio de sua abertura semântica, o acompanhamento das mudanças sociais, o que torna mais difícil a defasagem de previsão e a necessidade do preenchimento de eventuais lacunas normativas. Várias são as diretrizes principiológicas que se aliam à previsão constitucional da responsabilidade parental para o fim de organizar juridicamente a família. Por isso, logo após uma breve explicação sobre o contexto social e jurídico contemporâneo, qualificado pelas incertezas da era moderna, destaca-se, neste trabalho, em seu primeiro capítulo, uma análise sobre outros princípios diretamente relacionados ao tema. O detalhamento teórico sobre a

⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85-96.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, SP: n.18, p. 21-41, abr-jun. 2004.

proteção da dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a autonomia reprodutiva, a igualdade dos filhos e o melhor interesse da criança e do adolescente, permitirá a contextualização do princípio da responsabilidade parental e a construção de suas bases conceituais.

Dada a pouca atenção que a matéria da responsabilidade parental, como previsão constitucional, recebeu da doutrina, foi necessário identificar na legislação infraconstitucional a presença do referido princípio, buscando-se evidenciar a instalação de um quadro impositivo de responsabilidade e de comprometimento dos pais em benefício dos filhos. Por isso, no segundo capítulo, matérias como o reconhecimento de paternidade e suas diversas formas e o poder familiar, em sua atual configuração, se impuseram como determinantes para corporificar a existência concreta da responsabilidade parental no direito brasileiro. A atual organização da guarda dos filhos após o rompimento do vínculo conjugal e a vedação da alienação parental são outros temas que não poderiam ser esquecidos, haja vista a direta imbricação com o mesmo princípio. Tal fato comprova a amplitude do tema que, em nenhuma hipótese, se circunscreve à organização do planejamento familiar, como já referido anteriormente. Aliás, somente situações jurídicas ocorridas após o nascimento do filho serão tratadas nesta tese, sendo apenas mencionados os possíveis conflitos entre a responsabilidade dos pais e os interesses do não nascido, no que concerne às decisões anteriores ao parto ou à própria gestação.

Apresentado o panorama normativo que especifica e instrumentaliza a previsão da Lei Maior, passou-se a trabalhar, no terceiro capítulo, com a construção de algumas diretrizes conceituais capazes de preencher o conceito de responsabilidade parental. Não se objetivou, por óbvio, o exaurimento de seu significado, mas tão somente a criação de uma base a partir da qual se tornasse possível uma aplicação mais sólida para o princípio constitucional. Para tal fim, logo após a apresentação do esboço conceitual, buscou-se, como principal intento da pesquisa, a identificação de novas sanções jurídicas para os casos em que se verifique judicialmente o descumprimento do princípio da responsabilidade parental.

Uma análise sobre a matéria conduz à constatação de que aparentes sanções para esse fim podem ser identificadas no direito brasileiro, seja na seara criminal, seja na civil. Mas, sobretudo neste último aspecto, poucos institutos podem ser considerados como verdadeira reprimenda. Cabível, portanto, defender a possibilidade de que o filho, cujos pais não observaram o referido princípio, possa, após a maioridade, requerer judicialmente o afastamento dos efeitos que derivam da filiação.

São inúmeras as consequências jurídicas decorrentes do estabelecimento formal do vínculo, tanto no aspecto existencial quanto patrimonial. O extenso conteúdo do poder familiar, interpretado à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, evidencia a importância do cumprimento escorreito de todas as obrigações que dele decorrem cuja essência está em proporcionar ao filho um crescimento físico e psicológico sólidos. A atribuição do nome e a sucessão do patrimônio em razão da morte do ascendente são outros efeitos oriundos da filiação. Em contrapartida, existem obrigações dos filhos maiores em favor dos pais, do que se tem como exemplo o dever de assisti-los na doença, necessidade e velhice. Além disso, beneficiam-se os genitores legalmente com a atribuição de direitos sucessórios, seja de forma exclusiva, seja em concorrência com o cônjuge do falecido. Isso demonstra que o estado familiar derivado da paternidade confere direitos e deveres e, por imposição de uma lógica de reciprocidade, aqueles que descumpriram as obrigações derivadas daquela situação jurídica não mereceriam receber os seus benefícios.

É na interpretação do art. 1614 do Código Civil que, aparentemente, pode ser encontrada maior similaridade de conteúdo com a proposta ora empreendida. De forma mais detalhada, tem-se que, para a sua primeira parte, o reconhecimento do filho maior é ato bilateral que exige a anuência daquele que será perfilhado. Nesses casos, é a autonomia do filho que merece ser preservada, eis que lhe interessa, após a maioridade, ou seja, depois de ter passado por período de grande importância para a sua formação física, psíquica e emocional, sem a presença de seu genitor, optar por ter, ou não, a formalização registral de sua ascendência. Se não houve, até aquele momento, a criação de nenhum vínculo jurídico, não se pode exigir do filho que aceite a paternidade ou maternidade que ora se tenciona impor-lhe. Cabe ao mesmo, nesse caso, a opção por manter a sua monoparentalidade, ou, se for o caso, proteger a situação jurídica familiar atual, caso já tenha constituído uma relação baseada na filiação afetiva, cujo conflito com a filiação biológica merece ser resolvido, nesse caso, em favor daquela.

Já sobre o perfilhado menor, situação diversa é estabelecida em sede do art. 1614. Nesse caso, o reconhecimento, realizado durante a menoridade do perfilhado, pode ser perfectibilizado tão somente com a manifestação de vontade do perfilhante, não cabendo a anuência do perfilhado, por ser incapaz, nem a do seu representante legal. Por isso, uma vez alcançada a maioridade, permite-se que, no prazo de quatro anos, possa a parentalidade ser impugnada. Nesse caso, deve ser entendida como necessária a apresentação de causas para a desconstituição, eis que já criado o vínculo jurídico de filiação. Essas causas seriam, para parte da doutrina, a falsidade do registro, mas, segundo será defendido neste trabalho, o não

cumprimento do princípio da paternidade responsável é que se mostra, na atualidade, como justificativa razoável e coerente com uma interpretação constitucionalizada do direito civil.

O cumprimento efetivo da responsabilidade parental deve ser, neste caso, elemento que relativiza a prerrogativa do filho, na medida em que a situação dos pais também merece ser observada com a devida atenção, por se tratar de matéria regida por outra diretriz constitucional, qual seja a da solidariedade familiar. Ou seja, ao se defender que a impugnação permitida pelo art. 1614 deve ser motivada – em clara afronta ao entendimento que a jurisprudência vem conferindo ao assunto –, trabalha-se com diretrizes constitucionais que valorizam o conceito atual de família, conferindo proteção a todos os seus integrantes.

No entanto, é importante reconhecer a amplitude dos efeitos que o exercício da prerrogativa oportunizada por esse dispositivo pode gerar. A impugnação do ato jurídico do reconhecimento produz consequência grave, qual seja o afastamento do parentesco em sentido integral, o que extingue o vínculo em seu duplo aspecto, ascendente e descendente. Também o filho seria penalizado, perdendo o vínculo jurídico e os benefícios que a filiação, ainda após a maioridade, lhe confere.

Dessa maneira, impõe-se a defesa de que a natureza constitucional do princípio da responsabilidade deve permitir que seu descumprimento seja invocado de maneira ampla e independente. O filho que, durante a menoridade, sofreu os efeitos da omissão parental, poderia utilizá-la como fundamento de uma ação judicial própria, cujo objetivo seria a desconstituição dos efeitos jurídicos decorrentes da paternidade ou maternidade em prejuízo do genitor que, no momento adequado, não o observou. Obtida procedência em tal intento, os filhos maiores restariam desobrigados dos deveres de natureza existencial e patrimonial impostos pelo direito em prol da pessoa dos pais. A não observância do dever de responsabilidade, pelos pais, durante a infância e a adolescência do descendente, fez com que o vínculo existente fosse simplesmente formal, não se exigindo do filho que, não foi tratado como tal, o cumprimento de obrigações justamente com base em uma relação que efetivamente nunca existiu.

Assim, protege-se o filho que sofreu, quando menor, os efeitos da falta de cuidado, de atenção, enfim, de responsabilidade dos pais, cabendo ao julgador verificar, por meio dos fatos narrados, se se está diante de verdadeiro descumprimento do dever constitucional. Bem observada a questão em sede de legislação ordinária, é possível encontrar alguns institutos específicos que já excluem os efeitos do parentesco nos casos em que determina, deixando clara a reprovação do abandono, da falta de respeito e de consideração entre pais e filhos. Por exemplo, a possibilidade jurídica de deserção e o afastamento do débito alimentar nos casos

de qualificação do credor como indigno permitem concluir que a referência constitucional vem conferir amplitude e legitimidade à matéria, organizando sanções que já existiam, desordenadamente, para aqueles que descuidavam de seus filhos.

O conteúdo da paternidade e da maternidade somente se perfaz mediante a realização de um comportamento comprometido, postura que, infelizmente, encontra-se um pouco esmaecida nos dias atuais em que preponderam a insegurança dos laços e a fluidez das relações. Superado o momento histórico em que a irresponsabilidade, principalmente a paterna, era socialmente aceita e incentivada pela legislação civil discriminatória, é repetitivo afirmar a necessidade de proteção ampla para os filhos, só que agora perante os pais, de maneira igualitária. Mudanças sociais e o crescimento do número de normas jurídicas que se inspiram no princípio da responsabilidade parental conduzem à criação de um contexto jurídico de fomento à responsabilidade, cuja efetividade se espera seja crescente e impositiva. Considerar o descumprimento do princípio constitucional como causa para a aplicação de sanção civil que afasta os efeitos da parentalidade faz parte desse contexto, confirmando a colocação da família como base da sociedade e primeira referência de união e de amparo.

1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

1.1 Da tradicional irresponsabilidade masculina sobre a prole até a divisão constitucional igualitária de obrigações parentais

Ao tratar do tema da responsabilidade nas relações de família, o legislador constituinte, no art. 226, §7º, optou por vinculá-lo ao exercício do direito ao planejamento familiar, referindo-se expressamente ao termo “paternidade” responsável. Assim, tem-se a previsão de que

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.⁶

É necessário, porém, entender que a determinação constitucional não deve ser interpretada de forma tão restrita, eis que o sentido de responsabilidade deve nortear toda a construção da vida familiar, desde a opção pela procriação até a maioridade do filho, ocasião em que este adquire, nos termos da lei, o desenvolvimento exigível para a gestão de sua pessoa e de seus interesses. Nesse momento, desobrigam-se os pais, pelo menos juridicamente, de suas atribuições patrimoniais e pessoais sobre a vida dos filhos.

A extensão do dever de responsabilidade para todo o exercício da parentalidade – e não somente quanto ao planejamento – será desenvolvida em momento oportuno, ao tratar-se da responsabilidade parental. Nesse momento inicial impõe-se, com maior ênfase, o esclarecimento de outra aparente restrição estabelecida no mesmo dispositivo, qual seja a de que a “paternidade” deva ser exercida de forma responsável.

A atribuição de direitos às pessoas de forma desvinculada do gênero, em virtude do princípio da igualdade, tanto em sentido genérico como também especificamente para as relações de família (art. 5º, *caput* e art. 226, § 5º da Constituição), impede qualquer discurso sexista na distribuição de obrigações nas relações familiares. Em consequência, a interpretação do termo “paternidade” deve ser entendida como parentalidade⁷, eis que a

⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, SP: n.18, p. 21-41, abr-jun. 2004. p. 30.

responsabilidade é exigida daqueles que exercem sua autonomia reprodutiva, atingindo, de forma conjunta e idêntica, o pai e a mãe⁸.

Há não somente um motivo, mas um contexto social, político e jurídico que pode muito bem explicar essa restrição terminológica operada pela Constituição no § 7º do art. 226. Trata-se, na verdade, da vivência, no direito brasileiro, durante um longo período, não de um verdadeiro princípio, mas de uma cultura da irresponsabilidade masculina sobre a prole. Essa realidade evidente em nossa sociedade embasava-se na diferença dos papéis atribuídos ao homem e à mulher, em especial na família e no desenvolvimento de suas relações⁹.

O estudo sobre a função e o significado de cada um dos integrantes do núcleo familiar permite desvendar a razão das peculiares formas de tratamento jurídico dos gêneros, evidenciando o motivo pelo qual, na prática, primeiramente foi necessário impor responsabilidade ao homem e não à mulher, na medida em que esta sempre – ou quase sempre – a exerceu.

1.1.1 A distribuição de funções na família

Desde Roma, a família constituída pelo matrimônio costumava ser organizada sob a forma de uma pirâmide em que o topo pertencia ao pai e a base às mulheres e crianças.

Essa realidade também fez parte da construção jurídica da família no Brasil.

O matrimônio, sacramento da Igreja Católica, era o meio legítimo de união. Até 1891, ano de promulgação da primeira Constituição Republicana, a Igreja controlava toda a vida civil: estavam a cargo dela os registros de nascimento, casamento e morte, influenciando sobremaneira o *status* jurídico das pessoas¹⁰. Já para o Estado o casamento tinha outro

⁸ Após a ressalva, o termo “paternidade” responsável será utilizado somente para fins de evitar repetições no decorrer do texto.

⁹ Para Guilherme Calmon, um exame mais aprofundado do dispositivo constitucional, o que inclui uma análise conjugada com outros princípios – como o da igualdade –, conduz à conclusão de que a abrangência do dispositivo inclui homem e mulher, podendo a utilização do restrito termo ligar-se a um equívoco de tradução do termo “parental responsibility”, do direito inglês. Outra maneira de explicar a referência restritiva estaria em considerá-lo através da linguística nacional que designa os ascendentes como “pais”, assim, por derivação, chegar-se-ia ao termo “paternidade”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Parentalidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga. *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sérgio de Andréa Ferreira*. Rio de Janeiro: De Andréa e Morgado, 2008. p. 327.

¹⁰ GRINBERG, Keila. *Código civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001. p. 37.

objetivo, mostrando-se como eficaz meio da elite dirigente assegurar seus interesses patrimoniais¹¹.

Esse cenário, cuja feição patriarcal se construiu durante alguns séculos – sobretudo por inspiração da família portuguesa – se consolidou no século XIX. Havia distribuição de tarefas no lar, cabendo ao marido a posição de provedor e à mulher o encargo dos afazeres domésticos e do cuidado com as crianças.

Angela Mendes de Almeida aprofundou a análise de uma realidade que terminou por inspirar e servir como pano de fundo para a formação da família brasileira, apresentando estudo sobre três manuais portugueses (Espelho de casados, 1540, de João de Barros; Casamento perfeito, 1630, de Diogo de Paiva de Andrada; e Carta de guia de casados, 1651, de Francisco Manuel de Melo) que, seguindo os ditames da Igreja Católica, estabeleciam as regras básicas para o bom êxito do casamento, servindo também para demonstrar como o casamento era bom e que todo homem deveria casar-se.¹² A essência das instruções manualísticas se baseava na submissão da mulher ao marido, com respeito incondicional à sua pessoa, da mesma maneira que o fazia com relação ao pai. Deveria ser boa mãe – afinal os filhos eram a continuidade da família –, atenciosa esposa e exímia administradora da casa, sendo responsável pelas pequenas decisões domésticas, com as quais o marido não deveria se preocupar.

A família, portanto, sempre funcionou como *locus* privilegiado e agente de reprodução dessa divisão por gênero, refletindo, na verdade, uma situação instalada na sociedade e ratificada pelas instituições jurídicas¹³.

A mulher, tanto nas casas da elite como nas mais pobres, sempre ficou muito mais tempo no interior da habitação, afeita à zona dos serviços e ao cuidado com os filhos.

¹¹ PERARO, Maria Adenir. *Bastardos do império*. São Paulo: Contexto, 2001. p. 118-119.

¹² Entre os aconselhamentos previstos nos manuais, tinha-se que os homens nobres não deveriam casar com mulheres de ‘baixo gênero’, pois não tardaria a que o nobre viesse a desprezar a plebeia; deveria ainda a mulher ser de mediana formosura, eis que o excesso de beleza causaria o desejo alheio, e a falta, o desgosto; não deveria a mulher ser mais rica que o homem, pois essa condição a faria desrespeitar a superioridade que Deus e as leis impuseram ao marido; deveriam ser mais jovens, na medida em que envelhecem mais cedo, ‘vindo a cair em aborrecimentos’. A esposa ideal era aquela recolhida e humilde nos enfeites, dedicada a casa, ao patrimônio familiar e submissa aos interesses do marido. ALMEIDA, Angela Mendes de. Os manuais portugueses de casamento dos séculos XVI e XVII. *Revista Brasileira de História: Família e grupos de convívio*, São Paulo, Anpuh/Marco Zero, vol. 9, n. 17, p. 191-207, set./fev. 1988-1989. p. 199-201.

¹³ No mesmo sentido de atribuir à família, com a chancela do Estado através do Direito, o papel de instituição responsável pela inferiorização feminina, tem-se Pierre Bourdieu: “O trabalho de reprodução esteve garantido, até época recente, por três instâncias principais, a Família, a Igreja e a Escola, que, objetivamente orquestradas, tinham em comum o fato de agirem sobre as estruturas inconscientes. É, sem dúvida, à família que cabe o papel principal na reprodução da dominação e da visão masculinas; é na família que se impõe a experiência precoce da divisão sexual do trabalho e da representação legítima dessa divisão, garantida pelo direito e inscrita na linguagem.” BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 103.

Enquanto isso, os homens, conforme hábito cultural, deveriam permanecer o maior tempo possível fora de casa.¹⁴

Esse modelo de família patriarcal, instrumento voltado para a defesa de valores patrimonialistas e, por conseguinte, afastado de qualquer preocupação com a realização existencial de seus membros, tinha como principal enfoque a figura do pai. Era importante e necessário garantir a supremacia da figura masculina, pois era este que se desincumbia da gestão das relações econômicas, representando a família na esfera pública e garantindo a sua sobrevivência. Por isso, todas as “honorarias e atenções” do núcleo familiar circundavam sobre a sua figura que, por assumir funções consideradas como mais relevantes, passava a ser considerado, por lógica, como a pessoa mais importante. Tantas atribuições isentavam o pai do compromisso de cuidar dos filhos, tendo estes uma posição de ínfima importância dentro desse contexto, na medida em que não atendiam de nenhum modo aos interesses que moviam a atividade familiar.¹⁵

No cenário patriarcal, a mulher, ontologicamente, sempre esteve preparada para estar perto dos filhos e do marido, de forma que a responsabilidade sobre aquelas pessoas fazia parte de sua função dentro da família. Assim, ainda que não tivesse condições econômicas de prover as necessidades dos filhos, era a mãe que se encontrava presente no interior da casa e que assumia a figura concreta da ascendência.

O modelo de família constituído pelo matrimônio era o paradigma do século XIX¹⁶, mas consideradas as dimensões territoriais de um país como o Brasil, aliado ao fato de que havia uma mistura de raças e de culturas, é inexorável reconhecer a presença de diversos outros arranjos familiares. Muitas eram as uniões sem casamento, com ou sem filhos, da mesma forma que diversas eram as situações de mães que viviam sozinhas com seus filhos,

¹⁴ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 82 e 83.

¹⁵ *Ibid.*, p. 153.

¹⁶ É importante salientar que o modelo patriarcal esteve presente na evolução das formas de organização da família, sendo o marco de representação do núcleo monogâmico. Isso ocorreu porque na construção e sucessão dos arranjos familiares, o vínculo materno sempre se afigurou como de grande importância, devido à certeza da maternidade. O incremento da noção de apropriação privada dos bens fez com que se pensasse em formas de proteção e transmissão do patrimônio amealhado, surgindo, então, a família patriarcal, que deveria ser monogâmica para garantir que a transmissão do patrimônio ocorreria efetivamente em benefício dos filhos do proprietário. “Dessa forma, à medida que as riquezas iam aumentando, por um lado conferiam ao homem uma posição mais importante que aquela da mulher na família e, por outro lado, faziam com que nele surgisse a idéia de valer-se dessa vantagem para modificar, em favor dos filhos, a ordem tradicional da herança. Isso era, porém, impossível de se realizar enquanto permanecesse em vigor a descendência segundo o direito materno. Esse direito teria de ser supresso, e assim o foi. (...) Essa forma de família mostra a transição do casamento pré-monogâmico para a monogamia. Para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade dos filhos, a mulher é entregue incondicionalmente ao poder do homem. Mesmo que ele a mate, não faz mais que exercer um direito seu.” Temporalmente, a família pré-monogâmica se situa entre o estado selvagem e a barbárie, sendo caracterizada pelos casamentos por grupos. A monogamia seria característica da civilização. ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Scala. p. 67-68.

seja por motivo de viuvez, seja por se tratar de filhos ilegítimos – incestuosos, adúlterinos ou fruto de relacionamentos livres, sem casamento. Daí se infere que o modelo familiar em que o homem assumia a autoridade integral sobre o núcleo era o preponderante, até porque incentivado pela Igreja e pelo Estado, mas estava longe de constituir o modelo universal. Esse fato é muito importante para demonstrar a responsabilidade feminina sobre os filhos, pois nesses modelos atípicos paralelos ao casamento, muito mais difícil era a situação da mulher sozinha que deveria encarregar-se da criação e sobrevivência de sua prole, contando, por vezes, com redes de solidariedade, formadas por outras mulheres, para alcançar bom êxito na atividade.¹⁷

O histórico de intenso descaso e desamparo das mulheres e das crianças, no Brasil, somente começou a ser pensado, ainda que de forma paulatina, quando as práticas higienistas e a medicalização da família se estabeleceram, ainda no século XIX, para o fim de modificar os costumes coloniais e adaptá-los ao esquema de organização da Corte portuguesa, recém-chegada ao país, em 1808. A mudança de hábitos se impôs como uma forma de acompanhar as modificações ocorridas no cenário político e principalmente econômico, pois aqueles que não passassem a se comportar como aristocratas correriam o sério risco de restar esquecidos e ultrapassados nos novos negócios estabelecidos na colônia.¹⁸ Urgente, então, a modificação dos comportamentos, para que as pessoas fossem saudáveis, dóceis e plenamente adaptáveis às rápidas mudanças que atingiam o cenário político brasileiro.

A atividade higienista e médica passou a atuar em diversas áreas, abrangendo desde a salubridade e arquitetura das casas até as regras de etiqueta para melhorar os comportamentos relaxados no portar-se e no alimentar-se. Mulheres e crianças receberam maior cuidado com a saúde, alimentação e desenvolvimento físico. A sexualidade dos menores também foi alvo de preocupação, objetivando-se afastá-los da libertinagem e do homossexualismo.¹⁹ É importante

¹⁷ Isso quando não optavam por abandonar os filhos, seja na Roda dos Expostos, seja em casa de outras famílias, não por uma escolha voluntária e isenta de dor, mas como uma alternativa para a discriminação e para todas as dificuldades que seriam enfrentadas na sociedade. Mais uma vez, a triste escolha sobre o destino dos filhos cabia à mãe. Segundo Renato Pinto Venâncio: “A história do abandono de crianças é a história secreta da dor feminina.” VENÂNCIO, Renato Pinto. Nos limites da sagrada família, ilegitimidade e casamento no Brasil colonial. In: VAINFAS, Ronaldo (org.) *História e sexualidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1986. “Em muitos casos, quando as mulheres brancas viam-se impossibilitadas de assumir publicamente a bastardia, as crianças ilegítimas eram deixadas aos cuidados de parentes, vizinhos, padrinhos e, mesmo, dos clérigos. Era comum recorrer-se à cumplicidade de parteiras e das escravas mais íntimas do ambiente doméstico para que tais crianças fossem encaminhadas aos destinatários preestabelecidos. Uma rede extensa de parentela e vizinhança assentava práticas e estratégias de mães pobres para socializar os filhos naturais através de parentesco espiritual, via compadrio. Essas relações, seladas por atitudes de solidariedade e convivência, deixaram marcas nos espaços recônditos da família e enredaram práticas no âmbito privado.” PERARO, Maria Adenir. *Bastardos do império*. São Paulo: Contexto, 2001. p. 131.

¹⁸ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 109.

¹⁹ COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 184.

afirmar que a maior atenção conferida às mulheres e crianças não afastou a preponderância do patriarcalismo, perdurando este ainda por muito tempo na sociedade.

Ainda que a medicalização tenha sido uma nova forma de controle, em favor do Estado, a influência médica serviu, segundo Jurandir Freire Costa, para unir a família, tornando-a mais nuclear.

No caso brasileiro, não nos interessou saber qual o ponto de partida do sentimento de intimidade. Não poderíamos afirmar se desde o início da colonização ele sempre existiu e foi mantido atrofiado, nem também, se tendo por acaso existido, diluiu-se em meio às singularidades do ambiente sócio-econômico. Face a nosso propósito, bastou-nos constatar que, tendo ou não existido anteriormente, suas manifestações até começos do século XIX foram extremamente rarefeitas. E que, em seu surgimento ou revitalização, a medicina teve um papel fundamental. Quanto a isso, não parece haver dúvida. O sentido de intimidade familiar, tal como começou a ser concebido e estimulado pelos médicos do século XIX era, até então, inexistente ou despercebido. Alguns testemunhos dessa ausência chegaram até nós e dentre eles citaríamos o descaso com que eram tratados os hábitos de *alimentação e vestuário*. (grifos no original)²⁰

A transformação da família em um modelo mais intimista contou ainda com o incentivo da literatura difundida à época, principalmente na Europa, que, ao divulgar os ideais do chamado “amor romântico”, libertou a família da condição de grupo de parentesco amplo, para transformá-la em um empreendimento emocional conjunto, no qual já se pode começar a perceber um maior comprometimento, principalmente paterno, no cuidado com os filhos. Seria esse o embrionário projeto para uma responsabilidade bipartida entre mãe e pai.²¹

Houve, ao mesmo tempo, um incremento na posição feminina, pois “Ao majorar a autoridade civil da mãe o médico lhe fornece um *status* social. É essa promoção da mulher como mãe, como educadora auxiliar médica, que servirá como ponto de apoio para as principais correntes feministas do século XIX.”²² É importante reafirmar que, apesar dessa maior participação, a condição jurídica da mulher ainda continuou circunscrita à esfera privada, não havendo qualquer movimento mais contundente no sentido de construção de sua identidade.

1.1.2 O Direito e a reprodução do patriarcalismo

²⁰ Ibid., p. 87.

²¹ GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Unesp, 1993. p. 36-37.

²² DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p. 25-26. O autor se refere, porém, à realidade francesa, onde os movimentos feministas ocorreram bem mais cedo que no Brasil.

Durante muito tempo aplicou-se no Brasil, mesmo após a Independência, a legislação portuguesa – ordenações, decretos, alvarás –, por força do art. 1º da Lei de 20 de outubro de 1823. Essa importação legislativa deveria ocorrer até que as leis portuguesas fossem simplesmente revogadas ou até que um código nacional fosse elaborado.

A tão esperada criação de um Código Civil²³ deu-se de forma lenta, totalizando noventa e quatro anos, se for considerada a primeira promessa, feita em 1823, já que o código era uma das prioridades do novo país.²⁴

Na concepção de Clóvis Beviláqua, autor do projeto que mais tarde veio a transformar-se na primeira codificação brasileira, homens e mulheres eram iguais, sendo a única diferença entre eles o desempenho de funções diversas na sociedade, o que justificaria direitos e obrigações distintos. Não foi esse entendimento, aparentemente mais avançado, que preponderou nas comissões de avaliação do projeto, vindo a prevalecer a colocação do marido como cabeça do casal – incumbido de decidir onde viveriam sua esposa e filhos, se trabalhariam e como seriam administrados os seus bens. Ou seja, o Direito cumpriu sua função velada de manutenção do *status quo*²⁵, servindo às injunções políticas e econômicas, garantindo, da melhor maneira, a proteção dos valores da época. Isso explica, por exemplo, a inferiorização da posição jurídica da mulher casada, cuja incapacidade relativa era determinada pelo art. 6º do Código Civil de 1916²⁶. O matrimônio, como sistema de trocas e de incremento do patrimônio, não poderia ser colocado em risco pela manifestação de vontade daquela que nada entendia sobre a gestão financeira da família.²⁷

²³ Para a maioria dos juristas era imprescindível a criação de um Código Civil, pois o “direito era a porta de entrada para a civilização, e era impossível adentrá-la sem a codificação do direito civil.” GRINBERG, Keila. *Código civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 32-33.

²⁴ GRINBERG, Keila. *Código civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2001. p. 8.

²⁵ “A lei sempre emana do estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção. Embora as leis apresentem contradições, que não nos permitem rejeitá-las sem exame, como pura expressão dos interesses daquela classe, também não se pode afirmar, ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível. Nesta última alternativa, nós nos deixaríamos embulhar nos ‘pacotes’ legislativos, ditados pela simples conveniência do poder em exercício. A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido.” LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999. p. 8.

²⁶ Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n.1), ou à maneira de os exercer: (...)II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. (...)” A redação desse dispositivo só foi modificada pela lei 4121 de 1962, Estatuto da Mulher Casada. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

²⁷ Segundo Tove Stang Dahl, a representação dos interesses masculinos faz parte da organização jurídica operada pelo Direito, sendo tal afirmação plenamente adequada à época retratada pelo texto e quiçá no período atual. DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 60-61.

Ao se vincular o casamento aos interesses patrimoniais, pode parecer que somente às classes abastadas se está a referir, mas não, pois também entre os pobres a união matrimonial poderia ser vantajosa, por ser meio para a organização do trabalho agrário. De uma forma ou de outra, a conclusão é a mesma: a união conjugal não se afigurava como espaço para a realização de desejos pessoais.²⁸

Também no que concerne à situação jurídica dos filhos, houve retrocesso²⁹, já que somente os naturais poderiam ser voluntariamente reconhecidos (art. 358 do Código Civil de 1916), assim como o reconhecimento mediante ação judicial, para estes mesmos filhos, só poderia ocorrer nas restritas hipóteses do art. 363.³⁰

O tão esperado Código Civil, com sua nítida feição patrimonialista, espelhava os interesses das classes dominantes, formadas pelos detentores de poder político e social, traduzindo as aspirações dessa elite. No aspecto familiar, tinha-se a consagração do poder do pai, responsável pelo direcionamento do patrimônio e também dos rumos a serem tomados pela esposa e pelos filhos. A mulher, pela lei, permaneceria na sua anterior condição de subjugada ao poder masculino e encarregada das questões domésticas e do cuidado e responsabilidade com os filhos. A consideração – ou a falta de – para com o sexo feminino dava-se bem ao gosto das injunções francesas de 1804, quando Napoleão bradava o fato da natureza ter feito ‘das nossas mulheres as nossas escravas’³¹. É também importante ressaltar que a família reafirmava sua posição de reduto para a acumulação do patrimônio, sempre

²⁸ GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Unesp, 1993. p. 49.

²⁹ Justifica-se a utilização do termo “retrocesso” porque o tema da filiação, no Brasil, passou a ser regido por meio das Ordenações Filipinas, livro IV, título 92, vigentes em Portugal, desde 1603, e confirmadas por D. João VI, em 1643. Segundo suas disposições, de acordo com uma prévia distinção estabelecida entre plebeus e nobres, tinha-se que os filhos dos primeiros, quando reconhecidos e naturais, concorreriam à herança do pai juntamente com os outros filhos legítimos porventura existentes. Na hipótese da inexistência destes, seriam os filhos ilegítimos considerados herdeiros universais, salvo a terça livremente disponível. Entre os nobres, a situação era regulada de forma totalmente diversa, na medida em que os filhos naturais reconhecidos somente possuíam direito aos alimentos, não sucedendo *ab intestato*, porquanto não poderiam concorrer à herança juntamente com herdeiros legítimos. Na ausência destes, a herança poderia ser livremente disposta; todavia, não tendo sido elaborado um testamento, herdariam os colaterais do *de cujus*. Dessa forma, a única maneira de beneficiar herdeiros naturais de pessoas pertencentes à classe da nobreza seria mediante utilização de disposições testamentárias. Sobre o mesmo assunto, em 11 de agosto de 1831, uma resolução que interpretava o Livro IV, título 93 das Ordenações, passou a dispor que também os filhos espúrios poderiam ser contemplados através de disposições de última vontade, salvo nas hipóteses de existência de herdeiros necessários. A supramencionada distinção persistiu até o dia 2 de setembro de 1847, advento da lei nº 463, que afastou a diferença entre os filhos de nobres e da plebe. Além dessa equiparação dispôs-se, ainda, sobre as formas de reconhecimento dos filhos naturais, fixando-as em escritura pública e testamento. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 23-24.

³⁰ Art. 358, CC/16: “Os filhos incestuosos e os adúlterinos não podem ser reconhecidos.” Art. 363, CC/16: “Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I. se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai; II. se a concepção do filho reclamante coincidir com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III. Se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.” BRASIL. Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 105.

administrado pelo marido, cuja preocupação maior estava em congregar riquezas cada vez mais vultosas. É nesse passo que as regras impeditivas de estabelecimento da paternidade ilegítima colaboram, eis que preservariam a paz e a tranquilidade da família, bem como a unidade patrimonial.

1.1.3 A luta feminina e a equiparação de condições e responsabilidades

A vigência do Código de 1916 terminou somente no ano de 2003, quando substituído pela atual codificação. Sua interpretação e forma de aplicação, contudo, não mais correspondiam ao pensamento original de sua criação, já que foram inúmeras as modificações que se impuseram por força da nova ordem constitucional, que acolheu as mudanças sociais até então ocorridas.

Uma das alterações mais significativas das relações familiares, nesse contexto, foi o estabelecimento, em sede constitucional, da igualdade entre os sexos. O art. 226, § 5º dispõe que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Essa equiparação faz parte de um conjunto de mudanças e de lutas em prol do esmaecimento da dominação masculina na sociedade brasileira e de todos os seus efeitos como, por exemplo, o estabelecimento de funções por gênero.

É bem verdade que, no aspecto fático, mantém-se a diferença entre os sexos, na medida em que não há argumento que possa superar disparidade física e comportamental entre homens e mulheres. O maior problema sempre se centrou, porém, no estabelecimento de uma hierarquia com base na diferença entre os sexos, sendo as mulheres, normalmente, situadas em um plano inferior.

Cada sociedade, em cada época, também oferece a sua versão particular da diferença universal entre os sexos. A única constante é o princípio da própria diferenciação. Quanto à hierarquia, ela vem sendo tão questionada há um século, que já não se pode considerá-la uma lei imutável. A ‘revolução’ que libertou as mulheres ocidentais de uma submissão ancestral é certamente a mais profunda e a mais perene de todas as que abalaram os tempos modernos. Essa revolução evidentemente não terminou, como ainda não acabamos de mensurar seus efeitos.³²

³² AGACINSKI, Sylviane. *Política dos sexos*. Tradução de Márcia Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 25. No mesmo sentido: DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 6.

Com uma presença bastante marcante já no século XIX e consolidada no século XX³³, o movimento feminista adotou configurações diversas no decorrer de seu desenvolvimento, ora buscando uma identificação das mulheres com os homens – o que terminava por reconhecer a superioridade masculina e fazia com que atributos tipicamente femininos, como a gravidez, fossem repudiados –, ora defendendo o feminismo de forma radical, bastando as mulheres a si mesmas, inclusive em favor da fuga das relações heterossexuais, por estarem estas associadas inexoravelmente à opressão.³⁴

Apesar dessa amplitude de bases, a luta das mulheres sempre teve como objetivo central a criação de uma identidade, perseguindo-se ainda hoje a proteção da liberdade para o exercício pleno da feminilidade, sem agressões e desrespeitos. Esse aspecto apresentou reflexos em diversas searas – pleito pelo trabalho feminino, pela igualdade de condições dentro de família, pelo respeito às individualidades, pelo exercício livre da sexualidade, e outros –, o que terminou por qualificar o movimento feminista como multifacetado e também intercultural.

Sobre esse último aspecto, as reivindicações de mulheres chinesas, por exemplo, sempre foram, em vários aspectos, diversas daquelas apresentadas pelas europeias e americanas. Tanto assim que fato considerável no andamento do feminismo foi o contato cultural promovido pelas imigrações, principalmente pelo fato de os Estados Unidos terem tentado impor a sua cultura aos recém-chegados³⁵, o que, no caso dos europeus, fez com que alguns valores ligados ao casamento – à liberdade de escolha; à união por amor – tenham sido adotados e, no caso das chinesas, tenha havido oposição às manifestações de dominação masculina, como serve de exemplo a consternação americana diante da opressão física do “enfaixe dos pés”.³⁶ Mesmo que esse fator não tenha sido decisivo – pois conhecendo e até adotando os novos valores, os imigrantes mantinham grande parte de seus costumes –, essa experiência foi muito importante para que fossem pensados os processos de dominação feminina, alterando a forma de agir de alguns imigrantes e também dos parentes e amigos que,

³³ Em 1900, esforçavam-se as mulheres pelo acesso ao voto e à igualdade de direitos. Conquistado o direito de voto na Escandinávia, Austrália, Estados Unidos e Alemanha, o movimento feminista recuou no início do século XX, tendo ressurgido na década de 1960, com novas reivindicações e exigências. STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 214.

³⁴ AGACINSKI, Sylviane. *Política dos sexos*. Tradução de Márcia Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 56 e 93.

³⁵ A intensa tentativa de imposição cultural dava-se por medo de um excesso de diversidades no país. STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 197.

³⁶ O “enfaixe dos pés” consistia em quebrar os ossos dos pés de uma menina chinesa para que se lhe conferisse um andar meio manco, considerado como marco de beleza, dando ainda à mulher uma posição mais ornamental. STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 70.

em continuando nos países de origem, tinham acesso às notícias sobre outras formas de vida.³⁷

O movimento feminista ainda se tornaria mais complexo por comportar, além dessas diversidades culturais, a possibilidade de criar, segundo Tove Stang Dahl, subgrupos de proteção dentro do contexto geral de incremento ao direito feminino. Não se trata simplesmente de centrar-se na pessoa da mulher, ser abstrato, mas sim de cuidar dela em suas características, todas dignas de amplo cuidado e atenção, como serviriam de exemplo condições peculiares das mulheres presas ou idosas.³⁸

Em resumo, esse movimento foi amplo e abrangeu reivindicações diversas, sobretudo o afastamento das relações de poder nas suas mais diferentes configurações, o que em nenhuma hipótese pode deixar de incluir a família, pois esta sempre funcionou como lugar privilegiado do exercício da opressão feminina e da distribuição de funções por gênero. Segundo Manuel Castells, “Existe, portanto, uma essência comum subjacente à diversidade do feminismo: o esforço histórico, individual ou coletivo, formal ou informal, no sentido de redefinir o gênero feminino em oposição direta ao patriarcalismo.”³⁹

A principal consequência da reidentificação da mulher na sociedade, em que se presencia a sua inserção no mercado profissional – aumentando o seu poder de barganha dentro da família – e sua livre escolha sobre a reprodução – com fundamento nas novas possibilidades biotecnológicas –, é a crise do modelo patriarcal.⁴⁰ Os sintomas dessa crise se manifestaram da seguinte forma: dissolução dos lares por meio da separação e do divórcio, o que proporciona a formação de famílias com um só dos pais; aumento do número de grupos não formados pelo casamento; e mudança no perfil dos arranjos, como, por exemplo, nas uniões recompostas, já que atualmente o modelo familiar que se impõe não é mais aquele do casal com filhos em seu primeiro matrimônio.⁴¹

³⁷ STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 198.

³⁸ DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 28.

³⁹ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 211. No mesmo sentido, STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. São Paulo: Contexto, 2007. p. 187-188.

⁴⁰ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 170-171.

⁴¹ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 173 e ss. Também Maria Andréa Loyola, em estudo dedicado às interações entre a reprodução social e as formas de reprodução biológica e exercício da sexualidade, aponta os sintomas de que um novo sistema de reprodução estaria a se instalar na sociedade brasileira. Seriam exemplos: “o aumento do número de divórcios, de uniões consensuais, de pessoas sozinhas, de mães solteiras, das famílias monoparentais, de liberdade sexual e de homossexualismo.” LOYOLA, Maria Andréa. Sexualidade e reprodução. *Physis. Revista de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, RJ, vol. 2, n. 1, p. 93-105, 1992. p. 103.

O que se pode inferir desse momento de modificações é a alteração da vetusta divisão compartimentada de funções direcionadas somente para homens ou para mulheres, já que estas, ao assumirem atividades no mercado profissional, passaram a não ter condições de se dedicar integralmente ao cuidado com a casa e com os filhos. Isso exigiu que os homens respeitassem a mulher enquanto tal, e não só como esposa e reprodutora. A reestruturação do interior familiar se impõe, requerendo uma negociação de funções e atividades, o que exige que o homem seja pai e também protagonista dos assuntos pessoais de família.

Atualmente existem homens que atuam no antigo papel conferido com exclusividade às mães⁴² e mulheres que devotam total dedicação a suas carreiras, não se interessando pela maternidade.⁴³ Ou seja, não há mais uma identificação necessária, por gênero, da pessoa encarregada dos cuidados e incumbida de exercer responsabilmente todas as tarefas e obrigações decorrentes do nascimento de um filho. Ambos são responsáveis pela prole. Antes, o pai biológico poderia esquivar-se de todas as suas atribuições, o que pode ser comprovado com a filiação adulterina e a vedação do seu reconhecimento no art. 358 do anterior Código Civil. Na atualidade, tanto a mãe como o pai, por igualdade jurídica de condições e de oportunidades, podem realizar o abandono material e imaterial da prole, efetivando o reconhecimento jurídico da filiação, mas não concretizando, na prática, o exercício responsável da parentalidade. Para impedir ou minimizar tal fato é que se impõe a interpretação da Constituição no sentido de que a paternidade – para o homem e para a mulher –, deve ser responsável.

De acordo com Manuel Castells, as crianças são vítimas desse momento de transição. O desenvolvimento da autonomia das mulheres permitiu que elas, da mesma forma que os homens, abandonassem seus filhos, fato que deve ser contornado pela eficácia jurídica do princípio constitucional da responsabilidade parental⁴⁴.

⁴² PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 635.

⁴³ Segundo a Síntese de Indicadores Sociais, divulgada pelo IBGE, em 2010, houve aumento do trabalho formal para a mulher entre o período de 1999 (41,5 %) a 2009 (48,8 %), mas, ao mesmo tempo, foi também possível verificar que as mulheres, em 2009, gastaram em média 22 horas semanais em afazeres domésticos, enquanto a média para os homens é de 9,5 horas semanais. Ou seja, apesar da maior participação masculina no interior da casa e do maior interesse da mulher pelas atividades externas, não houve abandono integral por parte desta no que concerne a suas antigas atividades no lar. Houve, pelo contrário, na grande maioria, a assunção de uma dupla carga de atividades. IBGE, Síntese de indicadores sociais : uma análise das condições de vida da família brasileira. Estudos e pesquisas: informação demográfica e socioeconômica, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2010.

⁴⁴ “Levantamento inédito da Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) indica que 102 mães entregaram de forma voluntária o filho recém-nascido à Justiça paulista para adoção nos últimos 12 meses, média de 1 a cada 3,5 dias. Como apenas 17% das varas judiciais do Estado responderam ao questionário, a própria coordenadoria já trabalha com possibilidade de um número maior.” Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 19 jul. 2011.

As principais vítimas dessa transição cultural são os filhos, cada vez mais negligenciados nas atuais condições da crise familiar. Sua situação poderá piorar, seja porque as mulheres ficam com seus filhos em condições materiais precárias, seja porque elas, em busca de autonomia e sobrevivência pessoal, começam a negligenciá-los da mesma forma que os homens. Considerando que o auxílio do Estado do bem-estar social vem minguando, homens e mulheres têm de resolver, eles próprios, aos problemas dos filhos, ao mesmo tempo que perdem o controle sobre suas vidas. O crescimento dramático no número de casos de menores molestados observado em numerosas sociedades, principalmente nos Estados Unidos, pode bem ser uma expressão do estado de confusão e perplexidade das pessoas com relação às suas vidas familiares. Ao fazer esta afirmação, não estou endossando o argumento neoconservador que culpa o feminismo, ou a liberação sexual, pelo drama dos filhos. Estou simplesmente destacando uma questão vital em nossa sociedade, que precisa ser abordada sem preconceitos ideológicos: os filhos estão sendo extremamente negligenciados, conforme constatado e bem documentado por cientistas sociais e jornalistas.⁴⁵

Por isso, considerando o histórico que envolve mulheres e crianças no Brasil, existe justificativa para a utilização do termo “paternidade” responsável, mas a igualdade constitucional e social entre os gêneros afasta essa discriminação, determinando que a responsabilidade seja parental, atingindo pai e mãe na imposição de um exercício ideal das suas funções.

1.2 A era contemporânea e sua influência sobre o Direito: os valores que se impõem à família na atualidade

Desde a década de 70 do último século, passou-se a questionar, principalmente entre os filósofos e sociólogos, sobre a existência de uma nova fase no processo de evolução da sociedade, a qual se teria conferido o nome de pós-modernismo. Não se alcançou, até hoje, consenso sobre o assunto, o que, por efeito, permite as mais diversas formas de interpretação e até mesmo de nomenclatura para o momento histórico atualmente vivenciado⁴⁶.

Isso se explica por que a partir do século XVIII um novo projeto de civilização foi apresentado ao mundo, mostrando-se coerente com as mudanças históricas advindas dos grandes acontecimentos da época, dentre os quais podem ser citadas a Ilustração e a Revolução Industrial. Era o momento adequado para que os diversos países consolidassem suas economias e mercados, sendo, para tanto, importante estabelecer um modelo de sociedade apto a recepcionar tantas inovações. Antevia-se uma grande transformação nos

⁴⁵ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 270.

⁴⁶ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. O direito entre o moderno e o pós-moderno: perspectivas e desafios. In: MAIA, Antônio Cavalcanti *et al.* *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 304.

modos de produção, no sistema de circulação de produtos e bens e na feição política dos Estados.

Além desses aspectos, esse modelo de organização foi considerado tão amplo, que esteve presente também em outras searas da convivência humana, sendo fator igualmente importante para as artes em geral, a literatura e a arquitetura. Assistiu-se ao incremento do conhecimento científico, em que se buscava que o indivíduo fosse capaz de pensar por si mesmo, sem qualquer tipo de tutela, seja oriunda da religião ou de alguma outra ideologia. Ao mesmo tempo, deveria agir no espaço público e obter, por seu próprio esforço, os bens e serviços necessários à sua sobrevivência material.⁴⁷ “A idéia era usar o acúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária.”⁴⁸

No entanto, a ideia do progresso inelutável, a partir da transposição da economia agrária para a sociedade industrial, requeria uma ordem programada de condutas, um planejamento coerente da vida humana⁴⁹. Viviam-se a era das certezas científicas e da existência segura, dependente, em grande parte, de um modo próprio de legislar, característico da época liberal, que consistia na mitificação da lei como um documento capaz de resolver todos os problemas que poderiam vir a acontecer na sociedade⁵⁰. Ter uma legislação nesses moldes fazia parte do progresso e da afirmação no mercado mundial, pois a existência de uma lei segura e previsível – daí o incremento do positivismo – era o atrativo necessário para a entabulação de novos negócios e para o desenvolvimento jurídico como um todo.

Entretanto, os problemas surgidos desse projeto moderno de civilização foram muitos, a começar pela necessidade de se reconhecer no indivíduo não somente uma peça na engrenagem produtiva, mas em sua condição de sujeito a quem se deve conferir liberdade de escolha e autoafirmação⁵¹. Além disso, não foram consequências, mas pelo menos circunstâncias inerentes à implantação do projeto moderno de civilização, as diversas formas

⁴⁷ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 9.

⁴⁸ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 23.

⁴⁹ DINIZ, Antônio Carlos. Pós-modernismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 648.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3.

⁵¹ BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 33-34.

totalitárias de poder⁵², a industrialização da guerra⁵³, o armamento nuclear e os efeitos deletérios da conduta humana sobre o meio ambiente⁵⁴.

Após a implantação desse quadro de mudanças e de seus deletérios efeitos, há dúvidas sobre se a sociedade atual estaria vivenciando uma fase de crise na modernidade⁵⁵, o que redundaria na necessidade de reavaliar os rumos dentro de seu próprio contexto, ou se teria havido verdadeira ruptura no projeto moderno, tornando-se necessária a criação e o desenvolvimento de novos recursos para resolver as demandas da sociedade atual – global e complexa – e totalmente diferenciada daquela que presenciou o nascimento da era moderna.⁵⁶

Assim, adotando qualquer um dos posicionamentos acima afirmados, é incontestável a existência de uma nova conjuntura histórica, permeada de características bem diversas da anterior. Vive-se, atualmente, a era da descontinuidade, da contingência, da incerteza e da fragmentação, sendo várias as causas que amparam essa nova estrutura de organização da

⁵² “Na esteira da ascensão do fascismo, do Holocausto, do stalinismo e de outros episódios da história do século XX, podemos ver que a possibilidade de totalitarismos é contida dentro dos parâmetros da modernidade ao invés de ser por eles excluída. O totalitarismo é diferente do despotismo tradicional, mas é muito mais aterrorizante como resultado. O governo totalitário combina poder político, militar e ideológico de forma mais concentrada do que jamais foi possível antes da emergência dos estados-nação modernos.” GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 12.

⁵³ “O século XX – com seus campos de concentração e esquadrões da morte, seu militarismo e duas guerras mundiais, sua ameaça de aniquilação nuclear e sua experiência de Hiroshima e Nagasaki – certamente deitou por terra esse otimismo. Pior ainda, há a suspeita de que o projeto do Iluminismo estava fadado a voltar-se contra si mesmo e transformar a busca da emancipação humana num sistema de opressão universal em nome da libertação humana.” ⁵³ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 23.

⁵⁴ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 12, para quem este seria um dos lados sombrios da modernidade; e HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 23.

⁵⁵ A Modernidade se baseia na crença herdada do Iluminismo, segundo a qual o progresso seria inescapável, por meio, sobretudo, de métodos organizativos e de planejamento das condutas humanas, sempre em sentido geral e sistemático. Buscava-se a segurança, a estabilidade e a unidade, para tanto o cientificismo foi instrumento poderoso, sendo implantada uma racionalidade hegemônica em diversos ramos do conhecimento. “O cerne da controvérsia, pois, residiria em definir se o que muitos convencionaram nomear de pós-modernidade designaria antes uma fase intermédia ou avançada dentro da modernidade, ou diversamente simbolizaria o início de uma nova etapa no devir sociohistórico. Para muitos teóricos que se filiam à primeira posição, a leitura de crise transicional evidenciada em maior grau nas décadas subsequentes ao pós-guerra nas ciências, nas artes, na economia, na filosofia e nas instituições políticas seria sintomática de uma crise *na modernidade* e não *da modernidade*. Segundo os defensores da crise *na modernidade* isto implicaria reconhecer, com variantes, uma mutação cíclica *dentro* da dinâmica multissecular da modernidade, isto é, a passagem de uma sociedade industrial clássica centrada na maquinaria e produção de bens e utilidades para uma sociedade *informacional*, ou pós-industrial, lastreada na informação, no conhecimento e na comunicação. Uma crise cujas insuficiências e excessos ensejariam, quando muito para os mais otimistas, uma ampla rediscussão e reavaliação de rumos em busca de soluções e corretivos no interior recursivo da própria modernidade (Habermas). Não obstante, há quem entenda a sintomática de época enquanto crise da modernidade, como preferem os pós-modernos radicais, demarcando uma ruptura, uma cesura drástica com o projeto moderno, cuja ruína ou esgotamento anunciado abriria caminho para a emergência de um novo cenário epocal.” DINIZ, Antônio Carlos. Pós-modernismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 648-649.

⁵⁶ DINIZ, Antônio Carlos. Pós-modernismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 648-649.

vida contemporânea.⁵⁷ As relações humanas afiguram-se mais dinâmicas e, em face da possibilidade de acontecimentos imprevistos, as pessoas se sentem vulneráveis, mas, ao mesmo tempo, têm a sensação de um controle maior sobre os acontecimentos, haja vista o incremento do conhecimento e a detenção de saberes anteriormente impensados. Sem dúvida, o período atual é o de incerteza e totalmente diferenciado do projeto moderno de civilização, ainda que, de fato, se esteja vivendo os efeitos das mudanças propiciadas por este último momento histórico.

Uma causa bastante importante que costuma ser apontada pela doutrina como responsável pela configuração atual da sociedade diz respeito ao fato de que teria havido um deslocamento do sistema baseado na manufatura de bens para a adoção da informação como seu elemento básico. Essa informação não se circunscreveria aos resultados de pesquisas científicas, uma vez que, segundo Anthony Giddens, na atual conjuntura há reivindicações heterogêneas de conhecimento, não ocupando mais a ciência um lugar de privilégio⁵⁸. Ao mesmo tempo, esse conhecimento não mais se afigura revestido de certeza, como outrora se tencionou e vivenciou, mas de grande instabilidade, pois a qualquer momento é possível uma nova avaliação que gerará uma revisão dos dados anteriormente fixados como conteúdo daquele conhecimento, inclusive o científico⁵⁹. Isso é típico, de forma exemplificativa, em um contexto de incremento da tecnologia na vida material dos sujeitos, em que rapidamente se substitui um conhecimento técnico-científico por outro, ocorrendo rápida defasagem de descobertas que temporalmente ainda poderiam ser consideradas bastante recentes. Maria Celina Bodin de Moraes se pronunciou sobre este fenômeno, denominando-o de “explosão da ignorância”:

À medida que crescem os horizontes do saber, cresce, na mesma proporção, o leque das questões sem solução, do desconhecimento e, mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas. Com facilidade, se substituem os ‘resultados seguros’ de uma investigação por mais uma eventualidade, uma possibilidade ou um ponto de vista. Logo, não haverá mais tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza.⁶⁰

Esse fato, além de gerar as incertezas acerca da constante renovação do conhecimento, contribui para outra característica da época atual, que seria a forma de análise entre o espaço e

⁵⁷ DINIZ, Antônio Carlos. Pós-modernismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 648.

⁵⁸ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 12.

⁵⁹ *Ibid.* p. 46.

⁶⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, SP, v. 779, p. 47-63, 2000, p. 49.

o tempo, sendo importante utilizar mais uma vez as considerações de Anthony Giddens, para quem “O advento da modernidade arranca crescentemente o espaço do tempo fomentando relações entre outros ‘ausentes’, localmente distantes de qualquer situação dada ou interação face a face.”⁶¹ Isso faz parte do dinamismo característico da atualidade, que congrega facilmente o local ao global, afastando antigas barreiras ao estabelecimento de relações, sejam de ordem comercial ou pessoal.

Além disso, percebe-se maior ênfase no indivíduo e suas particularidades, sendo ele considerado em suas circunstâncias e não somente como parte integrante de um contexto em que o crescimento econômico e político seriam preponderantes. Esse quadro terminava por considerar a todos de maneira formalmente igual e, na prática, legitimar diferenças e formas de dominação, seja nas relações de trabalho ou nas entretidas no interior da família. Na atualidade, reconhece-se a liberdade de o indivíduo realizar suas próprias escolhas em busca da sua construção pessoal de felicidade⁶² e, por efeito, o respeito para com o *alter* e sua forma de vida. Segundo David Harvey, “A idéia de que todos os grupos têm o direito de falar por si mesmos, com sua própria voz, e de ter aceita essa voz como autêntica e legítima, é essencial para o pluralismo pós-moderno.”⁶³ Daí a consideração, nunca antes verificada, com os movimentos sociais de emancipação das mulheres, não discriminação dos negros, dos homossexuais, e outros.⁶⁴ Assiste-se a muitas inovações, nos mais diversos campos, não havendo a possibilidade de se prever qual será o destino da humanidade, o que certamente ratifica a incerteza como característica peculiar da época atual.

Objetivos e valores contraditórios colocam-se lado a lado na organização e desenvolvimento da vida humana, não sendo possível definir um perfil estrutural e axiológico a partir do qual a sociedade se guiará. Exemplificativamente, tem-se a convivência daqueles que de certa forma querem ‘consertar’ os erros da modernidade com seus respectivos contrapontos que ainda terminariam por adotar ideologias da era moderna e industrial. Exemplo disso constitui a preocupação com os efeitos da ação humana sobre a natureza, a qual protagoniza uma luta diária com os interesses industriais, cuja busca desmedida pelo

⁶¹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 27.

⁶² BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001, p. 38.

⁶³ HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 52.

⁶⁴ *Ibid.* p. 52.

lucro se sobrepõe a qualquer outro tipo de cuidado e atenção⁶⁵. Por outro lado, ao mesmo tempo em que se lamentam todas as atrocidades cometidas durante as grandes guerras⁶⁶, reconhecendo-se o equívoco de muitas condutas praticadas durante as mesmas, encontram-se registros de novos conflitos armados em todo o mundo. Alguns desses, inclusive, amparados em fundamentos religiosos, em uma civilização que se esperava tornar-se mais racional e menos crente em ideais religiosos e míticos. E, por fim, outra característica da sociedade atual é a pulverização das formas de poder, antes concentradas no totalitarismo político e, atualmente, disseminadas entre diversos setores da sociedade através da Internet e, principalmente, da mídia.

Em síntese, a instabilidade e a falta de qualquer previsibilidade acerca do futuro marcam o atual momento histórico, sendo fonte destas dúvidas e incertezas a coexistência – que não se pode afirmar ser integralmente pacífica – dos resquícios nefastos e exitosos da civilização moderna ao novo modo de viver em sociedade, cujo objetivo é a correção dos equívocos do passado para a construção de uma sociedade que não necessariamente será melhor que a atual.

1.2.1 O Direito e a nova conjuntura histórico-social

O primeiro Código Civil brasileiro surgiu com a pretensão de regular integralmente a vida das pessoas, sobretudo no aspecto patrimonial, já que a adoção de uma legislação nesse parâmetro sempre foi de suprema importância para que o país se apresentasse mais fortalecido no cenário mundial, podendo, dessa forma, minimizar a sua atividade agrária e se inserir no ramo da produção industrial. Estabelecia-se o Código como única fonte do direito civil, sendo considerado tão importante que poderia ser chamado de “Constituição do Direito Privado”, tamanha a sua representatividade na regulação das atividades desenvolvidas pelo indivíduo

⁶⁵ Está em vigor no Brasil, desde agosto de 2010, a Lei nº 12305, que institui a Política Nacional de Recursos Sólidos que busca atribuir mais responsabilidades para o poder público, os empresários e também para os consumidores em atenção às necessidades de proteção ambiental. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2010.

⁶⁶ Várias décadas depois do fim da Segunda Guerra, a Alemanha ainda se lamenta sobre os efeitos do nazismo: “Todos os anos são produzidas toneladas de livros, horas de documentários e filmes e organizados incontáveis debates sobre o nazismo. Há monumentos e museus por todos os lados homenageando as vítimas e lembrando os crimes de Hitler. E não é à toa que as ruas próximas do local onde ficava a chancelaria do Führer em Berlim - destruída pelos aliados - tenham recebido nomes como Jerusalem ou Hannah-Arendt-Strasse, lembrando locais e personalidades da história judaica. Faz-se de tudo para expiar a culpa.” VELLOSO, Beatriz. O peso do passado nazista. Revista Época, ed. 364, 09.05.05. Disponível em: <<http://www.revistaepoca.globo.com>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

nas relações patrimoniais estabelecidas no decorrer da vida – negócios contratuais e de propriedade – e para depois da morte – a sucessão.⁶⁷

Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, as situações devem ser sempre analisadas no contexto em que se estabelecem, sendo que o cenário de inspiração do Código Civil Brasileiro foi o de êxito do Código Civil francês, cujas características de estabilidade e previsibilidade quanto aos comportamentos individuais faziam parte do projeto da burguesia vitoriosa na implementação de seus valores⁶⁸.

Caracterizado, porém, pela aparente completude, compreendendo em seus conceitos todas as necessidades e interesses dos cidadãos, não tardou que fossem percebidas suas deficiências e omissões, sendo necessária a edição de novas leis, seja para regular casos esporádicos e urgentes, como as leis denominadas emergenciais, seja para normatizar hipóteses não tratadas pelo Código e que precisavam ser de alguma forma sistematizadas no universo jurídico: as leis extravagantes.⁶⁹

O próprio Código Civil, documento normativo de destaque na regulação da matéria, passou a dividir com outras leis ordinárias – normalmente criadas para resolver assuntos específicos – a solução dos conflitos decorrentes das relações privadas.

Atualmente, assiste-se a uma nova crise na organização jurídica das matérias de interesse social, porque é incontestável a incapacidade do legislador de acompanhar todas as modificações ocorridas na vida, sobretudo nos tempos hodiernos em que a dinâmica das relações encontra-se voltada para uma constante mutação. Como visto, as modificações históricas e sociais decorrentes do pós-modernismo geram novas expectativas e interesses, expondo as pessoas às incompletudes do sistema e deixando clara a necessidade de adaptação do Direito.

Com efeito, a nova vaga de demandas sociais capitaneada por fatores conexos como pluralismo, globalização, massificação, aumento das desigualdades sociais, ameaças naturais e artificiais à sobrevivência da espécie humana, vertiginosa progressão infotecnológica, entre muitos outros, insta por uma nova configuração do sistema jurídico apta a responder à altura as exigências não apenas do presente (que já não são poucas), mas sobretudo de um futuro presumivelmente mais complexo e indeterminado.⁷⁰

⁶⁷ A dimensão constitucional assumida pelas codificações do início do século XIX foi ressaltada por GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 37-55, jan., 1998. p. 41.

⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000. p. 47.

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 4 e 5.

⁷⁰ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. O direito entre o moderno e o pós-moderno: perspectivas e desafios. In: MAIA, Antônio Cavalcanti *et al.* *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 311.

Diante desse cenário de profundas modificações, tornou-se premente a mudança no tratamento jurídico das questões civis, sob pena de a lei perder sua efetividade. O padrão sistemático adotado pelo Direito ocidental moderno se baseou em certezas, dogmas e crenças oriundas da ideologia ilustrada. Havia confiança no modelo racional instrumental-formal, cujo alicerce se encontrava na aplicação mecânica de previsões abstratas à realidade.⁷¹

Para o Direito, em específico para o Direito de Família, houve um entrelaçamento entre as inovações sociais e jurídicas, da maneira que a seguir se expõe: primeiramente, é importante lembrar que a época pós-moderna permitiu a expressão de grupos anteriormente marginalizados ou esquecidos pelos interesses da maioria, sendo exemplo marcante as conquistas das mulheres em aspectos políticos, econômicos e de cunho relacional. Mas, além destas, tem-se presentemente a preocupação com outros grupos, dos quais podem ser lembrados aqueles formados pelas pessoas idosas e por crianças e adolescentes. Outrora considerados como indivíduos sem valor para a sociedade, uma vez que não tinham força produtiva, agora se encontram protegidos de forma integral, tendo sido a eles assegurada, pela legislação, com fundamento constitucional, a efetivação de diversos direitos, desde os de natureza patrimonial até os considerados como mais importantes, que seriam os de cunho existencial.

Ao mesmo tempo em que novas pessoas se inserem no contexto da família, pode-se afirmar também que, em aspecto mais abrangente, novas comunidades familiares passam a ser protegidas pelo sistema jurídico, convivendo-se hoje com as uniões de pessoas do mesmo sexo, às vezes com filhos – oriundos estes do ato civil da adoção ou da procriação artificial –; famílias monoparentais; famílias recompostas e outras formas de agrupamentos afetivos, já que a previsão constitucional, segundo entendimento mais consentâneo com os valores atuais, não se afigura exaustiva no tocante à enunciação e proteção às entidades familiares.⁷²

A organização jurídica dessas situações somente foi possível pela adaptação do legislador à realidade, passando este a regular as matérias por meio de normas mais amplas, instituidoras de verdadeiros programas de proteção, e, por isso, capazes de acompanhar mais firmemente as mutações da vida e de, aos poucos, criar e recriar o conteúdo da norma jurídica⁷³. Ou seja, é o direito que se faz e constrói por meio da riqueza dos problemas que

⁷¹ DINIZ, Antônio Carlos. Pós-modernismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 649.

⁷² PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 649.

⁷³ “Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os

diuturnamente exigem uma nova solução, eis que a anterior resposta jurídica oferecida a casos semelhantes não mais se afigura como suficiente.

Assim é que se trabalha, no presente, e a partir da própria Constituição, com normas amplas, tais como os princípios do melhor interesse da criança, da liberdade reprodutiva, da paternidade responsável, com os programas de proteção aos menores, aos idosos, com leis voltadas para a coibição da violência feminina, e outras técnicas modernas – ou pós-modernas – de tratamento jurídico dos casos.

Mas nem todos os problemas que afetam a sociedade possuem solução, afinal, não se estaria na “era das incertezas” caso isso ocorresse. Muito ainda há para ser pensado e regulado, tamanhas as dúvidas existentes, hoje, na organização jurídica de sérios assuntos familiares. O incremento da tecnologia aplicada principalmente à reprodução humana é responsável por grande parte desses problemas sem solução e questionamentos que passam a ser respondidos por exercícios bruscos de interpretação e uma adaptação muitas vezes inovadora dos institutos.⁷⁴

A arcaica forma de trabalhar com o Direito de Família, em que um único núcleo familiar, aquele oriundo do casamento e seus respectivos filhos, é que merecia ser tutelado juridicamente, não mais existe. O conteúdo das relações entretidas entre pais e filhos, outrora circunscrito ao exercício de verdadeiro poder, inspirado na *patria potestas* romana, também se diversificou, exigindo uma série de condutas que desbordam da preocupação simplesmente patrimonial, impondo-se hoje a garantia de bem-estar e proteção integral dos filhos menores.

A mudança na organização social, aliada aos inovadores conhecimentos tecnológicos, deixa à mostra as lacunas do Direito e as dúvidas existentes sobre a solução de vários casos que se apresentam no cotidiano das pessoas, sendo muito importantes, nesse contexto, a fixação e a defesa de certos valores previamente escolhidos pelo Estado⁷⁵. Pois, dessa forma,

limites para a aplicação das demais disposições normativas. Tal é a tendência das leis especiais promulgadas a partir dos anos 90, assim como dos Códigos Civis mais recentes e dos Projetos de codificação supranacional.” TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX.

⁷⁴ “A Constituição da República instaurou uma nova ordem jurídica, calcada em novos princípios constitutivos, determinando, por conseguinte, um repensar do nosso sistema científico. Paralelamente, não se pode negar que os impactos causados pelos fatos decorrentes dos avanços da biomedicina e da biotecnologia estão hoje a exigir do jurista profunda reflexão, a qual há de ser feita à luz daqueles princípios.” BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; BARBOZA, Heloisa Helena (org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 5. Uma discussão judicial que sequer poderia ser pensada há algum tempo pode ser exemplificada com o pedido de desconstituição de paternidade de uma criança, filha presumida do autor, por ter este consentido na realização de técnica de reprodução assistida heteróloga, mas com a peculiaridade de que sua esposa, em um ato de infidelidade, engravidou e, por isso, não utilizou a referida técnica. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AP 70011878889. Porto Alegre, 14 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

⁷⁵ “A ciência baseia-se no princípio do possível/impossível, isto é, no princípio de que ‘tudo o que é possível será feito’, sendo ela incapaz de limitar a si mesma. As novas questões, postas pelas manipulações genéticas, pela reprodução assistida, pela energia nuclear, pelas agressões ao meio-ambiente, pelo desenvolvimento da cibernética, configuram

mesmo diante da inexistência de fórmulas jurídicas adequadas para a solução dos problemas – método, como visto, não mais coerente com a realidade –, a confiança das pessoas nos pilares axiológicos básicos decorrentes do Estado Democrático de Direito pode vir a ser resguardada.

1.3 A configuração da família e a influência da principiologia constitucional

Uma breve análise dos dispositivos constitucionais já permite o estabelecimento de um esquema valorativo inovador de organização para a família brasileira. Assim, dentre outros fins, tencionou o legislador de 1988 que o núcleo familiar fosse pluralizado, privilegiando-se a autonomia das pessoas envolvidas, por exemplo, mediante a consideração do afeto como elemento preponderante para a sua formação e também para a sua desconstituição, ao estabelecer a dissolubilidade do vínculo⁷⁶. Ao mesmo tempo, determinou que os integrantes da família assumissem em seu contexto papéis de igual consideração, seja para os cônjuges, seja para os filhos, uma vez estabelecida a igualdade. E, ainda, impôs o cumprimento do dever recíproco de solidariedade entre eles, bem como de responsabilidade, *in casu*, dos pais sobre os filhos, por terem estes escolhido um projeto de parentalidade ou assumido o risco de sua constituição. Assim, podem ser traçadas as diretrizes fundamentais que sistematizam a organização da família no Brasil, estando estas consubstanciadas nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, responsabilidade e, como não poderia ser esquecido, dignidade, por ser esta verdadeiro fundamento axiológico de organização do Estado, de maneira a condicionar todas as situações jurídicas ao seu cumprimento e maior realização possível.

Felizmente, já é considerado passado o tempo em que as normas constitucionais assumiam caráter meramente retórico, sendo fonte de promessas de atuação e de direitos que, na prática, nunca se concretizavam.⁷⁷

‘situações-problema’ cujos limites não poderão ser decididos internamente, estabelecidos pelos próprios biólogos, físicos ou médicos, mas deverão ser resultantes de escolhas ético-político-jurídicas da sociedade.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000. p. 49.

⁷⁶ A emenda constitucional 66, de 13.07 de 2010 dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 328.

Contemporaneamente, de maneira específica para o Direito Civil, assumiu a Constituição o *locus* para o tratamento efetivo da matéria, sendo possível afirmar que a família, assim como outros institutos, encontram-se regulados em vários de seus aspectos e, por efeito da natureza e das características do diploma a que aderem (hierarquia, conteúdo valorativo e forma de apresentação – com uma redação mais aberta), estabelecem um plano ideal de estruturação, conteúdo e desenvolvimento, que deve ser observado por todos, desde os legisladores até a pessoa, singularmente, nas relações desenvolvidas no interior do seu lar. Outrora documento de natureza política e de organização dos poderes, ou seja, matérias essencialmente públicas, tornam-se as Constituições diplomas de conteúdo mais estendido, incorporando assuntos até então restritos à esfera privada.

No cenário internacional essa nova postura surgiu com a Constituição de Weimar, em 1919, tendo se intensificado a partir das circunstâncias sociais e econômicas herdadas da Segunda Guerra Mundial, transformando-se o Estado Liberal em Estado Social, preocupado em garantir não somente liberdade, mas bem-estar aos cidadãos. E assim, conforme Joaquín Flórez-Valdés, nas Constituições atuais, não se tem um tratamento isolado ou marginal de algumas matérias civis, mas, ao contrário, uma regulação que afeta as instituições jurídicas civis básicas em seus aspectos fundamentais⁷⁸. Ou seja, todos aqueles princípios anteriormente enunciados como diretrizes para a organização da família brasileira são verdadeiras normas jurídicas, sendo, por isso, esperada a sua aplicação direta aos casos controvertidos. Somente assim pode-se almejar que seja cumprida a função transformadora, e não meramente preventiva e sancionadora, que se retira das ciências jurídicas.⁷⁹

Longa foi a trajetória percorrida pelos princípios até que fosse alcançado o *status* atual de norma jurídica com todas as suas características e efeitos. Inicialmente, ainda durante o jusnaturalismo, não se conseguia vislumbrar qualquer traço de normatividade nos princípios, na medida em que estes se encontravam em uma esfera demasiadamente abstrata, criando na sociedade um elenco de valores e pretensões humanas legítimas, que não decorriam de qualquer norma estatal. O denominado direito natural era válido por si mesmo, legitimado por uma ética superior e estabelecia limites à atuação normativa do Estado.⁸⁰ Ou seja, os

⁷⁸ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 83.

⁷⁹ “A primazia da ordem jurídica consubstancia-se na primazia das decisões políticas em face da natureza das coisas, cabendo ao legislador não apenas se esforçar por refletir a realidade mas, também, conscientemente, buscar a sua transformação. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade. É sua a tarefa ‘civilizatória’, reconhecida através de uma intrínseca função promocional ao lado da tradicional função repressiva, mantenedora do *status quo*.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 225, p. 5-37, jul./set. 2001. p. 18.

princípios poderiam ser considerados como máximas valorativas cuja importância estava na dimensão teórica de enunciação dos aspectos preponderantes para uma determinada comunidade. É possível identificar versões pelas quais se apresentou o jusnaturalismo no cenário histórico e filosófico, e tal fato correspondeu às exigências do contexto político, econômico e social vivenciado.⁸¹

Ao longo de século XIX, a exacerbação do positivismo filosófico – que considerava a ciência como único conhecimento verdadeiro, defendendo a transposição do método científico empregado nas ciências naturais para todos os ramos do conhecimento, inclusive as ciências sociais – conduziu ao positivismo jurídico, cujas bases encontram-se na tentativa de se criar um direito objetivado e desvinculado de qualquer especulação filosófica, de considerações morais e de valores transcendentais. O Direito se identificava com a norma, servindo os princípios como generalizações sucessivas das próprias leis, para colmatar as possíveis lacunas existentes, já que o Direito deveria ser autossuficiente e completar-se a si mesmo.⁸²

A derrocada do positivismo esteve vinculada ao seu fracasso político de legitimar, por meio da norma, todo e qualquer tipo de conduta estatal, o que feriu as mais pequenas regras de convivência, ao validar comportamentos cruéis e degradantes à raça humana. As guerras servem como exemplo.

Tornava-se, então, necessário que uma nova ordem se instalasse, mas a comunidade jurídica já se encontrava acostumada à cientificidade na organização do Direito, não sendo desejável um retorno indiscriminado ao jusnaturalismo. A compatibilização desses elementos deu-se pela via do denominado pós-positivismo, que agrega valores⁸³ ao Direito, por meio dos princípios, passando estes a conviver com as regras jurídicas em patamar de idêntica normatividade.⁸⁴

⁸¹ Se inicialmente havia um direito natural de cunho teológico e inspirado na lei divina, a partir do século XVI ocorreu sua racionalização, marca da Era Moderna que, como visto anteriormente, caracterizou-se pela preponderância da razão, estabelecida a cultura laica e baseada no conhecimento científico, cuja consolidação veio a ocorrer a partir do século XVII. Assim, o direito natural passou a ser aquele que poderia ser reconhecido por todos os povos, uma vez que fundado na razão, e não mais na concepção religiosa adotada. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 225, p. 5-37, jul./set. 2001. p. 18.

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 235.

⁸³ Valores esses que dizem respeito à convivência humana, não correspondendo a todos os valores em uma dimensão moral. PANIAGUA, José María Rodríguez. *Moralidad, derechos, valores*. Madrid: Civitas, 2003. p. 101.

⁸⁴ Essa nova forma de análise do Direito exigiu a superação de técnicas tradicionais de aplicação das normas, como, por exemplo, a subsunção do fato à previsão normativa, deixando o intérprete, muitas vezes, diante de casos de difícil solução, por comportarem abstratamente a incidência de dois princípios. A solução está, segundo a doutrina, na técnica da ponderação de interesses, que consiste em uma análise casuística cujo objetivo é determinar qual princípio será aplicado ao caso mediante 'compressões recíprocas' que indiquem a mínima restrição necessária a cada interesse, de forma a garantir a convivência de todos. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2002. p. 102.

Normalmente dispostos em termos mais genéricos, os princípios apresentam as linhas mestras a partir das quais um assunto deve ser tratado, permitindo diversas formas de interpretação que, uma vez legitimadas pela argumentação dos aplicadores, possibilitam o elastecimento de seu sentido e o alcance de um sem número de problemas. As atuais Constituições destinam-se à organização do Estado e também à regulação de aspectos cotidianos da vida privada do cidadão, interferindo de modo legítimo na sua autonomia. Esse intento é cumprido por meio de regras⁸⁵ e princípios, ambos considerados como normas jurídicas.

Os princípios podem ser definidos como normas que contêm valores éticos a serem preservados e alcançados, sem, no entanto, apresentar um detalhamento da conduta a ser seguida para a sua realização. No que diz respeito ao fim a que perseguem, estipulam um núcleo essencial, um conteúdo mínimo, a partir do qual se abre um espaço de indeterminação, estando a demarcação de seu conteúdo a cargo do intérprete.⁸⁶ Ou seja, a finalidade já está descrita na enunciação, restando somente a identificação das atitudes concretas exigíveis para a realização daquele estado ideal e desejável de coisas. Aliás, sobre esse assunto, é interessante apresentar a afirmação de José María Rodríguez Paniagua, para quem a relação dos valores com a realidade, em uma dimensão filosófica, se perfaz mediante um convite para que sejam realizados, no entanto, o próprio conceito – do valor – independe dessa realização, havendo algo a mais nessa relação e que poderia ser resumido no fato de que os valores nunca se realizam plenamente⁸⁷. Porém, se filosoficamente cabe a afirmação de que os valores nunca se realizam plenamente, para o direito a adaptação da assertiva seria feita no sentido de que a elasticidade, ínsita às normas principiológicas, permite um número infinito de aplicações, dada a diversidade de casos que podem, de maneira fundamentada, ser alcançados pela previsão do legislador. Podem ser citadas como princípios integrantes da conjuntura

⁸⁵ As regras são consideradas, pela doutrina, como enunciações que descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, efeitos jurídicos, matérias, fontes, conteúdos), e que exigem um exame de correspondência entre a descrição normativa e os fatos ocorridos, com a intenção de proporcionar uma solução para um problema conhecido ou antecipável. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 83. Como exemplos de regras constitucionais, podem ser citados os parágrafos 1º e 2º do art. 226 da Constituição segundo os quais, respectivamente: “O casamento é civil e gratuita a celebração” e “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 335.

⁸⁷ PANIAGUA, José María Rodríguez. *Moralidad, derechos, valores*. Madrid: Civitas, 2003. p. 84. Para o autor, em se tratando de normas jurídicas, aquele simples convite, contido nos valores, a atuar de determinada maneira, se transformaria em obrigação, por existir a previsão de uma consequência para o caso de descumprimento (*Ibidem*, p. 99).

normativa da família, em sede constitucional, a autonomia reprodutiva e a paternidade responsável (art. 226, § 7º).

O estabelecimento da eficácia jurídica⁸⁸ dos princípios, aliado ao fato da preocupação constitucional com matérias civis, são, segundo Joaquín Flórez-Valdés, os postulados básicos para a apresentação e aplicação do denominado direito civil constitucional.⁸⁹ No mesmo sentido, tem-se o ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes:

Como é notório, no decorrer do séc. XX, com o advento das constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais do direito privado passaram a fazer parte dos textos constitucionais nos países de tradição romano-germânica. Diversamente do que normalmente se considera, porém, parece insuficiente constatar a mera transposição dos princípios básicos do texto do código civil para o texto da Lei Maior. É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, as normas-diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado.⁹⁰

Segundo Pietro Perlingieri, essa aplicação das normas constitucionais às relações privadas pode ocorrer de forma indireta, quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, cláusulas gerais ou princípios expressos, ou de forma direta, sozinha, sem a intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário⁹¹.

Essa mudança do perfil principiológico significa, para o direito civil constitucional, não só a aplicação direta das normas constitucionais aos casos concretos, como também a necessidade de se interpretar⁹² todo o ordenamento jurídico à luz das normas constitucionais, mantendo-se, dessa feita, a unidade do sistema.⁹³ Pode o direito surgir de várias fontes e,

⁸⁸ Essa eficácia normativa recebe também o nome de eficácia jurídica positiva ou simétrica, sendo um tipo de eficácia similar àquela associada à maioria das regras, pois parte do pressuposto de que se os efeitos pretendidos pelos princípios constitucionais, por ação ou omissão, não se concretizam, há a possibilidade de que o interessado venha a exigí-los diretamente, inclusive por meio judicial. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 368.

⁸⁹ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 21.

⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 47-63. 2000.

⁹¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 589-590.

⁹² Para Flórez-Valdés a eficácia interpretativa é verdadeiro instrumento renovador da vida do direito. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 159. Já Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, chamam a atenção para o fato de que a eficácia interpretativa deve ser utilizada não só para o entendimento das normas infraconstitucionais, como também das normas de mesma hierarquia: “A eficácia interpretativa poderá operar também dentro da própria Constituição, em relação aos princípios; embora eles não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, é possível reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral, até mesmo para dar unidade e harmonia ao sistema.” BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 368.

⁹³ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: 2009. p. 11.

quanto mais afastado do topo da escala hierárquica, mais minuciosas se tornam as normas, sendo, por isso, imprescindível a criação de um vetor, cuja utilidade estaria em ajudar o intérprete na sua tarefa de definir a normativa a ser aplicada.

A inexistência dessa diretriz faria com que o direito passasse a ser analisado de forma compartimentada, sendo constituído por um emaranhado de normas jurídicas dos mais diversos matizes e de opções axiológicas variadas. Para resolver esse problema, a escolha do legislador constitucional foi pela proteção, no maior grau possível, da dignidade da pessoa humana, funcionalizando-se todos os institutos do direito civil, o que inclui principalmente aqueles de natureza patrimonial, ao seu cumprimento. A escolha da dignidade como valor que organiza e sistematiza a diversidade de normas jurídicas existentes no direito brasileiro, é primordial para a análise e interpretação de todas as relações, sobretudo as pertinentes à família, na medida em que este núcleo, cuja essência e função estão baseadas, *a priori*, em oportunizar a realização plena da pessoa, muitas vezes se afigura bastante rico no oferecimento de situações que põem em risco a proteção da dignidade de seus integrantes.

As Constituições apresentam normas mais amplas, justamente para permitir um esmiuçamento pelo legislador infraconstitucional, a quem efetivamente compete regular a matéria de forma integral. Essa vagueza, porém, é bom reafirmar, não afeta a sua normatividade, sendo possível a aplicação direta do princípio às relações interprivadas. É necessário, porém, e bastante útil, que o legislador e o intérprete estabeleçam um conteúdo técnico e concreto mínimo para aquele princípio, pois somente assim será possível ir além de uma interpretação leiga dos conceitos nele tratados. A vagueza característica dos princípios não é desejada por tornar impossível a aplicação da norma, por outro lado, o engessamento de seu sentido deve ser repudiado por impedir o desenvolvimento da atuação prática do valor descrito no princípio, em detrimento do próprio fim para o qual essas normas foram inseridas no ordenamento. Assim, a busca se faz pelo estabelecimento de uma feição conceitual ou contedística mínima para os princípios⁹⁴, a partir da qual o seu significado se expandirá.

Essa finalidade, porém, deve considerar dois pontos bastante importantes: o primeiro é aquele de acordo com o qual na Constituição são descritos os valores preponderantes para a condução e organização da vida em sociedade; e, o segundo, a necessidade de garantir a harmonia do sistema, sob pena de fragmentação do próprio direito. Imprescindível torna-se,

⁹⁴ Segundo Humberto Ávila, é necessário substituir o fim vago por condutas necessárias à sua realização, não significando isso, porém, que se vá criar um catálogo de casos isolados, mas que se vá investigar o problema jurídico neles envolvido e os valores que devem ser preservados para a sua solução. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 93.

para a criação de um núcleo mínimo de identificação do princípio, a sua análise conjugada com outras diretrizes constitucionais, pois somente dessa forma será possível estabelecer os parâmetros de aplicação e as possíveis interseções de matérias. Totalmente descabida será uma interpretação que desvirtue a intenção constitucional que subjaz na base de cada princípio, por constituir um valor importante para a ordenação da comunidade na qual se aplica. Por isso, impõe-se uma interpretação ampliada e que observe, ao fim e sempre, ao lado dos outros princípios, a determinação de respeito à dignidade da pessoa humana.

Sobre a determinação do conteúdo mínimo dos princípios, importante trabalhar com a possível influência do direito infraconstitucional sobre essa finalidade. As previsões constitucionais, *de per si* genéricas, têm sua aplicação facilitada diante de um detalhamento realizado pelo legislador. Além disso, é importante conhecer o grau de discussão e de desenvolvimento concreto alcançado pelos princípios. No entanto, não se deve confundir tal fato com uma dependência da normatização inferior para que se crie o conteúdo do princípio e somente então possa ser o mesmo aplicado. Ou seja, a inexistência ou a deficiência no tratamento jurídico infraconstitucional de uma determinada matéria, não pode afastar os efeitos das normas constitucionais, sobretudo a sua normatização⁹⁵.

Essa forma de entendimento terminaria por subverter a ordem segundo a qual são as normas de hierarquia inferior que devem ser interpretadas de acordo com as previsões constitucionais, e não o contrário, porquanto acarretaria, segundo Gustavo Tepedino, a eternização de noções culturais ou costumeiras ultrapassadas e reprovadas pela sociedade, contra a ordem pública constitucional.⁹⁶ Daí decorre o alerta: “O intérprete não se pode deixar influenciar pela minúcia analítica do legislador infraconstitucional, supondo que tal detalhamento regulamentar vincule mais do que as cláusulas gerais veiculadoras de princípios hierarquicamente superiores.”⁹⁷

As normas infraconstitucionais são importantes, mas a dependência de seu conteúdo representaria um retorno ao tempo em que os códigos valiam mais do que as Constituições,

⁹⁵ A teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais previstos na Constituição, capitaneada pela doutrina alemã (Günter Dürig, Konrad Hesse), se fundamenta na necessidade de que a previsão constitucional seja detalhada pelo legislador infraconstitucional, restringindo-se sua aplicação até que a regulação normativa seja empreendida. Para maior aprofundamento: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Sobre a referida teoria: “Afirma que a dimensão objetiva e valorativa dos direitos não acarreta sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas implica a necessidade de que sejam levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado.” (*Op. cit.*, p. 161)

⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 31.

⁹⁷ *Ibid.* p. 31.

apequenando-se as previsões basilares do ordenamento, em prejuízo de toda a evolução hermenêutica garantidora da eficácia dos valores constitucionais.

1.4 Os princípios constitucionais preponderantes para a estruturação familiar

Considerando que a Constituição apresenta os valores essenciais aceitos pela comunidade para a sua organização e condução, é inelutável a consequência de que também para a família, base da sociedade (art. 226, *caput*, Constituição de 1988), sejam estabelecidos princípios fundamentais. Estes servem para demarcar a sua atual configuração, com vistas a sua especificação como espaço para a realização das pessoas. Para tanto, em linhas gerais, busca-se, mediante uma organização democrática e participativa, que sejam privilegiados a vontade e os interesses de cada um de seus integrantes, a partir das suas individuais peculiaridades e circunstâncias.

Esses princípios têm a finalidade de criar os contornos básicos para o reconhecimento e a inserção do núcleo familiar no sistema ao qual pertence, sendo ademais imprescindíveis para a solução dos problemas que se apresentam no cotidiano. Além disso, retomando a indicação teórica de que o conteúdo dos princípios deve ser extraído de sua apreciação conjunta com os valores adotados pelo Estado, até por respeito ao sentido de unidade do Texto Constitucional, são muito importantes a sua identificação e a determinação do seu sentido, não para o fim de estancar a aplicação do Direito com fórmulas herméticas, mas para criar o seu perfil mínimo, a partir do qual a riqueza dos casos ocorridos no mundo fático se encarrega de elastecer e recriar, não sendo permitidas, ao contrário, regressões de tratamento e confisco de tutela.

1.4.1 A dignidade da pessoa humana e a democratização das relações de família

É imprescindível, para tal fim, iniciar a abordagem com a apresentação do valor máximo ou, como poderia ser também afirmado, do centro de confluência axiológica do Estado brasileiro, qual seja a proteção da dignidade da pessoa humana. É para a sua efetivação que se justificam, na contemporaneidade, a criação e manutenção da ordem jurídica, sendo

importante ressaltar todos os sentidos e aspectos a que sua análise pode conduzir, derivando deste fato toda a dificuldade na escolha de uma definição jurídica para o seu conteúdo.

A verdade é que nunca se falou tanto de algo para se chegar à conclusão de que ainda não existem respostas. Mesmo que se enverede por suas dimensões religiosas, filosóficas, científicas, sente-se que muito de seu sentido ainda remanesce como um campo obscurecido, profundo, quase inatingível, até mesmo por efeito da limitação do ser humano sobre o conhecimento acerca da sua própria pessoa. Tanto que, para Fábio Konder Comparato, a principal indagação de todo o conhecimento filosófico seria esta: “Que é o homem?”, e esta simples formulação já demonstraria a singularidade deste ser que é ao mesmo tempo capaz de pensar e de colocar a si mesmo como um objeto de reflexão⁹⁸, o que torna possível lançar outro questionamento: se não sabemos ainda, ao certo, “quem somos”, como seria possível determinar o significado de nossa dignidade?

Mas, apesar dessa dificuldade, aparentemente intransponível, é necessário aplicar concretamente a determinação do legislador constitucional, segundo a qual a dignidade se configura como princípio fundamental do Estado e, por isso, com base nos conhecimentos construídos pelo próprio ser humano, ainda que naturalmente insuficientes, é preciso conferir um sentido para aquilo que possa ser considerado como vida digna.

Inicialmente, deve ser afirmado que a dignidade é característica do próprio ser humano, derivando imediatamente da sua simples condição, o que não o faz depender de qualquer atributo que desborde de sua característica de integrante da raça humana. Essa seria a chamada dimensão ontológica da dignidade, que

(...) compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.⁹⁹

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, essa característica foi legada pelo Cristianismo, pois, se por um lado, nas antigas religiões, a divindade se relacionava com a comunidade organizada, o Deus cristão se relaciona diretamente com as pessoas que nele creem¹⁰⁰. Essa concepção, analisada *de per se*, já permite algumas indagações cujos

⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana (Parte II). In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 218.

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 9.

desdobramentos não cabem nos limites propostos para este trabalho, mas que servem para demonstrar a riqueza do assunto e todas as suas vicissitudes. Isso porque, dada a concepção estritamente antropológica a que essa dimensão da dignidade conduz, caberia o questionamento acerca do fato de somente o humano poder ser, no reino da vida, titular de dignidade.¹⁰¹ Assim como, questionar-se-ia acerca da possibilidade de se identificar uma possível proteção da dignidade daqueles que ainda não nasceram, seja porque ainda se configuram como vida “em projeto”, dos embriões humanos, seja pela proteção em abstrato que se tenciona estabelecer em face e em nome das gerações futuras, diante, por exemplo, de intentos de “aperfeiçoamento” da espécie humana a partir de inovadores conhecimentos científicos¹⁰².

Mas, dada a devida importância à concepção individualizada da dignidade como característica do próprio ser humano, não se esgota nesse campo a sua análise, impondo-se a necessidade de seu estudo no campo relacional. Afinal, é na esfera das relações humanas que o sentido da dignidade se impõe, para o fim de ser respeitada diante das inúmeras possibilidades de afronta e lesão. E, nesse assunto, é imprescindível que se faça uma análise a partir da consideração de que a dignidade deve ser respeitada e promovida por todos, não cabendo deixar somente à esfera pública a responsabilidade pelo oferecimento das condições para a sua implementação. Todos os que vivem em sociedade são responsáveis e devedores de respeito com a dignidade alheia.

Daí o entendimento de que, apesar de ser importante para a sua compreensão a visão da dignidade como algo inato, esta não se sustenta sozinha diante de uma visão relacional¹⁰³. Isso significa que não basta considerar a dignidade como uma qualidade inerente à raça humana, é preciso estender a forma de análise e verificar que seu sentido deve ser encontrado

¹⁰¹ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “Tais questionamentos, por sua vez, nos remetem à controvérsia em torno da atribuição de dignidade e/ou direitos aos animais e demais seres vivos, que, de resto já vem sendo reconhecida por alguma doutrina.” É o próprio autor quem responde muito bem ao questionamento: “Da mesma forma, considerando que nem todas as medidas de proteção da natureza não humana têm por objeto assegurar aos seres humanos sua vida com dignidade (por conta de um ambiente saudável e equilibrado), mas já dizem com a preservação – por si só – da vida em geral e do patrimônio ambiental, resulta evidente que se está a reconhecer na natureza um valor que lhe é próprio. Se com isso está a se admitir uma dignidade da vida para além da humana, tal reconhecimento não conflita necessariamente com a noção de dignidade própria e diferenciada da pessoa humana, que, à evidência, somente e necessariamente é da pessoa humana SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana (Parte II). In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 214.

¹⁰² ANDORNO, Roberto. The paradoxical notion of human dignity. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Italy, n. 2, p. 151-168, 2001. p. 152. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno>>. Acesso em: 20 mar. 2003.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia na perspectiva dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 220.

na pluralidade, na intersubjetividade, por meio dos relacionamentos humanos, pois só dessa forma a dignidade se imporá como verdadeiro valor. Deve-se, portanto, defender que se trata ela não somente de algo inerente ao ser humano, mas como o verdadeiro resultado daquilo que é considerado socialmente como o mínimo inegociável.¹⁰⁴

Assim, eleita esta como o princípio fundante do Estado e levado em consideração o fato de que todas as relações jurídicas encontram-se funcionalizadas ao seu cumprimento, a todos, particulares e Poder Público, cabe a observância do valor máximo da dignidade, em um duplo sentido, qual seja, o de contribuir de maneira efetiva para a sua promoção e também no seu destaque como um valor máximo, cuja finalidade estaria em refrear condutas que possam de alguma forma lhe causar lesão. Isso contribui para a construção do seu sentido como valor único e incondicional, ressaltando Roberto Andorno que não há escapatória, pois, no mundo atual, principalmente diante de todas as descobertas e das potencialidades da biotecnologia, se a dignidade fosse abandonada como valor, logo se procuraria outro princípio similar, a fim de manter, de forma civilizada, o relacionamento social. Existindo, neste ponto, para o mesmo autor, um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que tudo é relativo, não havendo que se falar em princípios incondicionais e absolutos, as sociedades modernas se deparam com a premência de reafirmar um princípio com ares de indiscutibilidade.¹⁰⁵

Antes disso, e como entendimento básico para a compreensão de alguns desdobramentos da matéria, deve-se partir do pressuposto de que, apesar de tudo, ainda hoje, a concepção material conteudística mais comumente adotada na área jurídica para o sentido de dignidade advém da filosofia, principalmente de Immanuel Kant, que dentro do campo da ação moral, prescreveu a necessidade de que as pessoas fossem tratadas como fim e nunca como meio. Estas, na medida em que possuem um valor intrínseco, moral, qual seja, a dignidade, são diferentes das coisas que, por possuírem preço, podem ser substituídas por seu equivalente¹⁰⁶. Essa noção geral deve reger todas as relações jurídicas estabelecidas em sociedade, não cabendo a coisificação da pessoa e a sua instrumentalização para a aquisição de determinados fins. Além disso, ainda segundo o mesmo filósofo, a concepção de dignidade

¹⁰⁴ PYRRHO, Monique; CORNELLI, Gabriele; GARRAFA, Volnei. Dignidad humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto. *Acta bioethica*, Santiago, v. 15, n. 1, p. 65-69, 2009. p. 68.

¹⁰⁵ ANDORNO, Roberto. The paradoxical notion of human dignity. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Italy, n. 2, p. 151-168, 2001. p. 152. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno>>. Acesso em: 20 mar. 2003.

¹⁰⁶ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Coleção "Os pensadores". Seleção de Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 229.

está diretamente relacionada ao conceito de autonomia, pois só as pessoas são capazes de realizar racionalmente as suas próprias escolhas, guiando-se por suas leis.¹⁰⁷

Exige-se, assim, a partir das determinações constitucionais, garantir a proteção da pessoa, por meio de comportamentos positivos ou negativos, pois, ao mesmo tempo em que devem ser empreendidas medidas que venham a satisfazer as necessidades humanas básicas, em prol de seu bem-estar físico e psíquico – como pode ser compreendido, por exemplo, dentro de um sentido mais amplo de saúde –, é exigido respeito às opções realizadas pelos seres humanos, não sendo estas apenas toleradas, mas implementadas as condições necessárias para a sua integral concretização. Disso deriva a necessidade de que não haja discriminação, em proteção à liberdade humana, sobretudo por se viver em uma sociedade pluralista que deve conviver com as diferenças e as necessidades especiais de cada uma das pessoas.¹⁰⁸

Nesse grupo de pessoas que requerem uma especial atenção do Estado são encontrados as crianças e os adolescentes, sobretudo quando inseridos em conflitos familiares que terminam por desrespeitar a sua condição. Assim, com apoio em uma análise revisitada e contextualizada do conceito de Kant, merecem também essas, apesar de na grande maioria dos casos ainda não ser possível o exercício próprio de sua autodeterminação, a proteção adequada de sua dignidade. Isso porque, esta teria um caráter dúplice, no sentido de se manifestar como expressão da autonomia da pessoa humana na realização das escolhas essenciais sobre a sua existência, mas também em sua dimensão protetiva e de assistência sobre aqueles que por algum motivo não são capazes de realizar suas próprias decisões, isto é, não têm capacidade de autodeterminação.¹⁰⁹ Tanto é assim que o próprio legislador

¹⁰⁷ “O conceito de autonomia adquire com Kant, que lhe confere sentido total e abrangente, grande relevância filosófica, sendo então recebido por diversas ciências. A autonomia é para Kant a possibilidade de o ser humano se determinar como ser racional. Opõe-se com isso à concepção do ser humano pela mera teoria da natureza e a qualquer determinação externa por opressão. Autonomia é a autolegislação pela razão. (...) A autonomia da vontade é sua faculdade de dar a si mesma (sic) sua própria lei. É a autonomia que explica por que o sujeito deve se sujeitar à lei moral: a lei moral obriga porque é produzida pelo próprio agente, enquanto ser autônomo.” NOUR, Soraya. Autonomia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77.

¹⁰⁸ Para maior detalhamento, vide os quatro postulados enunciados por Maria Celina Bodin de Moraes para a construção do substrato material da dignidade: igualdade; integridade psicofísica; autodeterminação e solidariedade. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 17.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia na perspectiva dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209-240. p. 229. Também defendendo o sentido protetivo da dignidade, tem-se o entendimento manifestado por Monique Pyrrho, Gabriele Cornelli e Volnei Garrafa, ao criticarem a manifestação de Ruth Macklin, em editorial do *British Medical Journal*, onde se defendeu a inutilidade do conceito de dignidade, pelo menos para o tratamento de questões afetas à bioética, porquanto impreciso e vago. Segundo esta concepção, muito melhor seria adotar o conceito de autonomia por sua maior operacionalidade. Os autores referidos rechaçam tal entendimento ao pugnar justamente pela maior importância da dignidade na proteção dos sujeitos e principalmente na responsabilidade moral com relação ao

constitucional estabeleceu, no art. 227, a condição das crianças e dos adolescentes como sujeitos titulares de dignidade, sendo dever do Estado e da família respeitá-la e promovê-la. Abandonada restaria, dessa forma, a chamada por Antônio Junqueira de Azevedo, concepção insular do homem, fundada na razão, vontade e autoconsciência humanas, para uma concepção mais abrangente, adequada a uma nova ética que se baseia na “capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem.”¹¹⁰

A menção expressa que se faz às crianças e aos adolescentes tem em vista o fato de que, uma vez inseridos em uma família que não observe de maneira correta o dever de respeito e de promoção de sua dignidade, são eles os maiores prejudicados, eis que em sendo pessoas em desenvolvimento, terminam por ter comprometida sua integridade psíquica pelas lesões sofridas em sua dignidade.

A família brasileira, em sentido amplo, já foi campo fértil para a proliferação de diversos tipos de afronta à dignidade, sendo somente alguns exemplos: a completa ausência de escolha reprodutiva por parte da mulher¹¹¹, que se casava com o fim de reproduzir a espécie; a condenação das uniões afetivas que se estabeleciam sem a chancela matrimonial; a desigualdade sofrida pelos filhos não nascidos de relações matrimoniais e seu consequente abandono, na maioria das vezes, pelo pai¹¹².

Hoje, muitos ainda são os desafios que a família impõe aos seus integrantes, sendo os menores as potenciais vítimas. A partir do momento em que o ser humano conseguiu vencer as barreiras de desconhecimento e passou a interferir no ato da criação, diversos novos dilemas se apresentam, em clara afronta à dignidade, podendo ser questionadas algumas situações. Um exemplo: o que será feito das crianças que, uma vez nascidas de técnicas heterólogas – entenda-se com material genético doado por terceiro desconhecido – de reprodução assistida, tenham negado o direito de conhecer sua ascendência reprimindo-se,

outro, aspecto que seria fundamental nas relações intersubjetivas. PYRRHO, Monique; CORNELLI, Gabriele; GARRAFA, Volnei. Dignidad humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto. *Acta bioethica*, Santiago, v. 15, n. 1, p. 65-69, 2009.

¹¹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 9, jan-mar, 2002, p. 3-24. p. 5.

¹¹¹ Aliás, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira, a verdadeira exclusão do princípio da igualdade sofrida pela mulher, tornando-a totalmente submissa ao homem. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 100.

¹¹² A ausência paterna durante tanto tempo, no caso, diante de uma ação de investigação de paternidade proposta por autora que já contava com 66 anos de idade, foi considerada como verdadeiro “ocaso da dignidade”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1046105/SE. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 01 de setembro de 2010. Publicado no DJe em 16.10.09. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

dessa forma, um desejo humano de descoberta sobre a origem de sua própria pessoa? Trata-se este de um grande problema, impondo-se a reflexão sobre se o exercício da paternidade/maternidade pode a qualquer custo ser concretizado, ainda que em detrimento dos interesses e da proteção da dignidade do menor, fatalmente atingido em sua integridade psíquica por não poder “completar” a sua ancestralidade.¹¹³ Trata-se, ao que parece, da concretização de um desejo a qualquer custo, coisificando-se a criança, em detrimento de seus interesses e de sua dignidade.

Em outro caso, pode-se vislumbrar afronta à dignidade humana das crianças e dos adolescentes na diuturna desconsideração que os pais costumam devotar à manifestação de vontade deles, sobretudo em assuntos que lhe interessem diretamente, tais como aspectos relacionados à sua própria saúde, educação e orientação religiosa. Apesar de muitas mudanças já terem ocorrido nessa seara, ainda é preponderante a concepção de que “criança não tem querer”, anulando-se as suas escolhas, ainda quando estas poderiam ser, sem qualquer prejuízo, aventadas e ponderadas. É óbvio que, em outros casos, considerada a maior gravidade da decisão, quando não for possível nem razoável delegá-la ao menor, espera-se dos pais uma atitude responsável no momento da realização da escolha, na medida em que devem, acima de tudo, respeitar e implementar a dignidade da criança que, por não ser ainda capaz de autodeterminar-se, necessita de pessoas que exerçam por ela, de forma equilibrada e, enfatize-se, com responsabilidade, as decisões necessárias ao seu bem-viver.

1.4.2 A solidariedade e a dimensão relacional da família

¹¹³ O Superior Tribunal de Justiça considerou como ofensiva à dignidade a não efetivação do direito ao conhecimento da ascendência tratando-se, no caso, de conhecimento e constituição da relação avoenga, na medida em que o pai pré-morto, não havia proposto a competente ação de investigação de paternidade.

“- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes.

- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. (...)

- O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 807849/RJ. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de março de 2010. Publicado no DJe em 06.08.10. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2010. No mesmo sentido, em se tratando de adoção à brasileira e pleito da filha em conhecer sua ancestralidade biológica, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 833.712/RS. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 17 de maio de 2007. Publicado no DJ em 04.06.17. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

Sociologicamente é impossível desconsiderar o fato de que o indivíduo e a sociedade devem ser considerados mediante uma relação de interdependência, pois se, por um lado, pode-se afirmar que todas as pessoas têm uma carga biológica que é imutável, ao mesmo tempo, a sua formação dá-se dentro de um contexto social que contribui para o seu desenvolvimento mental e influencia de forma bastante considerável a sua conduta, a sua forma de expressão e de pensamento. Tais aspectos vêm formar os atributos básicos para a sua identificação pessoal no momento e no espaço em que vive. A sociedade é formada pelo conjunto de pessoas que nela coexistem, ou seja, a sociedade “somos todos nós”, mas não em um sentido estanque de um mero somatório matemático de indivíduos, e sim por meio de uma rede de relações e funções, pois todos os papéis exercidos em sociedade, seja de pai, dona de casa, professor, mecânico, assim como todas as escolhas nela realizadas, estão vinculados ao terceiros de uma forma recíproca, formando-se uma cadeia invisível de atos que é real, mas, de acordo com as circunstâncias, mais ou menos elástica ou mutável.¹¹⁴

E assim, é cabível a afirmação no sentido de que,

Essas idéias podem ser fáceis ou difíceis de apreender, mas os fatos a que se referem são bastante simples: cada pessoa só é capaz de dizer ‘eu’ se e porque pode, ao mesmo tempo, dizer ‘nós’. Até mesmo a idéia ‘eu sou’, e mais ainda a idéia ‘eu penso’, pressupõe a existência de outras pessoas e um convívio com elas – em suma, um grupo, uma sociedade.¹¹⁵

Não obstante ser impensável, na seara sociológica, uma análise desvinculada entre o indivíduo e a sociedade, o mesmo não pode ser afirmado para a ciência jurídica que, durante muito tempo, cultuou o individualismo, legitimando condutas egoísticas que contribuíram, de forma bastante marcante – sob o rótulo de promover o desenvolvimento de mercados e o fortalecimento dos Estados –, para o incremento de uma política antropocêntrica e, de certa maneira, antropofágica,¹¹⁶ cuja culminância se deu com a descoberta de que o ser humano não

¹¹⁴ ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 13 e 23.

¹¹⁵ ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 57. É importante lembrar que essa “cadeia” humana se desenvolve em um ambiente que sofre os efeitos de suas próprias condutas, havendo uma integração entre o humano e a natureza. Cabível a preocupação no sentido de preservá-la para os atuais seres e também para aqueles que virão. Um comportamento leviano, egoístico e desvinculado de uma consideração global entre ambiente e seres humanos pode conduzir à quebra do equilíbrio necessário para a subsistência da própria espécie. Esse assunto já vem sendo trabalhado nos dias atuais, a partir de estudos sobre as consequências deletérias da ação humana sobre o meio ambiente, frutos de um pensamento desenvolvido a partir do século XVIII, em que o conhecimento racional deveria ser promovido a qualquer custo, como já visto.

¹¹⁶ Não é por outro motivo, inclusive, que a Segunda Grande Guerra é reconhecida como momento histórico relevante para a construção de um novo tipo de relacionamento entre as pessoas, haja vista a modificação na consciência coletiva e na cultura de vários países após as trágicas experiências vivenciadas naquele conflito. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2009. p. 1. No mesmo sentido: “Após a Segunda Guerra Mundial houve verdadeira inflação do conceito solidariedade. A catástrofe da Guerra Mundial havia obviamente surtido o desejo de se estar unido a partir de agora, não apenas atacando de maneira solidária a tarefa da reconstrução, mas voltando a estreitar os laços das diversas sociedades em si como também das diversas nações.” ZOLL, Rainer. *O que é solidariedade hoje*. Tradução de Ulrich Dressel. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2007. p. 19.

vive sozinho, sendo importante, para a sua própria proteção, a consideração de todas as outras pessoas que se encontram ao seu lado.

Por isso é que, na prática do direito civil, ainda causa certa estranheza o tratamento de assuntos como a função social da propriedade, da posse, dos contratos, situações que outrora vinculadas aos interesses individualistas de seus titulares, passaram a ser consideradas dentro de um contexto mais amplo, que estuda o impacto de seus efeitos sobre toda a sociedade. A determinação constitucional, prevista em seu art. 3º, I, de que é objetivo da República a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, é a justificativa máxima para essa nova forma de pensar e de praticar a ciência jurídica, incluindo-se a solidariedade como princípio a ser inexoravelmente observado em todas as relações a partir de então constituídas. Isso significa o abandono da concepção liberal de Estado, para uma conformação mais preocupada com o bem-estar social, e que se baseia, portanto, não somente na atribuição de direitos e garantias fundamentais aos seres humanos, como também na exigência do cumprimento de diversos deveres por parte destes em benefício da coletividade¹¹⁷.

Anteriormente, a solidariedade, que nos foi legada pelo Direito Romano, tinha sentido exclusivamente patrimonial, afeta ao direito das obrigações, como qualidade da prestação que, quando ativa, poderia ser exigida de forma integral por qualquer credor, assim como, na versão passiva, sujeitava qualquer dos devedores, ditos solidários, a pagar sozinho o que era devido por todos.

Filosoficamente, atribui-se a Pierre Leroux, em 1839, a discussão do conceito de solidariedade como algo que deveria ser observado reciprocamente entre as pessoas. Na condição de um socialista cristão, teria ele substituído a compaixão do Cristianismo pela solidariedade humana, introduzindo-a no campo filosófico.¹¹⁸ No entanto, foi em 1896, com a contribuição de Léon Bourgeois, que a solidariedade assume o seu sentido de coesão social, tendo este entendido que deveria ser enfatizada a dependência multilateral do homem, especialmente no sentido da forte interdependência entre as gerações, sendo interessante a renovação política e social pela via da solidariedade. Segundo ele, “homens carecem da solidariedade universal para seu desenvolvimento individual.”¹¹⁹

¹¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 6 e 7, p. 63-77, 1998-1999.

¹¹⁸ ZOLL, Rainer. *O que é solidariedade hoje*. Tradução de Ulrich Dressel. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2007. p. 27.

¹¹⁹ ZOLL, Rainer. *O que é solidariedade hoje*. Tradução de Ulrich Dressel. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2007. p. 77.

Esse novo sentido foi assimilado pelo direito como princípio jurídico, inclusive de raiz constitucional, com eficácia normativa e como critério valorativo para a atividade do legislador e do intérprete na resolução dos casos difíceis. Ademais, não se olvide que, em seu conteúdo, se trata não somente de mandamento dirigido ao Poder Público, no sentido da criação de melhores condições de vida e sobrevivência para os cidadãos, como também de determinação para que todos os particulares – o que inclui as sociedades menores por eles formadas, tais como a família – se engajem nesse programa de solidarização, na condição de devedores de respeito e responsabilidade com a efetivação de direitos e a qualidade de vida ofertada aos seus semelhantes.

Uma vez que a efetivação da dignidade humana constitui finalidade principal do Estado brasileiro, torna-se necessário uni-la à solidariedade, e não considerá-las como objetivos díspares. Não há como ser cumprido aquele elevado objetivo sem a participação de todos, sendo para tanto essencial que, principalmente a liberdade humana, em seu sentido amplo de realização indiscriminada de escolhas, seja, por vezes, ponderada com a imposição de uma conduta solidária que busca a proteção e o respeito à dignidade de todos.¹²⁰

Convergem as ciências, cada uma a seu modo, na consideração da solidariedade como imprescindível para o desenvolvimento humano. Se a sociologia elege a rede social como essencial para a formação do comportamento e da maneira de ser de cada um, e a filosofia reconhece na solidariedade uma forma de engrandecimento e de renovação, o direito busca, de forma incessante, mediante a imposição da solidariedade, a proteção da dignidade das pessoas, rechaçando condutas que destoem da igualdade social.

Costuma-se identificar na fraternidade a precursora do sentido de solidariedade¹²¹. Essa concepção tem origem religiosa, na medida em que, principalmente no Cristianismo, tem-se a convicção de que todos os homens são filhos de um mesmo Pai, o que os torna irmãos e, portanto, envolvidos por aquele sentimento. No entanto, a inserção jurídica da solidariedade na qualidade de princípio impede qualquer vínculo com essa inspiração caritativa. A atitude filantrópica é voluntária, estando afeta ao íntimo de cada um e ao seu desprendimento no conferir ajuda ao próximo. A solidariedade de que se trata hoje nada tem a

¹²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2009. p. 16-17.

¹²¹ ZOLL, Rainer. *O que é solidariedade hoje*. Tradução de Ulrich Dressel. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2007. p. 37.

ver com tal intento moral, haja vista inclusive a sua obrigatoriedade. Esse discurso desvinculado e autônomo surgira no final do século XIX e início do século XX.¹²²

Não fosse assim, ao se falar em princípio da solidariedade, poder-se-ia imaginar equivocadamente que o Estado estivesse a impor um sentimento, mas não se trata disso. O direito não lida com sentimentos, conforme lembrado por Paulo Luiz Netto Lôbo¹²³. Requer-se objetividade, para o fim de se mostrar à pessoa o significado da coesão social, o sentido de se viver em uma sociedade integrada. Tem-se, portanto, na feliz expressão de Maria Celina Bodin de Moraes, que: “Não se quer exigir que alguém *sinta* algo de bom pelo outro; apenas que se *comporte* como se o *sentisse* (grifos no original).”¹²⁴ E esse comportamento derivará das normas jurídicas a serem criadas com fundamento na solidariedade, assim como por imposição de condutas pelo operador do direito, na decisão dos casos concretos, haja vista a normatividade do princípio constitucional que as estabelece.

Se há um ramo do direito civil que com extrema facilidade deixa transparecer a influência da solidariedade é o direito de família. Isso fica demonstrado, de maneira fática, na convivência estabelecida entre seus membros, e também na forma jurídica, por meio de normas que a determinam para o fim de proteger a esfera individual de cada um no interior daquela comunidade.

Assim, para Paulo Luiz Netto Lôbo:

A Constituição e o direito de família brasileiros são integrados pela onipresença dos dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irredutível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiros. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades.¹²⁵

Pode-se visualizar a solidariedade no art. 1511 do Código Civil, ao determinar que o casamento estabelece para os cônjuges uma comunhão plena de vida baseada na igualdade de direitos e deveres, o que, por certo, inclui o amparo, a atenção, a ajuda mútua diante das

¹²² No art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Organização das Nações Unidas, em 1948, tem-se que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade.” Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 26 nov. 2009.

¹²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 9.

¹²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2009. p. 15.

¹²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5.

dificuldades, estando alguns desses aspectos discriminados de forma específica no art. 1566, ao estipular como deveres de ambos os cônjuges a mútua assistência, o respeito e a consideração. O mesmo se impõe aos companheiros, no art. 1724, do Código Civil.

Outras manifestações normativas da solidariedade podem ser encontradas no interior do núcleo familiar, o que pode ser exemplificado com a preferência estabelecida nos arts. 1731 e 1775, do Código Civil, no sentido de que sejam os parentes nomeados para o exercício da tutela ou curatela. Assim, confirmando os cuidados especiais que tanto as crianças quanto os outros incapazes necessitam, impõe a lei, em primeiro lugar, aos familiares, o dever de cumprir os deveres afetos aos seus interesses existenciais e patrimoniais, com preponderância para os primeiros.

O estabelecimento do direito de visitação para além da pessoa dos genitores, nos casos de dissolução do vínculo que os unia, é outro reflexo da solidariedade a ser exercitada entre os membros da família, uma vez que as relações estabelecidas entre as crianças e os adolescentes com seus parentes devem ser mantidas e fomentadas, pois, na grande maioria dos casos, são importantes para o crescimento e desenvolvimento daqueles. Muitas vezes, o espírito vingativo que remanesce de uniões fracassadas utiliza justamente o afastamento dos familiares como forma de punição, o que, de toda forma, merece ser contornado, inclusive judicialmente, por ser legítimo o interesse do infante à convivência familiar¹²⁶. Importa afirmar que a noção de família deve ser ampla, não se restringindo à noção jurídica formal de parentesco, englobando necessariamente os vínculos afetivos estabelecidos e não simplesmente os biológicos.¹²⁷ A Lei n.º 12.398 de 2011 dispôs, no interesse do menor, sobre a fixação judicial de visitação pelos avôs (art. 1589, parágrafo único, CC), não devendo a interpretação desta norma, porém, ser restritiva, mas amparada na expressão maior de “melhor

¹²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5. No mesmo sentido, PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 637 e 653.

¹²⁷ Exemplo pode ser retirado da Apelação cível em que foi concedido o direito de visitação para a madrinha de duas infantes de 8 e 10 anos, comprovado o vínculo de afeto que as unia. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0012369-80.2008.19.0021. Relator Desembargador Jesse Torres. Rio de Janeiro, 14 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.tj.rj.jus.br>>. Acesso em: 30 set.2010. Segundo Pietro Perlingieri: “O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 973.

interesse”, de modo a abranger também outros familiares, de acordo com as necessidades demonstradas no caso concreto¹²⁸.

O dever de prestar alimentos, sobretudo quando estabelecido em favor de cônjuges, companheiros, irmãos e pessoas maiores – atenção para a previsão do Estatuto do Idoso que estabelece a solidariedade, agora no sentido obrigacional, em benefício dos ascendentes idosos¹²⁹ – materializa a solidariedade constitucional no interior da família. Sendo, nesse assunto, relevante lembrar a previsão do art. 1704, parágrafo único, segundo o qual, baseando-se unicamente no dever de assistência que se espera daqueles que um dia conviveram e dividiram um lar, determina o pagamento de pensão alimentícia para o cônjuge que fora considerado como “culpado” pela separação, uma vez comprovada a impossibilidade do trabalho por parte deste e a inexistência de parentes que possam cumpri-lo.

Quanto aos filhos menores, encontram-se ambos os pais jungidos ao dever de guarda, sustento e educação, conforme o art. 229 da Constituição e art. 1566, IV, do Código Civil, sendo corroborado pelo art. 1568 da mesma lei, que determina a concorrência proporcional de bens e rendimentos de ambos para a consecução daqueles objetivos. Ocorre que, o dever dos pais sobre os filhos no que concerne ao cuidado, criação e instrução, ainda que possam encontrar justificativa perante o princípio da solidariedade, afiguram-se, segundo entendimento a ser defendido neste trabalho, diretamente vinculados ao cumprimento do princípio da parentalidade responsável, uma vez que não se trata apenas de uma obrigação que deriva da existência do conjunto familiar como âmbito de ajuda mútua, e sim de dever de responsabilizar-se pelo desenvolvimento integral daqueles a quem, por uma escolha reprodutiva, ou pela assunção do seu risco, foi conferido o direito à vida, que deve, em todo o caso, ser digna.

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando entendimento já manifestado anteriormente pelo mesmo tribunal,¹³⁰ não reconheceu o direito de se desobedecer ao rol descrito no art. 1697 do Código Civil a respeito dos devedores de alimentos. Para esse dispositivo, além de ascendentes e descendentes, incluídos restariam ainda somente os irmãos.

¹²⁸ Há até posicionamento no sentido de que para manutenção da hígidez emocional deva ser conferido o direito de visitas aos avós após a desconstituição do parentesco por meio da adoção. Seriam visitas que se baseariam não no poder familiar ou no parentesco, mas no vínculo de afeto. MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 92.

¹²⁹ Art. 12, Lei 10.741/03. Vide sobre o assunto: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 775565-SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 jun. 2006. Diário de Justiça, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2010.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 12079. Relator. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça, 16 out. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

Tratava-se de caso em que crianças não tinham suas necessidades básicas supridas pelo pai, alcoólatra, o que fez com que tias idosas se solidarizassem e as ajudassem de forma voluntária. Não prestado mais o auxílio, foi proposta ação de alimentos para que elas fossem condenadas ao pagamento de prestações alimentícias em benefício das crianças. O Superior Tribunal de Justiça não reconheceu a obrigação das tias, sobretudo por se tratar de parentes idosos que se colocariam, assim como as crianças, em uma situação de vulnerabilidade.

O grande questionamento nesse caso é o seguinte: caberia a aplicação do princípio constitucional da solidariedade, em conjunto com a determinação de igual estatura, prevista no art. 227, no sentido da proteção integral de crianças e adolescentes, para o fim de incluir outros parentes ao rol codificado de devedores de alimentos? A resposta, em tese, segundo se entende, poderia ser afirmativa, vislumbrando-se hipótese clara de aplicação do princípio da solidariedade na esfera familiar. Tratando-se de tias dos menores, portanto, colaterais em terceiro grau, conforme art. 1592, do Código Civil, impunha-se o dever de garantir a sobrevivência dos menores em situação de penúria até que os pais adquirissem condições para fazê-lo. Mas, diante das circunstâncias do caso concreto, considerando-se o sopesamento com os interesses de parentes também necessitados – ainda que tal raciocínio tenha se estabelecido em tese, e não de forma concreta – haja vista a condição de idosos, prevaleceu o fundamento de que as decisões judiciais devem ser concedidas com cautela, não ocorrendo provimento para o pedido de concessão de pensão alimentícia¹³¹.

O ideal seria que a solidariedade fosse algo inerente às relações humanas, derivando diretamente do sentimento nutrido em cada pessoa no sentido de ajudar o próximo a conduzir sua vida da melhor forma possível. No entanto, não sendo esta uma característica imanente à condição humana o que a faz depender do sentimento, compaixão e desprendimento de cada um, foi necessário que a ciência jurídica o encampasse para que, partindo do pressuposto de que a comunidade é o espaço onde se estabelecem as relações humanas, não seja aceitável o desenrolar absoluto e egoístico de direitos descontextualizados. Assim, cada um passa a ser responsável pelos seus comportamentos, não somente pelos efeitos sobre si mesmo, mas também em uma visão macro que ajuda a afastar sentimentos individualistas, de todo deletérios para a organização do Estado e das comunidades menores que o formam, do que seria exemplo a família.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1032846/RS. 3ª Turma. Relatora. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 18 dez. 2008. Diário de Justiça Estadual, 16 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

1.4.3 O princípio da igualdade da filiação e seus efeitos

A família é o primeiro grupo em que o ser humano desenvolve a sua atividade social, devendo ser, portanto, o campo propício para o desenvolvimento do ser em sua integralidade. Para tanto, não se poderia mais tolerar qualquer tipo de diferença entre os seus membros, de forma que, concomitantemente à equiparação entre homem e mulher na condução familiar, tornou-se premente a cessação das anteriores discriminações sofridas pelos filhos, sobretudo no que diz respeito ao tema do reconhecimento.

O art. 227, § 6º garante a igualdade entre os filhos, sejam eles oriundos de relações matrimoniais ou do processo de adoção, conferindo-lhes os mesmos direitos e qualificações e proscrevendo quaisquer designações discriminatórias no que pertine ao assunto da filiação¹³².

A grande benesse trazida pelo referido dispositivo foi finalizar o período discriminatório sofrido pelos filhos, sobretudo os incestuosos e adulterinos, deferindo-se a estes o direito à busca de sua paternidade de forma irrestrita, permitindo-se com tal ato a efetivação de todos os direitos advindos do vínculo filial. Esse avanço se dá em contrariedade a outros sistemas, dos quais se pode utilizar como exemplo a França, país que ainda hoje discrimina os filhos incestuosos, ao impedir, no art. 334-10 do Código Civil, que haja o duplo reconhecimento da sua paternidade e maternidade, com vistas a não conferir qualquer efeito positivo ao incesto¹³³. Ou seja, persiste naquele país a punição dos filhos pela conduta reprovável de seus pais.

A Constituição brasileira, nesse ponto, ratificou postura mais avançada, na medida em que uma das primeiras manifestações normativas no sentido da defesa da completa igualdade entre os filhos ocorrera em 1969, quando da elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, editada na Costa Rica. Dispôs esta que a lei deveria reconhecer iguais direitos aos filhos, sem restrições.¹³⁴

¹³²Não obstante a clareza da disposição constitucional, a Lei nº 7.841/89 revogou expressamente o art. 358 do Código Civil, que vedava o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos, servindo tal diploma tão somente para extirpar qualquer tentativa reacionária que insistisse em uma não aplicação do dispositivo.

¹³³MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antonio Augusto Cançado Trindade; Antonio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1043-1070.

¹³⁴BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de filiação*. São Paulo: RT, 2002. p. 22. Esse pacto foi recepcionado pelo Brasil através do Decreto nº 678 de 25 de setembro de 1992.

Muito além da mera igualdade, como notou a professora Heloisa Helena Barboza, o princípio constitucional teria o condão de desvincular o estado de filho do estado civil dos pais, garantindo-se uma proteção que surge diretamente do ato procriativo, independente da existência de qualquer vínculo entre os genitores.¹³⁵

Dessa maneira, não mais são aceitas referências à ilegitimidade da prole: todos os filhos são iguais, em nada importando o fato de terem nascido de relações estabelecidas fora do matrimônio, ou mesmo adúlteras ou incestuosas. Isso, no entanto, nada tem a ver com a manutenção da presunção de paternidade derivada do casamento. Para a ciência jurídica, todos os nascidos no decorrer de uma relação conjugal são, por presunção, considerados filhos do marido da mãe¹³⁶, havendo certeza sobre a maternidade, haja vista a visibilidade da gestação e do parto. A ressalva se faz a partir do desenvolvimento dos exames de DNA e da utilização das técnicas de reprodução assistida, na modalidade maternidade de substituição, quando não se tem a certeza da maternidade daquela que exhibe os sinais da gravidez, eis que o material biológico e, o mais importante, o projeto parental pertencem a outra mulher¹³⁷.

Enquanto não abolida essa presunção, ainda se faz vigente a classificação entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais, no sentido de se impor aos últimos a necessidade de buscar, seja de forma voluntária ou judicial, o reconhecimento do vínculo de filiação¹³⁸.

¹³⁵BARBOZA, Heloisa Helena. *Novas relações de filiação e paternidade*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1, 1997, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 135-142. p.139.

¹³⁶Várias teorias tentaram fundamentar a existência dessa presunção de paternidade, variando o teor dos argumentos desde a esdrúxula tese da acessoriedade, segundo a qual já que o marido era o dono da esposa, seria também de seus filhos, até outras mais sensatas, que vinculavam a paternidade à presunção de fidelidade da esposa; à coabitação exclusiva entre os cônjuges; ao dever de vigilância do marido, já que os filhos de sua mulher também seriam seus; e ainda à aceitação antecipada dos filhos através da anuência com o casamento. WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104-105.

¹³⁷Resolução 1957, de 2011, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹³⁸Segundo o professor João Baptista Villela, (O reconhecimento da paternidade entre o pós-moderno e o arcaico: primeiras observações sobre a Lei 8560/92. *Repertório IOB de Jurisp.* 2ª quinzena de fevereiro de 1993, p. 71-76, *apud* BOSCARO, Márcio Antônio, *Direito de filiação*. São Paulo: RT, 2002. p. 147), continuarão existindo filhos matrimoniais e extramatrimoniais, sendo esta distinção o suporte para a existência do instituto do reconhecimento. Para aquele autor: “ (...) a exata interpretação da referida norma constitucional deve ser dada com a vedação a que a lei ordinária e a prática de serviços públicos utilizem expressões, referentes à filiação, que tragam uma noção de reprovação, restrição ou diminuição social, salientando que os termos matrimonial e não matrimonial são axiologicamente indiferentes, despidos de conteúdos semânticos que exaltem ou condenem seu portador.” No mesmo sentido é o magistério de Sérgio Gischkow Pereira, para quem enquanto não for abolido o instituto do casamento não há como esquivar-se da classificação entre filhos havidos ou não no matrimônio, influenciando esta distinção no ato do reconhecimento. PEREIRA, Sérgio Gischkow. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. Vol. 04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 391-401, p.395. No mesmo sentido: BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 103-135, p.125.

A discriminação dava-se em função da condição de legítimo que se atribuía ao filho por conta da existência do casamento. Essa qualificação não mais existe, considerada a igualdade constitucional e, por isso, nenhum prejuízo há em que se facilite a prova da filiação. A presunção do artigo 1597, do Código Civil, é classificada doutrinariamente como legal e relativa, tendo em vista sua origem e por permitir a apresentação de provas contrárias. De acordo com o Código de Processo Civil, art. 334, IV, independem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Ou seja, os fatos presumidos equivalem a fatos já provados, por derivarem conclusivamente de um fato já certo e incontestável.

O casamento, como ato jurídico certificador de uma comunhão de vidas, permite a conclusão de que o nascido seja filho dos cônjuges, tornando certa tal condição. Se inexistisse liame jurídico que diretamente justificasse a existência daquela comunhão, não haveria motivo hábil para legitimar a prova da filiação. A situação jurídica dos não casados é diversa, permitindo, por isso, o estabelecimento de tratamento normativo diferenciado. Não é cabível defender, portanto, a inconstitucionalidade da presunção, haja vista não restar dela nenhum fator de discriminação.¹³⁹

Com a consagração constitucional do princípio da igualdade, extirpa-se do cenário normativo um velado incentivo que se conferia à irresponsabilidade masculina, em prejuízo da mãe, que deveria suportar sozinha todos os encargos advindos do nascimento de uma criança sob o estigma da ilegitimidade. O acesso irrestrito à ação de investigação de paternidade, permitido no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aliado ao procedimento de averiguação oficiosa, descrito no art. 2º da Lei n.º 8560/92, confirmam a imposição de uma postura responsável para os genitores.

Assume o direito à filiação uma nova faceta, mais humana e mais digna, que afasta quaisquer indagações a respeito da classificação entre os filhos. É deferida a todos a prerrogativa de ver reconhecida juridicamente a sua condição, alcançando-se, a partir daí, todos os direitos e as obrigações pertinentes ao seu estado.

Dessa forma, tem-se que várias transformações foram efetivadas em prol do direito dos filhos, afastando a ordem jurídica da situação vexatória com que sempre foram tratados os não nascidos do casamento. A postura hodierna vem tentar consertar os efeitos causados por

¹³⁹ Discordância, portanto, se manifesta para com o posicionamento adotado por TABET, Gabriela. A inconstitucionalidade da presunção *pater is est*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr-jun, 2005, 71-95. p. 92. Sobre a inexistência de inconstitucionalidade, BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Bruno Torquato de. (coord.). *Bioética, biodireito e o código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

um odioso conjunto legislativo, quando muitas pessoas, vítimas das injunções históricas, sofreram a decepção de ver obstruído o acesso à própria paternidade. Esse panorama normativo favorecia e incentivava uma cultura de irresponsabilidade, principalmente paterna, sendo a igualdade um marco para a implantação da responsabilidade nas relações familiares, uma vez que, ao permitir o acesso irrestrito à condição de filho, favorece a identificação dos genitores, atribuindo-lhes todas as obrigações decorrentes de seu ato procriativo.

Como substrato, porém, deve-se ressaltar que a adoção constitucional de uma postura igualitária e personalista faz com que os tempos de discriminação tornem-se cada vez mais remotos, impondo-se a todos – doutrinadores, legisladores, juízes – uma conduta ativa, para garantir uma eficaz aplicação da norma. Além disso, em termos interpretativos, não se pode nunca restringir sua análise, ao contrário, deve-se buscar sempre um novo sentido progressivo para o seu texto, eis que o tema da filiação encontra-se em contínuo processo evolutivo.

É importante acrescentar que em sede do princípio da igualdade da filiação sobressai a importância da consideração jurídica do vínculo de afetividade e, pela importância do assunto, torna-se merecida uma análise mais detalhada sobre sua qualificação como critério – similar ao presumido e ao biológico – para atribuição da parentalidade.

A inicial primazia conferida à verdade biológica como elemento essencial para o estabelecimento da filiação não foi capaz de preencher o verdadeiro sentido que se esperava extrair da relação de paternidade, principalmente quando a análise desta leva em consideração uma ordem jurídica que passa a considerar precipuamente os interesses dos filhos, sobretudo em se tratando de crianças e adolescentes.

Assim, merece ser descortinada a dimensão afetiva da paternidade como elemento primordial na revelação do verdadeiro sentido de uma relação de parentesco, porquanto os vínculos sanguíneos sejam frágeis demais para evidenciar o que efetivamente é capaz de informar a filiação.

Desde a década de 1970, já entendia João Baptista Villela que a paternidade deveria ser considerada antes como um fato cultural que simplesmente da natureza, eis que o vínculo estaria antes no serviço e no amor que na mera procriação. Ademais, antevia o mesmo autor que a adoção, por seu caráter eletivo, seria a prefigura da paternidade do futuro.¹⁴⁰

Essa diretriz coaduna-se com a atual formatação do núcleo familiar, cujo objetivo principal consiste em satisfazer os interesses de cada um de seus membros, num sentido de

¹⁴⁰VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 271, 45-51, jul- set.1980, p. 45.

realização pessoal, obtendo-se, então, um desenvolvimento conjunto que, por consequência, fortalece a união dos seres.

A paternidade afetiva tem como base fática para o seu estabelecimento, segundo a doutrina brasileira¹⁴¹, a denominada posse de estado de filho, estando esta materializada sempre que se consiga visualizar a existência de todos os elementos pertinentes a uma concreta e efetiva relação filial, levando-se em consideração o comportamento daqueles que a integram.

A configuração do estado de filho requer a coexistência de alguns elementos, tais como *nomen* ou *nominatio*, *tractatus* e fama ou *reputatio*, sendo ratificada a posição doutrinária segundo a qual não há obrigação de que os três se perfeçam de forma simultânea.¹⁴²

O primeiro desses significa a utilização pelo filho do patronímico pertencente ao pai, já que se poderia inferir dessa situação a vontade de que o nome da família fosse perpetuado na pessoa do filho.

Sobre o assunto, porém, numa análise menos formalista, que parece ser a mais adequada, José da Costa Pimenta afirma que o elemento *nomem* encontra-se materializado sempre que exista entre as partes interessadas o simples chamamento recíproco de pai e filho¹⁴³.

No que concerne ao trato, pode-se considerá-lo como o principal requisito para a configuração do estado de filho, uma vez que se encontra consubstanciado na própria relação vivenciada com os pais, na medida em que este se manifesta mediante a preocupação com o bem-estar do filho, cuidados com a sua saúde, educação, e também com o zelo, a todo instante, pela boa formação do filho. Nesse caso, a preocupação em proteger e em conferir

¹⁴¹ Por todos, cite-se Luiz Edson Fachin, para quem "...a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho." FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37.

¹⁴² Segundo Luiz Edson Fachin: "Ademais, a tradicional trilogia que a constitui (*nomen*, *tractatus* e fama) mostra-se, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríptico elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado." FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 68. No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo: "A posse de estado de filho oferece os necessários parâmetros para o reconhecimento da relação de filiação, fazendo ressaltar a verdade socioafetiva." LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil. Famílias*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 236. Sobre esta, é possível afirmar que as características não precisam estar presentes conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido em caso de dúvida (*ibidem*, p. 237).

¹⁴³ PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 163. No mesmo sentido, José Bernardo Ramos Boeira: Entretanto, a doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a 'posse de estado de filho' se concorrem os demais elementos – trato e fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado. BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 63.

melhores condições de vida não perde a sua relevância pelo simples fato de, em alguns momentos, ser também necessário o exercício de um razoável poder corretivo, porquanto faça parte do processo de criação o alerta para a inconveniência de determinadas condutas, desde que obviamente não se abuse desta prerrogativa. Pelo contrário, mais ainda nessas hipóteses resta configurada a relação de paternidade, visto que a intenção daquele que corrige atos e aponta melhores caminhos demonstra a consideração normal que qualquer pai, no exercício de uma parentalidade responsável, pode concretizar.

Sempre que a aparência desse verdadeiro vínculo ultrapasse as fronteiras do próprio lar, alcançando o conhecimento de outros familiares e também de terceiros pertencentes à sociedade, perfaz-se o terceiro elemento, denominado *reputatio*.

Costuma-se afirmar ser, também, imprescindível o fator temporal para a verificação do referido estado, pois que faz parte da sua essência a manutenção, por certo tempo, a ser verificado pelo julgador no caso concreto. Com efeito, a configuração da posse de estado de filho requer um comportamento contínuo, habitual e estável, afastando-se a sua existência em situações passageiras e isoladas¹⁴⁴. Aliás, segundo afirma Luiz Edson Fachin, a atuação judicial nesses casos é muito importante, pois que é o órgão julgador que analisará a legitimidade de cada fato para a constituição da posse de estado, bem como a duração desse estado, de modo a provar-se a estabilidade da relação¹⁴⁵¹⁴⁶.

Em sede constitucional costuma-se apontar a regra da igualdade, amparada no art. 227, §6º, como um dos fundamentos jurídicos da paternidade afetiva, pois que, independentemente da origem, a todos os filhos devem ser conferidos os mesmos direitos e qualificações, o que vem a ser confirmado pela aceitação expressa da adoção como um dos meios pelos quais o vínculo de parentesco pode ser estabelecido. Além disso, vislumbra-se que a posse de estado pode conferir àquele que se comporta e é tratado como filho a efetivação de um direito constitucional, previsto no art. 227, *caput*, qual seja, o direito das crianças e dos adolescentes

¹⁴⁴ PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 164.

¹⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992, p. 157-158.

¹⁴⁶ Muito importante sobre o assunto a observação apresentada pela assistente social Denise Duarte Bruno, pois, segundo seu entendimento, é muito fácil verificar-se que em algumas regiões, principalmente nas áreas mais pobres, existe o costume de se realizar a chamada “circulação de crianças”, não se verificando, em regra, nestas hipóteses, a configuração da posse de estado de filho, pois estruturado encontra-se o regime de delegar a criação e o cuidado com as crianças para terceiros como vizinhos, parentes, madrinhas, e outros. Sendo importante afirmar que em muitos desses casos não se perde a referência materna que ainda pertence à mãe biológica. BRUNO, Denise Duarte. *Posse do estado de filho*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 3, 2001, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 461-472, p.468.

à convivência familiar.¹⁴⁷ Nesse mesmo sentido tem-se o posicionamento de Heloisa Helena Barboza, para quem a aceitação do vínculo afetivo, como fundamento hábil a respaldar a paternidade, é instrumento capaz de permitir a realização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, concretizando a doutrina da proteção integral, disposta no art. 227 da Constituição¹⁴⁸.

Em nível infraconstitucional a sua previsão pode ser encontrada no art. 1593 do Código Civil, segundo o qual: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.” Assim, a inequívoca referência a outras origens teria criado a possibilidade de enquadrar, em seus termos, a paternidade afetiva.¹⁴⁹

Além do art. 1593, afirma Belmiro Welter ser possível fundamentar a paternidade afetiva também no artigo 1596, que ratifica a igualdade constitucional prevista para a filiação; 1597, V, que aceita a paternidade simplesmente sociológica nas hipóteses de inseminação artificial heteróloga; restando, ainda, a hipótese prevista no art. 1605, II, no que diz respeito à prova da filiação derivada da posse de estado de filho afetivo¹⁵⁰.

No entanto, ainda que existentes poucas disposições infraconstitucionais no que concerne à filiação afetiva, os fundamentos constitucionais, consubstanciados, sobretudo, na igualdade e na proteção incondicional dos direitos da criança e dos adolescentes, já seriam suficientes para a aceitação de tão nobre vínculo.

Essa é uma realidade que se impõe, até mesmo porque não se pode vislumbrar na Constituição Federal nenhum tipo de privilégio quanto à filiação biológica, em detrimento da afetiva. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo:

Em suma, a Constituição não oferece qualquer fundamento para a primazia da filiação biológica, pois amplo é seu alcance. A primazia não está na Constituição, mas na interpretação equivocada que tem feito fortuna, como se o paradigma da filiação não tivesse sido transformado. Até mesmo no direito anterior, a filiação biológica era nitidamente recortada entre filhos legítimos e ilegítimos, a demonstrar que a origem nunca foi, rigorosamente, a essência das relações familiares.¹⁵¹

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, RS, n.19, p. 133-156, out-nov-dez. 2003, p.142-143. Os dispositivos destacados foram apresentados por este autor.

¹⁴⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. *Novas relações de filiação e paternidade*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1, 1997, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 135-142, p.140.

¹⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 17, 07-35, abril- jun. 2003, p. 21.

¹⁵⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio. 2003, p. 161.

¹⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, RS, n.19, p. 133-156, out-nov-dez. 2003, p. 143.

Além disso, deve ser sempre lembrado que a dignidade humana foi eleita como verdadeiro fundamento do Estado, de forma que os valores imateriais a ela correspondentes devem espalhar-se por toda a seara do direito de família, estando apta, inclusive, a fundamentar sozinha a filiação afetiva, porquanto a dignidade deva ser apreciada sob diversas óticas, sobretudo aquela que protege o ser humano na sua vivência familiar, ainda que nenhum vínculo de sangue exista em sua constituição.

Com efeito, chega a afirmar Paulo Luiz Netto Lôbo que o princípio da afetividade especializa, no que diz respeito às relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, que informa todas as relações e ao qual se submete todo o ordenamento¹⁵².

Dessa forma, respaldados na garantia da dignidade da pessoa humana, no desenvolvimento histórico legislativo ascendente em relação à defesa dos filhos, e, além disso, com fundamento no princípio da igualdade, é plenamente aceitável a ideia de que a proteção do direito deve dirigir-se genericamente a todos os filhos, garantindo-lhes, quando necessário, a proteção da paternidade sociológica.

Com base no anteriormente exposto, é fácil identificar que a paternidade socioafetiva dá-se preponderantemente por seu viés social e menos pela análise do sentimento, pois, ao serem mencionados os efeitos jurídicos que da mesma decorrem¹⁵³, não se trabalha com o amor afetivo, alheio à análise judicial – ainda que na prática aquele possa verdadeiramente estar presente –, mas com a concretização fática e objetiva de uma realidade paterno-filial¹⁵⁴.

As ações manifestadas pelas pessoas – no caso aqueles que se colocam na posição de pais e filhos – encontram-se fundadas no afeto e, como tal, geram nos participantes e nos terceiros uma aparente solidez e certeza. Criam um estado de fato que se identifica com aquele oriundo de uma família, e é esta aparência que merece ser protegida por gerar confiança e estabilidade, principalmente em se tratando de um assunto tão delicado, qual seja,

¹⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2, 1999, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 245-253, p. 250.

¹⁵³ “A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com o afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico de afetividade entre pais e filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. *Revista das famílias e sucessões*, n.5, p. 5-22, ago-set. 2008, p. 7 e 9.

¹⁵⁴ “A convivência familiar, que o art. 227 da Constituição considera integrante do melhor interesse da criança e do adolescente, é fato entretido em relações sociais duradouras, com objetivo de constituição de família, o que as distingue de outras relações sociais. A afetividade, por seu turno, é dever jurídico a que devem obediência pais e filhos, em sua convivência, independentemente de haver entre eles afeto real.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Ibid.*, p. 6.

a construção de uma estrutura familiar para crianças e adolescentes, pessoas ainda em formação.

O afeto é, sem dúvida, fato social que vai projetar efeitos jurídicos, passando a fazer parte desta seara, mas tão somente quando “externado pelos membros das entidades familiares através de condutas objetivas voluntárias que marcam a convivência.”¹⁵⁵ Assim, a sua proteção jurídica dá-se precipuamente em função da materialização do direito constitucional à convivência familiar.

Considerando que os aspectos fáticos da filiação social decorrem da criação e do tratamento cuidadoso, no cumprimento de uma verdadeira relação familiar, tem-se que, a se considerar que os filhos são crianças ou adolescentes, e, portanto, menores, vivencia-se verdadeiro exercício responsável de poder familiar¹⁵⁶, eis que neste se encontram os deveres de sustento, guarda, educação, enfim, criação num sentido amplo. Ao se defender essa postura, evidencia-se a desnecessidade de se atribuir nomenclaturas herméticas, tais como nome, trato e fama, para a sua configuração, eis que as hipóteses fáticas são diversas, sendo suficiente a determinação de que o estado familiar tenha se concretizado para que o juiz possa reconhecer, diante dos detalhes do caso concreto, a produção de seus efeitos jurídicos.

Assim, a criação do estado de filho, manifestada pelo exercício concreto do poder familiar, tenha este vínculo se originado ou não no afeto sentimental, deve ser preservado em função dos efeitos gerados sobre as pessoas que dele participaram.

1.4.4 O princípio da autonomia reprodutiva

O tema do planejamento familiar pode conduzir a uma análise multifacetada que envolve, sobretudo, aspectos políticos, econômicos e sociais. Em todo mundo há uma grande preocupação com o equacionamento entre o aumento populacional e a produção insuficiente de bens e energias. Esse aspecto perfaz tão somente um dos pontos a serem considerados sobre o tema, eis que em termos jurídicos também é possível e necessária a discussão sobre diversas ações adotadas sob o título de execução de planos de organização familiar, variando os exemplos desde a identificação da natureza do direito à reprodução até a implementação de

¹⁵⁵ RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Eficácia do parentesco socioafetivo. In: *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 176.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 181.

políticas atinentes ao exercício deste direito, bem como das consequências que poderão advir das opções feitas sobre esse assunto.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o planejamento familiar em seu art. 226, § 7º, e neste fica bastante evidente a opção por qualificá-lo como verdadeiro direito, a ser exercido sob os influxos dos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, que constituem o seu fundamento.

De acordo com a concepção de que não há direitos estabelecidos de forma absoluta, sendo necessária uma harmonização entre eles – o que redundará em uma fixação de limites ao seu exercício –, tem-se a determinação de que a paternidade deva ser exercida de forma responsável, o que se alia ao dever de respeito à dignidade humana¹⁵⁷. Ou seja, a liberdade reprodutiva encontra limites – decorrentes do próprio ordenamento jurídico – na não instrumentalização do ser ainda não nascido, o que reproduz um ensinamento Kantiano, assim como na necessidade de se imantar, desde o início, a conduta dos pais com a noção de responsabilidade, já que esta deverá nortear o desenvolvimento de toda a relação filial a ser estabelecida¹⁵⁸.

A dignidade e a responsabilidade, *in casu*, configuram-se como conteúdo de um interesse que merece ser protegido, mas o grande questionamento que se faz recai sobre a titularidade desse interesse, eis que se está a tratar de alguém que ainda não nasceu e que, por isso, não seria uma pessoa em sentido jurídico.

Sobre esse assunto, duas opiniões merecem ser mencionadas: a de Roberto Andorno e a de Pietro Perlingieri.

Para o primeiro, o desenvolvimento das técnicas de engenharia genética humana serviu, de forma mediata, para evidenciar que a noção clássica de “direitos humanos”, criada para a proteção de indivíduos existentes, é insuficiente para as novas demandas. Estas se encontram voltadas para a garantia da integridade e identidade das gerações futuras, ou seja, indivíduos ainda não nascidos e sequer concebidos. O raciocínio deste autor parte de uma noção extensiva da dignidade, segundo a qual:

(...) se cada ser humano possui um valor intrínseco, pode sustentar-se que o gênero ao qual pertencem (a humanidade) também possui um valor inerente. Este conceito amplo de

¹⁵⁷ “Apoiando-se exclusivamente nos direitos humanos (direito de ‘dar a vida’ e direito à ‘intimidade’), restringe-se a um ponto de vista puramente individualista. Este ponto de vista não pode ser o único a ser considerado pelo legislador. O direito também tem uma vocação normativa, ele se inspira em valores e permite que estes sejam respeitados. A questão, então, é saber se nossa civilização ainda é capaz nesse domínio como em outros, de sair de sua atomização, da valorização exclusiva da subjetividade e de seu desprezo pela natureza.” AGACINSKI, Sylviane. *Política dos sexos*. Tradução de Marcia Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 124.

¹⁵⁸ Sobre a relativização do direito à procriação com base na dignidade humana, para o contexto do ordenamento italiano, RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 157.

dignidade exige, por um lado, a preservação de um meio ambiente sustentável para aqueles que nos sucederem (tarefa que incumbe à ética do meio ambiente) e, por outro lado, a proteção da integridade e identidade do gênero humano (tarefa da bioética).¹⁵⁹

O segundo expõe que a norma confere uma forma conceitual aos fatos sociais, de modo que deste mesmo fato derive uma situação jurídica permeada de interesses de natureza existencial, patrimonial ou híbrida. O sujeito não seria um elemento essencial para a existência da situação, sendo possível a configuração de situações que são tuteladas pelo ordenamento, mas que não possuem ainda um titular. Exemplos poderiam ser encontrados em atos como a doação ao nascituro ou à prole eventual. A titularidade do interesse, nesse caso, seria potencial, mas a situação jurídica existente seria digna da mais efetiva tutela jurídica.¹⁶⁰ Desse modo, caberia a transposição desse esquema teórico para o fim de legitimar, em sede de planejamento familiar, a proteção dos interesses daqueles que ainda não nasceram e que, por tal condição, não poderiam ficar sujeitos ao exercício desmedido e absoluto da liberdade procriativa.

Fixou o legislador constitucional, como especificação do direito à liberdade, previsto genericamente no art. 5º, II, a possibilidade de livre escolha sobre a organização da família, cabendo ao Estado propiciar meios para um exercício efetivo e completo dessa prerrogativa (art. 226, §7º). Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n.º 9263/96, que afastou qualquer tentativa de restrição sobre a titularidade do direito ao planejamento familiar, atribuindo-o, em seu art. 1º, a todos os cidadãos. Em seu art. 2º, foi enunciada a base geral de entendimento sobre o conteúdo desse novo direito, vinculando-o ao conjunto de ações que venha regular a fecundidade, garantindo direitos iguais na constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou casal.¹⁶¹

A instabilidade política vivenciada no Brasil nas décadas de 1970 e 1980 permitiu que as discussões sobre controle demográfico fossem intensas. Esse aspecto preponderou durante muito tempo no estudo do conteúdo do planejamento familiar, até que em 1983 a preocupação com a questão demográfica decresceu e o Ministério da Saúde criou o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher. Essa iniciativa governamental demonstrou preocupação com a autonomia feminina contraceptiva, valorizando práticas de educação sobre

¹⁵⁹ ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 82.

¹⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 973.

¹⁶¹ Art. 2º, Lei 9263/96. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 fev. 2010.

saúde e sexualidade¹⁶². Em 1988, com a previsão constitucional do art. 226, §7º, o controle de natalidade se desvinculou definitivamente do conceito de planejamento familiar, qualificado como verdadeiro direito.

A lei 9263 de 1996 superou a dimensão negativa do instituto do planejamento familiar, afastando entendimento derivado da prática vivenciada no país, onde predominavam as políticas de incentivo à contracepção, em detrimento daquelas que fomentavam a concepção.¹⁶³

O direito ao planejamento familiar merece ser avaliado em sua dimensão positiva, promocional, vinculada à possibilidade concreta de oportunizar o exercício da função de genitor(a), com todas as implicações que isso pode acarretar para a construção da matéria no Brasil – uma delas a discussão sobre a paternidade/maternidade homossexual¹⁶⁴. Essa forma de interpretar o direito ao planejamento familiar está diretamente ligada ao questionamento acerca da existência de um direito à reprodução.

A ideia sobre um reconhecimento expresso e específico acerca desse direito foi iniciada na Primeira Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, realizada em 1968, em Teerã. Naquele momento, firmou-se o entendimento de que os pais teriam o direito de decidir sobre o número de filhos e o intervalo entre eles.¹⁶⁵ Passado algum tempo e após a realização de outras Reuniões Internacionais, os resultados mais importantes foram os seguintes: o avanço na proteção dos direitos da mulher (Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, 1979) e a referência ao direito de livre e responsável decisão sobre o planejamento familiar (Conferência Internacional sobre População, 1984 e Conferência Mundial de Direitos Humanos, 1993). Assim, percebeu-se que a “questão reprodutiva perdera, aos poucos, o enfoque eminentemente populacional, admitindo-se que ela deveria ser tratada tendo em vista os indivíduos em si e não apenas como reflexo da decisão por eles tomada”.¹⁶⁶

¹⁶² COSTA, Ana Maria; GUILHEM, Dirce; SILVER, Lynn Dee. *Planejamento familiar: a autonomia das mulheres sob questão*. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

¹⁶³ BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 777-801.

¹⁶⁴ Ibid. p. 777-801.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito fundamental à procriação: considerações sobre a maternidade monoparental e função paterna*. 195 f. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. p. 104-105.

¹⁶⁶ Ibid. p. 106.

No entanto, a primeira vez em que o direito à reprodução foi trabalhado de forma mais concreta, sendo enunciados princípios atinentes à sua realização, com reconhecimento solene a título de direito fundamental, ocorreu no Cairo, na Conferência Internacional sobre população e desenvolvimento, realizada em 1994, com ratificação desta condição, em 1995, na Conferência de Beijing.¹⁶⁷

Em uma análise histórica, a luta pelos direitos reprodutivos começa a ser fomentada a partir do momento em que as mulheres passam a questionar a maternidade obrigatória, instrumento de dominação do homem, e a possibilidade de contracepção como exercício de liberdade.¹⁶⁸

Por considerar os direitos reprodutivos como verdadeiros direitos humanos, a Conferência do Cairo teve como resultado a condenação de todas as vetustas medidas e políticas estatais que costumavam impor restrição ao crescimento populacional para o fim de combater a pobreza e a desigualdade social.¹⁶⁹

Assim, para Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Pirotta, os direitos reprodutivos podem ser entendidos da seguinte forma:

Esses direitos compreendem o reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos decidirem livre e responsabilmente o número de filhos e o espaçamento entre eles, tendo informações e métodos para efetivar tais decisões, no sentido de atingir o mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual. Inclui-se aí também o direito de todos de tomar decisões concernentes à reprodução, livres de todas as formas de discriminação, coerção e violência, como expresso nos documentos relativos aos direitos humanos.¹⁷⁰

Muito ainda deve ser acrescentado a esse conceito, principalmente em termos práticos, sabido que faltam principalmente informação e a possibilidade efetiva de um exercício livre da sexualidade e da reprodução por homens e mulheres.

A instrumentalização dos direitos reprodutivos dá-se mediante políticas de planejamento familiar, cuja feição encontra-se inexoravelmente vinculada às opções feitas pelo Estado no sentido da realização efetiva dos direitos dos cidadãos. Dessa forma, quanto

¹⁶⁷ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005, p. 117-138. p. 118. É feita menção aos dois documentos no Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) de 2002, nos seguintes termos: 332. Divulgar o conceito de direitos reprodutivos, com base nas plataformas do Cairo e de Pequim, desenvolvendo campanhas de pré-natal e parto humanizado, bem como implementando comitês de prevenção da mortalidade materna e da gravidez na adolescência. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 19 out. 2011.

¹⁶⁸ PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 238.

¹⁶⁹ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005, p. 117-138. p. 118.

¹⁷⁰ PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 244.

mais igualdade houver entre os gêneros, assim como quanto maior for a preocupação com a informação, principalmente para os adolescentes, diferenciados serão os efeitos do exercício de organização familiar em cada país.

No Brasil, a base para a efetivação do planejamento se inicia com a assistência à concepção e contracepção (art. 3º, § único, I, Lei n.º 9.263/96), tanto no sentido preventivo e educativo como no acesso igualitário às informações e aos meios disponibilizados para os referidos fins (art. 4º, Lei n.º 9.263/96). Administrativamente essa postura inclui o compromisso com a informação, indo além para alcançar a prestação de serviços médicos que garantam a vida e a integridade física da mãe e da criança.

Para Heloisa Helena Barboza, o direito ao planejamento consta da categoria dos direitos fundamentais do indivíduo e “pode ser inscrito no rol dos direitos que permitem a realização das potencialidades da pessoa humana, uma das mais importantes e que, por tal motivo, deve estar diretamente submetida a sua autonomia”.¹⁷¹

Atualmente, nenhuma outra questão ilustra tão bem as controvérsias e dúvidas que pairam sobre o tema do planejamento familiar quanto as técnicas de reprodução assistida. Tal afirmação pode ser confirmada pelas discussões atuais estabelecidas em sede da titularidade do direito de acesso às técnicas; dos limites à liberdade daqueles que optam pela sua utilização; da enunciação de condições que possibilitam o seu manejo; dentre outras situações.

Além disso, é importante afirmar que nas Conferências do Cairo e de Pequim, foram estudadas, ao lado dos direitos reprodutivos, também a questão dos direitos sexuais e a necessidade de garantir e oportunizar a saúde sexual e o livre exercício da sexualidade.

Igualmente nesse ponto, as técnicas de reprodução assistida são inovadoras, eis que permitem a reprodução independentemente do exercício da sexualidade, dando continuidade a uma “revolução” que certamente teve seu ponto alto na liberdade sexual decorrente da descoberta dos fármacos anticoncepcionais. A sexualidade se desvinculou da reprodução, sendo colocada ênfase na liberdade da mulher quanto ao seu corpo.

A liberdade sexual pode ser considerada como uma importante fase da emancipação experimentada pelo sexo feminino, pois a maternidade deixou de ser um destino obrigatório

¹⁷¹ BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.) *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 777-801. No mesmo sentido, Flávia Piovesan, ao afirmar que: “Os direitos sexuais e reprodutivos, na realidade, não se encaixam, puramente, em nenhuma das categorias tradicionais de direitos civis e políticos versus direitos econômicos e sociais, porque compõem uma figura híbrida. Esses direitos sexuais e reprodutivos, demandam o campo da liberdade, da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade, da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência.” (PIOVESAN, Flávia. Contexto internacional dos direitos humanos e atuação externa do governo brasileiro e o desafio da convenção interamericana para os direitos sexuais e direitos reprodutivos. In: *Direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Anais. Rio de Janeiro: Advocaci, 2005. p. 109).

para ser transformada em opção. Em uma análise ampla, vislumbra-se que, primeiramente, houve a descoberta da sexualidade como um fato desvinculado da reprodução. Ou seja, o corpo foi reconhecido como fonte de prazer e de realização femininas e não mais como um instrumento para o aumento da prole. Depois, em um segundo momento, a própria natureza foi modificada pelo conhecimento humano, sendo possível a reprodução da espécie sem a realização de relações sexuais.

Tal fato despertou nas mulheres a antevisão da possibilidade de postergar a maternidade, sendo conferida prioridade a outros objetivos e experimentada a desnecessidade de vínculo com a figura masculina. Assim, de um histórico de completa submissão, passa a mulher a poder prover, por si mesma, a sua sobrevivência, e a concretizar seus desejos mais íntimos, seja no que diz respeito à satisfação sexual ou à assunção do papel de mãe, sem precisar fixar qualquer relação de dependência com o sexo oposto.

A maternidade passou a ser percebida como uma experiência de vida e não como uma imposição. Deixou de ser obrigação para tornar-se opção, ocorrendo hoje, contrariamente ao passado, a busca voluntária pelo exercício da função parental.¹⁷² De tal fato decorrem aspectos que diversificam as formas de análise sobre a questão.

As mulheres, cada vez mais envolvidas com a carreira profissional, terminam por postergar a maternidade, quando então assistem a certas dificuldades, quais sejam as mais corriqueiras: a inexistência de um parceiro ou a impossibilidade patológica da gestação. Por outro lado, homens e mulheres homossexuais querem também exercer a função parental, desejo justificado, uma vez que nenhuma contradição se coloca entre a preferência sexual e o desejo de vivenciar uma situação de paternidade ou maternidade. Em suma, da luta feminina pela contracepção, chegou-se à luta de todos, homens e mulheres, pelo exercício da função de pai ou mãe.

As técnicas de reprodução assistida são inúmeras, sendo citadas, a título meramente ilustrativo, a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a maternidade de substituição. A primeira requer que a fertilização ocorra no interior do corpo feminino, já a segunda, em laboratório, hipótese em que posteriormente serão os embriões implantados no útero da mulher para, possivelmente, culminar em uma gestação. Já a maternidade de substituição será escolhida quando impossível que a mãe biológica leve a termo, de forma exitosa, o processo

¹⁷² CORRÊA, Marilena. Medicina reprodutiva e desejo de ter filhos. In: GROSSI, Miriam; PORTO, Rozeli; TAMANINI, Marlene. *Novas tecnologias reprodutivas concepitivas: questões e desafios*. Brasília: Letras Livres, 2003. p. 40.

gestacional. Podem as mesmas técnicas ser divididas em homólogas e heterólogas, se o material genético utilizado é do parceiro ou de terceiro doador de gametas.

O interesse despertado pela reprodução assistida vai muito além da seara jurídica, estando diretamente vinculado a questões psicológicas, éticas e religiosas.¹⁷³

No aspecto jurídico são encontradas importantes discussões sobre os efeitos da utilização da reprodução medicamente assistida. Grande dificuldade se encontra, principalmente, na constatação de que os interesses a serem cumpridos por meio dessas técnicas são imediatamente existenciais e não patrimoniais.

O Brasil, até o presente momento, não legislou sobre o assunto, salvo pequena menção à questão da presunção de paternidade no art. 1597 do Código Civil, cuja redação, no entanto, não pode ser considerada como satisfatória, tendo em vista as inúmeras dúvidas que suscita.

As únicas disposições existentes sobre a matéria circunscrevem-se ao Conselho Federal de Medicina, que resolveu estipular normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida por meio da Resolução nº 1957, de 15 de dezembro de 2010.

Sobre o acesso às técnicas procriativas, de acordo com o Conselho Federal de Medicina,¹⁷⁴ afirma-se ser possível a toda pessoa capaz a utilização dos métodos de reprodução artificial. Dessa forma, tanto as pessoas solteiras¹⁷⁵, casadas ou conviventes, independente da opção sexual, têm acesso ao procedimento.

Essa postura se coaduna com os termos da Lei n.º 9263, que garante o acesso igualitário às técnicas em seu art. 4º, e afasta o entendimento, anteriormente difundido, de que o uso da reprodução medicamente assistida se restringia às pessoas que apresentassem patologias impeditivas da gestação pelos meios naturais. Também no art. 9º da mesma lei é determinado, para fins de exercício do direito ao planejamento familiar, o oferecimento de

¹⁷³ No primeiro aspecto, tem-se a necessidade de acompanhamento dos futuros genitores que buscam a realização dos tratamentos, eis que a ansiedade acerca da gestação gera uma série de traumas e perturbações que exigem tratamento, sobretudo nas hipóteses em que se utiliza material genético de terceiro ou o útero de outra mulher para a gestação. Nesses casos, a intervenção do profissional assume importância ímpar, na medida em que necessária uma adaptação a uma realidade diversa daquela que normalmente acontece. Os conflitos éticos dizem respeito à manipulação da vida e à possibilidade de intervenção nas características físicas do futuro ser, o que levado às últimas consequências poderia redundar na tentativa de criação do ser humano perfeito, sendo todos os outros considerados inferiores a ele; os perigos de tal conduta ainda se encontram gravados na memória da humanidade, já que a base do nazismo consistia em distinguir os seres com base na superioridade de uns sobre os outros. Enquanto isso, no aspecto religioso, as técnicas de reprodução assistida contrariam a natureza, permitindo que o ser humano venha a interferir no ato natural da criação. Sobre os aspectos religiosos, vide GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 656.

¹⁷⁴ Item II, 1 da Resolução 1957, de 2011, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

¹⁷⁵ Eduardo de Oliveira Leite repudia a utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras, pois é interesse da criança ter acesso a uma biparentalidade. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995. p. 151.

todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção que não apresentem risco à vida e saúde das pessoas, sendo garantida, em qualquer caso, a liberdade de opção. O exercício da autonomia reprodutiva inclui a escolha sobre os meios, se naturais ou artificiais, sendo descabida qualquer tentativa de restringir o acesso às referidas técnicas¹⁷⁶. Renata Barbosa entende que o direito à procriação está amparado em dois pilares: o livre desenvolvimento da personalidade, justificando-se – como já o faz a doutrina¹⁷⁷ – a escolha reprodutiva na esfera de autodeterminação da pessoa; o direito à saúde. O conceito de saúde aplicado no Brasil, adotado pela Organização Mundial de Saúde em 1948, é amplo, não significando necessariamente ausência de doença, e sim o bem-estar físico, mental e social. A reprodução humana está expressamente vinculada ao conceito amplo de saúde, como se depreende da redação do art. 3º da Lei n.º 9.263.

Devem ser oferecidos recursos aptos ao escopo procriativo, portanto, entendidos como de acesso possível a todos aqueles que possuem direito à respectiva saúde, isto é, homens e mulheres, sozinhos ou conjugados. Parece improcedente, a princípio, qualquer tentativa de vetar a alguns o uso do instrumental disponível porque isso representaria privar a própria obtenção da saúde.¹⁷⁸

As diretrizes normativas do planejamento familiar possuem bases inclusivas e democráticas, instituindo uma verdadeira política social de saúde. A informação é muito importante, pois permite o exercício autônomo do direito, mas em sede de planejamento familiar, a disponibilização de recursos é essencial. Como exemplo, o acesso às técnicas poderia restar inviabilizado pelo alto valor do tratamento, fato este que ensejou a criação da portaria 426/GM, cujo objetivo é instituir a política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida, no âmbito do Sistema Único de Saúde, garantindo a todos a efetivação do direito ao planejamento familiar (art.3º, parágrafo único da Lei n.º 9.263).

A maternidade de substituição, também conhecida como “mãe” ou “barriga de aluguel”, restou mencionada na Resolução do Conselho Federal de Medicina (item VII), para

¹⁷⁶ Cristiane Avancini Alves defende a utilização da infertilidade como critério impeditivo de um exercício absoluto da liberdade procriativa, principalmente para o fim de afastar a experimentação em embriões e a clonagem reprodutiva. ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.120. No entanto, com a devida vênia, limitar o uso da técnica aos casos de infertilidade não se afigura como meio adequado e suficiente para aquele elevado intento.

¹⁷⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.) *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; PIOVESAN, Flávia. Contexto internacional dos direitos humanos e atuação externa do governo brasileiro e o desafio da convenção interamericana para os direitos sexuais e direitos reprodutivos. In: *Direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Anais. Rio de Janeiro: Advocaci, 2005. p. 109.

¹⁷⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito fundamental à procriação: considerações sobre a maternidade monoparental e função paterna*. 195 f. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005. p. 129.

os casos em que seja diagnosticada a impossibilidade de gestar da mãe genética, sendo ressaltado o fato de que as doadoras de útero se restringem às pessoas que sejam parentes até o segundo grau, salvo autorização do Conselho Regional de Medicina. Essa prática permite que a mãe ou irmã da doadora genética lhe empreste o útero para o fim de gestar um embrião que biologicamente não lhes pertence.

Muito ainda deve ser discutido sobre a realização de tais contratos de maternidade de substituição, pois ainda há uma defasagem muito profunda sobre a regulamentação teórica, técnica e prática do assunto. Em primeiro lugar, houve opção pela escolha de parentes próximos para o empréstimo do útero com o fim de evitar pleitos de reconhecimento de filiação em benefício da mãe que gestou¹⁷⁹; outro inconveniente está no obstáculo encontrado nos Registros Civis para que a criança seja registrada em nome da mãe genética, eis que a declaração de nascido vivo, documento exigido para a formalização do fato do nascimento, é redigido em nome da parturiente; e, por fim, grande problema pode ainda ser verificado em decorrência do fato da gestação ter trazido graves sequelas para a gestante, tendo-lhe causado, por exemplo, a impossibilidade de gerar seu próprio filho biológico.

Por fim, há muitos projetos de lei, apensados ao Projeto nº 1184/03, que dispõem sobre diversos aspectos da reprodução assistida, não havendo, contudo, regularidade de soluções, nem de valores ou de interesses neles, de maneira que um mesmo assunto acaba por ser tratado de forma diametralmente oposta nas diversas proposições.

Demonstrada a falta de regulamentação adequada sobre o tema, é preciso ponderar que outros problemas de cunho jurídico se apresentam, sobretudo no que diz respeito ao interesse dos futuros filhos. Sobre a matéria há, inclusive, preocupação do legislador constitucional no sentido de determinar que a autonomia reprodutiva deva ser exercida sob os parâmetros de proteção da dignidade e da responsabilidade parental. Várias são as hipóteses de potencial afronta ao interesse da futura prole, mediante uma utilização desmedida e irresponsável dos pais no exercício de suas escolhas reprodutivas. Tal análise, em face do princípio da parentalidade responsável, será feita mais à frente.

1.4.5 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

¹⁷⁹ Se, por um lado, podem ser vislumbrados conflitos positivos de filiação, nada impede, como lembrado por Heloisa Helena Barboza, que se verifiquem conflitos negativos, em que ocorra recusa sobre a pessoa do filho, nos casos em que, por exemplo, este venha a nascer com algum tipo de anomalia. BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 96.

A mudança do paradigma valorativo utilizado para fundamentar toda a sorte de direitos previstos na Constituição de 1988 atingiu, também, a conformação jurídica até então conferida às crianças e aos adolescentes.

Com efeito, a discriminação no que pertine à realização de seus direitos, bem como o descuido com os seus sentimentos, constituiu a nota essencial do liberalismo, tendo sido este, infelizmente, um costume enraizado na família brasileira do século XX até a mudança axiológica constitucional.

Tal quadro passou a ser revertido a partir do momento em que documentos legislativos internacionais, recebidos por muitos países como diplomas internos, passaram a conferir, efetivamente, às crianças e aos adolescentes uma série de direitos cujo respeito passou a ser imposto a todos, dos representantes da esfera estatal até aqueles que participam do convívio familiar.

Vivencia-se, atualmente, a colocação da criança e do adolescente como prioridades, resguardando-se os seus direitos fundamentais mediante sua inserção como protagonista das esferas pública e privada, sendo credor irrestrito de respeito à sua dignidade, seja na criação e implementação de políticas públicas, seja por meio das diretrizes valorativas que devem informar a comunidade familiar.

O princípio do melhor interesse da criança, que hoje tem sua sede normativa no art. 227 da Constituição, teve sua origem na Inglaterra, onde, com o instituto do *parens patriae*, conferiu inicialmente à Coroa e depois ao Chanceler – a partir do século XIV – a atribuição de proteger e cuidar daqueles que não podiam fazê-lo por si mesmos. Em termos judiciais, nos idos do século XVIII, as suas bases podem ser encontradas em casos como *Finlay v. Finlay*, *Rex v. Delaval* e no caso *Blissetts*, quando foram fixados posicionamentos no sentido de que o interesse da criança deveria ser sempre utilizado como um direcionamento máximo para a decisão do problema *sub judice*, superando até mesmo, se fosse o caso, o direito de seus pais.¹⁸⁰ E esse sentido de sobreposição a quaisquer outros tipos de interesse, quer dos genitores, quer da família, pode ser considerado como a nota essencial do conteúdo do melhor interesse. Na prática, sua aplicação com esse teor já teria ocorrido, nos Estados Unidos, em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, na Pensilvânia. *In casu*, na disputa sobre a guarda de uma criança foi decidido que ela deveria permanecer com a sua mãe, a despeito do

¹⁸⁰PEREIRA, Tânia da Silva. O 'melhor interesse da criança'. In: _____ (org.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 1-101, p. 1-2.

adultério por esta cometido, uma vez que cuidava corretamente do filho¹⁸¹. Trata-se concretamente da opção de proteger de forma incondicional, em todas as circunstâncias e em todas as formas de decisão, o interesse que concerne às crianças e aos adolescentes.

Em termos de orientação normativa internacional, o direito dos menores passou a ser cogitado, inicialmente, com a Declaração de Genebra, de 1924, que enunciou a necessidade de se conferir à criança uma proteção especial.

Outros documentos conferiram ênfase e especialização a esse intento, do que se pode ter como exemplo a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, que teve o mérito de reconhecer as crianças como sujeitos de direito e, portanto, carecedoras de proteção e cuidados especiais¹⁸². Já em 1969, pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, o conhecido Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, em 1992, por meio do Decreto nº 678, tem-se, no art. 19, a determinação de que cabe à família, à sociedade e ao Estado o dever de proteger as crianças de acordo com as exigências decorrentes de sua condição de menor. Todas essas construções influenciaram diretamente o constituinte brasileiro de 1988 que, ao atribuir aos menores uma série extensa e não casuística de direitos, pulverizou a responsabilidade sobre o seu cumprimento, dimensionando-a para a esfera pública e privada.

Sobre o assunto, porém, não deve ser omitida a importância da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, documento que fora bastante abrangente na proteção do menor, na medida em que reafirmou o condicionamento da atuação dos órgãos públicos, privados e também dos poderes estatais à consecução do melhor interesse da criança. Sua adoção interna ocorrera por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Maria Santos Pais chama a atenção para o fato de que essa Convenção se afigura como uma etapa sem precedentes na história das Nações Unidas, tendo sido ratificada por diversos países, com as mais variadas diferenças culturais e, inclusive, por alguns que nunca haviam anteriormente ratificado qualquer documento referente aos direitos humanos¹⁸³. E mais, em

¹⁸¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O 'melhor interesse da criança'. In: _____ (org.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 1-101, p. 3.

¹⁸² AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11. Essa declaração foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 50517 de 02 de maio de 1961. Dentre suas previsões, faz-se referência expressa ao melhor interesse da criança: "*Princípio 2* A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança." Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

¹⁸³ PAIS, Maria Santos. Le meilleur intérêt de l'enfant. In: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 537-550. p. 537.

termos de atribuição da responsabilidade pelo cumprimento de suas diretrizes, tem-se no art. 18, que o melhor interesse da criança deve ser preocupação fundamental dos pais.

A adoção da Convenção em 1990, aliada aos termos constitucionais previstos no art. 227¹⁸⁴, fez com que a proteção aos direitos da criança tenha assumido uma postura séria e demasiadamente ampla, a orientar a atuação de todas as instituições que trabalham com a causa do menor, sejam elas de cunho social, político ou jurídico. É a doutrina da proteção integral.

Para Tânia da Silva Pereira, a ratificação brasileira dessa Convenção foi a responsável pela definitiva entrada do princípio do melhor interesse da criança em nosso sistema.¹⁸⁵ Todavia, de forma mais detalhada, enuncia Heloisa Helena Barboza que o referido princípio já teria a sua base na Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, em 1959. E, por isso, em nossa legislação, ele já poderia ser encontrado no Código de Menores, de 1979, em seu art. 5º, segundo o qual na aplicação daquela lei o interesse do menor deveria prevalecer sobre qualquer outro. Seria possível, em caso de conflito, fazer com que o código prevalecesse diante de qualquer outro diploma, desde que a sua aplicação conferisse maior proteção ao menor. Segundo sua opinião, a postura constitucional de adotar a doutrina da proteção integral teria tão somente reafirmado o princípio do melhor interesse da criança.¹⁸⁶

É importante afirmar, contudo, que, ainda que se tencionasse implantar no país, já com o Código de 1979, o bem-estar da criança como valor principal, muito diferente era a sua forma de análise e de aplicação prática, pois que os Códigos de Menores que tiveram vigência no Brasil tinham características peculiares. Estavam voltados para a proteção da infância desvalida e delincente, sendo sua tônica a centralização de atividades controladoras e protecionistas a serem desempenhadas pelo Juiz de Menores. Era a doutrina da situação

¹⁸⁴“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” BRASIL. *Constituição da República Federativa*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Segundo Tânia da Silva Pereira, a enunciação constitucional de direitos para as crianças e adolescentes decorreu em grande parte do trabalho de articulação popular existente a partir de 1985, quando foram inúmeras as discussões travadas entre setores governamentais e segmentos da sociedade civil, tendo surgido inclusive o Fórum DCA, Fórum nacional permanente de direitos da criança e do adolescente. PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado-interdisciplinar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 639-694. p. 647.

¹⁸⁵ Ibid., p. 7.

¹⁸⁶BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 103-135. p.111.

irregular, de forte cunho corretivo e centralizador, que em nada se parece com a atual concepção de reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas dignas de proteção e cuidado, com pulverização de responsabilidade e com a enunciação genérica de direitos, eis que o art. 227 da Constituição trata de toda e qualquer criança e não somente daqueles que sejam pobres e potencialmente perigosos.

Continuando a diretriz que confere aos infantes e aos adolescentes todos os direitos necessários para uma condução digna de sua vida, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8069/90, pretendeu conferir uma regulamentação que fosse a mais completa possível, passando, então, a considerar a situação da criança e do adolescente sob o aspecto da preferência na efetivação de políticas públicas – previstas no art. 4º, parágrafo único – e também na ratificação de sua condição de sujeito de direitos – art. 15. Nesse último caso, deve-se afirmar que, inclusive dentro da própria família, não mais se tolera que os menores sejam considerados como meros objetos, cujo destino anteriormente era guiado pela vontade dos genitores, principalmente a do pai. Há a responsabilidade dos pais no sentido da efetivação de seus direitos à vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade e a uma convivência familiar harmoniosa, e que, se possível, seja permeada de vínculos concretos de afeto e consideração.

Com esse intento, na mesma lei foram lembrados todos os direitos já descritos no texto constitucional como fundamentais. Prevendo-se, ainda, a organização de um sistema administrativo para a proteção dos menores – art. 131 –, bem como a especificação do sistema criminal, tanto no sentido de imputar penas menos graves ao adolescente em resposta aos atos infracionais por ele cometidos como criando novos tipos penais que passaram a ser enunciados, para reforçar a condição da criança e do adolescente como vítimas de condutas lesivas, muitas vezes intentadas pelos próprios pais, conforme disposição do art. 103 e ss e art. 225 e ss.

A apresentação desses aspectos tratados pelo Estatuto foi elaborada de maneira simplesmente exemplificativa, já que a regulamentação vem tratar também de aspectos como a organização dos órgãos judiciários competentes para decidir questões relativas aos menores; regular os procedimentos para colocação em famílias substitutas; e ainda criar sanções administrativas para aqueles que, de qualquer modo, contravenham à política de defesa integral dos direitos conferidos às crianças e aos adolescentes.

Desperta a atenção na análise do Estatuto que, com a finalidade de conferir uma proteção abrangente, enuncie norma interpretativa genérica, prevista em seu art. 6º, segundo a

qual a condição de ser uma pessoa em desenvolvimento deve sempre guiar a atividade do intérprete no momento de aplicar as normas para o fim de resolver os casos concretos.

Sobre esse assunto, interessante conhecer a explanação de Antônio Carlos Gomes da Costa:

A afirmação da criança e do adolescente como ‘pessoas em condição peculiar de desenvolvimento’ não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A consequência prática de tudo isto reside no reconhecimento de que as crianças e adolescentes são detentores de todos os direitos que têm os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e mais direitos especiais, que decorrem precisamente do seu estatuto ontológico de ‘pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.’¹⁸⁷

A análise, segundo esse prisma, torna-se bastante atrativa pelo fato de reconhecer e exigir a efetivação dos direitos dos menores, proscrevendo-se épocas em que a consideração social e jurídica circunscrevia-se às relações principalmente patrimoniais traçadas pelos adultos na condução de suas vidas. A configuração normativa atual, felizmente, é inversa. Além da preocupação em fazer-se cumprir, da melhor forma, a doutrina da proteção integral, considera que as crianças e os adolescentes devem ser qualificados como sujeitos especiais, pessoas em desenvolvimento, devendo-se, então, garantir-lhes, por todos os meios possíveis, o acesso ao bem-estar e à vida digna.

Acerca de tal fato, ensina Gustavo Tepedino que o alvo principal do ordenamento passou a ser o filho, e enuncia três aspectos que merecem ser considerados na Lei n.º 8069/90: a formação da personalidade do menor, ainda que contrária à vontade dos pais, teria adquirido tutela protetiva incondicionada, devendo, portanto, informar a interpretação de todo o estatuto; uma participação mais ativa das crianças e dos adolescentes no processo de sua criação, sendo, por vezes, chamados a opinar ou consentir na adoção de determinadas técnicas ou métodos utilizados para tal fim; e uma postura de maior vigilância quanto à conduta dos pais ou responsáveis, na medida em que os filhos passaram a ser considerados como verdadeiros titulares de direitos e não mais como meros objetos para a satisfação da vontade de seus pais¹⁸⁸.

¹⁸⁷COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir *et alii* (coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 40.

¹⁸⁸TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 419.

Esse aspecto interessa diretamente à família como comunidade titular de responsabilidade, pois é nesse núcleo que se estabelecem, desde o nascimento, os contatos mais importantes para a vida da criança. A Constituição determina, em seu art. 229, o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores. Isso compreenderia, em conjunto com o *caput* do art. 227 da Constituição, o cumprimento de todos os direitos fundamentais da criança, tais como os relacionados à saúde física e mental dos filhos; o oferecimento de educação formal que lhes possibilite o acesso à profissionalização e à futura sobrevivência independente – art. 53 do Estatuto; bem como a responsabilidade por oportunizar, dentro das condições gerais da família, lazer e cultura apropriados para a idade. Mas, abrange, ainda, a necessidade de que a criação e educação – agora também no sentido de responsabilidade pela formação moral e subjetiva da pessoa – se realizem de forma dinâmica, buscando-se progressivamente a superação da condição de pessoa vulnerável. Ou seja, a qualidade especial de pessoas em desenvolvimento não se presta a uma tutela protecionista intensiva e que venha a sufocar o engrandecimento da pessoa. Pelo contrário, seria dever dos pais, em obediência às determinações constitucionais, promover o desenvolvimento do filho, em favor da construção completa de sua autonomia.

Afirma Gustavo Tepedino:

Em síntese, a tutela da criança e do adolescente deve permitir, no curso do processo educacional, que o menor de idade cresça de forma biopsiquicamente saudável, de modo a superar sua própria vulnerabilidade, informar-se e formar-se como pessoa responsabilmente livre, exercendo efetivamente, a sua autonomia de maneira mais ampla possível.¹⁸⁹

É dentro desse contexto de maior participação familiar que está inserida a criança e o adolescente, sendo levada em consideração a sua vontade para fins de solucionar os problemas que afetam, ainda que indiretamente, a sua pessoa. Assim, as decisões devem ser discutidas e analisadas de forma ampla, preservada a sua manifestação, principalmente em sede judicial.

Nesse sentido, o art. 28, § 1º do Estatuto, ao tratar das medidas de colocação em família substituta, dispõe sobre a oitiva da criança ou adolescente, sempre que isto for possível, devendo a sua opinião ser devidamente considerada. Além desse dispositivo, encontra-se, também, o art. 45, § 2º, segundo o qual, de forma mais específica ao

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: *Temas de direito civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2999. p. 204.

procedimento de adoção, é colocado o consentimento do adotando maior de 12 anos como necessário à implementação da medida¹⁹⁰.

Essas são hipóteses exemplificativas sobre a manifestação volitiva da criança. Isso porque, todas as vezes em que a decisão de qualquer maneira venha repercutir na sua esfera de interesse deve-se colher, quando possível, a sua apreciação sobre os fatos, pois assim se conseguirá obter de maneira mais sólida a concretização do princípio do melhor interesse da criança. Trata-se de uma revisitação valorativa do próprio conceito de poder familiar, cujo estudo mais detalhado será realizado no próximo capítulo.

Pode ser afirmado que a conformação jurídica atual não permite mais qualquer tipo de interpretação ou aplicação normativa que desconsidere as crianças e os adolescentes como verdadeiros sujeitos de direito, com suas prerrogativas e faculdades, de forma que deve ser operada de maneira incondicional a implementação de todas as normas que lhes são pertinentes.

¹⁹⁰ Essa diretriz foi ratificada pela Lei n.º 12.010/09, ao estabelecer como princípios para a aplicação das medidas de proteção a informação e a participação da criança e do adolescente (art. 100, XI e XII).

2 AS DIMENSÕES DA FAMÍLIA NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE

2.1 Delineamentos para a responsabilidade

Analizados os princípios que estruturam o conceito contemporâneo de família, é possível afirmar que inserido naquele contexto jurídico de proteção e realização da dignidade pode ser encontrado o exercício da liberdade humana. Esta, uma vez considerada como pano de fundo para a prática da autonomia¹⁹¹, permite que sejam feitas, pelo indivíduo, escolhas que, em sua maioria, repercutem sobre si mesmo, mas que, em outros casos, interferem diretamente na esfera de interesses de outros sujeitos. Neste cenário, faz parte da dignidade e da autonomia a escolha, por exemplo, sobre a constituição de uma entidade familiar e também sobre a procriação, sabendo-se de antemão que opções desse matiz, sobretudo a que diz respeito a ter filhos, são bastante relevantes, haja vista os inúmeros efeitos que dela decorrem.¹⁹²

O estudo da autonomia como expressão da vontade humana e autorregramento da própria vida é bastante complexo e permite análises setorizadas, cada uma das quais com características próprias e divergências específicas ao ramo no qual se desenvolvem, sobretudo no filosófico. Sendo assim, para fins deste trabalho, o mais importante será fixar-se em um de seus ramos – o jurídico –, e entender que o exercício dessa ampla liberdade de escolhas deve ser balanceado pela noção de responsabilidade. Pois, todo aquele que é capaz de exercer a sua autonomia, deve, em contrapartida, suportar os efeitos dela oriundos, sob pena de se inviabilizar a vida social. A convivência humana está baseada na união de pessoas dotadas de razão e de autonomia para o exercício de condutas, mas o êxito dessa ampla formação social depende da criação de instrumentos de controle que possam restringir qualquer tipo de exercício abusivo ou leviano.

¹⁹¹ NOUR, Soraya. Autonomia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77.

¹⁹² Esse sentido conduz à análise da autonomia reprodutiva, aspecto mais recente, merecendo ser mencionado o fato de que a autonomia privada, em sentido negocial, foi durante muito tempo, sobretudo no século XIX, a base de formação e de fortalecimento do direito privado, na medida em que instrumento do Estado Liberal. Seu significado, nessa conjuntura, era precipuamente negativo, sendo considerado como não intervenção, ou ausência de obstáculos externos para atuar. Para mais informações, v. SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Renovar, 2006. p. 135-162.

É certo que cada um dos indivíduos possui uma concepção interior de “certo e errado” e de “bom e mau”, no entanto, essa restrição moral por si só não é suficiente para organizar a vida de relação, na medida em que se compreende na esfera da consciência de cada um, revestindo-se de uma coercitividade própria e que não pode ser exigida por terceiros¹⁹³.

Considerada a intersubjetividade para a qual se volta a organização jurídica, tornou-se necessário que, complementarmente a essa coerção moral, se estabelecesse um sistema rígido de sanções para aqueles que descumprissem as regras necessárias à harmonia social. Essa “punição” recebe o nome de responsabilidade jurídica.

Em um sentido geral, a responsabilidade ampara-se na possibilidade de se prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão, servindo, portanto, como elemento que restringe a autonomia¹⁹⁴.

Juridicamente, ela se desenvolve no contexto de instituições sociais e sistemas de normas jurídicas, exigindo para a sua concretização o estabelecimento de critérios específicos, postos por meio de regras. No século XIX, a teoria jurídica da responsabilidade civil – ainda que oriunda da disposição moral segundo a qual “não se deve causar dano a outrem” ou “os danos causados devem ser reparados” – já se encontrava formada de maneira independente¹⁹⁵.

A estrutura da responsabilidade civil, em suas diversas nuances – contratual, extracontratual, aliando-se ainda à responsabilidade penal –, afigurou-se como instrumento bastante eficaz para o fim de tornar possível a vida em sociedade, já que, ao impor o ressarcimento do dano causado, veio restringir a liberdade e o exercício desmedido de condutas que potencialmente poderiam configurar-se como lesivas.

A questão da responsabilidade sempre foi pensada, em termos jurídicos civis, no sentido da reparação do dano causado, não sendo esse de todo apropriado para as demandas atuais da sociedade. Só para exemplificar essa deficiência, podem ser colocadas algumas dificuldades pertinentes às áreas de preservação do meio ambiente, energia nuclear e engenharia genética. Nesses casos, a identificação do responsável pela conduta, a propagação do dano para outras gerações e a questão do nexo de causalidade, colocam-se como desafios a serem incluídos na necessária revisão à teoria clássica da responsabilidade civil.

¹⁹³ Segundo Herbert Hart, seriam características da obrigação moral: são mantidas na medida em que consideradas importantes por aqueles que as observam; não há uma alteração objetiva e definida no tempo, tal como acontece com a revogação de leis jurídicas; a condenação de um comportamento encontra-se fundamentada no aspecto volitivo da conduta, ou seja, em regra, se não houve vontade em realizá-lo, não caberia a reprovação; e uma coerção baseada na culpa e no remorso. HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 182-199.

¹⁹⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 855.

¹⁹⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5-6.

De acordo com o tema ora trabalhado, tem-se que a determinação de uma conduta cuidadosa em sentido específico e não somente de cunho genérico – o como seria a de “não causar dano a outrem” – se impõe na atualidade como uma nova face da responsabilidade, em seu sentido prospectivo, como fonte geradora de condutas.

O ato de gerar outra vida impõe aos pais o dever de cuidar em todas as suas dimensões, desde a manutenção da sobrevivência até a educação e formação moral.

Assim, o dever de criar e de cuidar compete, por natureza, àquele que foi o responsável pela reprodução e (ou) assumiu um projeto parental¹⁹⁶, afinal, não só os pais biológicos, mas também os pais adotivos, a despeito da falta do vínculo genético, possuem o dever de responsabilidade. Cuidar do outro, ou seja, daquele que é fruto do exercício da autonomia dos próprios genitores é, antes de tudo, uma obrigação moral que foi encampada pelo direito, inclusive pela Constituição, para que ao filho possam ser oferecidos meios mais eficazes de concretização e de exigibilidade.

A relação humana estabelecida entre pais e filhos se caracteriza pela interação, cabendo aos mais velhos passar aos mais novos toda experiência, ajuda material, suporte emocional e conhecimento sobre a vida, não importando a idade que os filhos tenham. Conforme afirmado por Ana Carolina Brochado Teixeira, “...o afeto e a responsabilidade ultrapassam critérios etários objetivos pois, quando se fala em filhos, o escopo maior é a realização de um projeto educativo”.¹⁹⁷

No entanto, o sentido humano e o jurídico não se confundem, cabendo ao Direito a estipulação de um momento a partir do qual a responsabilidade parental deixa de ser obrigatória. O interesse está em garantir o auxílio na construção de uma situação ideal em que o filho possa atuar sozinho.

2.2 A previsão constitucional do princípio da responsabilidade

¹⁹⁶ Muito apropriadamente, Guilherme Calmon defende que o oferecimento de condições – *e.g.* informações estatais sobre contracepção – para o exercício do direito fundamenta a inserção do risco como fator apto a gerar a responsabilidade. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Parentalidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga. *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sérgio de Andréa Ferreira*. De Andréa e Morgado, 2008. p. 328.

¹⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

O legislador constituinte fez menção expressa ao princípio da paternidade responsável no art. 226, § 7º. Tal como mencionado na primeira parte deste trabalho, no que concerne à autonomia reprodutiva, essa previsão se direciona ao planejamento familiar, sendo, em verdade, o seu fundamento. De acordo com a Lei n.º 9263, o planejamento engloba o conjunto de ações que permite à mulher, ao homem ou ao casal a regulação da fecundidade, garantindo iguais direitos de constituição, limitação ou aumento da prole. Ou seja, todas as decisões atinentes à opção de constituir uma família com ou sem filhos devem ser consideradas como reflexos do exercício de uma autonomia racional dos pais e em respeito à dignidade deles. Mas, em um contrabalanço a essa liberdade, exige-se que as mesmas decisões sejam responsáveis e comprometidas com a proteção da pessoa dos futuros filhos.

A descrição do princípio da responsabilidade como diretriz informadora do direito ao planejamento deve ser considerada como aspecto inicial do tratamento jurídico-constitucional da matéria. Em seguimento à construção de seu conteúdo merecem ser observadas outras disposições, principalmente o *caput* do art. 227 do mesmo Texto.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.^{198 199}

Não há sentido em uma interpretação isolada do art. 226, § 7º, eis que a responsabilidade quanto ao planejamento familiar está diretamente vinculada à imposição de que todos os direitos previstos no art. 227 sejam cumpridos após o nascimento, na medida da possibilidade do núcleo familiar. A preocupação em oferecer meios adequados para o

¹⁹⁸ BRASIL. *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2011. Em outros ordenamentos, a referência à responsabilidade se dá através de disposição bastante próxima a do art. 229 da Constituição brasileira:

Art. 39 da Constituição Espanhola: “(...) 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoria de edad y em los demás casos en que legalmente proceda. (...)”

Art. 36º da Constituição Portuguesa: “(...) 5. Os pais tem o direito e o dever de educação e manutenção do filhos.”

Art. 30 da Constituição Italiana: “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. (...)” (É dever e direito dos genitores manter, instruir e educar o filho, ainda que nascido fora do matrimônio – Tradução livre) Disponível em: <<http://www.ligiera.com.br>>. Acesso em: 04 jun. 2011.

¹⁹⁹ Ainda que o presente trabalho não tenha o objetivo específico de analisar a questão jurídica que envolve a figura do jovem, é importante fazer alguns apontamentos: A conceituação da juventude é bastante variável, sendo modificada em função de regionalismos e interesses, mas a Organização das Nações Unidas (ONU), por intermédio de sua Assembleia Geral, adotou em 1985, ano internacional da juventude, a diretriz de que jovens seriam as pessoas que se encontravam na faixa etária entre os 15 e 24 anos. Esse mesmo critério foi reiterado no Programa Mundial de Ação para a Juventude. A adoção do critério etário não é o ideal, mas ainda é considerado como o mais seguro, havendo manifestações doutrinárias de que o mesmo deveria fixar-se, no Brasil, entre as idades de 18 e 25 anos como forma de compatibilização com o Estatuto e o Código Civil. As questões afetas aos jovens, na atualidade, dizem respeito mais diretamente a uma atuação pública, eis que concernem principalmente a questões de desemprego, violência, gravidez indesejada, exploração sexual, analfabetismo, estando a família em uma posição de apoio e acessoriedade. BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O estatuto da juventude: aspectos jurídicos e políticos. *Revista de direito privado*, São Paulo, n. 22, p. 114-135, abr./jun., 2005. Atualmente, encontra-se sujeito à apreciação do Senado o PL n.º 4529/04 (Relator Deputado Benjamin Maranhão), que dispõe sobre a criação do Estatuto da Juventude. Sua opção foi em definir o critério etário entre 15 e 29 anos, sem prejuízo do disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e em outras leis pertinentes, com enfoque nos assuntos descritos acima.

exercício da liberdade reprodutiva deve conjugar-se à necessidade de que os pais cumpram de forma devida seus deveres de manutenção e bem-viver dos filhos, ponderando-se o exercício daquela prerrogativa com o melhor interesse da criança.

A Constituição é um texto normativo e como tal deve ser interpretado para que se viabilize a sua adequada aplicação. Vários são os métodos e os princípios que informam essa atuação do operador do direito e, pode-se afirmar, em nenhum caso é cabível a afirmação de que o princípio da parentalidade responsável se cinge ao planejamento familiar.

Os métodos tradicionais de interpretação, a saber: gramatical, lógico, teleológico, sistemático, histórico, orientam o intérprete no momento da aplicação do Direito. Utilizados para a generalidade das normas, não tardou que a doutrina apresentasse ressalvas no sentido de que aqueles métodos não conseguiam, por si só, desvendar o sentido das normas constitucionais²⁰⁰, dadas as suas peculiaridades, que podem ser exemplificadas por meio principalmente de sua abertura semântica e implicação política. Um modo já tradicional de interpretação das normas jurídicas é aquele que determina que o sentido do texto seja sistemático. Ou seja, é necessário que a interpretação de todas as previsões constitucionais seja conjugada de maneira a formar um todo coerente e harmônico.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos,

Deveras, a técnica sistemática desempenha importante missão, porquanto é indubitável que uma Constituição não engendra um conglomerado aleatório de artigos, incisos, alíneas e parágrafos, desconectados entre si. Ao invés, apresenta-se de modo coordenado, em feixes orgânicos, procurando formar unidade de sentido. Os seus elementos mantêm um vínculo de inter-relação e interdependência, onde tudo o mais se coloca *sub specie* do mesmo conjunto.²⁰¹

O entendimento de que a interpretação da Constituição, no que diz respeito à organização do núcleo familiar, deva ser realizada de forma integrada, impondo a responsabilidade parental para o planejamento da família e também para a concretização dos direitos dos filhos, é ratificado pelo princípio da unidade da Constituição, diretriz genérica que informa a utilização daqueles métodos²⁰².

A exigência de que haja unidade no Texto Constitucional se impõe para que as possíveis antinomias existentes no decorrer do documento sejam resolvidas a partir de uma

²⁰⁰ PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 80.

²⁰¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 111.

²⁰² Para Luis Roberto Barroso o princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática; já para Manoel Messias Peixinho, esse princípio muito se assemelha à interpretação sistemática, que busca a coerência do ordenamento jurídico. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 196. PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais*: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 107.

análise conjuntural e não no sentido de criar ordens separadas no interior da mesma Lei. A Constituição dá unidade ao sistema jurídico, sendo fundamento de validade e de reconstrução axiológica de todo o direito, em consequência não se pode entendê-la como um documento compartimentado e vulnerável. Os possíveis conflitos existentes devem ser solucionados com o intuito de potencializar o sentido e o alcance das normas, sem negar a sua eficácia. Diante disso, traçando-se um raciocínio *a fortiori*, pode ser afirmado que, se mesmo nos casos de conflito – por exemplo, uma tensão entre o princípio da integridade física e intimidade com o princípio da identidade genética – é possível vislumbrar uma decisão interpretativa que maximiza o alcance das normas pertinentes, preservando a unidade do sistema, muito mais nos casos em que é a própria Constituição que fundamenta o planejamento familiar no princípio da paternidade responsável – art. 226, § 7º, e, logo após, no art. 227, *caput*, confere à família a obrigação de cumprir a doutrina da proteção integral. Confirma-se, desse modo, a observação de Luis Roberto Barroso, segundo a qual uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada, nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma, devendo guardar uma conexão de sentido com os demais preceitos, representando uma verdadeira unidade interna²⁰³.

Com base nesses apontamentos, é possível, então, afirmar e endossar a opinião daqueles que defendem a inexistência de identidade entre o texto e a norma constitucional. O primeiro seria aquele que se apresenta gramaticalmente para leitura do intérprete – a “ponta do iceberg” no dizer de Friedrich Müller²⁰⁴, não significando, porém, que desse simples ato derive o seu real significado. A verdadeira norma somente surgiria após o ato da interpretação sistemática que, como visto, deve ser harmônica e integradora, ou seja, o texto constitui o objeto da interpretação, enquanto a norma, o seu resultado²⁰⁵.

Além disso, em acréscimo à necessidade de se interpretar sistematicamente as previsões constitucionais, é inevitável a referência ao modo contemporâneo de legislar, que busca por meio de enunciados mais genéricos a contemplação de variados assuntos. A inserção de cláusulas gerais no direito privado demonstra uma inovação nesse sentido, confiando-se no juiz para uma atuação axiológica conjugada, de modo que as previsões constitucionais consigam ser perenes, efetivas, completas e próximas da realidade. A

²⁰³ BARROSO, Luis Roberto *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 197.

²⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38.

²⁰⁵ Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

parentalidade responsável se insere nesse contexto, em que preferiu o legislador constitucional manifestar-se de forma não casuística, funcionando o juiz como o personagem que nelas integra conteúdo e aplicabilidade.

Dados os contornos de apreciação do princípio, merecem ser apresentadas, brevemente, questões relacionadas ao exercício da parentalidade responsável antes do nascimento, sobretudo a partir de um contexto em que o acesso à manipulação da vida tornou-se tão facilitado e atrativo.

2.3 **As situações emergentes da biotecnologia: os novos conflitos**

2.3.1 A possibilidade de escolha pelos pais das características físicas dos filhos

O exercício do planejamento familiar inclui a utilização das técnicas de reprodução assistida e diversos conflitos podem se estabelecer nesta seara, em particular porque a escolha deste método está submetida à determinação constitucional de que a parentalidade seja responsável.

A possibilidade de manipulação da vida, aliada a um aparente exercício absoluto e desenfreado da autonomia reprodutiva, poderia conduzir a uma verdadeira coisificação da pessoa do filho, como se o ato da reprodução dissesse respeito tão somente à autodeterminação dos pais em detrimento dos interesses do não nascido. Assim, as técnicas artificiais de procriação não podem ser utilizadas para fins de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica da criança a nascer, salvo para fins de evitar doenças ligadas ao sexo. Essa determinação não impede que as clínicas realizem esse tipo de seleção, ainda que vedada pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n.º 1957 de 2010²⁰⁶. A inexistência de regulação legal e de fiscalização efetiva faz com que os serviços médicos de procriação guiem-se pelas regras de mercado, sendo consideradas como melhores as clínicas que oferecem oportunidades diferenciadas para os futuros pais; daí não ser impossível, pelo

²⁰⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1957, de 2011. Princípios gerais, n. 4: As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

contrário, tornando-se por vezes, prática corriqueira, o descumprimento dos limites éticos impostos.

Conforme informado por Cristiane Avancini Alves, são inúmeras as clínicas que realizam a seleção de sexo, sendo essa conduta considerada como verdadeira lesão à personalidade da futura pessoa.

Ao efetuar a seleção de sexo – bem como nos casos relativos à programação genética –, os pais formulam intenções que vão se converter em expectativas em relação ao filho, sem lhe conceder a possibilidade de escolha, de reconsideração. Tomam decisão de acordo com suas preferências, como se dispusessem de uma coisa. Ainda que não eliminem, influem definitivamente na história de vida dos filhos.²⁰⁷

De antemão, essa atitude, mesmo que não possa ser considerada como irresponsável, demonstra a arbitrariedade dos futuros pais no sentido de não respeitar o outro, em suas características, que são em regra aleatórias ou incertas, tornando a decisão de ter um filho equivalente a um ato consumista de integral satisfação com o serviço médico requerido.

Ainda que não se acompanhe esse posicionamento, é importante ressaltar que há quem defenda a possibilidade de seleção. Para estes, a manipulação genética é um ato comum, oriundo do progresso da investigação biológica científica, sendo fraco o argumento segundo o qual a desmedida manipulação de genes poderia causar um desastre social para a humanidade. Seu argumento é o de que qualquer instrumento, quando utilizado de forma descontrolada, pode viabilizar um atentado contra a paz coletiva. Acompanhando esse raciocínio, não haveria qualquer problema na modificação para fins estéticos, pois se a cirurgia plástica embelezadora é permitida, qual o fundamento para a proibição de uma intervenção prévia na constituição genética do ser, se não vai haver qualquer efeito danoso naquela conduta?²⁰⁸ No entanto, esse argumento, aparentemente inocente, segundo o qual a ausência de dano legitimaria a realização de escolhas genéticas não pode ser considerado, por esconder verdadeira eugenia com todas as suas potencialidades.

Mais grave torna-se a vontade dos pais quando manifestada para o fim de selecionar os embriões que serão implantados, objetivando que o filho nasça portador de alguma anomalia. Já se tem notícia de caso, por exemplo, de um casal de lésbicas norte-americanas, ambas deficientes auditivas, que recorreu ao serviço de reprodução assistida para que também o filho tivesse essa deficiência, considerada por elas não como um problema, mas como verdadeira

²⁰⁷ ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 139.

²⁰⁸ MORI, Maurizio. The morality of assisted reproduction and genetic manipulation. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, 1999. Disponível em: <www.scielo.org>. Acesso em: 21 out. 2008.

identidade cultural²⁰⁹. Uma vertente entende que a condição peculiar de surdo não deve ser considerada como deficiência, mas como uma variação cultural manifestada por outra forma de comunicação que não a oral.²¹⁰ Esse entendimento não conta com adesão majoritária.

Pesquisa realizada pelo Centro de Genética e Política Pública da Universidade John Hopkins em 190 clínicas que trabalham com diagnóstico genético pré-implantacional, revelou que 3% delas utilizam a técnica para o fim de selecionar embriões que contenham alguma deficiência.²¹¹

Mais uma vez Cristiane Avancini Alves se manifesta sobre a questão, ressaltando a necessidade de mudar a forma de análise da autonomia reprodutiva, prerrogativa que não pode ser utilizada de forma absoluta:

Esta situação desconecta a relação entre a auto-responsabilidade e um efetivo tratamento de infertilidade, a partir do momento em que, apesar da consciência do casal quanto às conseqüências desta escolha (ou seja, a perfectibilização da autodeterminação), a opção retrocedeu, assim, à antiga e defasada concepção de ‘autonomia da vontade’, ou seja, uma irrestrita afirmação da vontade individual sobreposta, neste caso, ao livre desenvolvimento da personalidade (da criança concebida) como ‘integração de liberdades coexistentes’ (liberdades estas – do casal e do filho – não coexistentes, mas, novamente, sobrepostas; logo, caracteriza-se, assim, o tolhimento da liberdade da própria criança).²¹²

Em um contexto de proteção da família como instrumento para o desenvolvimento e respeito à dignidade de cada um de seus integrantes, não se pode aceitar que os genitores exerçam escolha no sentido de que o filho tenha determinada deficiência ou enfermidade. Essa liberdade não pode ser aceita por ferir a autonomia reprodutiva, cuja essência está na ponderação com outros interesses, *in casu*, os pertinentes aos filhos. Conduta dessa natureza comprometeria a possibilidade de exercício da autonomia pelo filho, sujeitando-o a escolhas feitas com base na vontade e bem-estar de terceiros, o que, de certa forma, impede o desenvolvimento do ser. Este já nasceria tolhido a respeito de certas oportunidades e limitado à condição que lhe fora, involuntariamente, imposta. Isso se torna ainda mais grave por se tratar de questões ligadas à saúde, que subjagam a pessoa por nascer à restrição voluntária e

²⁰⁹ A criança, filha do casal, de nome Gauvin, nasceu com surdez acentuada e suas mães optaram por não lhe oferecer qualquer tipo de aparelho que auxiliasse contra a deficiência. Pais usam genética para escolher filhos com defeito. Disponível em: <<http://www.g1.globo.com>>. Acesso em: 11 dez. 2006.

²¹⁰ DINIZ, Débora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. *Cadernos de saúde pública*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, jan./fev., 2003. Disponível em: <www.scielosp.org>. Acesso em: 21 out. 2008. O nanismo também é uma deficiência que conta com a preferência dos pais também anões, haja vista a possibilidade de os filhos se sentirem diferentes de seus familiares. Pais usam genética para escolher filhos com defeito. Disponível em: <<http://www.g1.globo.com>>. Acesso em: 11 dez. 2006.

²¹¹ Pais usam genética para escolher filhos com defeito. Disponível em: <<http://www.g1.globo.com>>. Acesso em: 11 dez. 2006.

²¹² ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 139.

premeditada de uma condição de vida digna. A era da “inocência genética” terminou, sendo necessário refrear condutas que possam causar danos irreversíveis e graves para os futuros filhos, sendo considerada tal opção como uma atitude de irresponsabilidade genética²¹³.

2.3.2 Monoparentalidade: um filho a qualquer preço

Sempre foi possível encontrar uma pessoa criada por um só de seus ascendentes, sendo essa uma realidade bastante comum, principalmente para as mulheres – como visto anteriormente – dada a admissão, inclusive jurídica, da irresponsabilidade masculina. No entanto, ainda que inexistente a formalização da filiação biológica pelo ato do reconhecimento, era possível identificar na sociedade a pessoa responsável pela procriação, não sendo raro o fato de o filho viver bastante próximo ao pai, só que titularizando estado diverso do biológico (o filho de uma serviçal com seu patrão concretizaria bem a hipótese).

Essa realidade, ainda que perversa, fazia parte de um contexto patriarcal que somente foi superado à custa de um árduo trabalho de modificação valorativa, de modo a permitir a instalação da democratização e da igualdade no interior da entidade familiar.

O contexto atual é diverso, mas nem por isso deixou de ser possível que situações bastante injustas e complexas venham a ser enfrentadas no âmbito da família. O diferencial é que a pluralidade de concepções sociais de bem e a abertura teórico-axiológica permitem, hoje, a livre discussão desses problemas, não sendo verificadas as antigas barreiras discriminatórias que apartavam as pessoas ao desqualificá-las.

A utilização de técnicas artificiais de procriação faz parte desse novo contexto, não estando isenta – muito pelo contrário – de controvérsias graves a respeito da estruturação familiar.

O art. 1597 do Código Civil é o primeiro dispositivo legal a dispor sobre alguns efeitos da reprodução medicamente assistida, para o fim de determinar a presunção de paternidade. A previsão não é tecnicamente correta, sendo também tecidas críticas sobre a sua utilidade no contexto dos diversos tipos de filiação, que inclui, além da jurídica, a biológica e a afetiva.

²¹³ DINIZ, Débora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. *Cadernos de saúde pública*. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, jan./fev., 2003. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em: 21 out. 2008.

Há presunção de que a concepção ocorreu na constância do casamento sempre que nascida a criança no prazo de cento e oitenta dias, pelos menos, depois de estabelecida a sociedade conjugal, ou no prazo de trezentos dias subsequentes à sua dissolução (art. 1597, I e II do Código Civil). A escolha desses lapsos de tempo se justifica pela duração normal de uma gravidez, sendo adequada para as formas naturais (carnais) de procriação. No entanto, o mesmo dispositivo trata também de hipóteses atinentes às técnicas de reprodução assistida. Considerando que esses procedimentos são bastante diferenciados do método natural de procriação, a atitude do legislador de equipará-las quanto ao efeito merece alguns detalhamentos.

O inciso III²¹⁴ trata da utilização de técnica homóloga, podendo a gravidez surgir em função de inseminação *post mortem*; o inciso IV dispõe sobre a utilização “a qualquer tempo” de embriões excedentários, frutos de fertilização *in vitro* homóloga; ao final (V), preocupou-se o legislador com as técnicas heterólogas, que se amparam na utilização de material fecundante de um terceiro doador, para o fim de atribuir vínculo parental àquele que autorizou a realização do procedimento, ainda que nenhum vínculo biológico exista entre este e a criança.

A hipótese descrita no inciso III é bastante interessante por tornar evidente uma série de problemas jurídicos. A rigor, trata-se de uma extensão da presunção descrita no *caput* do dispositivo, eis que a concepção do filho terá ocorrido após a morte do pai e não durante a constância do casamento, sabido que o falecimento é causa de dissolução da sociedade conjugal (art. 1571, I, Código Civil).

Isso evidencia a possibilidade de que uma criança venha a nascer sem a presença física de um dos genitores, sendo o outro responsável pela sua criação e educação²¹⁵. Seu direito à convivência familiar, em sentido biológico, restaria premeditadamente comprometido, o que

²¹⁴ Cabe afirmar que o termo normativo “fecundação artificial” é impróprio, por ser a fecundação, em verdade, um fato natural, derivado de inseminação artificial ou de fertilização *in vitro*.

²¹⁵ Em 21 de junho de 2011, na cidade de Curitiba, nasceu um bebê gerado pela mãe depois da morte do pai. Luísa Roberta nasceu com 45 centímetros e 2.790 gramas. A mãe, Kátia Lenerneier, conseguiu na Justiça, em maio do ano passado, o direito de usar o sêmen do marido, que foi congelado. “O casal tentava engravidar quando o marido de Kátia descobriu, em fevereiro de 2009, que estava com um agressivo tipo de câncer de pele. O sêmen foi retirado e congelado a 200 graus negativos. Antes da morte de Roberto Jefferson, aos 33 anos, Kátia prometeu a ele que teria o filho do casal. O desejo não foi registrado em cartório e, por isso, ela teve de ir à Justiça para poder usar o sêmen. Kátia foi submetida a uma fertilização *in vitro* e engravidou na segunda tentativa, em setembro passado, quatro meses após a autorização judicial. Roberto tinha 33 anos quando morreu, um ano e quatro meses atrás. Segundo o médico Lidio Jair Ribas Centa, o sêmen foi congelado porque a quimioterapia poderia colocar a fertilidade dele em risco.” Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cidades>>. Acesso em: 25 jul. 2011. A resolução n.º 1957, de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina, também dispõe sobre a reprodução assistida *post mortem*, em seu item VII: “Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.” Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 25 jul. 2011.

torna questionável, em termos jurídicos, a possibilidade de programar uma família sem a referência biparental. No entanto, é possível que desde bem cedo seja furtada ao filho a possibilidade de viver ao lado de ambos os pais, sendo comum a ocorrência de falecimento prematuro de um dos genitores. Isso demonstra que o problema não é específico das técnicas de reprodução assistida, sendo importante afirmar que em todos os casos, apesar da falta de convivência, haverá definição sobre a pessoa dos ascendentes, surgindo daí, inclusive, a preocupação do legislador em estabelecer a presunção.

Em adendo, deve ser lembrado que o direito à reprodução é amplo, abrangendo, nos termos da Lei n.º 9.263, todos os cidadãos. À mulher, detentora do direito de procriar e de planejar sua família, não se pode furtar a possibilidade de usar as técnicas de reprodução assistida para tal fim. A própria Constituição reconhece as famílias monoparentais, cuja tutela igualitária com as outras entidades familiares torna evidente a vedação de que sejam criados empecilhos à sua constituição. E, na hipótese do inciso III do art. 1597, a vontade de procriar fazia parte de um projeto parental compartilhado pelo casal e comprovado pela criopreservação voluntária dos gametas. Assim, nada mais justo que permitir à mulher a continuidade daquele planejamento familiar²¹⁶.

Segundo Fabiane Simioni, a sociedade moderna se caracteriza pela pluralidade de concepções de bem, o que inclui projetos familiares diferenciados e que se baseiam na realização pessoal decorrente da assunção individualizada do papel de pai ou mãe. Além disso, não deveria haver uma representação hegemônica no que diz respeito às formas de constituição do bem comum, o que veda ao Estado a imposição de um modelo ideal de família²¹⁷.

Ao tutelar a monoparentalidade exige-se que todas as instituições prestem respeito a essa entidade e permitam o acesso igualitário a elas. A ponderação do exercício desse direito em face do melhor interesse da criança não deve conduzir inexoravelmente a um resultado que prejudique o titular de um projeto monoparental de família, eis que os dados do caso concreto são variáveis e podem legitimá-la. Não há um conteúdo específico e unívoco acerca do “melhor interesse”, sendo possível que a criança cresça e se desenvolva psiquicamente

²¹⁶ Para uma análise dos questionamentos jurídicos decorrentes da interpretação do art. 1597, III do Código Civil: BARBOZA, Heloisa Helena. Já podemos dispensar o pai? *Anais do 4º Encontro de Psicólogos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, novembro, 2003. Disponível em: <<http://www.scribd.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

²¹⁷ SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

bem, apesar da não convivência com uma de suas linhas de ascendência. O melhor interesse da criança não pode excluir peremptoriamente algumas formas de família.

Partindo-se desse contexto, outras situações merecem ser avaliadas com maior rigor por estarem mais intimamente relacionadas à dignidade e à responsabilidade, elementos que informam o exercício do direito à procriação.

É possível que uma criança seja gerada e venha a nascer sem definição sobre a sua ancestralidade, situação verificada nos casos em que a própria mãe esconde a identidade do pai, preferindo a denominada “produção independente”, ou utiliza as técnicas heterólogas de reprodução humana. Nesses casos, as normas éticas impõem o sigilo sobre a identidade do doador e do receptor, sendo esta revelada somente em casos especiais, por motivação médica, exclusivamente para os profissionais da medicina²¹⁸.

A decisão sobre a uniparentalidade é analisada por Sylviane Agacinski:

A decisão de dar a vida, e depois educar um filho, aponta de imediato, do ponto de vista ético, para uma responsabilidade imensa, que não é essencial apenas *para mim*. Ao contrário, ela me obriga a superar o meu desejo e a minha liberdade e a me interrogar sobre liberdade e os direitos desse outro, por quem me torno responsável. A decisão de procriar, de fazer nascer artificialmente ou de adotar um filho não é daquelas que concernem unicamente à *minha* liberdade subjetiva, *minha* autonomia e até mesmo à *minha* intimidade; pelo contrário, é daquelas que me fazem perguntar sobre o que eu devo ao outro.²¹⁹

O sigilo se impõe como um resguardo sobre a pessoa do doador, na medida em que impede o conhecimento e a constituição de qualquer vínculo entre a família receptora e a pessoa que os auxiliou na reprodução. Não havendo por parte do doador qualquer intenção procriativa, zela-se pelo sigilo, sendo incabível o estabelecimento de um liame jurídico entre aquele e a pessoa que biologicamente é seu descendente.²²⁰ Nesses casos, são considerados pais aqueles que desejam o filho – titulares do projeto parental –, sendo o material genético mero instrumento para alcançar esse fim.

No entanto, a vedação de acesso à identidade daquele que contribuiu para a formação de um novo ser é bastante problemática em termos de realização da pessoa humana, sobretudo quanto à descoberta da ascendência. Afinal, “No que se refere à procriação, o direito não é

²¹⁸ A seção IV da Resolução dispõe sobre essa questão:

“2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.” Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 25 jul. 2011.

²¹⁹ AGACINSKI, Sylviane. *Política dos sexos*. Tradução de Marcia Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 122.

²²⁰ RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 165.

obrigado a admitir irrefletidamente a utilização de qualquer possibilidade técnica.”²²¹ Faz parte da formação pessoal o conhecimento acerca de sua ancestralidade, seja para satisfazer alguma necessidade premente, como seria o caso de tratamentos médicos, ou simplesmente conhecer sua origem, como parte da construção de sua identidade pessoal. Vedar aos nascidos por meio de técnicas heterólogas de procriação o acesso a esses dados fere, de forma direta, a construção da identidade pessoal, integrada pelo conhecimento da ancestralidade, o que extrapola a matéria do direito de família e interfere diretamente sobre o direito da personalidade ao seu próprio conhecimento.²²²

O direito à identidade genética ou o também chamado direito ao conhecimento das origens materializa-se através da possibilidade de saber quem são seus genitores. Isso acontece porque a individualidade resta definida não só por meio dos elementos que se agregam à sua personalidade posteriormente ao ato do nascimento – o nome, por exemplo –, abrangendo, indubitavelmente, o conhecimento de uma realidade anterior que por si só é capaz de oferecer ao interessado a construção de uma história de vida mais ampla. Nesse sentido, a definição acerca da identidade genética da família pode contribuir de forma incomensurável para o autoconhecimento, garantindo um entendimento mais profundo sobre as próprias características e sobre o seu modo de ser. Por isso, afirma Cláudia Lima Marques, tratar-se verdadeiramente de um direito humano ao conhecimento da origem, já que revela ao seu titular as suas raízes, bem como oportuniza a descoberta de seus traços socioculturais, tais como suas aptidões, raça, etnia, e outros.²²³

Apesar de tudo, à luz da Constituição e do direito infraconstitucional, percebe-se que existe um direito à monoparentalidade. A adoção, inclusive, pode ser deferida em benefício de pessoas solteiras (art. 42, Estatuto da Criança e do Adolescente). Em contrapartida os laços de afeto se tornam cada vez mais importantes para o direito de família, sendo certo que a

²²¹ AGACINSKI, Sylviane. *Política dos sexos*. Tradução de Marcia Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 125.

²²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 12, 5-22, out./nov., 2009. p. 20. Essa questão sempre foi bastante discutida no procedimento da adoção, dados os efeitos psicológicos dele decorrentes, e, desse modo, recebe-se, com felicidade, a previsão do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, oriunda de modificação operada pela Lei n.º 12.010/09, que permite ao filho adotado, após a maioridade, o acesso à sua origem biológica.

²²³ MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira, *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 27-60. p. 31. Em um sentido mais prático poder-se-ia até mesmo afirmar que a elucidação da origem genética pode conferir à pessoa a possibilidade de evitar anomalias ou disfunções orgânicas, tendo em vista que um grande número de doenças possui causa hereditária, como pode ser constatado através de diversos estudos científicos elaborados sobre o assunto. Além disso, constata-se também que diante da necessidade de um transplante, a existência de um parentesco biológico pode tornar bem mais fácil a verificação de compatibilidade entre os doadores.

concretização da parentalidade se dá na convivência e no cuidado, sendo possível que na prática a ausência paterna ou materna seja suprida por terceiro.

Abstratamente, o ideal seria que todas as pessoas fossem criadas com uma referência biparental, como quer inclusive o art. 7º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ao dispor que a criança tem o direito de conhecer seus pais e, na medida do possível, ser criada por eles²²⁴. No entanto, a necessidade de compatibilizar, na prática, os interesses titularizados pelos filhos com o exercício do direito à procriação, torna a matéria bastante nebulosa e sem soluções predeterminadas. Trabalha-se, *in casu*, com assunto cujo desenvolvimento deve ser voltado para o exercício responsável e não egoísta do planejamento familiar, o que necessariamente inclui a preocupação com a formação da criança, devendo o genitor estar atento para minimizar os efeitos deletérios que a sua escolha monoparental porventura cause à formação do menor.

2.4 A condição do nascituro: ameaça e proteção

Encontra-se ainda em debate doutrinário um novo direito que permitiria às mães o abandono do filho indesejado logo após o seu nascimento. Trata-se do denominado “parto anônimo” que vem sendo defendido por alguns segmentos da sociedade como uma medida para diminuir o alto índice de abortos realizados no país, bem como viabilizar a efetivação de direitos das crianças, tais como a vida, integridade física e dignidade²²⁵.

Todos os dias são noticiados pela mídia fatos desumanos e cruéis praticados contra crianças, sobretudo de tenra idade, motivados por diversos fatores, que vão desde dificuldades econômicas até motivações subjetivas, sobre as quais não cabe qualquer tipo de valoração ou julgamento. Configurado restaria, então, para os seus defensores, o contexto para legitimar o “parto anônimo” – verdadeira institucionalização do abandono –, que deixaria de ser realizado às escondidas, com grave risco para a vida da criança, para efetivar-se de forma segura, em hospitais e postos de saúde. Assim, além do aborto (art. 124, Código Penal), crimes como o

²²⁴ A ratificação nacional dessa Convenção ocorreu em 1990, através do Decreto n.º 99.710.

²²⁵ No Brasil o projeto de lei 2747, instituidor do parto anônimo, foi arquivado na Câmara dos Deputados, em sessão plenária realizada no dia 27 de junho de 2011.

infanticídio (art. 123, Código Penal) e o abandono (art.133, Código Penal) seriam também menos utilizados em favor da proteção do neonato.²²⁶

Fabíola Santos Albuquerque entende que o planejamento familiar, na prática, não alcança todas as pessoas, sendo impossível exigir responsabilidade em uma conjuntura de pauperismo, falta de ajuda pública, alcoolismo/drogas e violência doméstica. O afastamento de crimes seria um efeito apenas indireto, eis que essencial a implantação do “parto anônimo” como política pública de proteção à criança, em conformidade com o art. 227 da Constituição Federal²²⁷. O abandono significaria responsabilidade e preocupação com o futuro da criança²²⁸.

Já para Cláudia Fonseca a questão é mais complexa por unir interesses da mãe, do filho e do pai, cada um dos quais amparados em fundamentos normativos de grande relevância. Para a mãe coloca-se a dificuldade da escolha – que somente na aparência poderia ser considerada como autônoma. Na maioria dos casos, circunstâncias fáticas como a pobreza ou coerção do companheiro induzem a decisão, não impedindo que mais tarde, alterado o contexto social, emocional e econômico, seja a mesma decisão causa para arrependimento²²⁹.

Para o filho há o inquestionável direito ao conhecimento de sua história biográfica, em tudo afastada pelo anonimato, essência do procedimento. O Estado passaria a confiscar a identidade biológica a pretexto de criar melhores condições para a vida do neonato.

Sobre a condição do pai é importante considerar a relevância – se existente – de sua manifestação de vontade na utilização do procedimento pela mulher. Além disso, é possível que pelo reconhecimento pré-natal (art. 1609 do Código Civil) seja fixada a paternidade, o

²²⁶ GOZZO, Débora. “Nascimento anônimo”: em defesa do direito fundamental à vida. *Revista Mestrado em Direito*, n. 6, ano 2, Osasco, p. 123-137, 2006. p. 125.

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos. (BRASIL. *Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.)

²²⁷ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro: avanços ou retrocessos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, São Paulo, n. 01, p. 143-159, dez./jan. 2008.

²²⁸ GOZZO, Débora. “Nascimento anônimo”: em defesa do direito fundamental à vida. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, n. 6, ano 2, p. 123-137, p. 125. 2006.

²²⁹ Em 1998 surgiram, na França – país em que o parto anônimo é permitido há muito tempo, tendo inclusive ingressado no Código Civil em 1993 – duas associações voltadas exclusivamente para mulheres que haviam utilizado o anonimato. A base de seus questionamentos era de que a maternidade “impossível” podia sê-lo tão somente de forma aparente e imediata. Assim, a mulher deveria ter o direito de reverter o anonimato por ela mesma solicitado. FONSECA, Cláudia. Abandono, adoção e anonimato: questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas legais de “parto anônimo”. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, n. 1, ano 2009, p. 30-62.

que, todavia, não afastaria a possibilidade fática de a mulher abstrair ou ignorar tal fato e realizar, mesmo assim, o “parto anônimo”, dando início a uma busca da criança pelo pai²³⁰.

Em face da Constituição Federal a implementação normativa da separação voluntária entre mãe e filho significaria retrocesso na evolução do direito de família, verdadeira fenda na proteção constitucional da igualdade dos filhos, na medida em que os nascidos em “parto anônimo” não poderiam ingressar com ação para buscar o estabelecimento de sua maternidade genética estando, paralelamente, condenados ao desconhecimento sobre a própria origem.

Enfim, o “parto anônimo” é figura que institucionaliza o abandono e legitima a irresponsabilidade parental, tornando a autonomia sexual e reprodutiva absoluta, ferindo frontalmente o princípio da paternidade responsável, da igualdade dos filhos e da dignidade das crianças e dos adolescentes. O projeto de Lei n.º 2747, inclusive, foi arquivado sob o argumento de inconstitucionalidade e (ou) injuridicidade (art. 58, § 4º do Regimento Interno da Câmara), impedindo que o Estado permitisse uma fissura na estrutura principiológica de proteção à criança. Em adendo, descumpriria a previsão do art. 7º, 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, segundo a qual: “A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.”²³¹

Em sentido diametralmente oposto, o Estado, mediante a denominada “Lei dos alimentos gravídicos” garante o direito do nascituro ao nascimento saudável, chamando o pai à responsabilidade.

A gravidez acarreta para a mulher uma série de obrigações, eis que minimamente torna-se necessário manter um organismo hígido para que o nascimento se dê de forma saudável. Assim, a par das aconselháveis restrições pertinentes à própria autonomia – fumar, beber – torna-se necessária a presença da gestante nas consultas do pré-natal, cuidados com a alimentação e a realização de exames e possíveis tratamentos. O genitor, por um fato natural, não sofre os efeitos da gravidez em seu corpo, devendo, em contrapartida, considerado que há

²³⁰ FONSECA, Cláudia. Abandono, adoção e anonimato: questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas legais de “parto anônimo”. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, n. 1, ano 2009, p. 30-62.

²³¹ Resolução 44/25 de 20 de novembro de 1989, Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.unicef.org>>. Acesso em: 09 jan. 2009. É importante ressaltar que a imposição de cumprimento deste diploma internacional pelo Brasil ocorreu através do Dec. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

responsabilidade bipartida pela procriação, participar do processo gestacional, auxiliando a mãe, emocional e financeiramente, para que o nascimento ocorra de forma exitosa.

Dessa forma, ambos devem repartir as despesas decorrentes da gravidez, sendo a qualidade de vida do filho uma responsabilidade dos pais. Muito já se discutiu, no Brasil, a respeito do direito do nascituro à percepção dos alimentos. Essa controvérsia derivava, sobretudo, do embate entre as teorias natalista e concepcionista, sendo que para os primeiros não haveria direito aos alimentos antes do nascimento pela falta de previsão legal, ao passo que, na opinião dos adeptos da segunda vertente, a existência do direito era incontestável haja vista a qualificação como pessoa desde a concepção²³².

Ocorre que independente de tal discussão, é bastante lógica e implícita no sistema brasileiro a possibilidade de se exigir judicialmente o pagamento de alimentos antes do nascimento. Considerando que a vida é bem juridicamente protegido como direito fundamental, restaria afastado argumento segundo o qual inexistente previsão legal, sendo, ademais, desnecessário vincular a vida à personalidade, eis que este é um conceito que pertence ao mundo jurídico, sendo possível haver vida sem a presença de uma pessoa, o que, atualmente, se comprova através pelos embriões criopreservados. A vida é um dado prévio à personalidade, pois somente o direito pode conceder esta última. Além disso, garante o Estatuto o direito ao nascimento sadio (art. 7º), sendo, de outra forma, a prestação alimentar a única maneira de efetivar, durante a gravidez, a responsabilidade paterna, uma vez que impossível, por outros meios, obrigar o pai a dividir com a mãe as despesas oriundas da gestação – desde que não haja discussão quanto à paternidade.²³³ A negativa na concessão dos alimentos seria em tais casos injusta, podendo redundar em uma lesão à integridade física ou à vida do feto, além de legitimar o desprezo e a indiferença paternas.

²³² Adotando a teoria concepcionista: BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. AI 70016977936. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 01 de novembro de 2006.

“EMENTA: AGRAVO INTERNO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. Incontroversa a união estável e a paternidade do filho que a alimentanda espera, deve o agravante contribuir para o desenvolvimento do nascituro, mormente considerando que a ex-companheira não pode desempenhar com a mesma intensidade o ofício de cabeleireira, em face da dificuldade de ficar o tempo todo em pé, já que está na metade do sexto mês de gravidez. Possibilidade do alimentante em pagar o valor fixado, de um salário mínimo, demonstrado pelos documentos juntados, que aponta possuir ele patrimônio não condizente com a renda mensal que alega ter, de R\$ 700,00. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.” Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 30 mai. 2009.

²³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 6848/97. Rel. Des. Maria Augusta Vaz Figueiredo. Rio de Janeiro, 06 de outubro de 1998: “(...) quando foi proposta a presente medida cautelar, não havia ente com personalidade jurídica, havendo apenas a possibilidade legal de se resguardarem os direitos do nascituro; sem que, todavia, houvesse demonstração inequívoca da relação de parentesco, não havia como condenar o réu a pagamento das verbas pleiteadas. Sem dúvida, ocorria mera expectativa de direito, não amparada pela legislação, resumindo-se a hipótese a caso de ilegitimidade ativa e passiva.” Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

A Lei n.º 11.804 de 2008 assegurou o direito aos alimentos, ao mesmo tempo em que instalou outras controvérsias. Contudo, ficou expressamente prevista a obrigação do pai em dividir com a mãe, na medida da possibilidade de cada um, as despesas que decorrem do período da concepção até o parto, devendo ser entendido que a titularidade do direito pertence ao feto²³⁴, e não à mãe, como alguns tendem a afirmar²³⁵. A própria natureza da prestação, que objetiva viabilizar um nascimento saudável, acrescido do fato de não haver vínculo entre os genitores, conduz à defesa da titularidade do direito pelo nascituro, que, inclusive, se nascer com vida, terá o benefício da conversão do valor pago em pensão alimentícia (art.6º, p.u.).

O *caput* do art. 6º estabelece que a determinação da prestação deva ocorrer com base nos indícios da paternidade, opção legislativa de duvidosa segurança, mas que pode ter a sua confiabilidade resguardada pelo julgador, sendo válida a sua previsão em benefício do melhor interesse daquele que vai nascer²³⁶.

2.5 A responsabilidade parental no direito infraconstitucional brasileiro

2.5.1 O estabelecimento da paternidade

²³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Por uma nova forma de atribuição da personalidade jurídica ao nascituro: análise do confronto entre a titularidade dos alimentos gravídicos e a polêmica da antecipação terapêutica de parto. In: _____. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16. No mesmo sentido: CHINELATO, Silmara Juny de A. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. In: CHINELATO, Silmara Juny de A. *et al.* (org.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 633.

²³⁵ LIMA NETO, Francisco Vieira; CASAGRANDE, Layra Francini Rizzi. *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 95.

²³⁶ “Risco. Para além dos termos da lei, não se pode perder de vista que está na base do novel instituto, um certo grau de risco que o juiz deve correr. Não se vá exigir tanta prova que o instituto fique inviabilizado. O risco de erro judicial, bem sopesado, deve elevar (sic) em conta um juízo de proporcionalidade. Com efeito, menor será o dano ao se punir, num eventual erro, o agravado com o ônus de uma obrigação que não é sua. Por outro lado, maior será o dano se o futuro mostrar que o agravado é o pai.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ag 70029315488, Des. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível. Porto Alegre, 31 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010. “1. O reconhecimento pelo réu de que manteve relacionamento amoroso com a autora por mais de dois anos há época da concepção constitui indício suficiente da paternidade para fixação de alimentos gravídicos. 2. Os alimentos gravídicos, ainda que provisórios, devem atender o binômio necessidade/capacidade. 3. Apesar da gravidez de alto risco, a autora trabalha, razão pela qual os alimentos gravídicos podem ser reduzidos, para cobrir as despesas extras com a gravidez. 4. Deu-se parcial provimento ao agravo do réu para reduzir os alimentos gravídicos de quatro para dois salários mínimos.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão n. 554493, 20110020197296AGI. Relator SÉRGIO ROCHA. Brasília, 07 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 22 dez. 2011. “A Lei n. 11.804/08 regulou o direito de alimentos da mulher gestante, de forma que demonstrada a verossimilhança do direito, bem como o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação o deferimento da liminar é medida que se impõe, devendo estes alimentos respeitarem, com a superficialidade e provisoriedade imanentes à espécie, o trinômio que os justifica: necessidade, capacidade e proporcionalidade.” BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AI nº 1.0525.09.175646-6/001. Relator Desembargador Nepomuceno Silva. Publicado em: 01 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

A existência de um liame biológico entre os genitores e a prole não é suficiente para o surgimento do parentesco e dos diversos direitos e deveres dele decorrentes. Torna-se necessário, para tanto, o estabelecimento jurídico do vínculo da filiação, sendo vários os modos de efetivá-lo.

Diante de uma união conjugal prevalece a presunção *pater is est*, utilizando-se o estado matrimonial dos pais para o fim de provar a filiação que, atualmente, não mais se diz, tendo em vista a igualdade constitucional, legítima. Assim, até que seja feita prova em contrário, o pai é o marido da mãe, devendo, por tal motivo, desincumbir-se de todos os benefícios e encargos que surgem da situação jurídica estabelecida. Diante, porém, da inexistência de casamento entre os genitores, torna-se premente que o ato do reconhecimento seja efetivado, pois, caso contrário, não se estabelecerá o parentesco e seus ordinários efeitos.

O art. 1597, do Código Civil, estabelece juridicamente o vínculo de paternidade – presunção *pater is est* –, sendo este, tradicionalmente, o efeito deduzido de uma circunstância fática que alia a união matrimonial e a fidelidade entre os cônjuges. O legislador civilista repetiu tal presunção a despeito de o casamento não ser mais a única forma de constituição familiar, não a determinando para os casos em que os casais vivam em união estável, situação em que o reconhecimento voluntário se impõe²³⁷.

É certo, porém, que aquela concepção restritiva que impunha a legitimidade presumida como característica para os filhos nascidos durante o casamento deve ser considerada como inadequada para os tempos atuais. Além disso, basta realizar uma análise integrada dos incisos III e IV do art. 1597 para se verificar que a atual presunção de paternidade extrapola a existência do vínculo matrimonial.

De 1984 a 1993, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) analisou os registros realizados à luz do estado familiar da mãe, classificando-o em solteira, casada e outro estado civil. Em 1994 essa distinção não foi repetida, mas o estudo estatístico realizado sobre a década anterior permitiu afirmar que houve um aumento no número de nascimentos fora do casamento, que de 26,5% passou para 57,5 % do total de nascimentos. Ou seja, houve incremento de 116%, o que significa que uma em cada duas crianças nascidas, no ano de 1993, não tinha um pai presumido, ficando à espera de um reconhecimento voluntário ou coercitivo, pela via judicial.²³⁸

²³⁷ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

²³⁸ THURLER, Ana Liési. *Em nome da mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil*. Florianópolis: Mulheres, 2009. p. 101.

O ato jurídico do reconhecimento pode ser realizado por diversas formas, tendo o art. 1609 do Código Civil se inspirado no art. 1º da Lei n.º 8560/92 para dispor que o estabelecimento jurídico da filiação pode dar-se pelo registro de nascimento, por escritura pública ou instrumento particular arquivado em cartório, por testamento ou por meio de manifestação expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não tenha sido objeto principal e único do ato que o contém. Desse modo, a mera manifestação de vontade do pai quanto ao reconhecimento gera o estado de filiação, estando tal ato acobertado pelas características da irrevogabilidade, incondicionalidade e indivisibilidade.

Em consequência, o ato do reconhecimento é irretratável, vedada qualquer conduta do pai que venha, por sua livre vontade, revogar o reconhecimento anteriormente procedido. Restam também proibidas as condutas de condicionar a produção ou o término dos efeitos do ato do reconhecimento a qualquer evento futuro, bem como qualquer outra atitude no sentido de delimitar a eficácia do ato concretizado²³⁹.

A conduta de declarar livremente a existência do vínculo de filiação é um dever moral e jurídico dos pais. Atualmente a sua inobservância pode ser sanada mediante pedido judicial de investigação de paternidade, felizmente deferido a todos os filhos, mesmo àqueles que não tenham nascido em uma relação de casamento.

A marcha para a responsabilização do pai foi bastante longa, mas positiva no sentido de torná-lo responsável pelo ato do nascimento²⁴⁰.

Somente em 1942, o Decreto-lei n.º 4737, beneficiou os filhos adulterinos, ao permitir seu reconhecimento voluntário ou judicial após o desquite do pai. A inovação passaria a ser bastante discutida, ensejando a arguição da necessidade de sua ampliação, porquanto os restritos limites impostos para o reconhecimento impediam que, em outras hipóteses, tais como aquelas decorrentes da morte de um dos cônjuges, ocorresse a perfilhação. Assim, somente um raciocínio traçado *a fortiori* permitiria a realização do reconhecimento de forma mais ampla. Tantos foram os pleitos de mudança nesse sentido que a Lei n.º 883 de 1949 atendeu aos clamores, sobretudo doutrinários, e enunciou que dissolvida a sociedade conjugal estaria permitido o reconhecimento voluntário ou judicial do filho havido fora do casamento.

Essa lei ainda sofreria outras modificações em prol do direito ao reconhecimento. Uma delas ocorreu em 1977, quando a Lei n.º 6515, por meio de seu art. 51, acrescentou um

²³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977 p. 74-80.

²⁴⁰ A igualdade entre os filhos fez surgir a igual responsabilidade entre os pais. Dessa forma, a luta pela igualdade foi uma luta pela igual responsabilidade. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil. Famílias*. 4. ed. 2011. p. 218.

parágrafo único ao art. 1º da Lei n.º 883, estabelecendo a possibilidade de, ainda durante a vigência da sociedade conjugal, poder qualquer um dos cônjuges reconhecer o filho considerado ilegítimo por meio de testamento cerrado, que seria, nessa parte, considerado irrevogável. Posteriormente, já em 1984, a Lei n.º 7250 acrescentou novo parágrafo ao mesmo artigo da lei 883, sendo fixado que mediante sentença transitada em julgado estaria autorizado o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio, desde que passados cinco anos de contínua separação de fato. Note-se que o art. 2º da Lei n.º 883 concedia ao filho reconhecido pela forma por ela imposta, a título de amparo social, o direito à metade da herança a ser recebida pelos filhos legítimos e legitimados.²⁴¹ Também a Lei n.º 6515/77 alterou essa regra discriminatória, dispondo sobre a igualdade de condições no que concerne à partilha da herança, não importando a natureza da filiação. Além disso, no que respeita ao direito de requerer alimentos, a lei 883 permitiu que o filho ilegítimo acionasse o pai para tal fim em segredo de justiça, afastando-se implicitamente todas as restrições do art. 405 do Código Civil de 1916²⁴². A Constituição pôs fim àquela odiosa distinção (art. 227, § 6º), restando a igualdade ratificada ordinariamente pela Lei n.º 7841 de 1989 e posteriormente pelo Código Civil de 2002. Esta última lei permitiu ainda o reconhecimento dos filhos incestuosos.

É indubitável a existência do interesse do filho em ser reconhecido, já que por esse ato poderá ver estabelecido o elo parental, abrindo-se espaço não só para a adoção do nome de família como para o exercício do direito aos alimentos e para a efetivação de outras prerrogativas como a sucessão, a guarda, a visitação, a convivência com os pais. Em suma, importante seria, mas isso nem sempre acontece, que toda relação de parentalidade conferisse ao perfilhado tanto o suprimento de suas necessidades materiais como também emocionais.

É importante, contudo, afirmar que a presunção do art. 1597 não é a única em matéria de filiação, sendo importante mencionar o art. 232, ao dispor que “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”²⁴³

Essa disposição se adequa ao contexto das ações de determinação da paternidade, necessárias quando inexistente o vínculo conjugal entre os genitores e ausente manifestação de vontade do pai para a realização do reconhecimento de paternidade na forma do art. 1609

²⁴¹ Os filhos legitimados se equiparavam aos legítimos. De acordo com o art. 353 do Código Civil de 1916 a legitimação resultava do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho. BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

²⁴² “Art. 405. O casamento, embora nulo, e a filiação espúria, provada quer por sentença irrecorrível, não provocada pelo filho, quer por confissão, ou declaração escrita do pai, fazem certa a paternidade, somente para o efeito da prestação de alimentos.” BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

²⁴³ BRASIL. *Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

do Código Civil. Em suma, a investigação de paternidade, fundamentada nos artigos 226, §7º, CF/88; 27 da Lei n.º 8069/90; 1616, do Código Civil; e na Lei n.º 8560/92, é ação que busca a identificação do pai para o fim de estabelecer o vínculo de parentesco e imputar-lhe todas as consequências derivadas do nascimento do filho, tendo como uma das causas justificadoras o cumprimento da responsabilidade parental.

Considerado como instrumento técnico-científico bastante preciso para a determinação da paternidade, não tardou que o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico), tornasse a importância das outras provas processuais – exame de tipagem sanguínea, semelhança física, prova das relações sexuais – bastante relativizada, acarretando, no entanto, outra sorte de discussões, principalmente nos casos em que o investigado, réu na ação, se recusava à realização do exame.

Com efeito, pode-se verificar que nessas hipóteses podem ser arguidos, em favor do investigado, diversos princípios constitucionais, tais como o da legalidade, da proteção da intimidade e da vida privada, da garantia da intangibilidade física e, até mesmo, em uma interpretação extensiva, aquele que enuncia a proibição de que as pessoas sejam obrigadas a produzir provas contra si mesmas. A comprovar a necessidade de se utilizar a ponderação de interesses para esta hipótese, argui-se a proteção constitucional concedida ao suposto filho, no sentido de que a este são conferidos os direitos à identificação pessoal ou descoberta da origem e, também, a garantia da efetivação de uma paternidade real e responsável.

É importante notar que as soluções adotadas para o esclarecimento desse conflito variaram desde a condução coercitiva do suposto pai até a análise meramente processual da recusa. Mas, um fator a ser considerado nessas duas vertentes é o de que uma constante verificada durante todo o momento de efervescência da controvérsia foi a de proteger a situação jurídica do filho, conferindo-lhe, sempre que possível, o alcance da paternidade judicialmente pleiteada.

Primeiramente, em uma postura de vanguarda e plenamente adequada aos novos fundamentos que sustentam o ordenamento jurídico, passou-se a defender doutrinária e jurisprudencialmente a possibilidade da execução *manu militari* do exame pericial, na medida em que o direito do filho a conhecer a sua paternidade, compreendida no próprio sentido da dignidade humana, seria muito mais importante que a simplória ofensa à integridade física e à intimidade titularizadas pelo suposto genitor.

Um dos argumentos utilizados para a execução forçada do exame de DNA concernia, principalmente, ao fato de que o desenvolvimento científico teria conferido à seara jurídica a possibilidade de superar as presunções existentes sobre a filiação, bem como afastar do

processo judicial a dificuldade da prova – esta sempre obtida por meios indiretos. A seguir esse raciocínio, não poderia o réu, diante da inesgotável contribuição que a ciência prestou ao direito de família, recusar-se ao exame, afastando o filho da definição acerca de sua situação jurídica.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a obrigatoriedade do exame seria medida plenamente apta à concretização da política legislativa de proteção à infância e à adolescência. A conduta do suposto pai em recusar-se à sua efetivação deveria ser qualificada como verdadeiro abuso do direito, cujos efeitos maléficis seriam sanados por meio da perícia coercitiva. Para a referida autora, a integridade física constitui verdadeiro direito da personalidade, não devendo, porém, a sua proteção ser utilizada como argumento para afastar a responsabilidade parental, porquanto aí estaria verificada a postura abusiva²⁴⁴.

Não obstante a fundamentação teórica e valorativa expendida, a postura que defende a possibilidade da coerção para realização do exame sempre foi minoritária, na doutrina e na jurisprudência. O próprio Supremo Tribunal Federal, quando chamado para decidir sobre o assunto, optou por uma postura mais defensiva, sendo poucos os ministros que, restringindo os direitos do investigado, privilegiaram a fixação da paternidade com base na realidade advinda da perícia genética coercitiva.²⁴⁵

A enunciação constitucional de uma série de direitos e liberdades foi conquistada após um período histórico de grande repressão, cujas lembranças devem permanecer recolhidas ao passado. É basicamente nesse sentido que a proteção aos direitos da personalidade vem sendo

²⁴⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira, *op. cit.*, p. 217-233. p. 232.

²⁴⁵Trata-se, na hipótese, do já tão discutido e conhecido *habeas corpus* 71373 – RS, decorrente de decisão proferida pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, por maioria de dois votos, mantivera decisão de 1º grau no sentido de compelir o investigado ao exame de DNA em uma ação de investigação de paternidade proposta na 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Centralizado da comarca de Porto Alegre. Por maioria de votos o pedido de *habeas corpus* foi deferido, tornando-se o acórdão importante principalmente pelo teor dos votos vencidos, a cargo dos seguintes ministros: Francisco Resek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 71373-4, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 10 nov. 1994. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, n. 165, tomo 3, p. 902-916, set. 1998. Em outra oportunidade, HC 76.060-4-SC, o Supremo Tribunal Federal novamente decidiu a respeito do tema da coerção ao exame de DNA. Nesse caso, porém, tratava-se de uma ação para reconhecimento de filiação cumulada com retificação de registro, proposta pelo pai biológico da criança. O motivo ensejador do *habeas corpus* foi a determinação judicial para que o pai registral e presumido da criança, uma vez que esta nascera durante a vigência de seu casamento, se submetesse ao exame de DNA para que pudesse ser alcançada a procedência do pedido do autor. Por unanimidade a turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, tendo sido utilizado como fundamento o fato de que não seria cabível o constrangimento do pai a fornecer uma prova que funcionaria, naquele processo, apenas como um reforço, haja vista o fato de que o exame poderia ser feito pelo autor, pela criança e sua genitora, prescindindo-se da pessoa do pai registral para a certificação da identidade genética. Considerou-se ainda que a determinação coativa do exame atingiria, no caso, a própria dignidade humana do paciente, fator que muito além da mínima invasão da integridade física, foi tido como preponderante para a solução do problema. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 76060-4-SC, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Brasília, DF, 31 mar. 1998, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 755, p. 165-168, set. 1998. p. 165.

efetivada, havendo muita resistência a qualquer tipo de conduta ou decisão que, de alguma forma, venha mitigar as prerrogativas adquiridas.

Talvez por esse motivo, nem mesmo diante de uma ponderação de interesses, os operadores do Direito tenham se animado a defender a possibilidade do exame coercitivo, preferindo-se outra alternativa que, não obstante, também considera como primordial o interesse do filho que investiga a sua paternidade. Dessa forma, a concepção atual e preponderante no que diz respeito à hipótese de negativa ao exame conduz-se no sentido de conferir àquela atitude uma interpretação meramente instrumental, ensejando o ato de repúdio à efetivação da perícia a presunção que, aliada às outras provas, pode levar ao estabelecimento do vínculo de filiação. Assim, atende-se ao direito do filho, resguardando-se, ao mesmo tempo, a intimidade, a integridade física e a liberdade do suposto pai.

Enquanto a discussão não era resolvida em sede legislativa, também os tribunais brasileiros assumiram a postura de consolidar o entendimento de que a recusa deveria ser interpretada de modo desfavorável ao investigado. Não para o fim de determinar a sua condução coercitiva, mas para presumir, de forma relativa, a paternidade do autor da ação investigatória.²⁴⁶

A manifestação legislativa sobre o assunto surgiu com a entrada em vigor do atual Código Civil, em seu art. 232. Realmente, com tal enunciado, parece ter o legislador sanado a controvérsia, rechaçando as vertentes que eram a favor da submissão forçada à perícia. Logo após, a segunda seção do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando esse entendimento, editou o enunciado de número 301, segundo o qual: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” E, para o fim de afastar qualquer discussão que ainda pudesse existir sobre o assunto, a Lei n.º 12.004, de 29 de julho de 2009, inseriu o art. 2º-A na Lei n.º 8560/92, para o fim de determinar a presunção de paternidade decorrente da recusa ao exame, devendo esta ser apreciada em conjunto com as outras provas existentes nos autos.

O estabelecimento da paternidade é de tamanha importância que a realização do reconhecimento se afigura como a primeira imposição jurídica que decorre do princípio da parentalidade responsável, pois por meio dele constitui-se o vínculo e se atribui ao genitor o poder familiar com todos os seus consectários, preservados os interesses da criança, que vão

²⁴⁶Nesse sentido algumas decisões: BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação Cível 97.001555-0. Apelante D.F. P. representada por T. F. P. Apelado: F. A. L. da C. Relator: Jersey Nunes. Acre, 27 out. 1997. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 336-343, abr. 1998; BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação cível 56.403-0. Apelante: J.C.S. Apelada: J.C.M. representada por sua mãe I. M. Relator: Ronald Accioly. Paraná, 04 mar. 1998. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 755, p. 369-373, set 1998; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 141689. Relator: Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 08 jun. 2000, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, n. 135, 315-319, nov. 2000.

desde o direito à sobrevivência digna e ao cumprimento do art. 227 da Constituição até os de cunho estritamente patrimonial.

A formalização da paternidade é assunto tão importante no direito brasileiro que a Lei n.º 8560 de 1992 adotou procedimento administrativo complementar para aquele fim, segundo o qual a realização do registro de nascimento sem a determinação da paternidade oportuniza que o próprio cartório entre em contato com o suposto pai para que este, se for o caso, realize o reconhecimento da criança. Não obtido êxito em tal intento – que por sua natureza não se encontra revestido de coercitividade – restará ao Ministério Público ingressar com ação para o fim de atribuir a paternidade.²⁴⁷

O IBGE não dispõe formalmente sobre o número de nascimentos sem a determinação da paternidade realizados no país, com isso não há uma definição concreta acerca dessa realidade que ainda é bastante preocupante. Nos anos de 2000 até 2007 foram lavrados no país 28.184.225 registros civis de nascimento. A hipotética especulação mínima de 5 ou 10 % de abstenção paterna já revela que milhões de crianças crescem sem a determinação da paternidade.²⁴⁸ As iniciativas de pesquisar tais dados variam em função dos interesses, e, segundo o Censo Escolar de 2009, há 4,85 milhões de alunos com a filiação incompleta. No Rio de Janeiro, a estimativa seria de 59.165 alunos²⁴⁹. Já as projeções feitas por especialistas, a partir de inspeções realizadas em cartórios, pelo Conselho Nacional de Justiça, revelam que uma em cada quatro crianças nascidas no Brasil não tem o nome do pai registrado em sua certidão de nascimento²⁵⁰.

O Ministério Público do Rio de Janeiro, com base na estatística do Censo Escolar, idealizou, no final de 2010, projeto chamado de “Em nome do pai”, que tem por objetivo reduzir o número de crianças sem o registro paterno. Para tanto, em parceria com instituições de ensino e agentes de educação, busca-se promover a conscientização das mães sobre a importância do acesso à paternidade, fazendo com que elas participem de reuniões diretas nos gabinetes ou em reuniões.

²⁴⁷ A legitimidade do Ministério Público nesses casos fundamenta-se na indisponibilidade do interesse da criança ao nome, à identidade e todos os outros efeitos jurídicos daí decorrentes, conforme já entendido pelo Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REExt 248869-1-SP. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 07 ago. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2011.

²⁴⁸ THURLER, Ana Liési. *Em nome da mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil*. Florianópolis: Mulheres, 2009. p. 104 e 118.

²⁴⁹ Disponível em: <<http://www.mp.rj.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

²⁵⁰ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2010/01/09/em-busca-do-nome-do-pai-uma-em-cada-quatro-criancas-nao-tem-dados-pateros-na-certidao-915497191.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2011.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também preocupado com a causa, criou, no mês de agosto de 2011, os denominados Centros de Reconhecimento de Paternidade (CRP), com a finalidade de regularizar o registro civil de pelo menos 43.000 alunos da rede pública de Belo Horizonte, que, com idade entre zero e dezessete anos, desconhecem a figura do pai²⁵¹.

Em Salvador, no mês de setembro de 2011, foi noticiado outro exemplo de preocupação com a falta de formalização da filiação, por iniciativa da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça, mediante o projeto “Pai presente”. Este tem por objetivo diminuir o número de aproximadamente 45.000 crianças em cujo registro civil não consta o nome do pai. Com a realização de audiências para o reconhecimento e parcerias médicas para a realização de exame de DNA em caso de recalcitrância, busca-se resgatar a dignidade de milhares de pessoas, não só crianças, que convivem involuntariamente com um registro incompleto²⁵².

No município de Lages, em Santa Catarina, o dia 17 de agosto foi escolhido para dar lugar ao “dia da paternidade responsável”, criado pela Lei Municipal n.º 030/2010, oportunidade em que são divulgados os projetos realizados pelo Instituto Paternidade Responsável. Este tem por objetivos informar os interessados sobre a realização do registro de nascimento e outras documentações oficiais e ressaltar a importância social da paternidade, bem como da constituição de prole, valendo-se, para tanto, de encaminhamentos psicológicos, pedagógicos e jurídicos²⁵³.

Percebe-se que há, na atualidade, verdadeira mobilização administrativa, legislativa e jurisdicional para que seja cumprido voluntariamente o dever de reconhecimento da prole. Este é direito do filho, reflexo do cumprimento parcial do princípio constitucional de responsabilidade paterna.

2.5.2 A trajetória do pátrio poder à paternidade responsável

Durante o período de consolidação da estrutura familiar patriarcal no direito brasileiro, tornava-se certa a referência ao pátrio poder, atual poder familiar, como importante

²⁵¹ GARCIA, Daniela. Centro dá a crianças chance de ter pai. *Hoje em dia*, Belo Horizonte, 09.08.2011. p. 24.

²⁵² Pai presente aumenta o número de reconhecimentos espontâneos de paternidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 12 set. 2011.

²⁵³ Informações disponíveis em: <<http://www.paternidaderesponsavel.org.br>>. Acesso em: 12 set. 2011.

repercussão jurídica decorrente das relações entretidas entre os pais e os filhos. Com base nele, encarregavam-se aqueles dos cuidados com a pessoa e o patrimônio destes. No entanto, é óbvio que naquele contexto o sentido de cuidado com os filhos não avançava para considerações de cunho emancipatório, limitando-se à consideração da prole como pessoas sujeitas ao poder do pai. A situação atual é totalmente diversa, considerando-se sobretudo ter a própria Constituição instituído o princípio da paternidade responsável, que encontra seu grande campo de efetividade no poder familiar. Seu significado está no fato de que o Estado atribui aos pais a função de manter, criar, cuidar, proteger e progressivamente emancipar os filhos, devendo a sua base interpretativa se amparar no viés personalista e na concretização dos direitos fundamentais dos filhos, conforme exigido pelo art. 227 da Constituição Federal. Ou seja, cabe precipuamente aos pais, no conjunto de atribuições que lhe é deferido pelo Estado, para serem exercidas durante toda a menoridade do filho, o zelo pelo cumprimento de seus maiores interesses, sendo essa a tônica que deve informar a interpretação e aplicação das normas previstas no Estatuto e no Código Civil sobre o poder familiar (arts. 1630 a 1638 e arts. 1689 a 1693).

As relações entre pais e filhos são, por natureza, complexas, pois nelas muitos são os fatores a exercer influência em seu desenvolvimento. Inicialmente, vale ressaltar ser uma situação inserida na esfera íntima dos envolvidos, um relacionamento que se forma a partir da convivência, cabendo-lhes definir as “regras” a serem adotadas para o bem-viver de toda a família. Em segundo lugar, trata-se, em acréscimo, de uma relação, antes de tudo, de profunda dependência, na qual recebem os pais toda a responsabilidade pela sobrevivência e pela transmissão do conhecimento necessário para que um dia o filho possa se desvencilhar dessa união e constituir o seu próprio caminho. É possível afirmar que não se trata, portanto, de uma situação em que o desenvolvimento do infante ocorre de forma instintiva, muito pelo contrário, pois caberá aos pais o dever de ensinar as regras básicas para a convivência em sociedade. Assim, dada a sua natureza cultural e não simplesmente natural²⁵⁴ – o que de resto é confirmado por seu interesse jurídico –, exige-se que ambos os genitores, em exercendo a autoridade parental, tudo transmitam aos seus filhos, pois estes são credores de todos os conhecimentos que as gerações podem legar, não se tratando, portanto, de um desenvolvimento erguido sobre as bases da formação natural.

²⁵⁴ SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 15-17. Diferente o entendimento de Denise Damo Comel, para quem o fundamento do poder familiar seria o direito natural. COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 60.

Além desse fato, o conteúdo do poder familiar e todas as suas atribuições dependem das construções valorativas e dos interesses preponderantes para a sociedade em determinado momento, ou seja, o Estado estabelece um mínimo exigível de conduta a ser seguido pelos pais e realiza a fiscalização sobre o seu cumprimento. Por isso, é necessário discernir o simples fato da “criação dos filhos” cujo sentido básico é o de garantir a sua sobrevivência, da sua essência, pois esta possui um significado normativo que varia ao sabor das conjunturas em que é exercida. E justamente por depender desse encadeamento de construções normativas axiológicas é que se afigura como de suprema importância a consciência dos pais sobre o real sentido do exercício e cumprimento do conteúdo adequado dessa função.

Em sendo os filhos menores e, portanto, necessitados de uma maior proteção, interfere o Estado legitimamente nessa relação para evitar que abusos sejam cometidos pelos genitores, sendo eles conclamados a agir com responsabilidade. Mas, é imprescindível afirmar que vários aspectos desse relacionamento fogem à previsibilidade do legislador e à coerção do Estado, eis que fazem parte da maturidade e da condição pessoal daqueles que nela se inserem. Por isso, deve-se considerar que ao Estado cabe zelar pela boa condução desse relacionamento, sendo oportunizadas ao filho as melhores condições, mas o verdadeiro resultado, em termos qualitativos, dessa convivência, dependerá em grande monta de fatores alheios à previsibilidade pública, devendo ser resolvidos como matéria interna entre os cointeressados.

Conceitualmente, o poder familiar é o conjunto de direitos e de deveres relativos às pessoas e aos bens do menor não emancipado, a que os pais estão vinculados.²⁵⁵ Assim, constituída formalmente a relação paterno-filial, estabelece-se como poder-dever dos pais para dirigir a criação e educação dos filhos, que não lhes pode ser negado, ao mesmo tempo em que – daí a peculiaridade do instituto – não se pode livremente abdicar dessa função, por ser dever irrenunciável dos genitores. Como qualquer instituto jurídico do direito civil, mereceu o poder familiar uma nova análise interpretativa e prática em decorrência de todas as

²⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 220. A configuração como conjunto de direitos titularizados pelos pais não possui o mesmo sentido divulgado por Antunes Varela, para quem a educação do filho menor corresponderia não apenas ao seu interesse, mas também à plena realização da personalidade dos pais. Sobre o assunto, veja-se SILVA, Marcos Alves. De pai para filho – uma releitura da relação paterno-filial a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 6. jul./ago./set., 2000. p. 23-30, p. 26. Discorda-se desse posicionamento porque o exercício do poder familiar dá-se em função da formação do filho, nada entendendo com a colocação da figura dos pais como foco de seu interesse. A modificação da personalidade dos pais, pelo exercício do poder familiar, pode perfeitamente vir a ocorrer, mas como um efeito natural e não como uma obrigação que grava o sentido do poder parental. Os pais possuem, conforme apontado no texto acima, direito subjetivo ao exercício do poder familiar, não se lhes podendo ser retirada essa prerrogativa de forma arbitrária. Nada mais. (Sobre o assunto, ver também TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 95 e 96).

modificações ocorridas, sejam elas de natureza social, econômica ou jurídica, enfatizando-se, nesse último aspecto, de um lado, a colocação das crianças e dos adolescentes como sujeitos merecedores de especial e integral proteção – art. 227, da Constituição – e, de outro, a funcionalização da entidade familiar ao pleno desenvolvimento de cada um de seus membros.

Outrora considerado como poder do pai, espelhando a antidemocracia que regia a família brasileira dos séculos XIX e XX²⁵⁶, a autoridade parental²⁵⁷, deve ser exercida de forma igualitária pelo pai e pela mãe, sempre movidos pela finalidade de desenvolver física e psiquicamente a pessoa do filho, devendo essa atividade pautar-se pelo respeito e pela preservação da dignidade.

O pátrio poder encontrava justificativa na conjuntura vivenciada²⁵⁸, eis que, ao escolher o patrimônio como valor preponderante para a época, tinha-se a necessidade de que o pai de família, responsável pela provisão familiar, tivesse ingerência plena sobre a gestão dos bens, anulando, para tanto, quaisquer outras vontades que pudessem, de alguma forma, interferir nessa unidade de comando. Daí a exclusão da mãe – espelhando a condição jurídica

²⁵⁶ Diante da estrutura patriarcal vivenciada no século XIX e em parte do século XX, quando, conforme visto anteriormente, havia depreciação da figura feminina e menor consideração com os interesses dos menores, não se estranha que o pátrio poder fosse exclusivo do pai e ilimitado no tempo. Como bem notado por Neiva Flávia de Oliveira, “...ao se conceituar e estudar pátrio poder não se analisa, em Ciência do Direito, apenas um conceito jurídico; mas, sim, um elemento fundamental do próprio sistema, metaforicamente um pilar da sua estrutura.” OLIVEIRA, Neiva Flávia de. Pátrio poder e poder familiar – diferenças sociojurídicas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 10, p. 12-30, jul./ago./set. 2001. p. 13.

²⁵⁷ Segundo Marcos Alves da Silva, no termo “autoridade” encontra-se um sentido relacional, ao contrário de “poder” que, por vezes não conduz a esse significado, na medida em que possível o seu exercício sobre uma coisa, como nos poderes decorrentes da situação de propriedade. Além disso, segundo o mesmo autor, o termo “familiar” parece pulverizar entre os parentes a titularidade de uma prerrogativa que pertence, em verdade, aos pais. SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 8-10. Acompanhando a crítica, Paulo Luiz Netto Lobo defende o termo “autoridade” por traduzir melhor o exercício de função ou de *munus* no interesse de outrem, enquanto “parental” espelharia a relação existente entre pais e filhos, dela sendo retirada a legitimidade que fundamenta a autoridade. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 141. Também sobre a crítica ao termo poder familiar e endosso ao termo autoridade parental, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 5-6).

²⁵⁸ Sobre o histórico do poder familiar, cujas raízes são encontradas em Roma: A organização das famílias em Roma, pelo menos no início da formação do Império, sempre esteve pautada por um incomensurável sentido religioso. A reunião de toda a família para o culto de deuses particulares e também de seus ancestrais era um ato que pertencia à tradição do povo romano, sendo esse um momento para reverenciar as divindades, e ao mesmo tempo, buscar a proteção para todos aqueles que eram apresentados no culto como pertencentes à organização familiar. Nesse aspecto, a família romana encontrava-se construída a partir de um laço civil de agnação, sendo considerados parentes aqueles que cultuavam um mesmo ancestral, estando todos sob a autoridade do *pater*, que na sociedade romana chegou a desempenhar as funções de sacerdote, chefe e juiz, com um inigualável poder sobre a mulher, os filhos e seus escravos. Diz-se que o poder do *pater* sobre seus filhos era extremo, já que estes não possuíam personalidade jurídica, estando, portanto, a depender da figura paterna para a realização de todo e qualquer ato. Independentemente da idade, a sujeição do filho era incontestável, mantendo-se esta situação até que o pai falecesse. A alteração desse quadro somente ocorreu a partir do desenvolvimento das conquistas territoriais romanas, hipótese na qual não mais convinha que os encarregados da administração das terras ocupadas continuassem submetidos àquela degradante sujeição. LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 61-85. Neste mesmo sentido BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de filiação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

de inferioridade da mulher – para a titularidade daquele poder e a consideração dos filhos como verdadeiros objetos de propriedade, meros receptáculos do comando paterno.

O art. 380, Código Civil de 1916²⁵⁹, mesmo após alteração operada pelo Estatuto da Mulher Casada, dispunha que “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.”²⁶⁰ Ou seja, a posição secundária da mulher era institucionalizada. A exceção se encontrava nos casos de falta ou impedimento do pai ou nas hipóteses de prole ilegítima não reconhecida, hipótese na qual, segundo o art. 383, cabia à mãe a assunção plena daquela função – fator que acompanha e corrobora a responsabilidade única e exclusiva da mulher sobre os filhos não agraciados pela bênção do matrimônio. Atualmente, o poder familiar, como decorrência direta da igualdade constitucional, compete aos pais, cabendo-lhes, de forma idêntica, exercê-lo em prol da pessoa dos filhos e não com viés patriarcal.²⁶¹

Além desse aspecto, como a pessoa e o patrimônio da esposa e dos filhos eram plenamente geridos pela figura do pai, que exercia ao mesmo tempo um poder de duas faces, mas de um mesmo significado – o poder marital e o pátrio poder –, atribuía-se ao chefe um feixe de direitos, sendo desconsiderada a opinião dos outros integrantes da família, de quem se esperava obediência e resignação²⁶².

²⁵⁹ Sua redação original era a seguinte “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido e, na sua falta, a mulher.” BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p. 392.

²⁶⁰ BRASIL. *Código Civil*. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Segundo Washington de Barros Monteiro, “Por outras palavras, o poder é *simultâneo* mas o exercício é do marido, com a colaboração da mulher.” MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 284. Segundo previsão do art. 393, do Código Civil, em sua redação original, a mulher bínuba perdia o pátrio poder quanto aos filhos do primeiro leito, a quem seria dado tutor. Segundo Clóvis Beviláqua, o receio que se apresentava era o de que a bínuba se deixasse influenciar pelo seu segundo marido, preocupando-se mais com os renovaos de seu segundo leito à custa de descurar dos nascidos durante o primeiro matrimônio (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p. 401). Essa disposição somente veio a ser alterada em 1962, com a Lei n.º 4121, em que se prescreveu a manutenção do pátrio poder sobre os filhos do casamento anterior, sendo aquele exercido sem interferência do novo marido.

²⁶¹ Nem sempre foi assim: “O gôzo do pátrio poder, durante o casamento, cabe simultaneamente (sic) a ambos os genitores, mas o *exercício* compete ao pai, embora com a colaboração da mãe; se divergirem, prevalecerá a decisão paterna. Assim ocorre, dentre outros motivos, para que haja unidade de direção nos assuntos domésticos, indispensáveis à prosperidade e boa ordem das famílias.” MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 290. Muito produtiva, portanto, a síntese feita por Denise Damo Comel, para quem existiram, no decorrer da história do direito de família brasileiro, três sistemas de atribuição do pátrio poder: o primeiro pode ser retirado do Código Civil em sua versão original, cujas raízes romanas, tributavam somente ao pai a titularidade e o exercício do poder familiar – era o poder diretivo único. O segundo, chamado de titularidade conjunta e exercício subsidiário, inspirava-se na redação do art. 380 do Código Civil, depois de alterado pelo Estatuto da Mulher Casada, em que a titularidade continuava a ser do pai, exercendo também o pátrio poder, mas com a colaboração da mãe, embora tal ressalva não fosse, na prática, tão inovadora, já que os conflitos seriam sempre resolvidos pela vontade paterna. Por fim, encontra-se o modelo constitucional atual, em que tanto a titularidade quanto o exercício desenvolvem-se em igualdade de condições entre o pai e a mãe. COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 81-87.

²⁶² OLIVEIRA, Neiva Flávia de. Pátrio poder e poder familiar – diferenças sociojurídicas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 10, p. 12-30, jul./ago./set. 2001. p. 13.

A visão atual encontra-se modificada, pois o cuidado com a criação e formação dos filhos afigura-se como dever de realização responsável pelos pais. Isso acontece por se ter descortinado a realidade de que a família é ambiente em que se desenvolvem relações de cunho existencial e patrimonial, sendo as primeiras preponderantes em face das segundas. Tornou-se, portanto, imprescindível considerar que, além dos interesses materialistas – tão caros aos cultores da família patriarcal – sobressaíssem no interior da família contemporânea os aspectos de cunho existencial – tais como a educação, a capacitação, o discernimento para a realização acertada de escolhas, o fortalecimento emocional dos filhos – o que afasta de forma irrevogável a configuração do poder familiar como simples direito subjetivo, dada a sua simplicidade e inadequação de estrutura para atender àqueles elevados e complexos objetivos. O direito subjetivo pode ser conceituado como o “poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”²⁶³, ajustando-se, portanto, fielmente às relações de cunho patrimonial, de onde se podem retirar como exemplo as referentes ao direito de propriedade. Conferir ao poder familiar a natureza de direito consistiria em um retorno ao tempo em que aquele era chamado de pátrio poder, cabendo ao pai a prerrogativa plena de interferência na vida dos filhos, salvo nos casos de explícito abuso.

Atualmente, a ingerência dos pais na vida dos filhos ocorre em função de sua formação e desenvolvimento, caracterizando-se dogmaticamente pelo que Caio Mário da Silva Pereira denominou poder. Este, conforme entendimento do mesmo autor, constitui direito-dever, não sendo o seu exercício livre e arbitrário, mas necessário no interesse de outrem, *in casu*, o filho.²⁶⁴ Essa concepção se coaduna perfeitamente com a configuração do poder familiar, verdadeira situação jurídica permeada de interesses de cunho existencial, de onde devem ser afastadas, como visto, as condutas de autoritarismo e desrespeito para com a pessoa dos filhos.

No mesmo sentido, na doutrina brasileira, tem-se o ensinamento de Gustavo Tepedino, segundo o qual “Na concepção contemporânea, a autoridade parental não pode ser reduzida, portanto, nem a uma pretensão juridicamente exigível, em favor de seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição (dos filhos à vontade dos pais).”²⁶⁵ Traduzindo-se em verdade como especial poder, conferido em benefício e em função da proteção daqueles que,

²⁶³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 188.

²⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 38.

²⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 182.

por sua vulnerabilidade, precisam de outrem para dirigir-lhes a criação, a educação e o consequente engrandecimento de sua personalidade.

2.5.3 O poder familiar e os interesses existenciais dos filhos

Tanto a Constituição Federal, art. 229, o Código Civil, art. 1634, como também o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 22, dispõem sobre o conteúdo das relações parentais, ora em uma análise restrita, que se circunscreve ao poder familiar, ora em um sentido mais amplo, com ares de estabelecimento de uma solidariedade familiar recíproca, como pretendeu o legislador constitucional. Considerando o enfoque ora adotado, qual seja o poder familiar, torna-se interessante tecer algumas restrições.

Por primeiro trata-se de um poder que gera um conjunto de obrigações e que pertence aos pais, pois ainda que no direito brasileiro existam outros institutos protetivos, tais como a tutela e a curatela, estes possuem características próprias e não podem ser confundidos com o poder familiar.

A curatela é instrumento de proteção de pessoas vulneradas, servindo àquele que apresenta deficiência na sua capacidade de entendimento, haja vista doença mental ou comprometimento grave oriundo de situações outras, como o uso de substâncias entorpecentes (art. 1767, CC). É exercida pelo cônjuge, por parentes ou por terceiro, identificando-se com o poder familiar tão somente pela determinação de que o curador cuide da pessoa e do patrimônio do interditado, mas com a ressalva de que o cuidado, nesse caso, não objetiva o crescimento por meio do processo educativo, tal como ocorre com o menor, visto que deve atender às necessidades peculiares do incapaz.

Já a tutela, tratada tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 36 a 38) e no Código Civil (1728 a 1766), diz respeito especificamente aos casos em que ocorreu a extinção do poder familiar, quer pelo falecimento dos pais, quer por sua ausência ou quer pela determinação judicial de destituição. Ou seja, trata-se de circunstância em que, diante da falta de quem exerça a autoridade parental, requer-se a nomeação de tutor para que este cumpra deveres que normalmente caberiam aos pais (art. 1740, III), quais sejam aqueles pertinentes à formação física e intelectual, bem como o cuidado com a gestão patrimonial e financeira a bem do menor. Assim, pelo seu conteúdo assemelha-se, em grande monta, à autoridade parental, embora a tutela seja constituída por força de decisão judicial, ao contrário do poder

familiar, que é atribuição legal, não havendo meio jurídico que permita a coexistência de ambos os institutos.

Outra situação jurídica que poderia gerar algum tipo de confusão é a guarda (art. 33 e ss do ECA) que, como modalidade de colocação em família substituta, pode se perfazer de maneira provisória ou definitiva, sendo, em alguns casos, medida liminar para a tutela ou adoção. Serve a guarda para a regularização da posse de fato da criança e do adolescente que se encontra em situação de risco (orfandade, abandono e abuso dos pais), mas também para aquelas cujos pais não se encontram em condições de exercê-la conjuntamente (art. 1584, CC). Estabelece a lei que cabe ao guardião o dever de prestar assistência material, moral e educacional, mas a semelhança de conteúdo com o poder familiar não serve para o fim de se tratar os institutos de forma idêntica. Isso porque a guarda, como será visto, é só um dos aspectos do poder familiar, de modo que são situações jurídicas que podem coexistir.²⁶⁶

O poder familiar deve se circunscrever aos pais, conforme a previsão do registro de nascimento, sendo recomendável que recaia sobre ambos, o pai e a mãe, nada perdendo, contudo, em seu sentido, se for titularizado e exercido por um só deles, como pode ocorrer nos casos de falecimento ou ausência de um dos ascendentes.

É certo que as mudanças ocorridas no direito de família, seguidas de construções teóricas inovadoras, fazem com que diversas dessas questões sejam repensadas, e sobre esse ponto cabe a menção às famílias reconstituídas e a assunção da responsabilidade parental por aquele que passa a conviver com o outro genitor. Trata-se de assunto bastante relevante, cuja discussão é provocativa, mas considerando que seus efeitos jurídicos se estendem para além dos limites deste trabalho, deverá ser abordado de forma mais ampla em outra oportunidade.²⁶⁷ Neste momento, a análise é restrita à responsabilidade que os pais registrais têm sobre seus filhos.

²⁶⁶ Assim, no direito brasileiro há diferença nos termos jurídicos, ainda que na prática as situações sejam bastante similares, refletindo todas elas o dever de cuidado dos pais perante os filhos. O mesmo não acontece no direito inglês, no qual sob o termo de responsabilidade parental, atribui-se aos pais ou a qualquer pessoa que a exerça, nos limites da ordem judicial conferida, a autoridade para cuidar e tomar decisões sobre a educação e vida dos menores. Aqueles que cuidam de fato de uma criança precisam recorrer à Corte para adquirir a responsabilidade parental que, nesses casos será dividida com os genitores. Sem essa ordem, aqueles têm somente o poder de decisão sobre aspectos do cotidiano, exigindo-se que façam o razoável de acordo com as circunstâncias do caso, sempre com o propósito de promover e resguardar o bem-estar da criança. As ordens variam, podendo restringir-se a contato, moradia ou assuntos específicos, não atribuindo aos seus titulares algumas prerrogativas que se circunscrevem aos pais e guardiães – figura similar ao tutor do direito brasileiro –, como exemplo o consentimento para adoção e a nomeação de guardião. A ordem não confere direitos sucessórios e nem parentesco, coerentemente com o fato de que coexiste com a autoridade exercida pelos pais. BAINHAM, Andrew. *Children: the modern law*. Bristol: Family Law, 2005. p. 61-63; 117-224.

²⁶⁷ As famílias reconstituídas ou recompostas surgem a partir do momento em que se cria uma nova entidade familiar, havendo filhos de relacionamentos anteriores. Nesse caso, unem-se o genitor, o filho e uma outra pessoa – até então estranha aos antigos laços – que é cônjuge ou companheiro (a) de um dos genitores. Daí a pergunta: qual o limite da intervenção do novo cônjuge ou companheiro na criação do filho? Sobre esse assunto, parte-se do disposto no art. 1636 do Código Civil, que ao tratar da não interferência do novo cônjuge ou companheiro sobre o exercício do poder familiar,

Feita a ressalva, devem ser analisados os deveres dos pais em relação aos filhos menores: guarda, criação, sustento, educação e a sua representação formal.

Considerada a natureza de tais deveres, é possível classificá-los por meio de dois grupos que podem ser chamados de “deveres que perfazem o cumprimento material do poder familiar” e “deveres que se referem ao cumprimento formal do poder familiar”. Os primeiros dizem respeito às condutas que devem ser adotadas na relação direta entre pais e filhos, como seria exemplo a educação, enquanto no segundo grupo estão aquelas que dizem respeito a interesses de terceiros, como a representação contratual ou consentimento para casar.

contrasta com uma realidade onde aqueles exercem na prática o papel que seria do genitor biológico. Sobre o assunto há muitas discussões, derivando do fato posicionamentos bastante extremos. Fabíola Albuquerque, por exemplo, pugna pela não interferência dos relacionamentos entretidos pelos genitores sobre o exercício do poder familiar sobre os filhos (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 24 fev.). Já Waldir Grisard Filho entende identificar-se na situação o parentesco por afinidade, merecendo a posição dos pais afins uma delimitação mais adequada pela lei. Para o mesmo autor, quando os pais biológicos são presentes, a atuação do afim se afiguraria como uma conduta de complementaridade, materializando-se simplesmente por meio de decisões ligadas à vida cotidiana (GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações, parentesco e autoridade parental. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro. Belo Horizonte: DelRey-Ibdfam, 2004. p. 657-674. Já Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, defendem que a situação vivenciada pelos filhos com o atual parceiro do genitor, quando amparada em um efetivo exercício da autoridade parental, configura afetividade, sendo este o fundamento para o vínculo e todos os seus efeitos jurídicos, não a afinidade. A relação concreta entre pais e mães afins e seus filhos também afins (oriunda de um compartilhamento de funções parentais com o genitor biológico) poderia constituir situação de socioafetividade, apta a gerar efeitos jurídicos e responsabilidade parental (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. In: *___O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 197). “Afirmamos que do exercício fático dos deveres inerentes ao poder familiar emanam efeitos jurídicos inerentes à socioafetividade, que produz vínculos parentais irrevogáveis e definitivos.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Ibid.*, p. 197) A criação desse vínculo conduziria ao fato de que a divergência de opiniões entre os genitores biológicos e os afetivos fosse resolvida pelo juiz. De nossa parte, entende-se que, considerado o estado da arte, tem-se que a defesa da multiparentalidade é tendência bastante inovadora, respeitando-se a sapiência e preocupação de suas defensoras com a realidade. Ocorre que, dada a instabilidade das relações atuais, muita insegurança será gerada ao se conferir responsabilidades parentais àqueles que no momento convivem com o genitor. Crianças e adolescentes costumam apegar-se com certa facilidade, sendo comum no dia-a-dia a assunção de funções que caberiam aos genitores biológicos. Esse fato, contudo, não deve possuir a força de gerar uma situação de paternidade afetiva, em tudo equiparado à biológica. Essa pulverização de autoridades poderá ser prejudicial ao próprio infante. Além disso, em um contexto onde se pugna e aplica a guarda compartilhada, tem-se que os novos parceiros, em regra, não deveriam interferir e nem precisariam se imiscuir na vida dos filhos alheios. Mas, como na prática é muito difícil que isso não aconteça, deve-se considerar tal atuação como simples exercício complementar ao do outro genitor com quem se convive. Essa participação não deve ser tão forte de modo a mutilar os direitos dos pais biológicos, devendo, portanto, haver o consentimento. Se o vínculo estabelecido, porém, for bastante estável e sólido, acompanhado de abandono pelo outro genitor, aí sim, estabelece-se a afetividade, impondo-se o pedido de adoção unilateral.

2.5.3.1 A guarda dos filhos: instrumento para exercício do poder familiar

Esse dever aparenta estar revestido de grande simplicidade, mas tal aparência logo se desfaz quando é percebido que a guarda torna possível ou facilita em grande monta o exercício de todos os outros deveres relacionados ao poder familiar. Ter a guarda dos filhos significa que os pais devem deles estar juntos, de preferência em convivência harmoniosa e pacífica, protegendo-os de todos os perigos, para que assim se possam cumprir os outros encargos, principalmente os de criar e educar. Trata-se, portanto, de um dever instrumental para o exercício efetivo do poder familiar.

A guarda dos filhos está descrita no art. 1634, II do Código Civil e também no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas nada impede que seja separado do exercício do poder familiar, sendo este mantido a despeito da não convivência do genitor com a criança ou o adolescente. O poder familiar permite nesse caso uma cisão em seus deveres sem que ele seja alterado, pelo menos de maneira abstrata, no que diz respeito à sua titularidade. Na prática, ainda que a titularidade seja mantida, grande parte do exercício do poder familiar terminará por ser realizada por aquele que for nomeado guardião do menor. Situações desse tipo ocorrem nos casos em que a convivência não pode ser mantida por razões a serem definidas no caso concreto, impondo a separação entre pai e filho. Seria exemplo a remoção do genitor para exercício de sua profissão em local inadequado para o melhor interesse da criança, na medida em que mudanças podem alterar o seu círculo de amigos e de atividades, interferindo de forma brusca em sua estruturação emocional.

Certas situações, porém, devem ser analisadas com parcimônia, de modo que afastamentos temporários, que não interfiram no convívio – atualmente bastante facilitado pelo avanço na tecnologia de comunicações –, não devem conduzir à perda da guarda sobre os filhos.

É imprescindível asseverar que a cisão do poder familiar com a atribuição da guarda a terceiro não equivale, de forma alguma, à sua suspensão ou destituição. Este permanece intacto, com todas as responsabilidades parentais que lhe são inerentes. O que ocorre tão somente é uma divisão desta responsabilidade, na medida em que ao guardião incumbe assistir moral e materialmente a criança ou adolescente. Essa divisão, no entanto, não tem o significado de transferir a responsabilidade parental, na medida em que as obrigações decorrentes da guarda se fundamentam na decisão judicial que a conceder, diferentemente dos pais que, por esta qualidade e de forma inerente ao *status* familiar, já se responsabilizam.

A guarda atribui ao guardião o direito de reclamar a devolução da criança ou do adolescente perante aqueles que ilegalmente os detenham (art. 1634, VI), assim como fundamenta o direito dos pais de reivindicar o retorno ao lar diante de possíveis fugas e tentativa de afastamento do domicílio parental, desde que injustificadas.

Denise Damo Comel, ao interpretar o Código Civil, em seu art. 1634, II, opera distinção entre os termos “guarda” e “ter em companhia”. Segundo seu entendimento, a guarda diria respeito à posse do filho, à prerrogativa de os pais terem o filho em seu poder, não sendo característica essencial do poder familiar, na medida em que poderia ser confiada a terceiros. Já o “ter em companhia” seria essencial à configuração do poder familiar, pois significaria criar com o filho uma relação baseada na proximidade e na comunidade de interesses. Seria algo mais profundo e complexo por implicar uma troca de afetos, sentimentos e ideias, com o fim de promover o desenvolvimento sadio do filho.²⁶⁸

Ainda que se respeite tal opinião, desnecessário afigura-se operar tal distinção, porquanto os outros deveres decorrentes do poder familiar, do que se pode exemplificar por meio dos deveres de criar e educar, já seriam suficientes para determinar uma comunidade de interesses entre pais e filhos. Parece mais adequado entender que o “ter em guarda e companhia”, em sentido geral, refere-se à convivência viabilizadora do cumprimento de todos os deveres do poder familiar, devendo ser interpretado no sentido de “estar junto” e também no de “acompanhar” o desenvolvimento do filho e os efeitos das escolhas feitas pelos pais no interesse dele. Ou seja, relevante é o seu sentido instrumental, para que a comunicação entre pais e filhos ocorra por meio de um acesso fácil e irrestrito, até mesmo porque, é bom ressaltar, esse direito/dever cabe a ambos os pais que, muitas vezes, não convivem. Por isso, deve-se interpretar o “ter em guarda e companhia” como a prerrogativa de acompanhar o filho em seu crescimento, conhecendo suas necessidades, opinando e influenciando nas importantes decisões de sua vida, passo sem dúvida essencial para a concretização do poder familiar, ainda que não haja convivência física contínua.

2.5.3.2 Assistir, criar e educar os filhos menores

²⁶⁸ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 111.

A Constituição Federal determinou aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229). É clara a natureza genérica²⁶⁹ do termo “assistir” para o fim de alcançar o suprimento de todas as necessidades que por acaso não estejam inseridas nas condutas de criar e educar. Prestar assistência significa devotar atenção a todas as situações nas quais o filho esteja envolvido, mantendo-o como foco de preocupação no sentido de oportunizar-lhe tudo que seja considerado como o melhor para o seu bem-estar. Isso quer dizer cuidar de maneira a garantir uma sobrevivência sadia, segura e nutrida de informações necessárias para a sua evolução. Já o dever de criar está relacionado ao dever que os pais possuem no sentido de fazer o filho crescer. Uma vez concebido e nascido, ao pai e à mãe se atribui a obrigação de suprir as necessidades do filho, que é naturalmente dependente, até que um dia ele possa, sozinho, se desincumbir dessa tarefa. Para o legislador, o marco final seria aos 18 anos de idade, com a aquisição da maioridade jurídica. Ana Carolina Brochado Teixeira relaciona o dever de criar não só ao crescimento físico do filho, mas também ao suprimento de suas necessidades psíquicas²⁷⁰.

Justifica-se essa amplitude no fato de que a transformação do infante de tenra idade em um adulto abrange mudanças de fases que ora requerem dos pais maior atenção quanto à saúde física e ora exigem preocupação com o desenvolvimento psicológico. Se em um primeiro momento o foco é a alimentação e os cuidados primários, após essa fase devem os pais prestar atenção no entrosamento social da criança, o que exigirá maior cuidado com o seu desenvolvimento psicológico, na medida em que passa a aprender e assimilar as regras básicas para a convivência com seus pares.

Como bem tenciona o Estatuto, ao enfatizar a necessidade de que as crianças e os adolescentes sejam respeitados em sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, exige-se que cada fase da vida seja considerada por si mesma, com as suas inerentes deficiências, o que vai requerer dos pais o cuidado necessário para reconhecê-las e enfrentá-las, em cumprimento aos seus direitos fundamentais previstos no art. 227 da Constituição.

Uma das repercussões do dever de assistir é a obrigação de sustento, disposta no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e esmiuçada pelo Código Civil mediante a disciplina dos alimentos.

²⁶⁹ Adota-se, neste momento, posicionamento similar ao de Denise Damo Comel, ao defender que haveria certo caráter programático no termo “assistir”, porquanto este alcança diversas funções atinentes ao poder familiar. “O preceito deixa claro que a obrigação dos pais é extremamente abrangente, obrigando-os a estar presentes na vida do filho, ativa e diuturnamente, numa postura de ação e integração, prestando-lhe assistência de toda ordem.” COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 94-95.

²⁷⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 143.

O art. 1694 do Código Civil, cujo fundamento se encontra no princípio da solidariedade familiar, constitui embasamento genérico para o pedido de prestação alimentícia, dirigindo-se indistintamente aos parentes, aos cônjuges e aos companheiros.

No entanto, as relações de parentesco, conjugalidade e companheirismo apresentam peculiaridades que as distinguem, não se equiparando, de forma alguma, à responsabilidade alimentar dos ex-cônjuges com aquela que deriva do parentesco.

O alcance da prestação de alimentos está em possibilitar a existência física e intelectual do alimentando, devendo ser supridas todas as suas necessidades no que concerne à sobrevivência (sustento – alimentação e saúde, vestuário, habitação), mas também quanto à educação, no sentido de formação intelectual e de atividades complementares de natureza cultural e de lazer.

O estabelecimento do dever de alimentos entre pais e filhos é classificado na espécie de alimentos legítimos, já que seu fundamento se encontra na lei (art. 1696, CC). Para os filhos menores o dever de guarda e de sustento, oriundo do poder familiar, se apresenta como sua causa, justificando o débito alimentício nesses casos.

Os critérios que informam a prestação de alimentos são a necessidade de quem os recebe e a possibilidade de quem os paga, operando o julgador uma análise equilibrada e proporcional entre essas grandezas para o fim de fixar o valor das prestações. Mas, no que diz respeito ao filho menor, a necessidade é legalmente presumida²⁷¹, impondo-se que ambos os responsáveis – pai e mãe – assumam, cada um dentro de suas possibilidades, os encargos que defluem da criação. Além disso, outra peculiaridade se constata, na medida em que a reciprocidade do direito/dever de alimentos se estabelece entre os parentes, na linha ascendente, descendente e até o limite do 2º grau na linha colateral. Tal regra não se aplica aos filhos menores, pois para estes não cabe a aplicação da reciprocidade. Os alimentos que se fundamentam na guarda e no dever de sustento não são recíprocos, haja vista a situação de pessoas em desenvolvimento, incapazes de prover seu sustento e, portanto, de necessidade daqueles que têm o direito de recebê-los.

Como regra geral, somente a incapacidade do filho maior era fator hábil a determinar o pagamento de prestação alimentícia após o advento da maioridade, encontrando-se o seu fundamento jurídico no parentesco. No entanto, algumas mitigações foram sendo impostas a esta regra, de modo que já se observa a aplicação da súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe no sentido de que “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que

²⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 377.

atingiu a maioria está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.” Ou seja, o cancelamento do pagamento das prestações não é automático, verificando-se a possibilidade do filho demonstrar nos autos que ainda se encontra em uma situação de necessidade, principalmente por não ter concluído a formação educacional exigível para sua autonomia financeira. Assim, a extensão do débito para alcançar a maioria, desde que até idade razoável para terminar os estudos superiores, baseia-se também, segundo a doutrina mais autorizada, no dever de sustento e de educação, sendo verdadeira obrigação dos pais oriunda do poder familiar.²⁷²

Sobre o dever de educar pode-se afirmar ser verdadeiro conteúdo e parte específica do anterior dever de criar, pois o crescimento do menor se perfaz pela educação que recebe, sendo esta considerada secundariamente como a educação formal ou técnica e primariamente como a educação para a vida, para a qual se exige a todo instante um amadurecimento psíquico para o enfrentamento de desafios vários, decorrentes das opções realizadas no campo pessoal e profissional e seus efeitos sobre si mesmo e também sobre os terceiros que nelas se encontrem envolvidos.

Além do legislador constitucional, também o codificador se preocupou com o dever dos pais de criar e educar os filhos. Já no Código Civil de 1916 manifestou-se a lei sobre essa obrigação, mas o significado atribuído ao ato de educar naquele momento foi completamente diverso do atual. Literalmente, nada foi modificado já que houve idêntica transposição da norma para o Código de 2002. No entanto, criar e educar são condutas que podem adotar qualquer sentido, tudo a depender do valor que exista como base estruturante e interpretativa para o sistema.

Anteriormente, o principal objetivo do pátrio poder era a gerência do patrimônio dos filhos, sendo preponderante o seu aspecto formal de representação e assistência dos menores para a prática de atos jurídicos. O processo educacional não tinha relevo, estribava-se em uma relação desigual que se perfazia por meio de dois direcionamentos: a autoridade incontestada do pai e a obediência irrestrita dos filhos²⁷³.

A variação de entendimento acerca da conduta de educar se estabelece em função de todas as mudanças operadas na sociedade e no sistema jurídico, tal como descrito no primeiro capítulo, sendo importantíssima a influência dos princípios constitucionais para uma nova

²⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*. Família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 490.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 381.

²⁷³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 136.

leitura das normas jurídicas a despeito de sua redação, em muitos casos, permanecer absolutamente a mesma.

Hoje, educar significa formar a pessoa para a sua vivência na sociedade, possibilitando que se torne uma pessoa independente e consciente de seu lugar no mundo. Isso implica considerar os direitos das outras pessoas e respeitar as condições naturais em que a vida se desenvolve. Essa responsabilidade dos pais é de extrema importância. Caso seja cumprida de forma integral, será alcançado um estado ótimo de coisas, mas isso nem sempre será possível, pois pode variar em função da condição dos pais, entendida esta não como situação financeira, mas como o seu amadurecimento e desenvolvimento psíquicos, bem como a disposição de assumir de forma integral a responsabilidade pela formação do filho.

Sem dúvida que a educação dita informal deve ser atribuída aos pais, pois cabe a eles inculcar nos filhos a maneira como devem se comportar ao participar das relações sociais, já que tais conhecimentos são primários e essenciais para a condução de suas vidas. Além disso, não se baseia em nenhum alicerce científico, devendo apenas ser haurido da vivência realizada pelos genitores no tempo anterior ao nascimento da criança.

Sobre a educação, Denise Damo Comel:

Reveste-se de significativo conteúdo afetivo e emocional, à medida que acontece espontaneamente, na convivência estabelecida com o filho, também de relevante valor no aspecto intelectual e social, refletindo, enfim, na formação do cidadão como um todo e no amadurecimento e aprimoramento da personalidade, com a transmissão de noções e conceitos que se integrarão de modo relativamente estável e duradouro na personalidade do filho.²⁷⁴

Educar consiste em uma transmissão de valores e de comportamentos para a adaptação daquele que, por sua tenra idade, não possui qualquer conhecimento hábil para o fim de conduzir-se sozinho em tal trajetória. Isso não significa, porém, que tudo será assimilado pelo filho de forma acrítica, sendo criadas verdadeiras cópias das pessoas dos pais. A educação deve criar para o filho condições de pensar de maneira diversa e atuar conforme tais entendimentos. É possível que com o desenvolvimento físico e psíquico, os filhos venham a compreender e aceitar como verdadeiros e corretos os ensinamentos que lhes foram transmitidos, mas pode também ocorrer o contrário, ou seja, a percepção de que algumas diretrizes devam ser alteradas, instalando-se outra forma de pensar e de atuar. O importante, portanto, é ter de onde partir; é ter um paradigma de criação e educação que possa mais tarde ser seguido ou contestado. Isso significa desenvolver-se como pessoa.

²⁷⁴ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p.103.

A educação é dever dos pais, conforme previsto pelo legislador constituinte em duas oportunidades: no art. 229 e no art. 227. Igual dever compete ao Estado, interpretados os mencionados artigos em conjunto com o art. 205 que, ao definir o direito à educação, atribuiu-lhe três finalidades: o desenvolvimento pessoal, o preparo para o exercício de direitos em um sentido geral – a cidadania – e a formação para o trabalho. Ou seja, acompanhando a diretriz valorativa máxima do Estado brasileiro, qual seja, a proteção da dignidade da pessoa humana, estabelece-se por primeiro o fim de desenvolver o sujeito como pessoa, tornando-o ciente dos conhecimentos necessários para o seu bem-viver, mas também sendo lembrado o objetivo de formá-lo para a realização de algum trabalho que, indiretamente, na maioria dos casos, vai torná-lo apto a garantir sozinho a sua sobrevivência.

2.5.3.3 O dever de respeitar e o direito de ser respeitado

Inicialmente, cabe afirmar que o dever de respeito é genérico e recíproco entre pais e filhos, tendo sua base em determinações morais, o que o torna digno de cumprimento por todos, ainda que após a maioridade.

Feita a ressalva, é preciso ater-se à letra da lei, que costuma atrelar o dever de respeito aos pais. A redação do art. 1634, CC, mais uma vez merece ser reinterpretada, desta vez em seu inciso VII, ao determinar que cabe aos pais exigir dos filhos obediência e respeito. Seu anterior sentido de aceitação incondicional dos mandamentos paternos merece ser revisto.

No contexto do Código Civil de 1916 os filhos tinham o dever de se submeter às injunções do pai, já que este normalmente exercia poder despótico sobre a esposa e também sobre os filhos. No entanto, a mudança no sentido da família, aliada à colocação de crianças e adolescentes no centro valorativo não só da família, como também da sociedade e do Estado, serviu para alterar aquele tipo de entendimento, devendo, atualmente, também os pais cumprir o dever de respeitar os filhos, sendo tal postura imprescindível para o atendimento integral de seus direitos fundamentais.

Não obstante, os filhos não devem ser considerados em todas as suas vontades, sendo colocados como pequenos ditadores no interior do lar. Não é isso. Trata-se de defender a sua não coisificação para o fim imediato de atendimento aos mais variados desejos paternos. Deve-se, na medida do possível, tentar ouvi-los e perceber quais são suas verdadeiras

aptidões, de maneira que a formação não seja um processo doloroso e traumático para as crianças²⁷⁵. Isso, na grande maioria dos casos, não vem sendo observado pelos pais que, por meio de uma transposição do mercado e da vida social consumista, usam seus filhos como mais uma forma de competição, impondo-lhes que sejam ótimos na escola, nos esportes, bem como dominem quaisquer outros tipos de artes e habilidades, ainda que estes não sejam seus verdadeiros desejos e vontades²⁷⁶.

Assim, exige-se respeito dos filhos para com os pais, para que o processo formativo seja realmente eficaz. A mesma obrigação deve ser cumprida pelos pais perante os filhos, sendo estes respeitados como pessoas dignas de consideração e vontade. No direito brasileiro podem ser encontrados fundamentos para uma participação mais ativa do filho em seu processo educativo.

Nesse sentido o próprio art. 227 do Texto Constitucional dispõe sobre a necessidade de se observar o direito à liberdade e ao respeito titularizados pelas crianças e adolescentes, acompanhado pelo Estatuto da Criança e Adolescente, que, em seu art. 16, II, dispõe que o direito à liberdade compreende a de opinião e a de expressão²⁷⁷. Ou seja, estão os pais obrigados a observar os interesses e as vocações de seus filhos, sob pena de se estabelecer no interior da família uma atmosfera antidemocrática, em tudo desfavorável ao crescimento saudável que se deseja para o menor.

Sobre a posição da criança em seu processo de formação, aponta Maria Santos Pais para a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, que enfatiza sua condição de cidadão titular do direito de ser informado e consultado e de participar ativamente de todos os processos de decisão sobre sua vida.²⁷⁸

²⁷⁵ Ainda que no contexto dos direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, manifesta-se o legislador do Código Civil italiano sobre a necessidade de se respeitar a condição pessoal dos filhos:

Art. 147 Doveri verso i figli

Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. (O matrimônio impõe a ambos os cônjuges a obrigação de manter, instruir e educar a prole considerando a capacidade, inclinação natural e as aspirações do filho – tradução livre) Código civil italiano. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

No mesmo sentido, o Código Civil português:

ARTIGO 1885º (Educação)

1. Cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos.
2. Os pais devem proporcionar aos filhos, em especial aos diminuídos física e mentalmente, adequada instrução geral e profissional, correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um. (Redação do Dec.-Lei 496/77, de 25-11). Disponível em: <<http://www.confap.pt>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

²⁷⁶ HONORÉ, Carl. *Sob pressão: criança nenhuma merece superpais*. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Record, 2009.

²⁷⁷ No mesmo sentido, no próprio Estatuto, encontram-se as seguintes disposições: arts. 17; 28; 111, V; 45, § 2º; 53; 161, §2º.

²⁷⁸ PAIS, Maria Santos. Le meilleur intérêt de l'enfant. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 539. "ARTIGO 12 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões

O assunto é bastante discutível, principalmente porque em seu conteúdo pode ser visualizada interferência das seculares normas jurídicas sobre a incapacidade do sujeito de direito, regime que fora criado inicialmente para atender aos interesses patrimonialistas que fundamentaram o direito civil de outrora, mas que atualmente não é suficiente para atender às necessidades de cunho existencial do ser humano.

Como já dissemos, o regime das incapacidades foi concebido para a proteção dos incapazes. Entretanto, o excesso de proteção pode redundar em supressão do subjetivismo destes, isto é, em aprisionamento, através do qual ele se encontra impossibilitado de exercer seus direitos personalíssimos e, por conseguinte, do livre desenvolvimento da sua personalidade. Se a população infanto-juvenil foi protegida pela Constituição da República como indivíduos em desenvolvimento, razão pela qual mereceram especial proteção do Estado, como vinculá-los irrestritamente a um sistema – regime das incapacidades – que pode exercer finalidade diametralmente oposta à aquela prevista na Constituição?²⁷⁹

A manifestação da criança e do adolescente se insere como matéria *interna corporis* da relação familiar, ou seja, os pais fazem as opções sobre a vida dos filhos depois de um diálogo com os interessados. Essa postura vem em função do método educativo adotado em cada lar e da condição dos pais ao se assumirem como pessoas que têm dever de formar o filho, e não simplesmente de considerá-lo como propriedade da família²⁸⁰.

Mas, se consideradas a previsão do direito de participação e livre expressão na Convenção de 1989 e a descrição constitucional e infraconstitucional do direito de liberdade e de respeito sobre opiniões, passa-se a trabalhar em uma dimensão jurídica caracterizada pela coercitividade. De forma que, caberia ao filho exigir juridicamente o respeito às suas opiniões. Considerar que o pai e a mãe exercem a autoridade parental de forma irrestrita até o décimo-oitavo aniversário do filho e, de forma automática, somente neste dia, este se torna capaz e consciente de seus interesses e atividades, é contrariar a realidade e a natureza, subtraindo o filho, pessoa que é, da verdadeira fruição de seus direitos.²⁸¹

No aspecto patrimonial, com base na segurança jurídica, ainda é defendida a necessidade de se observar as regras sobre incapacidade, previstas nos arts. 3º e 4º do Código

livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.” Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

²⁷⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau *et al.* O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 345.

²⁸⁰ PAIS, Maria Santos. Le meilleur intérêt de l'enfant. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 539.

²⁸¹ Adaptando-se a afirmação para a teoria geral do Direito, tem-se a observação traçada por Simone Eberle, para quem: “Assim, a estratificação da capacidade de fato gera situações perplexas, tais como a de se dormir incapaz e se acordar capaz; sua abstração, no afã de generalizar, despreza as particularidades do caso concreto e acaba, paradoxalmente, gerando a desigualdade.” EBERLE, Simone. *Mais capacidade, menos autonomia*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 10 jan. 2004.

Civil²⁸². Mas o mesmo não pode ser afirmado quanto aos interesses existenciais por serem estes os mais relevantes para a formação da personalidade do menor, finalidade precípua do poder familiar. Assim, caberia intervenção ativa do filho para o fim de definir aspectos relevantes de sua própria vida, como os pertinentes à sua educação, às propostas de lazer e esportes, à saúde e ao bem-estar em sentido geral. Ou seja, assuntos de natureza particular, afetos na maioria dos casos aos direitos da personalidade, matéria em que se deve defender de maneira firme a manifestação de vontade de seu próprio titular conjuntamente com a de seus representantes legais.

Essa afirmação respalda-se no fato de que o poder familiar existe para suprir uma “deficiência” do filho que, por sua idade, normalmente, ainda não é capaz de realizar sozinho as suas próprias escolhas. Porém, o cumprimento adequado desse dever de formação faz com que em algum momento o filho já tenha discernimento suficiente – o que só pode ser aferido no caso concreto – para realizar as suas próprias opções, o que exige a compressão, ainda que parcial, dos limites daquele poder, eis que, no caso, mostra-se desnecessário e inútil.

Aos pais, como titulares do poder familiar, cabe o exercício do dever de cuidado, entendido este na lição Ana Rita Alfaiate como o poder-dever de “protecção e assistência de um sujeito por outro, mediante ações concretas que se sustentam na assunção de uma consciência de responsabilidade pela melhor decisão *para esse outro*”²⁸³ (grifos no original), mas também, e isso deve ser sempre lembrado, cabe aos pais o dever de respeitar a liberdade e a progressiva autonomia que o filho vai adquirindo no decorrer de sua existência.

Os conflitos nessa matéria são de difícil solução, restando ao juiz, no caso concreto, sopesar os dados circunstanciais, eis que é necessário aferir a real existência do discernimento, sobretudo quando a manifestação de vontade do menor se dá perante questões delicadas, do que pode servir de exemplo aquelas que dizem respeito à permissão ou não de intervenções médicas ou cirúrgicas cuja efetivação possa redundar em grave lesão à integridade física ou à vida do menor. Se a disponibilidade desses interesses é alvo de grandes controvérsias no que diz respeito aos adultos capazes, a situação só piora diante do envolvimento de pessoas menores.

Nesses casos, diversas são as variáveis a serem consideradas para fins de solução, atentando-se para o fato de que deve haver solidez suficiente na manifestação de vontade, pois

²⁸² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 33, p. 3-36, jan./mar. 2008. p. 15.

²⁸³ ALFAIATE, Ana Rita. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 13.

esta será fato que redundará no afastamento do dever de proteção e cuidado que, por imperativo constitucional, cabe aos pais²⁸⁴. Além disso, outro fator a ser ressaltado é o de que a maturidade alcançada pelo menor é aquela possível e esperada no contexto de sua história, nos anos de sua vivência, de acordo com os valores difundidos no interior de sua família. E, em sendo esses fatores mutáveis, nada pode confirmar que a vontade não venha a ser alterada posteriormente, por isso exige-se muita parcimônia e bom senso nesses assuntos, não sendo razoável a criação de critérios objetivos e estanques que somente na aparência terminem por resolver situações tão delicadas.

Em contrapartida à educação estabelece-se o dever de obedecer. Seu sentido está em observar as ordens e os ensinamentos oferecidos pelos pais em benefício dos filhos. Trata-se de matéria altamente vinculada ao bom desenvolvimento da relação entretida pelos interessados, não cabendo ao Estado intervir de forma demasiada nesse assunto²⁸⁵.

O respeito às diretrizes fixadas pelos pais vai variar em função de alguns fatores, lembrando-se que cabe àqueles uma atuação legítima dentro dos contornos da atribuição recebida, não sendo aceitas condutas lesivas que possam conduzir à própria destituição do poder familiar. Assim, diante de abusos, não se deve esperar do filho qualquer atitude resignada e de conformismo.

2.5.4 A representação dos filhos menores

Para o fim de completar a participação dos pais no desenvolvimento da vida dos filhos, tornava-se necessário imputar-lhes a função de representá-los formalmente nos atos que exigiam a manifestação de vontade do menor. Acima foi visto que a matéria se encontra, atualmente, bastante relativizada, podendo ser encontradas teorias que promovem a capacidade de fato do menor a partir do momento em que a vinculam à sua maturidade. Em

²⁸⁴ A emancipação, disposta no art. 9º do Código Civil, demonstra a importância da atuação dos pais nesse sentido.

²⁸⁵ O Projeto de lei n.º 2654 de 2003, mais conhecido como o projeto que trata da “palmada”, busca vedar a utilização de castigos baseados em punição corporal, moderada ou imoderada. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Os limites*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 18 fev. 2011). Muitas discussões alimentam a questão, entendendo alguns tratar-se o suave castigo físico, chamado de palmada, de recurso educativo hábil à nova configuração da sociedade, em que pai e mãe trabalham fora e, como forma de suprir a falta que fazem na vida de seus filhos, terminam por ser demais permissivos, criando pessoas sem nenhum limite. Em sentido contrário: a Senadora Níura Demarchi (PSDB-SC) considera a Lei da Palmada uma agressão à autoridade da família. Disse a parlamentar temer que “ao gosto dos atuais ocupantes do Palácio do Planalto”, o governo federal termine por ditar a cada cidadão não somente a maneira de educar seus filhos, mas também o que comer, o que vestir, onde estudar, onde passar as férias e até em quem votar”. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

termos normativos, contudo, ainda se trabalha com a regra geral e abstrata que desconsidera o discernimento individualizado, sendo os menores considerados como incapazes, de forma absoluta ou relativa, a depender da idade que possuem (arts. 3º e 4º, CC).

Em uma primeira opção, nenhuma outra pessoa além dos pais poderia exercer tal encargo, já que estão obrigados à criação e educação dos filhos, sem dúvida objetivo mais difícil e desafiador. Conforme determinado nos artigos 1631;1634, V e 1690, CC, devem os pais exercer a representação legal dos filhos, sendo esta uma decorrência legal da titularidade do poder familiar.

Em nada se altera o poder familiar em função da situação jurídica dos pais.²⁸⁶ Outro apontamento importante é aquele segundo o qual a representação se dá em sentido amplo, abrangendo as questões pessoais e patrimoniais, cabendo aos pais decidir formalmente tanto sobre aspectos que digam respeito aos direitos da personalidade – por exemplo, a divulgação de uma foto na página virtual da escola – quanto sobre a participação na administração dos possíveis bens cuja propriedade pertença aos filhos.

Pai e mãe têm poder de representação, que deve ser considerado como uma atribuição idêntica, mas separada para cada um dos responsáveis.

Aspecto bastante interessante sobre esse assunto diz respeito à atuação dos pais no momento da materialização do ato de representar ou assistir o filho. Isso porque, na grande maioria dos casos, percebe-se que somente um dos responsáveis é que manifesta a vontade. Ou seja, considerando a dificuldade que o cotidiano imprime às famílias no sentido de que nem sempre, ou quase nunca, todos estejam juntos, tem-se, no dia a dia, a realização de diversas representações por um só dos pais, como no exemplo da mãe que acompanha o filho ao médico e assina por ele a consulta realizada para fins de constatação e pagamento perante o plano de saúde. Exigência diversa inviabilizaria a vida do próprio filho, além de, juridicamente, ser uma afronta à titularidade do poder familiar que cabe, como dito, separada e identicamente, a cada um dos genitores. E, em adendo, o parágrafo único do art. 1631 e o artigo 1690 determinam ao juiz a competência para resolver o desacordo existente entre pai e mãe no que diz respeito à decisão a ser tomada em benefício do filho. Ou seja, a manifestação de um só dos responsáveis é suficiente, cabendo ao outro estar presente para manifestar a sua divergência, caso em que a instância judicial resolverá²⁸⁷. Se há relacionamento ou não entre

²⁸⁶ Um exemplo do impróprio vínculo entre relações integralmente distintas pode ser encontrado no art. 1631. 1ª parte, do Código Civil: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; (...)” BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁸⁷ Em situações como essa é possível que a mediação auxilie os pais no sentido de uma decisão que surja de suas próprias vontades e não de um terceiro que se encontra alheio da vida privada dos envolvidos.

os pais, esse fato em nada modifica o dever de tomar decisões sobre a pessoa e os bens do filho de maneira dialogada e com o maior consenso possível. Esse procedimento caracteriza o poder familiar e a responsabilidade compartilhada assumida pelos pais ao optarem pelo exercício de tal função. Considerando tal fato, o consenso entre pai e mãe passa então a ser presumido, sendo tida como válida a manifestação de um só dos destes, contanto que não haja oposição do pai ausente e não se trate de atos de disposição de bens ou que comprometam irreversivelmente interesses existenciais do filho.

Por fim, a lei expressamente se refere à manifestação conjunta em alguns casos. São exemplos: art. 5º, parágrafo único, I, CC, que determina a presença de ambos os pais no ato de emancipação, devendo-se justificar a falta do outro quando impossível a sua presença; art. 1517, CC, para a concessão de autorização para casamento dos menores de 18 anos e maiores de 16; art. 1729, quanto ao direito dos pais de nomear tutor; o art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao determinar a manifestação do consentimento dos pais em casos de adoção; e, por fim, o art. 84 do mesmo diploma legal, sobre a realização de viagem do menor para o exterior.

Sobre a manifestação de consentimento para a realização de casamento, despicienda a previsão normativa específica do art. 1634, III, já que subsumida no inciso V e disposta expressamente no art. 1517. A anterior insistência do legislador de 1916 em reafirmar a necessidade de consentimento dos pais para aquele ato deve encontrar justificativa no fato de que o casamento entre os filhos significava verdadeira união entre as famílias, com todas as suas implicações patrimoniais. Assim, era muitíssimo importante conhecer e aceitar a pessoa e os bens daquele que seria o mais novo membro do clã. Já a repetição desta norma pelo legislador de 2002 não encontra justificativa.

Outra referência expressa repetida no art. 1634, IV e art. 1729, diz respeito à nomeação de tutor para o caso de faltarem ambos os pais ou o sobrevivente restar incapacitado para exercer o poder familiar. Em regra, o poder familiar se extingue quando da ocorrência da morte dos pais, conforme art. 1635, I. Mas, reconhece o Código a possibilidade de que a vontade parental sobreviva ao decesso²⁸⁸, mediante a escolha da pessoa que ficará com o encargo de cuidar da prole deixada. A tutela é instituto protetivo que busca nomear alguém responsável pela pessoa e bens do menor que não se encontra submetido ao poder familiar por morte ou impossibilidade de seus titulares. Trata-se – a nomeação de tutor pelos pais – de hipótese útil, porém pouco utilizada na atualidade, sendo importante lembrar que, pelo

²⁸⁸ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 249.

sentido que se imprime ao direito dos menores, nem mesmo a escolha dos pais é imutável diante de eventual problema que essa eleição possa causar ao infante. Sendo a matéria regida pelo princípio do melhor interesse da criança, pode o Estado, por intermédio do juiz, alterar a escolha parental para o fim de ajustá-la ao bem-estar daquele que será tutelado²⁸⁹.

2.5.5 As repercussões patrimoniais do exercício do poder familiar

Decorrem do exercício do poder familiar duas vertentes de natureza patrimonial: a primeira, disposta no art. 1689, I, atribui aos pais o usufruto sobre os bens dos filhos; a segunda, no próximo inciso do mesmo dispositivo, impõe aos pais a administração do patrimônio do menor.

É bastante compreensível que se elejam os pais como administradores dos bens de seus filhos, pois estes, incapazes que são, não possuem entendimento suficiente para lidar com questões patrimoniais e seus efeitos. Daí, sendo as crianças proprietárias de coisas – móveis, imóveis ou de qualquer outra natureza –, exige-se que alguém seja encarregado de sua gestão até a aquisição da maioridade ou emancipação. Assim, há justificativa para amparar a atribuição legal recebida pelos pais no que respeita à administração dos bens.

Sobre o usufruto, porém, o mesmo não pode ser afirmado. Figura já conhecida do direito civil, esse direito real sobre coisas alheias deve ser interpretado no sentido de que todos os atos a ele referentes devem ser entendidos e justificados para o fim de contribuir eficazmente para o bem-estar e desenvolvimento da criança. Além de essa postura ser a intenção constitucional, explícita no *caput* do art. 227, decorre da instrumentalização do patrimônio ao desenvolvimento do ser humano, base para a doutrina do direito civil-constitucional.

Quando ainda vigente a concepção patrimonialista de família, justificava-se a instituição do usufruto porque havia uma unidade de direção patrimonial, titularizada pelo pai. Os bens do filho, na prática, pertenciam àquele, não havendo que se estabelecer qualquer tipo de criteriosa definição de propriedades no interior do extenso grupo²⁹⁰.

²⁸⁹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 459.

²⁹⁰ Carvalho Santos sintetizou de forma bastante adequada a conclusão de que qualquer teoria que seja utilizada para justificar o usufruto, instituto benéfico aos pais, não se coaduna com a atual concepção do poder familiar, à sua época pátrio poder, cuja gênese está na atribuição de deveres aos pais em favor dos filhos: “ Mas é preciso convir que, no tocante ao usufruto legal do pai sobre os bens dos filhos, os Códigos que o admitem afastam-se destes princípios

Pouco depois, não tardou a que alguns comessem a encontrar justificativa para o usufruto numa espécie de compensação ou de recompensa aos pais pelos gastos realizados com a criação e educação dos filhos,²⁹¹ teoria essa que merece ser rechaçada, por criar uma necessária contraprestação do filho em favor dos pais.

Pela natureza do usufruto confere-se ao seu titular a prerrogativa de usar, fruir e administrar, com base na posse que ao usufrutuário se transmite (art. 1394, CC). Assim, admitidos os temperamentos decorrentes do direito de família, o uso, a administração e principalmente a percepção dos frutos, devem ser interpretados em função da necessidade de seu emprego para a criação e educação do filho e, em um sentido geral, de manutenção da família. A responsabilidade parental e a solidariedade familiar impõem esse tipo de raciocínio. O dever de sustento é dos pais, cabendo a estes utilizar o seu próprio patrimônio para o cumprimento de tal fim. No entanto, diante de uma dificuldade para o suprimento das necessidades do filho e da família em sua totalidade, justifica-se a percepção dos frutos decorrentes do patrimônio do filho²⁹². Em situações diversas não, pois o usufruto se justifica em função do poder familiar e, por isso, não deve ser considerado como um benefício em favor dos pais, para fomento de seus próprios bens. É certo que em muitos casos, todos da família usufruirão do patrimônio, até mesmo para que este cumpra a sua finalidade, como poderia servir de exemplo a utilização de uma casa de praia ou de uma fazenda. Nesses casos, o usufruto legitima o uso, mas não permite uma exploração egoística e indiscriminada de rendas em favor dos pais.

Ao tratar da matéria, Caio Mário da Silva Pereira apontou que duas ordens de ideias poderiam ser utilizadas: a primeira, aquela já descrita acima de que o usufruto seria compensação pelos gastos feitos pelo pai; por outro lado, poder-se-ia aceitar ainda que o usufruto se justificaria na existência de uma comunidade doméstica, em que todos

doutrinários orientadores do instituto na atualidade, por isso que a concepção do usufruto legal do pai briga com as novas tendências do pátrio poder, delas está completamente divorciado, sendo perfeitamente exata a afirmativa de Consentini, quando considera o usufruto legal dos pais um remanescente da antiga família patriarcal, que não mais se justifica na família moderna. Onde quer que o pátrio poder seja, realmente, um instituto sob todos os pontos, que vise o interesse dos filhos, um instituto de proteção e de ajuda aos menores, sem exceção de providência ou medida, logicamente a lei não tolerará o usufruto legal, não reconhecerá ao pai esse direito, e é o que se nota, entre outras, na legislação austríaca.” CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1964. p. 107-108.

²⁹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 287.

Em sentido idêntico: RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 254.

²⁹² Também com essa proposta, leia-se Denise Damo Comel: “Assim, pois, a melhor interpretação que se deve fazer relativamente ao usufruto legal dos pais sobre os bens dos filhos, o qual remanesceu no atual Código, é no sentido de que não poderão os pais apropriar-se de todos os rendimentos do filho, como usufruto de direito real, senão na medida do que seja necessário para fazer frente às despesas comuns da família, pois o usufruto é instituído no interesse do filho. O que sobejar continuará do filho, e incorporar-se-á ao seu patrimônio, ainda que sob a administração dos pais. COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p.147.

compartilham de um mesmo orçamento, sem preocupações quanto a discriminar fontes de receitas e especificar despesas²⁹³. Pensa-se que nenhum dos dois embasamentos pode ser utilizado de forma isolada, e o próprio Caio Mário da Silva Pereira assim também entendeu, ainda que tenha construído um sentido diverso do ora apresentado.²⁹⁴ Assim, defende-se que o ideal seja a utilização dos bens, mas de forma responsável e não totalmente livre, eis que há um fundamento para a existência desse usufruto. Exige-se certo cuidado sobre a fazenda do filho, já que se trata de bem de terceiro, devendo os pais assumir uma postura proba, transparente e leal acerca do incremento que o patrimônio venha a sofrer. Nesse sentido, bastante interessante a previsão do legislador português, ao determinar no art. 1.896º: “Os pais podem utilizar os rendimentos dos bens do filho para satisfazerem as despesas com o sustento, segurança, saúde e educação deste, bem como, dentro de justos limites, com outras necessidades da vida familiar.”²⁹⁵ Perdida, portanto, a oportunidade de já se ter um código nacional mais atualizado e compatível com a diretriz que rege o direito de família, não servindo tal fato, porém, como escusa para uma interpretação desatualizada da normativa infraconstitucional sobre a matéria.

A administração do patrimônio dos filhos possui fundamento normativo no art. 1689, II, do Código Civil, sendo encargo gratuito e irrenunciável. Trata-se, em um sentido geral, de função bastante conexa ao usufruto, pois cabe aos pais o uso parcimonioso dos bens e a gestão apropriada para que estes sirvam como verdadeiros instrumentos para a criação da prole.

Administrar significa gerir a fazenda do infante, estando tal função amparada em todos os atos que se façam necessários para a conservação dos bens e, se possível, o seu melhoramento com vistas a um aumento de valor. Assim, qualquer tomada de decisão que se afigure como interessante para a condução patrimonial deve ser considerada como de natureza administrativa. Para os atos de disposição de bens imóveis, tendo em vista a maior possibilidade de causar prejuízos ao menor, exige-se autorização judicial uma vez provada a necessidade ou evidente interesse da prole. A lei utilizou os termos “alienar”, “gravar de ônus

²⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 245. Adotando este último posicionamento, tem-se Carvalho Santos, para quem: “A razão de ser, a nosso sentir, está na necessidade em que se vê a lei de aceitar os fatos tais como se passam na vida real. Vivendo pais e filhos, a família, enfim, na mesma casa, sob a mesma chefia, comendo na mesma mesa e tendo o mesmo e idêntico tratamento, numa comunhão de interesses e de destinos dos mais acentuados, não seria possível discriminar as despesas de uns e de outros para levar à conta dos filhos as suas, deduzindo-as de suas rendas, pelo que optou o legislador que para as despesas concorressem pais e filhos, contribuindo todos com os seus rendimentos, formando uma massa comum, para fazer face às despesas comuns.” CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1964. p. 108-109.

²⁹⁴ Para o autor, a justificativa do usufruto estaria em sua finalidade harmonizadora, “afastando discórdias que nasceriam de considerações pecuniárias competitivas, nas relações entre pai e filho.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 245.

²⁹⁵ PORTUGAL. *Código civil*. Disponível em: <<http://www.stj.pt>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

real” e “contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração” para enunciar a necessidade de obtenção de alvará judicial para todos os atos que, de alguma maneira, tenham a potencialidade de lesar os interesses patrimoniais do menor (art. 1691, Código Civil). Dessa forma, ainda que normativamente seja possível elencar alguns casos emblemáticos e típicos, é bom não se perder nos casuísmos, sob pena de afastar o real intuito protetivo do legislador.²⁹⁶

Por sua natureza, a função de gerir bens alheios exige confiança e lealdade, qualidades que são consideradas, nessa hipótese, como inerentes à pessoa dos pais. No entanto é bastante factível a ocorrência de alguma lesão, o que se confirma pela existência de bens que são retirados legalmente da esfera de cuidado dos pais (art.1693, Código Civil). Por isso, ainda que o legislador não tenha se referido expressamente a essa possibilidade, configura-se como direito do filho o acesso a uma prestação de contas sobre a gestão realizada pelos pais. Óbvio que não se trata de um dever com tempo e local determinados para a sua realização, e sim de uma faculdade, a ser efetivada no interesse do filho, diante de eventual desconfiança. A falta de fundamento legal não resiste à expressa determinação constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.²⁹⁷ Sobretudo porque os interessados são os filhos, pessoas menores que, em tese, devem ser protegidas por seus pais. Assim, diante da falha destes, cabe ao Estado zelar por seus interesses de forma ampla.

Roberto de Ruggiero entendeu ser exigível dos pais a prestação de contas, mas deveriam as mesmas ser julgadas de forma menos rígida que a usualmente utilizada para a verificação das contas prestadas por mandatários e tutores. Segundo seu entendimento, o natural afeto que se tem pelo filho, aliado ao grave atentado que uma análise contábil sem limites acarretaria à dignidade do pai, justifica certa maleabilidade nessa análise²⁹⁸.

Não parece razoável aceitar, de forma abstrata, esse tratamento diferenciado, pois o único fato que poderia justificar uma administração aparentemente não proveitosa é aquele por meio do qual se demonstre que, *in casu*, o interesse do filho menor estava sendo protegido. Não sendo feita esta prova, cabível a aplicação de todas as medidas de responsabilidade, seja civil ou penal. Isso porque dos pais, ao contrário, deve-se exigir mais cuidado, zelo e atenção.

²⁹⁶ Nesse sentido considerou-se inválida a transação e ineficaz a quitação geral efetuada pelos pais, em nome dos menores, para fins de recebimento de indenização por ato ilícito. V. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 292974-SP e EREsp 292974-SP. Respectivamente: Brasília, 29 de maio de 2001 e 12 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

²⁹⁷ BRASIL. *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, art. 5º, XXXV.

²⁹⁸ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 252-253.

2.6 Pais separados: a superação da figura do genitor guardião responsável e do genitor visitante irresponsável

Outro assunto que permite uma visualização bastante clara sobre a irresponsabilidade parental diz respeito à definição e operacionalização da guarda dos filhos após a separação ou o divórcio.

Desfeita a união entre os pais, necessário torna-se definir a guarda do filho. Não havendo acordo entre eles, cabe ao juiz decidir sobre o assunto. A guarda, no entanto, deve ser entendida como a fixação do local onde o filho se instalará com maior permanência, eis que, diante da separação, impossível que continue a conviver com ambos os pais. A guarda é, portanto, aspecto bastante simples, que não se confunde com o poder familiar e seu exercício. Matéria intrincada e permeada de aspectos exógenos ao seu verdadeiro significado, muito tardou para que a legislação se preocupasse com o ponto que é realmente importante nessas situações: manter o bem-estar e garantir a melhor convivência possível para as crianças e adolescentes.

O Código Civil de 1916, reflexo da sociedade moralista que ajudou a implantá-lo, reunia valores totalmente diversos ao elencar a culpa pela dissolução da sociedade conjugal e o sexo dos pais como fatores para a definição da pessoa que se encarregaria da guarda dos menores após o desenlace, caso não houvesse acordo entre os pais.²⁹⁹ A Lei n.º 6515 de 1977 inovou ao implantar o divórcio no país, mas não alterou a situação dos filhos, eis que identicamente continuou a vincular a culpa ao bem-estar dos filhos, determinando, como regra, que diante de uma situação em que ambos os ex-cônjuges fossem culpados, a guarda dos filhos menores deveria caber à mãe, salvo hipótese de grave prejuízo moral para aqueles (art. 10, § 1º). Somente motivos graves, aferidos pelo juiz, é que permitiriam regular de forma diversa o relacionamento entre pais e filhos (art. 13).

²⁹⁹ Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

§ 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Na prática, costumava-se trabalhar com o seguinte raciocínio: “Por ser a mãe um referencial de proteção, subsistência e sobrevivência, as crianças entre 0 (zero) e 4 (quatro) anos a meu ver não podem ser afastadas abruptamente da companhia materna, a preferência se impondo, salvo em casos excepcionais.” (...) “Os filhos não são mercadorias prestes a serem leiloadas ante a ruptura da família. Eles deverão permanecer na guarda de quem possui condições de formá-los e é com base neste conjunto de atribuições que o Juiz avaliará a prole. Se de pouca idade, por certo, favorecerá o lado materno, salientando que as mães são as pessoas mais indicadas na educação e orientação, salvo exceções, atendendo-se precipuamente o interesse da criança.” CAMARGO, Joecy Machado de. *Guarda e responsabilidade*. In: ALVIM, Tereza Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.) *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1999. p. 260 e 264.

Somente algum tempo depois, a inserção do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente veio abstrair tais fatos, quebrando o elo existente entre a guarda dos filhos e o relacionamento entre seus pais, compreendido que a pior esposa pode ser boa mãe, assim como o homem pode ser encarregado da maioria das funções que anteriormente só eram desempenhadas pelas mulheres³⁰⁰.

Estabelecida a separação do casal, a responsabilidade de ambos os pais sobre os filhos não se alterava, permanecendo incólume a autoridade que ambos tinham sobre as suas pessoas e bens³⁰¹. No entanto, na prática não era isso que acontecia, pois o distanciamento do ex-cônjuge significava, na maioria das vezes, o afastamento dos filhos, deixando-se que o outro genitor, normalmente a mulher, assumisse sozinho o cotidiano da criação e educação dos menores. Aquele a quem a guarda era deferida – denominada de unilateral – tornava-se responsável por tudo, e o outro, titular do direito de visitas, era responsável tão somente pela presença nas datas e horários determinados, e pelo pagamento da pensão alimentícia. Essa prática, bastante usual e cômoda, era completamente inadequada e errônea. O motivo dessa impropriedade talvez fosse encontrado na previsão do art. 15 da Lei n.º 6515/77, segundo o qual os pais, em cuja guarda não estivessem os filhos, poderiam visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixasse o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação³⁰². Essa previsão foi por vezes interpretada de maneira simplista, no sentido de que ao genitor não guardião caberia apenas fiscalizar a forma pela qual a educação e criação do filho eram conduzidas pelo outro genitor.³⁰³ Nada mais descabido, visto que o poder familiar sempre

³⁰⁰Somente em 2002, na redação original do Código Civil, vislumbrou-se essa separação, ao se estabelecer no art. 1584 que: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.” A previsão constitucional do art. 227 não impedia, ao contrário, impunha, desde 1988, que as decisões judiciais fossem direcionadas ao melhor interesse da criança.

³⁰¹ Art. 381, Código Civil de 1916: “O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (arts. 326 e 327).”

³⁰² Segundo Denise Damo Comel, no contexto de aplicação do art. 15 da Lei do Divórcio, a aplicação predominante do direito de fiscalização dava-se no aspecto econômico, quanto ao emprego das pensões alimentícias. COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 256.

³⁰³ Antônio Carlos Mathias Coltro refere-se à manutenção do poder familiar por ambos, cujo exercício seria daquele que detivesse a guarda. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 447-448. Também Maria Berenice Dias, sobre a guarda unilateral: “Esse poder de vigilância não deverá transformar-se em direito de ingerência: não dispõe o genitor não guardião de direito de ação, nem de direito de veto em relação às decisões tomadas pelo detentor da guarda.” (...) “A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 387 e 404, respectivamente. No mesmo sentido, Waldyr Grisard Filho: “Embora não afetando os direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos emergentes do pátrio poder, há um desdobramento da guarda, em que esse direito é atribuído a um dos pais e o de visitas ao outro, como explicitado pelo art. 15 da Lei do Divórcio. Tal desdobramento enfraquece os poderes paternos do genitor não guardador – uma vez estabelecida a igualdade conjugal (art. 226, parágr. 5º, e 227, parágr. 6º, CF) –, que fica impedido do amplo exercício do seu direito (v.g., a correção) com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardador.” GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. In: ALVIM, Teresa Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de*

persistiu de maneira íntegra após o afastamento do casal. A fiscalização estaria justamente em acompanhar o desenvolvimento do filho com uma participação ativa nas principais decisões sobre a sua vida. Caso o ex-cônjuge apresentasse algum tipo de empecilho a essa atuação, caberia provocação ao juiz para que este decidisse, afinal, trata-se de matéria ligada ao poder familiar, cujas regras jurídicas sobre a discordância de opiniões entre os pais são as mesmas já analisadas anteriormente.

Na contemporaneidade é diferente, pois o senso de responsabilidade parental tornou-se mais presente, principalmente na mentalidade masculina, buscando os homens maior participação na vida dos filhos.

Pai e mãe sempre detiveram a titularidade do poder familiar. Se o exercício, na prática, era cumprido por somente um deles, isso fazia parte do contexto então vivenciado. A partir do momento em que houve mudanças sociais, a “cultura”³⁰⁴ também se modificou e o exercício do poder familiar, que outrora permaneceu adormecido para o genitor que não detinha a guarda, passou a ser questionado, sendo interesse de todos que a presença do pai e da mãe seja idêntica e efetiva na vida dos filhos. Outro fator que confirma o fato de que a influência era somente cultural é o de que alguns pais descasados, como pessoas maduras e que mantinham um diálogo amigável após a separação, conseguiam manter-se ambos atuantes na condução do poder familiar sobre a prole, dividindo todas as responsabilidades pela criação e educação.

O discurso, arraigado na sociedade anterior, era o de que o homem-pai deveria ser irresponsável sobre a educação e pessoa dos filhos, enquanto a mãe, ao contrário, tinha como função precípua o seu cuidado integral – até porque as mulheres não costumavam ter outra função além desta. Hoje, a situação e o discurso mudaram, e ambos querem exercer seus papéis no interior da família.

Em 2008, o Código Civil foi alterado pela Lei n.º 11.698, passando a guarda dos filhos a ter duas formas: a unilateral e a compartilhada.

doutrina sobre direito de família. São Paulo: RT, 1999. p. 426. Infelizmente, a lei, a teoria e a prática do direito de família ainda permitem que situações como a da guarda unilateral – que na verdade era um poder familiar unilateral – se apresentem no cotidiano de algumas famílias. Essa prática, porém, é bom ressaltar, não pode afastar a regra segundo a qual a autoridade parental não se confunde com a situação conjugal dos pais, cabendo ao não guardião buscar uma atuação mais efetiva na vida do filho, se isso for de seu interesse (art. 1631, CC).

³⁰⁴ Emprega-se o termo no sentido de cultura do Direito, que se manifesta pela influência dos valores sociais nas normas jurídicas através de sua interpretação e aplicação. Da mesma forma, Orlando Gomes afirma que “Na organização jurídica (de seus institutos) o Código Civil sofre a influência marcante dos costumes próprios dessa sociedade subdesenvolvida. [...] Mas, por outro lado, distancia-se da realidade, avançando o sinal, para haurir, na doutrina e na legislação de povos mais adiantados, concepções e disposições próprias do grau de seu desenvolvimento. [...] As condições de vida do país, tão distantes daquelas em que tais construções se levantaram, reagiram sobre o próprio pensamento desta elite progressista, e exerceriam marcada influência sobre as instituições e o modo por meio do qual o Direito seria aplicado”. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 19-20.

A guarda unilateral continua definindo com qual dos genitores a criança ficará, atribuindo-se ao outro um direito de visitas, de supervisão e de fiscalização (arts. 1583, § 3º e 1589). Já na denominada “guarda compartilhada” ter-se-ia o exercício efetivo do poder familiar – o que inclui a tomada de quase todas as decisões sobre a vida do filho – por ambos os genitores³⁰⁵.

Como lembrado por Waldyr Grisard Filho,

A guarda compartilhada permite que os ex-cônjuges deliberem conjuntamente sobre o programa geral de educação dos filhos (escola regular, educação religiosa, artística, esportiva) e assegura a execução no dia-a-dia. Os atos ordinários e usuais (compra de material escolar, roupas, revistas infantis etc.) que se praticam no seio de uma família unida – que persiste na guarda compartilhada –, podem ser praticados isoladamente pelo cônjuge guardador, dependendo de decisão conjunta os que definem orientação nos estudos, organização de férias, viagens, práticas esportivas etc.³⁰⁶

No entanto, diante do afirmado anteriormente, fácil concluir que tal mudança legislativa não se afigurava tão importante quanto se alardeou no meio jurídico, pois se o poder familiar, juridicamente, não é modificado pela quebra da união, o ideal sempre foi que, em todos os casos, aquela autoridade fosse concretamente exercida por ambos, não importando que a guarda fosse denominada unilateral ou compartilhada.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, “Em verdade, o real mérito da guarda compartilhada tem sido popularizar a discussão da co-participação parental na vida dos filhos.”³⁰⁷ Esse tipo de organização familiar foi importado de outros países onde a autoridade parental cessava quando da separação, divórcio ou dissolução da união estável, o que não acontece e nunca aconteceu no Brasil.³⁰⁸ Aqui, sua utilidade está em servir como instrumento que rechaça a atitude de abandono que não raras vezes decorre da dissolução do vínculo entre o casal. Ou seja, defender a guarda compartilhada nos dias atuais significa, em verdade, apoiar o exercício conjunto do poder familiar, pulverizando a responsabilidade sobre os filhos de forma equânime entre os pais.

³⁰⁵ Muita controvérsia se estabeleceu até que houvesse essa modificação legislativa, não deixando de haver argumentos de cunho patriarcal que contribuam para uma visão deturpada sobre os institutos da guarda e do poder familiar. Leila Maria Torraca de Brito, em pesquisa realizada junto ao Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, destacou que entre os operadores do Direito de Família ainda se difundiam ideias de repúdio à guarda compartilhada com base nos seguintes argumentos: tradição cultural; instinto materno – “a mulher ser talhada para o sacrifício”; ser a mulher mais disponível para os filhos; ser mais compreensiva com as crianças; a necessidade de um comando único de direção sobre a pessoa da criança para o seu adequado e estável desenvolvimento. BRITO, Leila Maria Torraca de. *Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litúgio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética e o novo código civil brasileiro*. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p. 131-132.

³⁰⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*. In: ALVIM, Teresa Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1999. p. 443.

³⁰⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 110.

³⁰⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 112.

A guarda, no sentido de definição da pessoa com quem a criança permanecerá, é fator de menor importância, pois o mais relevante é a atuação prática dos pais. Por isso, Leila Maria Torraca de Brito entende que a não alteração sobre a titularidade e exercício do poder familiar confirma a hipótese de que após a separação os pais não precisam ser divididos em duas categorias: os guardiões e os visitantes. A expressão guarda poderia até ser abolida e adotado tão somente o termo poder familiar³⁰⁹.

A atribuição da guarda busca somente definir no espaço a inserção da criança, já que esta, diante da separação do casal, precisa se estabelecer em local definido. Tanto é assim que, até na guarda compartilhada, o ideal é determinar um local onde o menor crie o seu centro de interesses³¹⁰, ainda que nestes casos, diante de uma maior preocupação dos pais em manterem-se presentes, seja mais fácil encontrar um modelo menos rígido para encontros com o filho.

Após toda a análise feita, é possível concluir que a guarda compartilhada é atualmente o modelo preferencial, inclusive como escolha legislativa, demonstrada nos art. 1584, § 2º, do Código Civil. Seu êxito dependerá em grande parte do bom relacionamento entre os pais³¹¹, confiando-se que estes saibam discernir relações e sentimentos, a bem dos interesses do filho.

2.7 A irresponsabilidade de pais alienadores e as repercussões sobre a condição emocional dos filhos

Acompanhando a necessidade de preservação dos vínculos parentais, maior atenção foi conferida à denominada síndrome da alienação parental. Considerada como distúrbio psíquico que acomete um dos pais em detrimento do outro, a síndrome se caracteriza como uma manipulação afetiva empreendida por motivos escusos cujo resultado termina por ser a

³⁰⁹ BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, ética e o novo código civil brasileiro. Belo horizonte: Del Rey, 2004. p. 136.

³¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 115. No mesmo sentido: GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. In: ALVIM, Teresa Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1999. p. 443.

³¹¹ Contrário, sobre o assunto, o posicionamento adotado em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao entender que o consenso entre os pais não é elemento imprescindível para a imposição da guarda compartilhada. Caberia aos genitores a realização de concessões e novas adequações para o fim de permitir que os filhos possam usufruir do ideal psicológico da dupla parentalidade. Posicionamento contrário, segundo defendido, poderia resvalar na inocuidade do dispositivo e em fator negativo para o tão esperado implemento de uma nova visão sobre a relação entre pais e filhos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.251.000-MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

rejeição ao pai ou mãe, materializando-se na alteração da guarda, no impedimento da visitação e até mesmo na perda do poder familiar. Na verdade, afigura-se como coisificação da criança, vítima que se vê privada da convivência familiar, imprescindível ao seu desenvolvimento.

Assunto cuja importância foi destacada nos últimos anos, a alienação parental mereceu atenção expressa do legislador que, por meio da Lei n.º 12.318/2010, tentou defini-la e prever sanções para tal comportamento. A análise abstrata de tal tema é, a rigor, bastante sucinta, na medida em que o fenômeno é bastante conhecido de todos. O difícil na verdade é reconhecer, em cada caso concreto, a existência do fenômeno.

Inicialmente, cumpre distinguir o fato da alienação parental com a chamada “síndrome da alienação parental”.

Entende-se por alienação parental a conduta dolosa de um parente que visa causar prejuízo a outro parente e, para tanto, utiliza-se da criança como instrumento, com uma série de estratégias, que variam de reiterada e consistente difamação até a acusação de abuso sexual com indução de falsa lembrança, buscando, com isso, o rompimento do vínculo afetivo existente.

Na qualificação legal admite-se que outros parentes que não os genitores possam ser autores da alienação parental, o que parece bastante adequado, porque a prática mostra que comportamentos deste tipo podem decorrer de avôs contra ambos os pais, e mesmo de outros parentes, no caso em que um deles detenha a guarda.

Já a sua qualificação como síndrome é uma questão concernente à psiquiatria. Embora não altere em essência o fato e, portanto, apresente uma definição bastante semelhante a aqui empregada³¹², a caracterização como síndrome tem consequências outras, já que a inserção deste transtorno no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM) autorizará a medicalização do fenômeno, incentivando, inclusive, a produção de novos medicamentos.

Para o tema, da forma como tratado, a qualificação como síndrome é irrelevante, cumprindo, entretanto, destacar o fato de que não há consenso quanto a esta caracterização, ao

³¹² Na definição de Jorge Trindade, “a Síndrome da Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição.” TRINDADE, Jorge. Síndrome da alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 22-23.

contrário do que parece para quem debuta no tema, já que apresentado pela doutrina como certo e indiscutível³¹³.

A compreensão da alienação parental, a rigor, está intimamente conexa com a compreensão da separação do casal e as dificuldades psicológicas dos cônjuges/companheiros. É justamente pela impossibilidade de superação da ruptura da união que o genitor busca recrutar o filho como parceiro contra o outro ascendente, sempre com o intuito de atingi-lo. Neste desiderato, e dependendo do estado do alienante, o filho é plenamente transformado em objeto, de forma que, mesmo que não haja aderência deste, as acusações são mantidas.

Em sua pesquisa, Judith Wallerstein e Joan Kelly aprofundam o tema acerca dos mecanismos envolvidos na separação, e distinguem alguns casos que podem ilustrar o tema. Assim, por exemplo, identificam aqueles cônjuges que, na verdade, não querem a separação, mas a iniciam como represália a uma conduta que vislumbram como inadequada do cônjuge. O seu desejo, entretanto, sempre foi o de que, com a exteriorização do pedido, a divergência fosse resolvida a seu favor, como uma reparação moral (o pedido de desculpas do cônjuge arrependido) seguida de uma alteração da conduta do cônjuge violador. Neste grupo de casos encontravam-se os casais cuja separação era mais problemática, já que, ao final, a pessoa que pediu a separação aparentemente alcançou a finalidade almejada, mas, na verdade, foi “vítima” de uma estratégia equivocada. E, ao fim, eram os cônjuges mais ressentidos, cujo ódio pelo ex-companheiro era evidente, e, por consequência, mantinham um regime de guerra mesmo após a decretação do divórcio. A alienação parental, nestes casos, foi apenas um passo inevitável³¹⁴.

Portanto, a alienação parental, por envolver as crianças e os adolescentes, causando-lhes grandes prejuízos psicológicos, e tenha desdobramento nas mais diversas searas (inclusive pela grave forma de acusação de abuso sexual), não pode ser compreendida, no caso concreto, separada da entropia da relação conjugal, pois nestes casos a paternidade/maternidade é simplesmente ignorada, e os filhos são vistos não como sujeitos, mas simples instrumentos à disposição para causar dor no ex-cônjuge, buscando o desagravo.

³¹³ Para uma apresentação sobre a polêmica da síndrome, SOUSA, Analícia Martins de, BRITO, Leila Maria Torraca de. Síndrome da alienação parental: da teoria norte-americana à nova lei brasileira. *Psicologia: ciência e profissão*, 31 (2), 2011, 268-283. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

³¹⁴ WALLERSTEIN, Judith S., KELLY, Joan B. *Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

Como nas relações humanas dificilmente há radicalismos, o mais comum é que o cônjuge alienante alterne o seu estado de ânimo, ora atendendo efetivamente à sua função parental, ora ignorando-a no processo de alienação parental, ao ingressar em uma situação que reconheça como de conflito.

Em todo caso, a criança é idealizada como um instrumento de que se dispõe para causar sofrimento, ignorando, plenamente, a sua responsabilidade, seja pela condição de cuidador, seja pela condição inerente à parentalidade.

Também é forçoso reconhecer que a alienação pode se iniciar mesmo durante a união, mormente nos casos em que o divórcio é uma decisão tardia, e os vínculos afetivos, se um dia existiram, já foram dilacerados há muito tempo. Nessas hipóteses, normalmente o constante conflito durante a união faz com que os cônjuges acumulem um ressentimento muito grande, tornando a alienação muito mais provável, sendo comum que os filhos sejam arregimentados pela parte que se representa como vítima da situação.

Tendo por fundamento a pesquisa realizada por Judith Wallerstein e Joan Kelly³¹⁵, pode-se afirmar que todo processo de divórcio tem reflexos nos filhos, e é visto por eles como fonte de estresse. Aliás, como resultado que contrariou as hipóteses de trabalho, destacam os autores que mesmo nos casos em que a relação conjugal era bastante problemática, o divórcio era sentido pelos filhos, exceto nos casos em que se chegava ao ponto da agressão física. Na verdade, a visão de que os filhos encaram bem a separação se configurou, nos casos estudados, mais como uma forma de legitimação da opção do divórcio do que a real situação: assim, os cônjuges que estavam felizes com a separação acreditavam que os filhos estavam encarando bem o rompimento, e, ao contrário, os que não o pretendiam manifestavam uma piora na condição dos filhos.

Vários fatores contribuem para que o divórcio dos pais seja visto como algo negativo, podendo ser citados: o simples fato de não ter mais um dos pais à disposição, a normal queda do padrão econômico, a necessidade de mudança de endereço, podendo causar, inclusive, alteração de escola e de grupo de amigos, a depressão de um dos cônjuges, o retorno dos pais a um grupo social mais amplo que o núcleo familiar e a introdução de novos parceiros sexuais.

Nesse diapasão, uma das características mais comuns é o conflito de lealdade que a criança sente, já que a maioria das separações conjugais, ainda que não redunde em conflito extremo, não são desejadas por ambos os pais, e isso se torna evidente para a criança, que,

³¹⁵ WALLERSTEIN, Judith S., KELLY, Joan B. *Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

além de ter sua rotina bruscamente alterada, ainda se vê desprovida de um dos papéis parentais, qual seja a do orientador. De fato, verificando o sofrimento de um dos pais, e, *a fortiori*, o ódio, a criança se sente impedida de apresentar seus temores e buscar conforto.

Em sua pesquisa, Wallerstein e Kelly perceberam que, após cinco anos, 37% das crianças e dos adolescentes estavam de moderada a severamente deprimidos, e que a falta ou irregularidade da visitação dos pais era um fator negativo para a recomposição psicológica dos filhos. Concluíram, ainda, com base na pesquisa, que:

Uma causa central do mau resultado para as crianças e os adolescentes foi os pais não terem conseguido, com o divórcio, um ajustamento razoável. Quando um ou ambos os pais continuavam perturbados, ou quando continuavam brigando tão amargamente quanto tinham brigado durante o casamento, ou quando a amargura que se seguiu ao divórcio era ainda maior do que a amargura do conflito conjugal, os filhos não conseguiam dominar o estresse resultante e a dor psíquica.³¹⁶

Nesse turbilhão, a alienação parental, ainda que em suas manifestações mais brandas, apresenta-se como um grande prejuízo à criança, radicalizando o conflito de lealdade vivenciado pelos filhos. Caso chegue à implantação exitosa de falsas memórias, concernentes a agressões físicas ou sexuais, a situação torna-se ainda mais grave, e o acúmulo de fatores de risco tornará aquela criança suscetível a graves transtornos psiquiátricos.

Uma das formas mais graves de alienação parental é a falsa denúncia de abuso sexual, pela gravidade da acusação. Mais que a implicação legal, tal estratégia envolve valores básicos da cultura familiar, agredindo frontalmente a honra do pai e trazendo consequências gravíssimas para a criança. Além disso, implica prática de crime qualificado como hediondo o que, além de uma pena substancial, ainda atrai consequências no que toca à execução da pena, e submete o acusado à possibilidade de perda do poder familiar, seja como efeito da pena (art. 92, CP), seja em processo autônomo aberto com esta finalidade, no juízo da infância e juventude.

Por outro lado, o fascínio que o tema do abuso sexual infantil exerce sobre o público, leigo ou especializado, também explica a frequência da abordagem do tema. De fato, nos últimos anos o número de publicações sobre o tema multiplicou-se e, em contrapartida, em movimento pendular, também acarretou a abordagem da alienação parental neste específico setor.

Todos esses aspectos tornam bastante evidente a interferência que o comportamento alienador – irresponsável – causa no desenvolvimento psíquico da criança, agravado sobretudo pelo afastamento da figura do outro genitor. Os deveres dos pais, após o desenlace,

³¹⁶ WALLERSTEIN, Judith S., KELLY, Joan B. *Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio*. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 251.

se intensificam, sendo ainda mais graves os efeitos de uma atuação descuidada e descomprometida.

3 A IRRESPONSABILIDADE PARENTAL E A PERDA DOS EFEITOS DO VÍNCULO FAMILIAR

3.1 O conteúdo da parentalidade responsável

A assunção da parentalidade – seja esta resultado de presunção normativa, adoção ou reconhecimento – acarreta o dever de cumprir uma série de encargos, cujo fundamento pode ser encontrado na determinação constitucional de responsabilidade (artigos 226, § 7º; 227, *caput* e 229, 1ª parte).

A formalização do parentesco imite o pai e a mãe no exercício do poder familiar, momento a partir do qual se impõe uma atuação cuidadosa em benefício dos filhos. A postura exigível dos pais, nesse momento, deve manifestar-se pelo envolvimento contínuo com a pessoa do outro e não por condutas isoladas e descomprometidas. Há um entrelaçamento entre as vidas, que impõe a inserção efetiva do filho no contexto da família, o que terminará, obviamente, por alterar a sua rotina, e talvez seja pela falta dessa noção de comprometimento – uma das características da modernidade – que muitas relações parentais se esvaem, perdendo o seu verdadeiro sentido. Daí a importância do vínculo entre o poder familiar, o exercício da responsabilidade e a noção jurídica de cuidado, pois este último, de acordo com Heloisa Helena Barboza, assume o significado de desvelo, solicitude, diligência, zelo, atenção e bom trato com relação ao outro, ou seja, emerge de uma dimensão de alteridade e de reciprocidade.³¹⁷

Numa análise mais detida sobre a configuração do cuidado como valor genérico que deve direcionar a conduta de todos os em que vivem em sociedade, é importante afirmar que a sua primeira especificação ocorreu em função da literatura médica, em que a postura de zelo pelo paciente se insere no conceito amplo de saúde – bem-estar físico, psíquico e social –, para significar que cuidar não é apenas “tratar a doença”, e sim o núcleo das práticas eficazes voltadas para aquele elevado fim.³¹⁸

³¹⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85-96. p. 87.

³¹⁸ O conceito de cuidado tem sua origem na ciência médica, que parte de seu sentido integral, pois acompanha o significado de saúde como um estado completo de bem-estar e não somente de ausência de doença. (BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85-96. p. 86.

Contudo, é muito importante lembrar que o pressuposto dessa especificação reside no fato de que o sentido de valor é unitário, possuindo aspectos múltiplos que podem se materializar no campo político, ético e filosófico.³¹⁹ Assim, o cuidado, que foi inicialmente analisado de forma mais detida em seu aspecto médico, passou a ser dimensionado para outras esferas, percebendo-se, aos poucos, certa modificação em seu sentido, na medida em que se inseriu em outros núcleos como, por exemplo, na família.

O cuidado sempre existiu, mas não com a roupagem de dever que ora o caracteriza. Era uma postura que decorria naturalmente do vínculo de parentalidade e que, atualmente, deriva de uma imposição estatal. A modificação na organização familiar, tal como descrita no primeiro capítulo, principalmente a partir da modificação da posição feminina, acarretou a inserção de outros entes nesse processo – como exemplo, a Escola –, mas para o fim de somar e não reduzir a obrigação. Na realidade, porém, não foi isso que aconteceu, sendo possível observar que o sentido de cuidado, se considerado como prática educacional de orientação e formação pessoais, não foi completamente assumido – e nem deveria ter sido – por aqueles novos entes, restando propriamente aos pais o exercício dessa função.

A previsão constitucional da responsabilidade parental, aliada à descrição dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, alterou o sentido de cuidado, passando este a ser percebido como valor jurídico. Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza:

Nesses termos, o valor cuidado implica um dever moral e um dever jurídico, implícito na cláusula geral de proteção da pessoa humana, que se espalha por outros dispositivos constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da paternidade responsável. O valor jurídico cuidado, quando considerado em sua dimensão de alteridade, reciprocidade e complementariedade traduz toda grandeza do conteúdo da paternidade responsável, e permite explicitar todos os deveres dos pais.³²⁰

O valor cuidado é também considerado, por alguns, como princípio³²¹, e se apresenta como uma atitude que é fonte geradora de uma série de atos – não tipificados – em prol da efetivação do melhor interesse dos menores.³²²

³¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 325.

³²⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 90.

³²¹ O cuidado está inserido na dignidade da pessoa humana e em todos os direitos fundamentais, funcionando como um princípio implícito. TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 358 e 361. O que não chega a serem posições antagônicas, pois, para Pietro Perlingieri, o princípio “é uma norma que impõe a máxima realização de um valor.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 580.

³²² TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 363.

Afirma Tânia da Silva Pereira que “O cuidado é parte integral da vida humana: nenhum tipo de vida subsiste sem ‘cuidado’. Envolvendo um processo eminentemente interativo, dinâmico e criativo reflete interesse e solidariedade. Aquele que é será cuidado.”³²³ Dessa assertiva se depreende que todas as pessoas precisam e recebem, de alguma forma, os benefícios do cumprimento do dever de cuidado. Todos os seres existentes já prestaram ou receberam cuidado de alguém. Mas de quem ? Estes agentes que se colocam no cenário de vida da criança podem ser os seus avôs, padrinhos, outros parentes, amigos ou, até mesmo, órgãos públicos com essa finalidade. O mais importante a se considerar é que, não obstante o provável resultado “exitoso” daquela atitude, não se pode tornar comum retirar-se da criança a oportunidade de ser cuidada por seus pais que, por determinação constitucional, são os primeiros devedores daquela obrigação³²⁴. O art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente traça essa diretriz, ao enfatizar o direito de ser criado e educado no seio da família e, somente por exceção, em família substituta³²⁵.

Na interpretação das disposições normativas sobre o poder familiar contidas no Código Civil, impõe-se que sejam consideradas como de menor importância as regras que regulam a representação solene dos filhos – como, por exemplo, o consentimento para o casamento – e que outras sejam tidas como desnecessárias, já que não se referem essencialmente à edificação do ser – como a preocupação com a exigência de prestação de serviços próprios aos menores. Devem sobressair as normas de cunho relacional, que efetivem o cuidado com o crescimento físico e psíquico, por serem instrumentos hábeis para o desenvolvimento digno do filho.

Na prática, o cuidado repercute fisicamente ao se impor que os pais promovam a subsistência da prole e o suprimento de suas necessidades de higiene, saúde, atividades esportivas e o conforto suficiente para uma vida sem privações extremas. O dever de sustento se impõe como obrigação jurídica e, ainda que os alimentos estejam inseridos em um contexto maior de observância do princípio da solidariedade, no caso dos filhos o fundamento é mais amplo, podendo ser incluído o princípio da responsabilidade parental. A possível restrição ao

³²³ PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 255.

³²⁴ O art. 7º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança dispõe que a criança tem o direito de conhecer seus pais e, na medida do possível, ser criada por eles. A ratificação nacional dessa Convenção ocorreu em 1990, através do Decreto n.º 99.710.

³²⁵ “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

cumprimento desse dever se verifica tão somente diante de um sopesamento já realizado pelo próprio legislador, ao estabelecer o equilíbrio entre a necessidade presumida daquele que se encontra em desenvolvimento e a possibilidade econômica daquele que tem o encargo de prover as suas carências (art. 1694, § 1º do Código Civil).

De outro lado, impõe-se o aspecto imaterial da responsabilidade, amparado na educação formal, normalmente viabilizada pelas instituições escolares, e na informal, empreendida no interior do lar e que se consolida por meio do exemplo, das exortações, dos ensinamentos e da “moldagem” dos comportamentos para que os filhos se tornem pessoas conscientes e adaptadas ao normal convívio em sociedade. Para tanto, deve-se utilizar a diretriz promocional, que fomenta o crescimento e a aprendizagem, considerado o fato de que cabe aos pais a formação de pessoas em desenvolvimento³²⁶. Conforme mencionado no capítulo anterior, essas técnicas disciplinares, na atualidade, devem se apoiar em procedimentos indutivos, de estímulo, de explicação de valores morais, proscurendo-se a atuação que se baseia na força, no poder, na punição exasperada e em indignas privações³²⁷.

Óbvio que cada situação familiar deve ser analisada em seu contexto estrutural e econômico, sendo esperado que as prestações a serem cumpridas pelos pais se perfaçam da forma mais condizente com a situação concreta vivenciada. A responsabilidade se cumpre no oferecimento das condições possíveis e necessárias, ainda que de fato não atendam a um rigor ideal de qualidade e satisfação. A prestação de cuidados com a saúde e com a educação exemplifica tal assertiva, exigida dos pais postura positiva na busca pelo seu oferecimento, não havendo sanção caso não consigam promovê-la de forma adequada em termos comparativos com famílias mais abastadas.

Em decorrência disso, evidencia-se a inexistência de vínculo entre a situação financeira e o exercício da parentalidade responsável, estando o dever de alimentos – considerado este em sua acepção ampla – numa posição importante, porém secundária em cotejo com as atribuições pessoais em prol da pessoa dos filhos. A provisão material de meios para a sobrevivência, saúde, escola, lazer, não obstante sua vital importância, não impede que o pai ou mãe possa ser considerado como irresponsável, haja vista o descumprimento do

³²⁶ Para Paulo Luiz Netto Lôbo: “A noção de educação, para fins da responsabilidade na família, é a mais larga possível. Inclui a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional e cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho como pessoa em desenvolvimento. Ela inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade. A educação ou formação moral envolve a elevação da consciência e a abertura para os valores.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. Revista das Famílias e Sucessões*, n. 12, p. 5-22, out./nov. 2009. p. 20.

³²⁷ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez; WAGNER, Adriana. O envolvimento parental após a separação/divórcio. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 23, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/prc>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

dever de convivência, amparo e o sustento espiritual. O envolvimento parental – considerado aqui como conduta de responsabilidade – pode, então, ser classificado de duas maneiras: a direta, que se refere a todas as formas de interação imediata com a criança, cuidados em geral, brincadeiras ou tempo livre com ela; e a indireta, que se basearia no bem-estar derivado do sustento e do acesso à escola e saúde³²⁸.

A responsabilidade dos pais, como conduta, é informada por algumas regras específicas, mas se sustenta, na verdade, como uma fonte para irradiação de obrigações e cautelas a bem da família, núcleo este gravado à satisfação existencial de seus integrantes.

Assim, não cabe uma enunciação taxativa que tipifique em formas herméticas as atribuições que decorrem da responsabilidade parental. As condutas exigíveis são várias e, para tanto, um pressuposto se impõe para o cumprimento daqueles deveres: a presença construtiva, vedado o abandono da prole.

O Estado, por vezes, se imiscui na vida privada da família para sancionar condutas indesejadas ou abusivas. Esta, felizmente, não é a regra, cabendo primordialmente aos pais e filhos a construção de seu relacionamento. Ou seja, o conteúdo e a qualidade dos ensinamentos transmitidos no processo de criação não são passíveis de verificação e avaliação públicas – salvo quando flagrantemente prejudiciais aos filhos – sendo suficiente que o vínculo se estabeleça de forma concreta. Este se ampara na convivência, não sendo esta, por óbvio, confundida com morada contínua ou qualquer situação similar. A presença dos pais na vida dos filhos é guiada por aspectos qualitativos e não quantitativos, sendo imprescindível para o cumprimento da parentalidade responsável a existência de um relacionamento próximo e perene, estando o exercício do poder familiar voltado para o bem da criança e do adolescente.

A Modernidade trouxe modificações para a estrutura doméstica: o nascimento no interior de uma relação de casamento não mais significa legitimidade, mas simplesmente parentalidade presumida; a constituição de prole tornou-se optativa e não dever essencial ao casamento; o exercício da liberdade sexual não se vincula a um resultado reprodutivo; a reprodução, por sua vez, qualificada como direito fundamental, encontra-se emancipada de determinismos naturais e, em alguns casos, se perfaz por uma cadeia que inclui terceiros que doam e que concebem, mas que, por ausência de projeto parental, não se vinculam ao produto da gestação. Enfim, muitas foram as mudanças e alguns limites devem ser impostos, a bem da pessoa das crianças e dos adolescentes como filhos.

³²⁸ GRZYBOWSKI, Luciana Suárez; WAGNER, Adriana. O envolvimento parental após a separação/divórcio. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 23, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/prc>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

Os relacionamentos humanos, principalmente aqueles baseados no amor “conjugal”, tornaram-se diferentes. Os vínculos se dissolvem mais facilmente, pois as uniões se estabelecem em função da felicidade e, sendo esta um conceito subjetivo e amplo, deve ser interpretada de modo a atender às diversas concepções de bem existentes. A fluidez dos vínculos amorosos foi explicitada por Zygmunt Bauman, ao afirmar que:

Afinal, a definição romântica do amor como ‘até que a morte nos separe’ está decididamente fora de moda, tendo deixado para trás seu tempo de vida útil em função da radical alteração das estruturas de parentesco às quais costumava servir e de onde extraía o seu vigor e sua valorização. Mas o desaparecimento dessa noção significa, inevitavelmente, a facilitação dos testes pelos quais uma experiência deve passar para ser chamada de ‘amor’. Em vez de haver mais pessoas atingindo mais vezes os elevados padrões do amor, esses padrões foram baixados. Como resultado, o conjunto de experiências às quais nos referimos com a palavra amor expandiu-se muito. Noites avulsas de sexo são referidas pelo codinome de ‘fazer amor’.³²⁹

Considerado esse panorama de atenuação dos laços, merece ser reafirmada a diretriz segundo a qual não há – nem deve haver – vínculo entre as relações entretidas pelos adultos e aquelas decorrentes da filiação. O “descarte” dos parceiros, à moda da atual sociedade de consumo, não se dirige, de nenhuma forma, ao vínculo parental.³³⁰

A autonomia humana deve ser contida na medida em que é responsável pelo nascimento de outro ser, em tudo digno e credor de respeito, cuidado e consideração. O sentido de alteridade se impõe e, como tal, faz gerar uma série de deveres para aquele que em algum momento optou ou assumiu o risco da procriação, não importando se há ou não satisfação pessoal com tal fato.

Mas, deve ser ressaltado que a responsabilidade não surge tão somente em função da procriação genética, e sim da assunção do projeto parental e da condição a ele correlata. Na realidade prática, a parentalidade presumida ou biológica pode ou não ser responsável, assim como pode ocorrer de vínculos inicialmente criados a partir de uma manifestação voluntária não se perfazerem de maneira efetiva. Os pais devem revelar comprometimento com os filhos, sendo este, na verdade, o diferencial que marca e que caracteriza a verdadeira filiação. Atribuir o adjetivo de socioafetivo a um vínculo pelo simples fato dele ter sido voluntário e não biológico em nada altera o seu sentido se em seu desenrolar não se verificar aquele comprometimento que perfaz a afetividade e a responsabilidade. Como exemplo, pode-se

³²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 19.

³³⁰ Matéria recorrente em sede de “adoção à brasileira”, ocorrida quando se reconhece como filho aquele que sabidamente não assume essa condição. No Recurso Especial n. 1.088.157, foi entendido que: “(...) Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adoptante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado.(...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.088.157. Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2011.

afirmar que os pais adotivos, classificados pela doutrina como afetivos, podem descuidar de seus filhos, abandonando-os com um guardião; assim como o pai que optou por realizar uma técnica de inseminação heteróloga, também qualificado como afetivo, pode vir a separar-se da mãe logo nos primeiros meses de vida da criança e não cumprir com seus deveres de convivência, alimentos, guarda, visitas. Nesses casos, não haverá socioafetividade nem responsabilidade, haverá tão somente filiação registral, não biológica e não afetiva.

A construção de uma vida, fisicamente autônoma, mas intrinsecamente dependente de toda sorte de amparo, se baseia no entrecruzamento da liberdade, dignidade e da solidariedade. Sobretudo essas duas últimas, pois servem como ponto axiológico a partir do qual deve ser estruturado o vínculo, cujo conteúdo é formado pelo comprometimento e pela presença.

A proscrição ao abandono – base da responsabilidade dos pais – se ampara na lesão ao direito fundamental de convivência (art. 227 da Constituição) e, por conseguinte, no descumprimento de todos os direitos que naturalmente lhe seguem. É a omissão que pode gerar danos, justamente pelo fato de que a conduta exigível deveria ser atuante e positiva.

O desamparo pode se manifestar por diversas formas, sendo elencadas as mais comuns, quais sejam: aquelas que decorrem do completo desconhecimento acerca da pessoa dos pais³³¹; as decorrentes de um registro formal voluntário não seguido de atuação efetiva pela mãe ou pai; as situações de descaso que persistem mesmo após o pronunciamento estatal nas ações investigatórias; e, por fim, o abandono posterior à cessação da convivência entre os pais³³².

Considerada a responsabilidade em níveis graduais como um *iter* preenchido continuamente pelo cuidado até a maioridade é possível afirmar que, após o nascimento, a

³³¹ O Superior Tribunal de Justiça confirmou o reconhecimento de paternidade de investigante que somente aos sessenta e seis anos de idade viu sanada a omissão de seu registro. É certo que a conduta de descaso desse pai, inclusive já falecido, merece ser avaliada de forma negativa, pelo desrespeito à pessoa do filho, em tudo merecedor do suprimento de todas as necessidades materiais e psíquicas. A inserção de seu nome no registro não vai preencher o lugar vazio que a figura paterna construiu em sua vida – verdadeiro oco da dignidade, segundo a relatora – mas evidencia a efetividade de pequena parte do princípio da responsabilidade parental, para o fim de corrigir a lacuna da filiação e efetivar a igualdade de direitos entre todos os descendentes daquele genitor. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1046105. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 01 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.st.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2011.

³³² O abandono decorrente da dissolução do vínculo entre os pais encontra-se marcado por sucessivas rupturas, podendo ser incrementado por discussões, tentativas de alienação parental e constituição de um novo núcleo familiar por um dos genitores. É certo que tais fatores interferem de maneira bastante acentuada sobre o assunto, mas a atual conjuntura social e jurídica tem objetivado a implantação de uma nova forma de agir, baseada na não contaminação da relação parental. Na prática, contudo, ainda é bastante problemática a situação, pois, como salientado por Inez Lemos, a adoção de novas prioridades após o desenlace normalmente termina por comprometer a responsabilidade dos pais sobre os filhos. Isso ocorre porque as condutas passam a refletir o individualismo inerente às relações humanas contemporâneas, fazendo com que os pais assumam, em alguns casos, mais a condição de homem e mulher que de pai e mãe. LEMOS, Inez. Família, modernidade e responsabilidade. *Revista das famílias e sucessões*, n. 12, p. 23-30, out./nov. 2009. p. 28.

realização voluntária do ato jurídico do reconhecimento se afigura como seu patamar mínimo. Afinal, seu efeito está em simplesmente atribuir um nome e solenizar o parentesco. Caso não se verifique a união familiar como seu conteúdo restará configurado o desamparo. É até possível que a obrigação alimentícia seja cumprida, mas dado o objetivo precípua da responsabilidade como atuação voltada para a formação plena do filho, o pagamento de pensão não é suficiente para a observância integral da determinação constitucional, sobretudo do direito à convivência familiar³³³.

Somente o exercício efetivo do poder familiar como conjunto de direitos e deveres voltado para condução digna da vida do filho e informado pela preponderância de seus interesses existenciais pode avançar o grau de cumprimento da responsabilidade. Seu ápice seria encontrado nas hipóteses em que os pais respeitam a determinação do art. 227 da Constituição, seguindo-se à convivência a observância dos deveres atinentes à formação física e psíquica do menor.

Durante a vida do filho a responsabilidade parental se manifesta em diversos momentos, mas é no exercício do poder familiar que se concentra grande parte das obrigações decorrentes daquele princípio constitucional, o que justifica sua importância para a análise do tema. Mas, a parentalidade responsável vai além do poder familiar, o que se comprova principalmente pela compulsoriedade do ato de reconhecimento da filiação e pela persistência do dever alimentar após a sua perda (destituição). Ou seja, a responsabilidade deriva do parentesco presumido, biológico ou afetivo.

É desarrazoado que sejam discutidas judicialmente decisões cotidianas, tais como as referentes a saídas noturnas, viagens e relacionamentos de amizade ou amorosos. Tampouco podem ser exigidos carinho e atenção, mas somente que os pais ajam como se esses sentimentos existissem, sobretudo no que diz respeito à observância dos direitos fundamentais, representados principalmente pelo acesso à saúde e educação.

A proteção e preservação da saúde dos filhos são obrigações parentais, diretamente relacionadas aos direitos fundamentais à vida e integridade física. O suprimento dessas necessidades pode ser oferecido por instituições públicas ou privadas, a depender da condição financeira familiar. De qualquer forma, exige-se dos pais que decidam sobre a realização de

³³³ “Nesse caso, o abandono era ‘apenas’ afetivo. O pai sempre pagou pensão alimentícia ao menor, deduzindo-se daí, a inexistência de conduta que trouxesse dor e dano moral ao filho. Faltou, entretanto, alimento para a alma. Afinal de contas nem só de pão vive o homem. A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, caso se tratasse de um pai desprovido de recursos. O amor, o afeto, a convivência não são ‘itens opcionais de uma engrenagem’. São deveres atrelados à paternidade que foram violados frontalmente, configurando-se em atos ilícitos.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006. p. 678.

exames, tratamentos e cirurgias em seus filhos menores, sendo essas opções permeadas de grande dificuldade. A maioria dos procedimentos implica risco, muitas vezes assumido em face da possibilidade de cura por meio de sua utilização. Por isso, pai e mãe realizam escolhas razoáveis e responsáveis quando não aceitam a realização de procedimentos cujo risco seja superior ao inerente às técnicas médicas. O abandono de tratamentos médicos essenciais, a persistência em métodos curativos infrutíferos, a escolha de técnicas não aceitas pelo Estado e a apresentação de escusa religiosa para a negativa de cuidado³³⁴ são apenas algumas hipóteses que evidenciam a imprudência e negligência dos pais, com grave comprometimento para os filhos.

Sobre a educação, é preciso ter em mente que a imposição do art. 229 da Constituição possui duplo sentido, englobando a formação técnica e a informal. São os pais responsáveis pela formação pessoal de seus filhos, mas também são obrigados a matriculá-los na escola, conforme art. 55 do Estatuto da Criança e Adolescente e art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9394/96). A família tem seus próprios valores, que variam de um lar para o outro. A escola, ao contrário, transmite conhecimentos com embasamento técnico e ensinamentos comportamentais genéricos para a vida social. Certa confusão de sentidos tem ocorrido nessa matéria, pois há uma crise no relacionamento educativo mantido entre pais e filhos, pois aqueles se encontram cada vez mais assoberbados com seus afazeres, relegando à Escola um papel que esta, na verdade, não tem. Enquanto isso, os educadores se deparam com crianças de comportamento inadequado, por falta justamente dos ensinamentos que deveriam ter recebido de casa.

Sobre o assunto, vale ressaltar a discussão existente sobre a possibilidade de os próprios pais sistematizarem a educação técnica do filho, ministrando-lhe os conhecimentos necessários para a sua formação científica. É o chamado *homeschooling*, alternativa escolhida nas situações em que os pais passam a desaprová-los os métodos e programas de ensino-aprendizagem utilizados nas escolas, por sentir-se insatisfeitos com tais procedimentos. Nesse

³³⁴ “Um casal de Oregon City, nos Estados Unidos, foi condenado por assassinato por negligência criminosa, depois de deixar o filho de 16 anos morrer sem procurar ajuda médica. Jeff e Marci Beagley são membros da igreja local Seguidores de Cristo, que prega a cura pela fé e rejeita cuidados médicos. (...) o caso trouxe à tona, mais uma vez, a discussão sobre crença religiosa sendo usada como justificativa para negar atendimento médico. Esta não é a primeira vez que uma criança cujos pais fazem parte da igreja morre de uma doença que poderia ser tratada.” Disponível em <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias>. Acesso em 20.04.2011.

Para aqueles que professam a fé religiosa intitulada “Testemunhas de Jeová” determina-se a realização de escolhas dos pais pelos filhos, presumindo-se serem estas as mais adequadas. “Os pais que são Testemunhas de Jeová levam muito a sério sua responsabilidade de cuidar dos filhos, inclusive a de prover-lhes os necessários cuidados médicos. Os pais, em geral, têm o direito natural e legal de fazer decisões médicas informadas a favor de seus filhos. Por conseguinte, os pais devem sempre ser incluídos em quaisquer audiências processuais, junto com a equipe médica ou a comissão de ética, quando se discutem os cuidados de seu filho (ou filha).” *Cuidados com a família e tratamento médico para as testemunhas de Jeová*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1995. p. 8.

caso, é possível afirmar que os pais, além de agentes propiciadores da educação formativa genérica do cidadão, ficariam também incumbidos de ministrar conhecimentos técnicos necessários à futura formação profissional do filho. No Brasil, não se admite a utilização desse sistema, sendo importante ressaltar já ter havido pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a formação no interior do domicílio não deve ser aceita para fins de cumprimento do direito à educação técnica. A matéria foi amplamente discutida em mandado de segurança³³⁵ interposto por dois genitores contra ato do Ministro da Educação, ao homologar o Parecer n.º 34/2000 da Câmara de Ensino Básico do Conselho Nacional de Educação, que denegou a pretensão dos impetrantes no sentido de ministrar aos seus três filhos, no interior de seu domicílio, os conhecimentos do Ensino Fundamental. No caso, os pais de três crianças – de nove, oito e seis anos – efetuaram matrícula em instituição regular de ensino para que as crianças pudessem tão somente ser avaliadas por meio da aplicação de testes e provas. Não haveria frequência regular às aulas, que seriam ministradas pelos pais. Por maioria foi denegada a segurança, defendida a legalidade do parecer, ao que se acrescentou a configuração da frequência à escola como direito dos menores e a preocupação de que o ambiente da sala de aula seria um convívio social indispensável para a formação do cidadão. Os votos vencidos foram fundamentados no respeito à liberdade dos pais e das sociedades intermédias acerca da escolha da forma de educação a ser oferecida aos filhos e também no fato de que a função de educar pertence à família, cabendo ao Estado somente tutelar a concretização desse direito-dever.

Ao que parece, a vedação ao *homeschooling* é uma postura bastante forte no nosso país, o que se comprova, mais uma vez, em caso mais recente, no qual a Justiça de primeira instância da cidade mineira de Timóteo condenou um casal por crime de abandono intelectual, pelo fato de há quatro anos terem retirado seus filhos de quinze e dezesseis anos da rede regular de ensino para que lhes fossem ministradas aulas em casa, pelos próprios pais. A condenação foi mantida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo sido imposta à revelia do fato de os dois filhos terem obtido êxito nas avaliações aplicadas pela Secretaria Estadual de Educação de Minas Gerais³³⁶.

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS n. 7407-DF. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 24 de abril de 2002. Diário de Justiça, 21 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

³³⁶ Pais são condenados por educar filhos em casa. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2011. “Quase um ano após ser condenado por ter tirado os filhos da escola, Cleber de Andrade Nunes continua ensinando os três filhos em casa na cidade de Vargem Alegre, em Minas Gerais. Os mais velhos, de 16 e 17 anos, já atuam até profissionalmente: um é programador e o outro é webdesigner. A filha de 3 anos está praticamente alfabetizada em português e inglês. Na última semana, Cleber fez questão de apoiar o casal Leila Brum Ferrara e Philip Ferrara, da cidade do interior paulista Serra Negra, que também foi acusado de negligência pelo Ministério Público por educar as duas filhas em casa. Aproveitou para divulgar a entidade que criou para unir famílias que tomaram a mesma decisão, a Aliança Nacional para Proteção à Liberdade de Instruir e Aprender (Anplia). São cerca de 100 casais, segundo Cleber, que se

Visivelmente optou-se por tutelar e valorar a educação técnica como algo que deva ser oferecido fora do domicílio, enfraquecendo o interesse e o esforço dos pais que, descontentes com os programas atuais de ensino, sacrificam-se para ensinar aos filhos de uma forma mais prática, interessante e útil. Não obstante essas qualidades, é impossível a manutenção do controle estatal caso ocorra a pulverização dessa atividade, sendo colocada em risco a formação dos menores.

Não assumir o compromisso de cumprir efetivamente o poder familiar, que inclui o dever de acesso ao conhecimento e à profissionalização é forma de abandono e merece ser repudiada.

Ainda sobre a configuração do abandono é possível tecer outras considerações. Inicialmente, deve ser voluntário, não havendo sanção para aqueles que por motivos alheios à sua vontade assumiram uma postura omissa quanto a pessoa dos filhos.³³⁷ Segundo, a presença física constante não é elemento imprescindível para a afirmação de que a parentalidade responsável vem sendo cumprida, importando a qualidade do relacionamento mantido entre pais e filhos. Assim, o exercício da visitação de forma não muito frequente não é fato que, por si só, imponha o abandono, devendo ser conjugado a outros fatores como a lesão ao desenvolvimento do menor. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin afirma que “A ausência de presença física constante não corresponde, necessariamente, ao desamparo.”³³⁸

unem para resistir ao que chama de “imposição do Estado”. “O que está acontecendo em Serra Negra é uma inversão. O Estado quer que a família prove, como aconteceu no nosso caso, que está educando. Na realidade, é o Estado que tem que provar para nós que tem capacidade de educar nossos filhos. Diga-se de passagem não tem conseguido provar”, afirmou. Segundo o Ministério Público de Timóteo (MG), onde a família morava, Cleber e Bernadeth cometeram infração administrativa, no âmbito cível, por terem descumprido o parágrafo 1 do artigo 1.634 do Código Civil (diz que compete aos pais, quando à pessoa dos filhos menores: dirigir-lhes a criação e educação). Além disso, foram contra os artigos 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que fala sobre o dever de educar os filhos, e 55, que obriga a matricular na escola. Por isso, foram condenados pela Justiça ao pagamento de multa no valor de seis salários mínimos cada um (R\$ 3.060, cada). (...) Em Maringá, no Paraná, o professor Luiz Carlos Faria da Silva, de 54 anos, e a pedagoga Dayane Dalquana, de 36 anos, também decidiram educar os filhos em casa após experiências que consideraram ruins em uma escola particular e em outra pública. Lucas, hoje com 12 anos, frequentou a escola por cerca de dois anos, e Júlia, de 11 anos, frequentou por um ano, quando tinha 7 anos. Agora as crianças estudam em casa sob a orientação dos pais, aprendem matemática e inglês em escolas especializadas e praticam esportes. O Ministério Público chegou a tentar obrigar o casal a rematricular os filhos na escola, mas depois mudou de ideia, segundo Luiz Carlos, que é professor de filosofia e história da educação na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Atualmente a Promotoria e a Justiça acompanham o desenvolvimento educacional das crianças por meio de provas semestrais feitas pelo Núcleo Regional de Educação e fazem avaliações psicológicas. (...)” Disponível em: <<http://www.g1.globo.com>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

³³⁷ Sobre o assunto interessante a decisão que não reconheceu o abandono no caso em que o vínculo de paternidade só veio a ser descoberto após 20 anos do nascimento. Pai e filho não se conheciam porque a mãe sonegou a informação sobre a identidade do outro genitor. É certo que mesmo após o reconhecimento, nunca houve contato mais próximo entre pai e filho, haja vista o fato de o genitor residir fora do Brasil. Curioso notar que neste caso a irresponsabilidade foi da própria mãe em omitir tão relevante fato, inviabilizando o acesso à pessoa do pai e um possível convívio. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20090110114820. Rel. Des. J.J. Costa Carvalho. 2ª Câmara Cível. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

³³⁸ FACHIN, Luiz Edson. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 254.

Paralelamente, pode haver presença física constante mas lesiva ao interesse do filho, quando, por exemplo, o pai ou mãe o expõe a situações de degradação física e moral, como a manutenção em ambiente sem higiene e inapropriado para a condição infantil, onde se vivencie embriaguez e outros vícios, assim como exposição à mendicância. Nesses casos, há presença, mas não há cuidado, sendo verificado, portanto, outro viés do abandono.

Outro fator que merece ser analisado é aquele segundo o qual haveria isenção de responsabilidade para os pais faltosos se provado o cumprimento do dever de cuidado por terceiros e a conseqüente inexistência de dano ao filho. Diante do abandono de uma criança é normal que a função originariamente devida pelos ascendentes seja realizada por parentes ou terceiros – por meio da guarda de fato ou jurídica – ou mesmo por instituições destinadas a abrigá-las. De acordo com antiga concepção doutrinária, deixar o filho na companhia do outro genitor não configurava abandono porque a figura do desamparo somente se materializava quando não houvesse quem prestasse à criança e ao adolescente os cuidados necessários à sua sobrevivência³³⁹. Ou seja, a exposição da criança a algum tipo de risco era condição inerente à concretização do abandono. O próprio Decreto n.º 17.943-A de 12 de outubro de 1927, conhecido como Código de Menores, em seu art. 26, apresentava diversas hipóteses fáticas que poderiam ser consideradas como abandono e em todas elas podia ser percebido que a presença de alguém – algum dos pais, o tutor ou o guardião – para suprir as necessidades da criança, era justificativa hábil para afastar sua configuração.

Essa não pode ser a concepção atual de exercício da função parental, inspirada no dever de responsabilidade que, em termos de titularidade e conteúdo, se refere igualmente a ambos os genitores, gerando uma obrigação individualizada que decorre do exercício da autonomia reprodutiva. O art. 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina a aplicação de medidas de proteção para os menores que se encontrem em situação de risco (entendida como lesão ou ameaça aos direitos reconhecidos pela mesma lei), “por falta, abuso ou omissão dos pais”. A aplicação das medidas constantes do rol exemplificativo do art. 101 deverá ser norteada por alguns princípios, dentre os quais se insere o da responsabilidade parental, significando que “a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente” (art. 100, IX). Em adendo, enfatiza-se o papel de prevalência da família na promoção de direitos e proteção da criança e do adolescente, sendo preferível sua manutenção na família natural ou extensa (art. 100, X)³⁴⁰.

³³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 293-294.

³⁴⁰ Incisos inseridos pela Lei n. 12.010 de 03 de agosto de 2009. BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

Em sede de responsabilidade civil é comum e até razoável vincular o abandono ao prejuízo sofrido pelo filho, principalmente se defendido o seu viés compensatório, no entanto, essa exigência não se justifica diante do dever constitucional e legal de responsabilidade, que é objetivo para o fim de evidenciar que a atuação positiva dos pais é inafastável.

Por fim, é importante organizar as afirmações apresentadas, sendo fixado um sentido para o princípio da parentalidade responsável. Este se afigura como o fundamento para a exigibilidade de um conjunto de atitudes baseadas no cuidado, cujo objetivo é o cumprimento integral dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Seu campo de abrangência vai desde o momento do planejamento familiar até a maioridade, manifestado o seu atendimento de forma gradual até o limite ideal de sua observância. Esses graus variam em função do comprometimento parental em favor da formação física e psíquica do menor em desenvolvimento, sendo, nesse sentido, privilegiado o aspecto existencial dos interesses do filho. Para tanto, tornam-se exigíveis a presença e o acesso concreto aos pais, vedado o abandono, que pode se manifestar pela completa omissão ou pela exposição lesiva do menor a circunstâncias degradantes e/de descumprimento de sua proteção integral.

3.2 As consequências jurídicas do descumprimento da paternidade responsável

São inúmeros os deveres que perfazem o conteúdo da responsabilidade e, uma vez considerado o elevado valor dos interesses tutelados, legitima-se a intervenção do Estado para a fiscalização de seu cumprimento e determinação de atitudes que minimizem o prejuízo sofrido pelos filhos diante da postura parental de recalcitrância quanto ao cumprimento do dever constitucional de cuidado. Nem sempre, porém, mesmo diante da aparência de sanções, vislumbra-se um significado punitivo naquelas respostas estatais, o que, em alguns casos, evidencia a maior preocupação do legislador em efetivar os interesses dos filhos, mas sem fomentar a aplicação de um “castigo” para os pais faltosos.

A inexistência do reconhecimento voluntário de paternidade pode conduzir à constituição forçada do vínculo, por meio da ação de investigação de paternidade/maternidade. O mesmo ocorrerá caso seja verificada a falta de êxito no procedimento administrativo de averiguação oficiosa. A rigor, a possibilidade jurídica de se intentar aquela ação não se afigura propriamente como uma sanção ao pai faltoso, e sim atendimento de direito do filho concernente à determinação do parentesco. Ao Estado cabe

tão somente a declaração do vínculo já existente, para o fim de mudar o *status* jurídico das partes envolvidas e oportunizar a efetivação dos interesses a ele correlatos.

Uma das consequências será a determinação da obrigação de pagar os alimentos, cuja finalidade está em garantir a sobrevivência digna do filho, sendo a este conferidas condições materiais para o suprimento de suas necessidades em sentido amplo, conforme a determinação do art. 1694 do Código Civil. O inadimplemento da pensão alimentícia conduz à execução por quantia certa dos valores devidos, sem prejuízo da possibilidade de prisão pelo não pagamento das três últimas prestações vencidas antes do ajuizamento da execução e das vencidas no decorrer da demanda (súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça).³⁴¹ A natureza dos interesses envolvidos, vida e integridade física do alimentando, justifica excepcionar a regra que proíbe o encarceramento pelo não pagamento de dívidas, como quer o Pacto de San Jose da Costa Rica e a Constituição Federal em seu art. LXVII.³⁴² É certo afirmar que também neste caso não se verifica, civilmente, sanção jurídica ao pai devedor, mas tão somente exercício do direito do filho à sobrevivência, tanto assim que a própria prisão não possui caráter punitivo, e sim coercitivo. Uma vez realizado o adimplemento da dívida, determina-se a soltura do devedor. Dessa forma, não se trata de punir o pai, e sim de efetivar concretamente o direito à vida da prole, podendo, não obstante, ser encontrada verdadeira penalidade na repercussão penal da conduta, que proíbe o abandono material da descendência.³⁴³

Feitas essas considerações, impõe-se a análise sobre as consequências jurídicas decorrentes do exercício irregular de outros aspectos do poder familiar para o fim de determinar se as previsões normativas, descritas no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre a suspensão e perda daquele poder-dever, permitem ser consideradas como sanções ao ascendente irresponsável.

O poder familiar é atribuição estatal conferida aos pais para ser exercida com responsabilidade, sendo um dos instrumentos jurídicos através dos quais se cumpre aquela determinação constitucional. Há liberdade para que o juiz, diante da evidência do mau

³⁴¹ “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2010.

³⁴² No direito brasileiro, foi considerada como indevida através da súmula vinculante n. 25, a prisão do depositário, preservando-se somente a legitimidade da prisão civil decorrente do descumprimento de obrigação alimentícia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

³⁴³ Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no País. BRASIL. *Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

cumprimento do poder familiar, estabeleça restrições variáveis ao seu exercício, até chegar ao máximo do afastamento de todas as prerrogativas, inclusive de forma permanente, por meio da destituição. É da natureza do poder familiar que ele se extinga em algum momento (art. 1635, CC), eis que se trata de instituto cuja finalidade é direcionar e amparar a pessoa do filho menor, em que se presume a incapacidade de prover sozinho às suas necessidades materiais e afetivas. Por isso, diante da morte do menor ou de ambos os pais, da emancipação e da maioridade, evidencia-se o desaparecimento daquele *munus*. A morte ou ausência dos pais tornará necessária a colocação da criança ou adolescente sob os cuidados de um tutor, a quem caberá zelar pela sua pessoa e patrimônio até que alcance a maioridade ou emancipação. A adoção, nesses mesmos termos, só transfere o poder familiar da antiga família estando a criança a partir de sua efetivação, sob a autoridade dos novos pais, afastado o poder familiar de forma subjetiva e não objetivamente.

O efeito jurídico de extinção do poder familiar nesses casos decorre automaticamente da ocorrência dos fatos pela norma previstos, tornando ilógica a sua subsistência. A suspensão e a perda³⁴⁴, por outro lado, são intercorrências não desejadas em seu desenvolvimento e que merecem ser utilizadas somente nos casos em que se evidencia prejuízo para a criança e o adolescente.

O exercício irresponsável do poder familiar – contrário aos interesses da criança ou adolescente – com risco, ainda que diminuto, para a pessoa e (ou) para os bens do filho, torna factível que o Ministério Público ou outra pessoa interessada (art. 155, ECA) requeira judicialmente modificação no rol de atribuições conferido ao seu titular. A suspensão, normalmente temporária e facultativa, pode ser revogada diante da constatação de que o fato que a originou se extinguiu, podendo recair sobre alguns dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, ou sobre todos. O caso concreto norteará o teor da decisão quanto a sua abrangência, constatado, por exemplo, que a falta de cuidado com o patrimônio pode alterar a forma de gestão, mas não o relacionamento pessoal entretido pelos interessados. Poderá a suspensão dizer respeito a um ou a ambos os pais e recair sobre um ou todos os filhos.³⁴⁵ Percebe-se que são medidas paliativas utilizadas para o bem dos mesmos mediante tentativa de modificar o comportamento dos genitores no interesse dos filhos. O maior objetivo na sua aplicação é a completa reintegração dos pais no exercício pleno de suas funções. Por isso, em

³⁴⁴ A destituição do poder familiar, na forma do art. 1638, do Código Civil, é também designada como causa para sua extinção (art. 1635, V, Código Civil).

³⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 248.

adendo às restrições que pareçam necessárias, pode o juiz determinar alguma das medidas descritas no art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como, por exemplo, o encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico (III), cursos ou programas de orientação (IV), programas oficiais ou comunitários de proteção à família (I), e outros, tudo com vistas à mudança dos comportamentos tidos como inapropriados a bem da reconstituição familiar. O descumprimento dessas determinações, além de ensejar a aplicação de medidas civis cada vez mais rígidas, torna possível a sanção por penalidade administrativa disposta no art. 249 do mesmo Estatuto. A manutenção ou reinserção da criança em sua família de origem é aspecto relevante na Lei n.º 12.010/09 que alterou o Estatuto, chamando atenção para a manutenção dos laços na família nuclear (pais e filhos) ou na extensa (parentes próximos com vínculo de afetividade e afinidade).³⁴⁶

As causas previstas no Código Civil são bastante genéricas de modo a permitir que o juiz tenha liberdade suficiente para escolher os fatos que ensejarão a modificação do poder familiar³⁴⁷. Se for o caso, verificar-se-á uma aplicação gradual de medidas até que se alcance a sua extinção – via destituição – caso em que para a criança será designado um guardião, um tutor ou seu encaminhamento para o abrigo.

Em acréscimo às previsões do Código Civil, deve ser lembrada a disposição do art. 6º da Lei n.º 12.318 de 2010, que, em casos de comprovada alienação parental, torna possível a alteração da guarda e até a suspensão do poder familiar, diante do evidente prejuízo que a convivência com o pai ou mãe pode causar à criança. A suspensão afigura-se como medida mais rígida, devendo ser precedida de alternativas apresentadas pela lei, tais como a advertência ou multa ao alienador.³⁴⁸ A própria existência dessa Lei é um sintoma claro de como a questão ganhou foro de denúncia, porque não há qualquer dispositivo que já não estivesse contido na legislação civil existente. A Lei n.º 8.069/90, assim como o Código Civil,

³⁴⁶ Nesse sentido: art. 19, § 1º; art. 88, VI e 100, X. No art. 88, VI, é feita referência à colocação em família substituta quando a reintegração à família de origem se mostrar “comprovadamente inviável”. BRASIL. Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

³⁴⁷ A previsão estatutária é igualmente genérica: Art. 24. “A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.” Esse dispositivo enuncia que: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

³⁴⁸ Exemplo de decisão que suspendeu o direito de visitas com base na alienação parental: BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n. 0138811-54.2010.8.13.0000. Rel. Des. Mauro Soares de Freitas. Belo Horizonte, 12 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 21 set. 2011.
Exemplo de decisão que impôs multa à mãe que frustrava o direito à visitação: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70023276330. Rel. Des. André Luiz Villarinho. Porto Alegre, 18 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 21 set. 2011.

no tocante às normas de direito de família, é bastante abrangente, e utiliza uma terminologia bastante elástica, de modo que a alienação parental obviamente é uma conduta ilegal, que poderia ensejar quaisquer das consequências ali já indicadas.

A eficácia simbólica da lei é um fenômeno conhecido, e contra o qual não há porque se digladiar, mas a experiência demonstra que, por si só, não se sustenta por muito tempo. Mais importante que qualquer legislação específica, torna-se premente que os profissionais da área sejam cuidadosos na identificação do problema, a fim de se evitar que a alegação leviana de alienação torne-se outra forma de vingança pelo ex-casal, em prejuízo da pessoa dos filhos. Tal necessidade permanece mesmo após a Lei n.º 12.318/2010, e sem a solução deste problema não haverá qualquer efetividade para aquele diploma normativo. O curioso é que, se realmente esse problema fosse atacado, é provável que sequer se fizesse necessária qualquer demanda de uma legislação específica, já que os casos seriam conhecidos e trariam as consequências cabíveis dentro do marco legal do Código Civil e do Estatuto.

De acordo com a legislação codificada, além da recorrência na violação dos deveres parentais, foram descritos alguns comportamentos que imediatamente geram o afastamento permanente do poder familiar. Essas condutas são o castigo imoderado, o abandono e a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, sendo esse rol *numerus apertus*.³⁴⁹

Sobre as hipóteses descritas na lei, afirma-se que o castigo imoderado é aquele que agride fortemente a dignidade da criança, desbordando das simples “trocas” e ameaças de privação de atividades de interesse infantil. Esses não são fatos hábeis a atingir a integridade física e nem psíquica, sendo tão somente uma forma de comunicação inteligível com os menores, sobretudo aqueles de pequena idade. Desde que se não exponha a criança a situação degradante³⁵⁰ ou a sofrimento físico e psíquico, faz parte da educação e da disciplina a aplicação de suaves castigos³⁵¹.

³⁴⁹ “Ainda que decline a lei causas de suspensão e de extinção do poder familiar, são elas apresentadas de forma genérica, dispondo o juiz de ampla liberdade na identificação dos fatos que possam levar ao afastamento temporário ou definitivo das funções parentais.” (DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 393). No mesmo sentido, Marcos Alves da Silva: “O elástico das causas que podem fundamentar a destituição da autoridade parental aponta no sentido da superação da idéia de taxatividade. Consideradas as cláusulas gerais estabelecidas, especialmente, no ECA, caberá ao juiz, no caso concreto, verificar o cabimento de mera advertência, imposição de obrigações, restrição, suspensão ou destituição.” (*Op. cit.*, p. 170)

³⁵⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 159.

³⁵¹ Deve-se concordar com o posicionamento de Carvalho Santos que, inclusive, numa conjuntura constitucional e axiológica totalmente diversa da atual, já entendia que imoderado é o castigo que produz no menor ferimentos graves, de intensa dor, assim como aquele que traz à criança sofrimentos não apropriados à sua idade, constituição física ou débil saúde. CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1964. p. 153.

O abandono é outra conduta que pode conduzir à perda do poder familiar, sendo verificado pelo desamparo material, intelectual³⁵² e afetivo. A falta de suprimento das necessidades físicas da criança está diretamente relacionada, como visto, ao conteúdo do direito aos alimentos. O abandono intelectual diz respeito ao fato de não se oportunizar o acesso ao ensino formal, inviabilizando o desenvolvimento intelectual da criança. A carência afetiva, porém, é mais ampla e se materializa pela ausência dos pais na vida do filho, o que pode vir a causar danos ao seu desenvolvimento psíquico.

O não encaminhamento culposo³⁵³ da criança à escola pode gerar a medida prevista no art. 129, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo determinada judicialmente a obrigação de matricular o filho e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar.

A doutrina é majoritária em afirmar a necessidade de que a suspensão e perda do poder familiar sejam consideradas como instrumentos em benefício da criança, de seu melhor interesse, e não como forma de punição aos pais faltosos³⁵⁴. A figura do abandono ilustra bem essa diretriz, na medida em que o desamparo que deve conduzir à destituição é aquele que sujeita a criança a uma condição indigna de vida, tornando-se necessária a intervenção judicial para que o menor seja retirado daquela esfera de autoridade e direcionado a outra que dele cuide de forma satisfatória. Mas, por vezes, a perda do poder familiar em nada alterará sua condição, sendo, na prática, considerada até como um prêmio para o pai faltoso.

A prática de atos contrários à moral e aos bons costumes também pode conduzir à perda da autoridade parental, porquanto sejam atividades que, realizadas de maneira próxima à criança, podem comprometer a sua formação. Não se exige, portanto, que sejam praticadas com a criança, mas tendo-se esta como testemunha.³⁵⁵ O juiz, ao valorar tais atos, não deve

³⁵² Fato considerado como crime pelo Código Penal no art. 246: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.”

³⁵³ De acordo com decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AC n. 70018768119), apontada por Maria Berenice Dias, se, por exemplo, é o filho já adolescente que reluta em estudar, não caberia aplicação de sanção aos pais e sim a inserção da família em programas assistenciais e educativos de ajuda. Para a mesma autora, a negligência do genitor na formação escolar dos filhos pode conduzir a sua responsabilidade civil (CC 186), por não se conceder aos filhos a oportunidade para o seu desenvolvimento e para a construção de sua própria liberdade. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 389.

³⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 392.
SILVA, Marcos Alves da. SILVA, *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 170.
LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153 e 308.
COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 264 e 266.
CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1964. p. 133.
PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 150;

³⁵⁵ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1964. p. 154.
COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 290.

compreendê-los a partir de seu subjetivismo, mas de forma objetiva e de acordo com a inserção cultural e regional da família.³⁵⁶ Deve a lesão ser atual, não se reprovando as condutas do passado que já tenham sido superadas³⁵⁷. Paulo Luiz Netto Lôbo reconhece que o consumo contumaz de bebidas e drogas perfaz conduta contrária à moral e aos bons costumes e à consequente perda do poder familiar.³⁵⁸

Os serviços próprios à idade são exigíveis dos menores a critério dos pais (art. 1634, VII) e somente se legitimam se considerados como forma de ensinamento sobre a administração do lar. No entanto, o trabalho juvenil realizado em contraposição às imposições protetivas legais, pode gerar, de acordo com a previsão do art. 437 da Consolidação das Leis do Trabalho, a destituição do poder familiar.

A destituição é medida grave, que afasta de maneira permanente o exercício e a titularidade da autoridade dos pais. Tradicionalmente, essa decisão sempre foi considerada como imposição judicial não passível de modificação, salvo pela via regular de recurso. Com base no art. 1635, V, do Código Civil, a perda do poder familiar equivale à extinção, sendo impossível o retorno dos pais ao *status quo ante*. Esse posicionamento, como observado por parte da doutrina,³⁵⁹ pode não atender ao princípio do melhor interesse da criança, eis que uma vez verificada a alteração de ânimo e de conduta dos pais, o melhor seria o seu retorno à família de origem, salvo se já constituída outra relação familiar, caso em que o benefício à criança pode estar na proteção desse novo quadro fático³⁶⁰.

³⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 152-153.

³⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 294.

³⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 310. Ressalte-se, nesse contexto, a figura criminosa do art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proíbe a exposição do filho a vexame ou constrangimento.

³⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 395.
CHINELATO, Silmara Juny. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 255.
SILVA, Marcos Alves da. *Op. cit.*, p. 168.
COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 296-297.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. V, p. 249.

³⁶⁰ A principal diretriz sobre a matéria é o benefício do próprio filho, mas a lei acrescenta outros elementos importantes. O primeiro diz que a criança deve ser mantida no interior de sua família de origem, para que a sua formação não seja comprometida com a troca desnecessária de titulares do poder familiar ou abrigo (art. 19, §3º e art. 23, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente). Daí que, quando se perceber que há condições de reconstituição de um convívio harmonioso e baseado no cumprimento dos deveres parentais, não se deve utilizar imediatamente a perda do poder familiar, mas as outras medidas de correção. A outra diretriz é aquela que torna independentes o exercício do poder familiar e a condição econômica da família (art. 23, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente). É certo que a falta de recursos pode gerar privações em detrimento do crescimento do menor, mas esta dificuldade, por si só, deve restar superada, sempre que possível, por meio de auxílios, mantido o núcleo familiar íntegro a bem do interesse de seus integrantes, que não merecem ser separados por circunstâncias conjunturais. Segundo Kátia Maciel, uma vez verificado que a ação de destituição do poder familiar fora proposta tão somente por circunstâncias econômicas, caberá a suspensão do processo, concedendo-se à família atendimento assistencial integral, para que se verifique se o oferecimento de

A atribuição do poder familiar dá-se em função do parentesco. Dessa feita, a perda daquela autoridade não conduz necessariamente à extinção do dever de prestar alimentos,³⁶¹ pois a obrigação de garantir a sobrevivência está ligada ao vínculo jurídico de parentesco e não à autoridade parental. Com isso, implica a perda do poder familiar em prejuízo da oportunidade de cuidar do filho e de direcionar o seu crescimento, afastada dos pais a grande missão de orientar os pequenos e ministrar-lhes os conhecimentos necessários sobre a vida. Ou seja, os pais perdem parte importante da responsabilidade parental com todas as suas consequências.

Nesse sentido, qual seja o de contribuir para a formação do filho por meio da educação, a suspensão e a destituição do poder familiar afiguram-se como prejuízos – salvo para aqueles que ainda não conseguiram descobrir o verdadeiro sentido da parentalidade, a quem não resta alternativa senão considerá-las como prêmios.

É possível, principalmente nos casos de suspensão do poder familiar, que se verifique a determinação de visitas pelos pais,³⁶² desde que estas não sejam prejudiciais à criança tendo em vista os fatos que ocasionaram a restrição. A presença do ascendente se impõe como instrumento para a tentativa de reconstituição dos laços familiares, sem interferência todavia, haja vista a suspensão, sobre o cuidado, a criação e a educação do menor.

Segundo Carvalho Santos, o pátrio poder era o mais irresponsável e absoluto de todos os direitos, verdadeiro instrumento de prepotência para vantagem e utilidade do pai e não do filho.³⁶³ Nesse contexto era justificável a qualificação da suspensão ou perda do poder familiar como sanções jurídicas, já que o poder do pai se materializava por meio das injunções sobre a vida dos filhos. Assim, retirada essa prerrogativa, enfraquecido restaria o conseqüente respeito social. Atualmente, a realidade é diversa, pois a suspensão e a perda constituem instrumentos a serviço do bem-estar da criança, não funcionando como sanção aos pais que descumprem suas obrigações. Servem, então, como efeitos jurídicos decorrentes do

melhores condições será suficiente para que os pais passem a cuidar dos filhos de forma responsável. Assim, as diretrizes do melhor interesse e da permanência na família de origem servem para o fim de se entender que nessa matéria não deve haver o estabelecimento de verdades absolutas e de situações irrevogáveis, pois é o problema concreto que conferirá os principais elementos para o seu deslinde, não se esquecendo da valoração sobre a manifestação de vontade do menor, quando possível. MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: _____ (coord.). *Curso de direito da criança e adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 112.

³⁶¹ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 466.
DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 387.

³⁶² “Regular as relações pessoais entre os pais e o filho. O direito de tratar e ter relações pessoais com o menor é emanção do direito de parentesco, e não do pátrio poder, permanece, portanto, com o pai ou a mãe a que se suspendeu ou definitivamente se tirou o pátrio poder.” CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1964. p. 144.

³⁶³ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1964. p. 40.

descumprimento dos mais básicos deveres parentais, em função da irresponsabilidade na sua concretização.

Dando continuidade ao estudo das consequências dessa irresponsabilidade, cabe afirmar que, conforme já visto, uma das causas de perda do poder familiar é o abandono da prole (art. 1638, II). Nesses casos, objetiva-se afastar formalmente a autoridade daquele que, na prática, não a exerce e, com tal omissão, vem causar prejuízos à vida do filho. Antes da Constituição de 1988 essa era a única repercussão do abandono na esfera familiar. Entretanto, na contemporaneidade, não se pode continuar a defender visão tão restritiva, sob pena de desconstruir a evolução na proteção dos interesses existenciais das crianças e adolescentes. Por isso, torna-se necessário endossar o posicionamento que reconhece a possibilidade jurídica de exigir dos pais que abandonam seus filhos, privando-os da convivência parental, uma reparação pecuniária que não suprirá a ausência, mas compensará os danos por esta ocasionados.

A matéria é controvertida na doutrina³⁶⁴ e também no âmbito dos tribunais³⁶⁵, sendo uma construção teórica recente, pois a própria aplicação das regras de responsabilidade civil por danos morais na seara familiar é assunto extremamente delicado e inovador na conformação jurídica daquele núcleo³⁶⁶. Num contexto em que a esposa e os filhos eram subjugados à vontade do marido e pai, é fácil concluir pela impossibilidade de sequer se imaginar um pleito em que se buscasse reparação moral por danos oriundos da situação familiar. Lembrado que nem mesmo a filiação biológica poderia ser reconhecida – no caso dos adulterinos – o que dizer da análise judicial do abandono e de seus deletérios efeitos sobre a formação psíquica dos filhos. Ademais, se algum tipo de reparação fosse aceita, esta teria cunho eminentemente patrimonial, pois o próprio ressarcimento do dano moral sempre foi controvertido, situação que só se tornou mais tranquila após 1988, com a enunciação expressa dessa forma de reparação (art. 5º, V e X), inspirada na integral proteção à dignidade da pessoa humana.

³⁶⁴ “Monetizar abandonos, pobreza amorosa, modelos não acessíveis ou precariedade do exercício previsto muitas vezes de forma idealizada e, portanto, acima das capacidades disponíveis, longe de ser instrumento de aquisição ao interesse do filho, pode ao contrário, redundar em novas erupções dentro do quadro já instabilizado.” SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetizando o afeto. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 13, p. 60-74, dez./jan. 2010. p. 73.

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 757.411. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Diário de Justiça da União, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

³⁶⁶ Sobre o assunto, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 166.

Assim, ainda que seja compreensível a dificuldade, não deve esta servir como obstáculo para impedir o desenvolvimento natural da matéria, sob pena de uma proteção jurídica incompleta e injusta, pois, em nenhum momento, a ordem jurídica afasta a possibilidade de que pleitos desse matiz sejam propostos, muito pelo contrário, se considerada a existência da determinação constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça a direito deva ser afastada da análise do Poder Judiciário. Se o abandono pelos pais não causa dano, pode-se questionar o que deve ser considerado como dano, não se deixando ainda de interrogar: o que causa, então ?

Para relembrar, o abandono pode ocorrer de diversas formas, variando entre aquelas em que o pai ou a mãe deixa deliberadamente de conviver com seu filho, abandonando-o com o outro genitor, com outro parente ou conhecido, ou em abrigos.

A família é – ou deve ser – o primeiro núcleo de formação e informação do ser humano, assumindo os ascendentes a responsabilidade pela condução das vidas que nele se inserem. A falta da mãe ou do pai certamente vai dificultar o desenvolvimento psíquico da criança, já que o sentimento de abandono e de desprezo gravará o seu crescimento, com substancial efeito sobre a formação de sua personalidade, haja vista a lacuna na convivência familiar³⁶⁷. Assim, não é de monetarização do afeto que se trata, pois este é incoercível, mas sim do ressarcimento pelo abandono lesivo, pela falta da presença, pela inviabilização da convivência. No mesmo sentido, Rolf Madaleno, ao entender que não se condena o desamor, nem a preferência do pai sobre um dos filhos e o abandono do outro, mas a “violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho rejeitado”.³⁶⁸ Descabido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³⁶⁹ que, com toda vênia, usou a possibilidade de perda do poder familiar como escusa para tornar a reparação econômica desnecessária, numa ótica de exclusão e não de incremento à proteção dos filhos, totalmente divorciada do atendimento aos interesses da pessoa.

³⁶⁷ Defendendo o ressarcimento pelo dano afetivo com base na funcionalização das entidades familiares à realização dos filhos, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 133.

³⁶⁸ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 166.

³⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. Diário de Justiça da União, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

Rodrigo da Cunha Pereira, com o fito de defender a responsabilização parental nesses casos³⁷⁰, lembra que a convivência e o acompanhamento dos filhos pelos genitores não são itens opcionais, já que é a própria lei que estabelece tais deveres, servindo a indenização para lembrá-los sobre a responsabilidade que possuem pela formação da personalidade e garantia da dignidade dos filhos que geraram ou, de qualquer forma, assumiram.³⁷¹

Acompanhando a controvérsia existente em sede de responsabilidade civil³⁷², questionável é a natureza da indenização fixada nos casos de comprovado abandono moral. A discussão gravita em torno do fato da indenização ser utilizada para punir os pais faltosos, coibindo de certa forma condutas semelhantes, ou para compensar o dano moral sofrido pelo filho abandonado. A doutrina que defende a natureza compensatória entende que a ausência gera prejuízo à “estruturação da personalidade da criança”, mas, se for provada que a falta do genitor foi suprida pela presença de outra pessoa, o dano inexistiria, tornando-se incabível a indenização, por assumir significado meramente punitivo³⁷³. Em termos de reprovação da conduta, a condenação dos pais faltosos ao ressarcimento do prejuízo imaterial causado ao filho não deixa de ser uma sanção. No entanto, a imposição judicial de valor pecuniário acima do dano verificado assumirá um viés punitivo, e somente nesses casos a indenização poderá ser considerada, em essência, como penalidade decorrente da irresponsabilidade parental³⁷⁴.

3.3 Repercussões do afastamento do parentesco: casos específicos

³⁷⁰ No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo: “Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 311-312.

³⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006. p. 676.

³⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 195 e ss.

³⁷³ A natureza compensatória do ressarcimento do dano moral é defendida por MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro, 2006. p. 165-166.

³⁷⁴ Em sentido favorável à natureza punitiva da indenização: “Afim, eles são os responsáveis pelos filhos e isso constitui um dever dos pais e um direito dos filhos. O descumprimento dessas obrigações significa violação a direitos do filho. Se os pais que desrespeitarem direitos do filho devem responder por isso, a reparação monetarizaria o afeto? De maneira alguma. O valor da indenização é simbólico e tem apenas função punitiva e educativa. Afinal, não há dinheiro que pague o dano e a violação dos deveres morais à formação da personalidade de um filho abandonado ou rejeitado pelo pai.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006. p. 678.

3.3.1 Alteração do nome

A controvérsia doutrinária sobre a qualificação jurídica do nome já foi bastante extensa, abrangendo posicionamentos díspares que partiam de uma concepção mais cética a respeito de sua existência como direito até a sua inserção como direito de propriedade.³⁷⁵

Sua finalidade encontra-se voltada para a identificação pessoal na sociedade, acrescentando-se ao prenome um elemento designativo imediato, o sobrenome, patronímico ou nome de família, como distintivo que demonstra a origem.

O nome próprio (prenome) designa a pessoa relativamente ao grupo familiar, distinguindo-a dos outros componentes do mesmo grupo; o sobrenome designa a pessoa referida à família qual pertence, e distingue-a dos sujeitos, componentes das outras famílias, os quais podem ter o mesmo nome próprio.³⁷⁶

Basicamente, a união desses dois elementos é suficiente para a identificação pessoal, sendo vedada a utilização inapropriada do nome alheio, sob pena de aplicação de sanções jurídicas.

O indivíduo precisa ver reconhecida a sua própria individualidade, distinguindo-se dos demais e se afirmando não somente *como* pessoa, mas como *certa* pessoa, a bem da tutela da identidade pessoal.³⁷⁷

No aspecto público todos possuem verdadeiro direito ao nome, sendo este formalizado pelo registro de nascimento, realizado de maneira voluntária ou coercitiva, mediante a atuação do Poder Judiciário. Uma vez cumprida a atribuição solene da identificação, segue-se sua proteção civil. O Código Civil de 2002, em seu art. 16, faz referência expressa a sua qualificação como direito, ressaltando-se, pela inserção nos direitos da personalidade, sua natureza existencial, ainda que possa ser utilizado para fins econômicos, com a devida autorização do titular.

A legislação de 1916 não fazia referência ao nome, tendo sido preocupação da Lei n.º 6.015 de 1973 sua regulamentação jurídica. Percebe-se claramente que esta lei, destinada a tratar dos registros públicos, organiza a matéria em sentido bastante formalista, acompanhando a natureza dos atos que precisam ser certificados em cartório. Assim, em homenagem à segurança jurídica, estabelece-se a regra da imutabilidade do nome, salvo

³⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. I. p. 244-245.

³⁷⁶ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado. Campinas: Romana, 2004. p. 189.

³⁷⁷ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado. Campinas: Romana, 2004. p. 183-184.

algumas exceções descritas na própria lei. E sobre este aspecto é importante ressaltar que o grande número de mitigações, apresentado pelo próprio legislador, chega a pôr em dúvida a sua enunciação como regra.

A proibição de registro de nomes que exponham a pessoa ao ridículo (art. 55, § único), a substituição por apelidos públicos notórios (art. 58, *caput*), a modificação do nome por proteção à pessoa que contribui para a administração da justiça (art. 58, § único) e a modificação imotivada no prazo de um ano após a maioridade (art. 56), são hipóteses em que a lei expressamente permite a modificação do nome. Pode-se vislumbrar que a ponderação sofrida pela segurança jurídica na maioria dos casos de exceção se justifica pela natureza e pela repercussão do nome em sua dimensão privada, atendendo-se à sua função de identificar dignamente a pessoa. A proibição de registro de nomes ridículos vem preservar a integridade psíquica daquele que utilizará diuturnamente, na sociedade, aquele designativo; enquanto isso, a notoriedade na utilização de certo nome, ainda que não correspondente ao registral, permite sua modificação tanto para substituir quanto para acrescentar o apelido público e notório, em consideração à verdadeira forma de conhecimento e de identificação da pessoa no âmbito interno da família e também externamente.

E, assim, pode-se vislumbrar que a própria lei de registros públicos se rendeu à existência de outros valores, contudo, dada a sua finalidade, faz referência a estes ao seu modo, ou seja, ainda com o objetivo precípua de preservar a segurança. Para tanto, descreve os procedimentos formais para a modificação e o inescapável condicionamento à determinação judicial, para que sejam evitados prejuízos a terceiros.

A mais recente exceção à regra da imutabilidade encontra-se prevista no § 8º do art. 57, oriundo de modificação operada pela Lei n.º 11.924 de 2009, que permite a averbação do nome do padrasto ou madrasta, havendo motivo ponderável, com a expressa concordância daqueles e sem prejuízo dos apelidos de família³⁷⁸.

Louvável a consideração ao vínculo afetivo, já que o nome constante do registro pode significar simples menção cartorária, sem qualquer efeito em sua vida concreta de relação. Os tribunais, em atenção à realidade da vida e à abertura axiológica do sistema, já haviam reconhecido essa possibilidade, adiantando-se à previsão legal.³⁷⁹ Em sentido amplo, o

³⁷⁸ Ainda que a modificação do sobrenome não signifique propriamente uma sanção ao genitor faltoso, e sim medida para o fortalecimento da dignidade do filho – por meio da identidade – não serão poucos os casos em que a alteração terá o abandono como causa remota, tangenciando a lei um repúdio à irresponsabilidade.

³⁷⁹ Nesse sentido: BRASIL. Recurso Especial n. 220.059-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.
Nesse sentido: BRASIL. Recurso Especial n. 605.708-RJ. Rel. Min. Castro Filho. Brasília, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

sobrenome, considerada a sua finalidade de, ao lado do prenome, individualizar a pessoa, deve também fazer parte da esfera íntima de seu titular. Deve o seu portador realmente identificar-se por sua referência patronímica, servindo o nome de família para conferir ao indivíduo a noção de pertencimento a um grupo de pessoas com origem, cultura e, provavelmente, de costumes idênticos.

Assim, se a criação e educação do infante foram realizadas por pessoa diferente daquela que consta no registro, é natural a vontade de portar o nome de quem as efetivou, eis que, na prática, foram os seus valores e ensinamentos que serviram para a construção do desenvolvimento. Portar formalmente o sobrenome identificativo de um clã deve ser corolário da convivência e, por isso, a certificação de que o nome registral é indiferente como elemento útil à identificação da pessoa é causa hábil a permitir a sua modificação.³⁸⁰ Pecou o legislador pela restrição baseada na preservação dos apelidos de família. A inserção do nome do padrasto ou madrasta não deve restar como simples homenagem, devendo o novo patronímico figurar, no registro, no mesmo lugar a ser ocupado pelo sobrenome paterno ou materno, já que, na prática, essa foi a função desempenhada. Porém, mesmo diante dessa restrição legal, não se verifica empecilho a uma interpretação constitucional sobre o dispositivo, em consideração aos laços afetivos e a identificação como interesse existencial relevante para a preservação da dignidade do seu titular. Assim, em nada restaria impossível a troca dos sobrenomes, retirando-se a referência ao pai ou mãe ausentes, sendo permitida a inserção do patronímico dos pais de criação. A Lei 11.924 de 2009 se restringe ao nome enquanto aspecto vinculado à identidade, mas não se refere propriamente à desconstituição da parentalidade.

Avançando na questão, mesmo que não exista padrasto ou madrasta, deve-se pugnar pela modificação do nome para retirar o sobrenome dos pais ausentes, pois constitui desnecessário desconforto ao indivíduo ser obrigado a portar e a identificar-se socialmente por um nome familiar que se restringe a uma certificação cartorária, inefetiva no que concerne à atribuição do parentesco em sentido concreto. A irresponsabilidade parental quanto à criação dos laços merece ser reconhecida judicialmente para o fim de permitir que a pessoa que sofreu o abandono tenha seu nome alterado para que nele conste tão somente a referência

³⁸⁰ “Abandonada pelo pai, de quem leva o nome, e criada pelo padrasto, que emprestou seu nome à mãe, nada mais razoável do que inserir no nome da autora, por adição, o patronímico da mãe e do marido dela, pois afinal foi este que a criou e como verdadeiro pai se apresenta perante a sociedade. A homenagem que a autora quer prestar à pessoa que se desvelou por ela e ocupou na sua vida a figura do pai ausente, e a conveniência social de se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela, são a meu juízo razões suficientes para que se permita a alteração requerida.” Nesse sentido: BRASIL. Recurso Especial n. 220.059-SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

familiar de fato existente e não aquela fictícia. A não identificação com o sobrenome e a inexistência do sentimento de pertencimento àquela família são motivos consideráveis para que o juiz aceite a retirada do patronímico, sendo tal argumento robusto diante da configuração do nome como direito da personalidade e do não cumprimento dos princípios constitucionais que informam a relação familiar. A referência aos pais, no registro, em casos de abandono, deve ser considerada somente para fins de determinação da parentalidade, mas não para fins de formação do nome, pois este pertence ao filho e faz parte de sua identificação na relação diária com a família e na sociedade.

Para tanto, trabalha-se com as previsões dos artigos 56 e 57 da Lei n.º 6.015 de 1973. O primeiro permite a modificação imotivada do nome, no período entre dezoito e dezenove anos, preservados os apelidos de família e verificada a inexistência de finalidades escusas. Após o decurso desse prazo, a alteração do nome segue a regra do art. 57, segundo a qual somente por exceção e motivadamente poderá ser ela realizada. Percebe-se que neste último dispositivo não houve referência restritiva concernente à preservação dos nomes de família, de maneira que a interpretação mais aceita é aquela segundo a qual, com base no art. 57, uma vez existentes razões adequadas, podem ser modificados tanto o prenome como o sobrenome³⁸¹. E, para tal fim, o abandono deve configurar motivo razoável para a mudança, com base nas justificativas já apresentadas.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se manifestou nesse sentido, referindo-se expressamente à possibilidade de que a omissão parental possa justificar a exceção exigida no art. 57 da Lei de Registros Públicos. Nesse caso tratava-se de relação baseada na pouca convivência com o genitor que, após o divórcio, ocasião em que a requerente tinha nove anos de idade, nunca mais cumpriu suas obrigações de assistência material e moral³⁸². Em outro caso, julgado pelo mesmo tribunal, entendeu-se que abandono aos sete meses de vida constituía fato suficiente para justificar a exclusão do sobrenome paterno do nome registral do filho. O autor da ação nunca foi reconhecido socialmente pelo sobrenome do pai, mas tão somente pelo da mãe, o que demonstraria a inutilidade daquele qualificativo para a construção de sua identidade, haja vista a inexistência de qualquer vínculo familiar.³⁸³

³⁸¹ Nesse sentido: BRASIL. Recurso Especial n. 401.138-MG. Rel. Min. Castro Filho. Brasília, 26 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

³⁸² Nesse sentido: BRASIL. Recurso Especial n. 401.138-MG. Rel. Min. Castro Filho. Brasília, 26 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

³⁸³ Nesse sentido: BRASIL. Recurso Especial n. 66643-SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 21 de outubro de 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

3.3.2 Exclusão do direito sucessório

Tratando-se a herança de um conjunto de relações patrimoniais, nada mais adequado que, acompanhando a característica da disponibilidade que grava tais situações, fosse permitido que o seu titular dispusesse integralmente, de acordo com sua vontade, acerca do destino dos bens. Na prática, ainda que essa possibilidade seja ampla para algumas pessoas – aqueles que não têm herdeiros necessários – , não é do costume nacional a organização dos bens para depois da morte, devendo, então, o legislador preocupar-se com o destino a lhes ser conferido quando da perda de personalidade de seu titular. Como as relações jurídicas não podem restar vacantes, ou seja, sem um centro subjetivo de interesses ao qual se vincular, elegem-se os herdeiros para a continuidade das situações anteriormente estabelecidas. É na família que se encontra essa referência, sendo presumido que os parentes próximos, pessoas normalmente vinculadas por afeto e cuidado, devem ser agraciados patrimonialmente, para o fim de manter o encadeamento dos bens no interior da família e também porque, por presunção, são as pessoas adequadas para obter o benefício, até mesmo para o fim de sua sobrevivência, após o decesso do familiar.

De acordo com o art. 1829, do Código Civil, os descendentes, em concorrência com o cônjuge, a depender do regime de bens; os ascendentes, em concorrência irrestrita com o cônjuge do falecido; o cônjuge, uma vez inexistentes descendentes e ascendentes; e os colaterais até o quarto grau, são os herdeiros designados para receber os bens deixados pelo *de cujus*. Os companheiros foram tratados em dispositivo diverso, qual seja, o art. 1790, e, dadas as peculiaridades e discussões pertinentes ao assunto, não se aconselha o tratamento da matéria, sob pena de avanço nos limites do presente trabalho.

Alguns herdeiros foram considerados tão importantes pelo legislador que se qualificam como necessários, sendo tais os descendentes, ascendentes e o cônjuge (art. 1845, CC), cabendo a estes, de pleno direito, a metade dos bens da herança (art. 1846). Na prática, essa consideração equivale a um cerceamento na liberdade de disposição dos bens pelo seu titular, pois, por exemplo, quem tem cônjuge, pai, mãe, filho, neto, e outros, fica impedido de dispor da metade de seu patrimônio, devendo eventual testamento considerar somente a parte disponível, ou seja, a outra metade que não pertence aos herdeiros necessários. Essa restrição se encontra prevista no art. 1789, segundo o qual: “Havendo herdeiros necessários, o testador

só poderá dispor da metade da herança.”³⁸⁴ O mais adequado seria entender tal previsão como protecionismo descabido, que atenta contra a autonomia patrimonial, pois o argumento do amparo à família não deve ser suficiente para que o titular dos bens não possa, segundo sua vontade, dispor livremente deles, por meio de testamento. Essa vedação serve tão-somente para fomentar uma cultura egoística de acumulação de bens que termina, sobretudo, na pretensa interferência dos filhos sobre a autonomia do ascendente, não raro “suspeito” de incapacidade e interdição.

Dois instrumentos formais se apresentam legalmente para o fim de afastar a deixa sucessória. São estes o instituto da indignidade e da deserdação.

O primeiro tem sua previsão no art. 1814 e objetiva excluir da herança quaisquer herdeiros ou legatários que promovam atos atentatórios ou lesivos contra a vida do falecido, cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes, que desrespeitem a honra do falecido ou de seu cônjuge ou companheiro, ou a sua liberdade de disposição de bens por ato de última vontade. Ocorridos tais atos, considerada a sua abstrata reprovabilidade, impõe-se o afastamento do herdeiro que os praticou, não de forma automática, vez que necessária a propositura de ação, pelos outros herdeiros, no prazo de quatro anos a partir do falecimento. Sua finalidade é declarar a indignidade e excluir o seu autor do benefício patrimonial oriundo da sucessão. Assim, a indignidade constitui “penalidade imposta pela lei ao herdeiro ou legatário, que pratica algum ato gravoso contra o autor da herança ou contra pessoa próxima a ele, que consiste na perda do direito de herança, nos casos previstos em lei, mediante declaração judicial de indignidade.”³⁸⁵ Seu efeito civil independe da condenação penal, sendo afastado se a própria vítima reabilitou o herdeiro, por meio de testamento ou outro ato autêntico, a receber seu quinhão (art. 1818, CC).

Outra hipótese que interfere na organização sucessória é a deserdação. Conceitualmente trata-se do “ato pelo qual o autor da herança priva o herdeiro necessário de sua cota, excluindo-o da sucessão”.³⁸⁶ A prestabilidade do instituto está no atendimento de

³⁸⁴ BRASIL. *Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁸⁵ NEVES, Rodrigo Santos. O instituto da indignidade e seus aspectos processuais. *Revista de direito privado*, São Paulo, n. 33, ano 9, p. 290-306, jan./mar. 2008. p. 294.
Contra: entendendo que não é claro o objetivo do legislador em aplicar uma penalidade adicional àquela já reservada pelo ordenamento através do direito penal, sendo mais adequado admitir que o legislador tenha desejado evitar uma situação de inequidade, TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 510.

³⁸⁶ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. vol. XXIV, p. 221.

circunstâncias que dizem respeito à esfera privada do autor da herança e não somente a fatos que mereçam ser publicamente sancionados por constituírem verdadeiros crimes³⁸⁷.

Disposta a partir do art. 1961, seus efeitos privam os herdeiros necessários, por iniciativa do próprio autor da sucessão, de sua legítima – parte que a eles foi legalmente reservada. A deserdação é, portanto, ato voluntário do titular dos bens, baseado nas causas dispostas em lei, estando sua manifestação vinculada ao testamento, instrumento próprio para a sua realização. A opção do legislador pelo testamento se dá em função de que somente por meio dele é possível alterar a organização sucessória determinada em lei. Assim, concentram-se no mesmo ato as modificações objetivas e subjetivas que afetarão diretamente a destinação dos bens para além da morte. Tal qual ocorre na indignidade, exige-se que os herdeiros interessados ingressem com ação judicial específica para o fim de provar a veracidade da causa alegada pelo testador, também no prazo de quatro anos após a abertura da sucessão (art. 1965, CC).

Há, conforme mencionado, três classes de herdeiros necessários: os ascendentes, os descendentes e o cônjuge. O Código Civil de 2002 acrescentou este último ao rol de herdeiros protegidos, mas silenciou sobre a sua deserdação. Os artigos 1962 e 1963 dispõem tão somente sobre as causas que permitem a exclusão dos descendentes pelos ascendentes e destes por aqueles.³⁸⁸

Somam-se às causas descritas nesses dispositivos as hipóteses que autorizam a indignidade, sendo interessante, neste momento, a previsão descrita no art. 1963, que permite a deserdação dos ascendentes pelos descendentes, idênticos os motivos que autorizam o afastamento inverso.

A ofensa física, considerada esta como qualquer tipo de agressão corporal voluntária, independentemente de ter causado, ou não, dor, é fato que permite o afastamento do ascendente responsável por sua efetivação. Alerta a doutrina sobre a possibilidade de os pais, em exercendo o poder familiar, optarem pelo castigo moderado como meio para a educação do filho, hipótese em que estaria afastada a motivação descrita no inciso I. Ocorre que o melhor entendimento sobre a matéria reconhece a lesão física como elemento que afasta a moderação do castigo, inexistindo título que justifique o desrespeito pelos pais, ou qualquer outro ascendente, pela integridade física da criança e do adolescente.

³⁸⁷ Enfatizou-se o viés punitivo da deserdação no Recurso Especial n. 1.185.122-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, public. 02 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

³⁸⁸ Para Zeno Veloso, enquanto esse silêncio legislativo não for superado, o cônjuge não poderá ser deserdado. VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 329.

A injúria grave (II, art. 1963), qualificativo que será apreciado judicialmente em função de circunstâncias fáticas, consiste na ofensa aviltante à honra do descendente, manifestada por qualquer meio, do oral até o gesticular, desde que suficiente para agredir a integridade psíquica do filho.

A terceira vedação encontra respaldo na atmosfera familiar, proibidas relações ilícitas do ascendente, seja o pai ou a mãe, com a mulher ou companheira do filho ou neto, igualmente com o marido ou companheiro da filha ou da neta. A utilização do termo “relações ilícitas” tem o fito de abranger quaisquer condutas que representem falta de respeito à pessoa do descendente, prestigiando que ocorra, no interior da família, um diálogo aberto sobre as contingências dos relacionamentos, e não um atuar furtivo e afrontoso à lealdade.

Por fim, a mais importante das causas: aquela que permite a deserção uma vez ocorrido o desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (IV, art. 1963).

As causas limitativas de direitos, plano em que resta inserida a penalidade jurídica da deserção, devem por sua própria natureza, ser interpretadas de forma restritiva; no entanto, é inescapável que todas as normas do sistema jurídico devem ser aplicadas à luz das diretrizes constitucionais, com vistas ao preavalecimento das relações existenciais, fundamento da ordem normativa. Dessa maneira, o sentido a ser conferido às normas infraconstitucionais, sobretudo aquelas que tratam da relação entre pais e filhos, deve ajustar-se às previsões que impõem a responsabilidade parental e determinam os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes (art. 227).

Ser portador de deficiência mental tem significado próprio, correspondente à incapacidade de exercer autonomamente seus interesses, o que regularmente inclui as escolhas patrimoniais e existenciais (abrangidos os cuidados pessoais básicos para sobrevivência e o suprimento de toda sorte de necessidades para a promoção da vida digna). Por isso, legitima-se a colocação de seu portador como titular do direito aos alimentos, ainda que maior, e credor de integral ajuda e amparo. Para Zeno Veloso, o desamparo ao amental deveria ter sido elencado como causa de indignidade e não de deserção, pois esta requer manifestação testamentária e, considerada a incapacidade, a realização deste ato não alcançaria seus efeitos, haja vista a inescapável invalidade que o gravaria.³⁸⁹

Mas o legislador não se referiu tão somente à deficiência mental, tendo também manifestado preocupação com o possível desamparo sofrido por quem seja portador de grave

³⁸⁹ VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 335.

enfermidade, cujo sentido está, identicamente, na impossibilidade de atuar com independência e na necessidade de auxílio alheio para que sejam ministrados os medicamentos adequados, para a realização de higiene pessoal, acompanhamento da evolução do quadro e busca de socorros técnicos quando necessário.

O fundamento para maior proteção jurídica, seja no caso de deficiência mental ou enfermidade grave, é a incapacidade de suprimento autônomo das necessidades, tratando-se de pessoa que, por motivo específico, precisa da ajuda, dos cuidados e do amparo de outrem. Assim, considerado o fato de que todas as crianças e adolescentes são, pela lei, necessitados e vulneráveis, esse fundamento a eles se estende, sendo exigido dos pais que cumpram responsabilmente a sua função de assisti-los e criá-los, sobretudo por se tratar de pessoas em desenvolvimento. Em conclusão, o abandono parental durante a menoridade perfaz o sentido do inciso IV do art. 1963, do Código Civil, permitindo a deserdação do ascendente que foi omissivo e desobediente ao comando constitucional.

Nesse sentido o entendimento defendido por Eduardo de Oliveira Leite:

O desamparo, em qualquer situação, de membro da família (e não só no caso de alienação mental ou grave enfermidade) revela, por parte do herdeiro, desafeição pelo testador, egoísmo, individualismo e falta de solidariedade humana, autorizando por isso a deserdação. Estranhável a forma reducionista empregada pelo legislador – só nos casos de alienação mental ou grave enfermidade – se considerarmos que todo o sistema brasileiro se alinhou em postura bem mais abrangente, quando tratou das obrigações de apoio e solidariedade em matéria familiar.³⁹⁰

O Código Civil, ao tratar da deserdação como penalidade,³⁹¹ evidencia que há interesse da ordem jurídica em não beneficiar patrimonialmente aqueles que assumiram postura reprovável perante o autor da herança – importante aqui a referência ao abandono da prole. Essa postura se ajusta à proteção integral de crianças e adolescentes, havendo amparo constitucional para o afastamento.

³⁹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2003. vol. XXI, p. 641.

³⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. Tomo LVIII, p. 248.

3.3.3 Alimentos e curatela

Considerada a reciprocidade do débito alimentar, impõe a ordem jurídica que os pais, responsáveis pela concepção e nascimento da criança, tenham a obrigação de prover à sua subsistência durante o período em que, por suas naturais condições, não tem como suprir sozinho suas necessidades. Superada essa fase, após a maioridade, é aos filhos que se direciona o dever de garantir a sobrevivência dos pais nos casos de necessidade ou de insuficiência financeira. O fundamento para a obrigação de alimentar a prole, durante a menoridade, se ampara no dever de sustento, derivado do poder familiar que, por sua vez, é uma das especificações do princípio da responsabilidade. Após a maioridade, considerada a necessidade do filho, decorrente de condições pessoais que impossibilitem o seu próprio sustento, justifica-se a concessão de pensão, agora sim com base no parentesco e no princípio da solidariedade. Em contrapartida, mas com o mesmo fundamento, o filho maior e capaz possui o dever constitucional de amparar os pais. Nenhuma outra Constituição brasileira havia tratado do assunto nesses termos, estando a origem do art. 229 no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, ao enunciar que “aos deveres dos pais para com os filhos correspondem os deveres dos filhos para com os pais.”³⁹²

A obrigação, em primeiro lugar, cabe aos ascendentes, por serem pessoas presumivelmente capazes física e psiquicamente de suportar todas as exigências impostas pela criação da prole. Ao se tornarem idosos, carentes ou enfermos, a situação se inverte e a obrigação passa a ser dos filhos, já maiores e independentes. De início, tratar-se-ia de uma regra de convivência natural, cujo cumprimento deveria ser realizado de forma voluntária e abnegada – assim o sendo algumas vezes. Mas, reconhecida a vulnerabilidade das crianças, dos adolescentes e idosos, e a essencialidade de seus interesses, não seria aceitável que tão importante matéria fosse deixada à iniciativa particular. O legislador constituinte, então, encampou a eminência do assunto, sendo o art. 229 verdadeira expressão do princípio da solidariedade nas relações familiares. A proteção dos necessitados, enfermos ou carentes é informada pela diretriz segundo a qual é na família que deve ser buscada, em primeiro lugar, a ajuda e o apoio necessários para a superação daquelas condições que os colocam em deficiência.

³⁹² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 863.

Sabe-se que a obrigação de prestar alimentos aos filhos menores deriva da presunção legal de sua necessidade, subsistindo a obrigação até que atinjam a maioridade, situação que por si só não permite o afastamento da obrigação, sendo necessárias provas de que o filho já consegue sobreviver sozinho. Já para os outros parentes, cuja necessidade não é presumida, torna-se premente a verificação da deficiência financeira, tornando-se esta a causa fática cuja manutenção se impõe para a continuidade do pagamento. Busca-se, em verdade, a persistência das diretrizes que inspiram a obrigação, quais sejam a necessidade de quem recebe e a possibilidade de quem paga, pois se o devedor de alimentos também sofrer abalo em sua condição econômica, não será mais constrangido ao adimplemento das prestações.

Mas, além da inexistência das diretrizes comuns que informam a concessão dos alimentos, atentou-se o legislador para algumas causas específicas de extinção ou suspensão do pensionamento, dispostas no art. 1708 do Código Civil. Segundo a previsão legal: “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.”³⁹³

O *caput* deste dispositivo dispõe sobre a ocorrência de fatos como o casamento e a união estável que, legalmente, criam o dever de assistência material (art. 1566, III e 1724, respectivamente, do Código Civil), colocando fim à obrigação do devedor porque a necessidade do credor deverá ser, agora, suprida por outrem. O concubinato, considerado como relação não eventual de pessoas que não podem se casar (art. 1727, Código Civil), é hipótese discutível, haja vista principalmente dois fatores: primeiro, não gera de *per si* a obrigação de assistência; segundo, merece ser criticada pela aparência de sanção moral por condenar à própria sorte aquele que mantém conduta considerada socialmente como desregrada.

A previsão normativa é genérica e deve alcançar todos os devedores e credores de alimentos. O Código Civil de 1916 silenciou sobre as causas de extinção da dívida alimentícia em decorrência de atividade do próprio credor. A primeira disposição nesse sentido foi disposta no art. 29 da Lei n.º 6.515 de 1977 e dizia respeito unicamente ao casamento do ex-cônjuge como fato que liberava o devedor – ex-marido – de sua obrigação. A previsão atual do Código trata do casamento, tendo acrescentado a união estável e o concubinato como fatos extintivos, mas é genérica para todos os credores e devedores de alimentos. Para aqueles que foram casados, afigura-se como causa extintiva, eis que a dissolução posterior do segundo

³⁹³ BRASIL. *Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

vínculo não faz ressurgir a dívida anterior. Mas, se disser respeito a parentesco, o término da união poderá conduzir ao ressurgimento do dever de pagar, com base na incapacidade e no vínculo jurídico que une os parentes³⁹⁴.

Mais importante para a tese que ora se defende é a redação do parágrafo único, ao mencionar a “indignidade” do devedor como fator que exclui a necessidade de pensionamento. Isso porque o “procedimento indigno”, devidamente provado, é fato hábil a extinguir o débito de forma permanente, seja para ex-cônjuges, companheiros ou para os parentes³⁹⁵.

A especificação “em relação ao devedor”, inserida no dispositivo durante o período de discussões nas Casas Legislativas, ressalta a importância de analisar a relação estrita mantida entre o credor e o devedor dos alimentos, e a influência que o comportamento indigno do primeiro causará sobre a pessoa do segundo.

Parte da doutrina vincula a expressão utilizada pelo legislador no art. 1708, parágrafo único, à previsão da indignidade do direito sucessório, disposta no art. 1814 do Código Civil.³⁹⁶ E para o fim de elastecer o rol de sentidos a ser atribuído ao parágrafo, defende-se o acréscimo das causas para a deserdação, descritas no art. 1962 e 1963 do Código Civil³⁹⁷.

Contudo, ainda que o posicionamento que busca o sentido do termo na indignidade sucessória seja bastante arrazoado, porquanto, sem nenhuma dúvida, o atentado à integridade física, à moral e à autonomia do falecido ou de parente próximo configure atos indignos, não se deve cercear por meio de sua utilização a interpretação do parágrafo único do art. 1708. Isso porque o próprio termo é genérico e possui significado próprio no vernáculo, tornando

³⁹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. In: _____ et al.. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense e Fadis, 2005. p. 383.

³⁹⁵ O significado do termo “indigno”, para a língua portuguesa, é o seguinte: “ 1 não merecedor, não digno de; desmerecedor 2 contrário à razão, às conveniências; impróprio, indevido 3 que desonra; indecoroso, torpe 4 contrário à moral, às regras de decoro; inconveniente, indecente (...)” HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1603.

³⁹⁶ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. ³⁹⁶ BRASIL. *Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁹⁷ CHINELATO, Silmara Juny. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 518.
No mesmo sentido ampliativo: Enunciado n. 264 do Conselho da Justiça Federal: “Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito de alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incisos. I e II do art. 1.814 do Código Civil e as que autorizam a deserdação (arts 1.962 e 1.963), e tendo em mente que o mero relacionamento amoroso do ex-cônjuge não pode ser equiparado a comportamento leviano, imoral ou desregrado”.

despicienda sua utilização tão só no sentido técnico da palavra. Sua definição deve ser sinônima de conduta repreensível, que torna o devedor isento do dever de pagar, haja vista o comportamento desprezível adotado pelo credor dos alimentos. E, na seara do direito de filiação, nada mais reprovável que a conduta dos pais que abandonam os filhos, não observando o seu direito à criação e ao sustento durante a menoridade. A ordem jurídica evoluiu bastante nesta seara, devendo, por tal motivo, ser sancionado o pai ou mãe que desconsiderar a pessoa do filho pelo não cumprimento de seus direitos fundamentais que, indubitavelmente, incluem o direito à vida e à integridade física.

Também no sentido de reprovar a falta de amparo material e afetivo aos filhos, Bertoldo Mateus de Oliveira Filho entende que o comportamento indigno se baseia em ato de desprezo, revelado em ofensa física, menoscabo ao brio e aos bons costumes, e exemplificado pelo atentado à vida, à honra, à liberdade e também pela desassistência material ou afetiva³⁹⁸.

A expectativa de vida dos brasileiros aumentou; como demonstrado pelo Censo realizado em 2010, a população com sessenta e cinco anos ou mais aumentou de 4,8 % em 1991 para 7,4 % em 2010.³⁹⁹ Isso significa que a probabilidade de os filhos virem a contribuir economicamente para a subsistência dos pais é bastante alta. Após os sessenta anos de idade, adotado o critério biológico pela legislação brasileira (Lei n.º 10.741/03), tem-se a caracterização da pessoa como idosa e, portanto, digna de ampla proteção por parte da família e do Estado. A vulnerabilidade daqueles que atingem certa idade, assim como acontece com as crianças e os adolescentes, torna-os credores de uma política protetiva que objetiva ampliar o acesso à concretização de inúmeros direitos que, com o passar da idade, tornam-se mais difíceis, sobretudo nas sociedades contemporâneas, cuja marca é a valorização do que é novo, forte e ágil. Por isso, Heloisa Helena Barboza identifica no sistema jurídico o princípio do melhor interesse do idoso, cujo fundamento é constitucional, eis que “consectário natural da cláusula geral de tutela da pessoa humana e, por excelência, fonte da proteção integral que é devida ao idoso”.⁴⁰⁰

Muito adequada e necessária a postura estatal de resgatar a dignidade, a autonomia, o acesso e a efetivação dos direitos dos idosos, já que esse grupo foi durante muito tempo

³⁹⁸ OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 232.

³⁹⁹ Dados disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2011.

⁴⁰⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 57.

vítima de negligências, seja no interior da família, seja em instituições de atendimento públicas ou privadas. No entanto, a ressalva que se faz é somente aquela que diz respeito à responsabilidade dos filhos nos casos em que o ora idoso abandonou, durante a vida adulta, sua prole, impedindo que o verdadeiro sentido da família se estabelecesse. O art. 12 do Estatuto do Idoso, contrariamente ao previsto no Código Civil – em que se percebe claramente a divisibilidade da dívida de alimentos – estatui a solidariedade, podendo o idoso escolher o descendente que efetuará a prestação de forma concentrada e integral.

Não só durante a velhice, mas também na carência e enfermidade, ficam obrigados os filhos maiores a prestar auxílio aos pais, de modo que muito antes dos sessenta anos pode ser verificada a necessidade de se determinar judicialmente a concretização do direito dos pais à assistência pelos filhos.

Alguns tribunais brasileiros já tiveram a oportunidade de se pronunciar em pleitos em que o abandono parental foi discutido como causa para isenção da prestação de auxílio material.

Num primeiro caso, um pai de idade avançada veio requerer dos três filhos o pagamento de pensão alimentícia no montante de trinta por cento de seus rendimentos líquidos, restando provado nos autos que, após a separação do casal, o pai se ausentou por mais de dezoito anos, sendo vários os testemunhos no sentido do abandono material dos filhos que chegaram, inclusive, a passar fome e ser socorridos pelos avôs maternos. Julgado improcedente o pedido na primeira instância, houve apelação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo resultado foi pelo não provimento do pedido de reforma do *decisum*.

De forma apropriada foi entendido que:

Certo é que o requerente deixou de prestar assistência e afeto à prole, confessando não ser pessoa 'fidelizada à família' (fl.170). Assim, é evidente que, tendo ele falhado em relação aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como deixando de prestar-lhes atenção ou afeto, não pode, agora, invocar a solidariedade familiar. Além de descumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, o recorrente cometeu o crime de abandono material. Desarraçoado que agora venha buscar dos filhos o que lhes negou a vida inteira.⁴⁰¹

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, conforme a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. Demanda proposta pelo pai biológico em face do filho maior. Pessoa idosa que auferir renda mensal de um salário mínimo. Sentença a quo que julgou improcedente pleito autoral. Manutenção do *decisum*. No mérito, nada a retocar vez que o douto sentenciante deu à causa a mais acertada solução. Uma vez caracterizado o abandono material e moral do autor em relação ao réu, seu filho, desde tenra idade, não há como acolher o pretendido pensionamento, eis que tal comportamento implica na indignidade de que trata o artigo 1.708, parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

⁴⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC n. 70013502331. Rel. Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

Circunstância essa que constitui fato impeditivo à concessão da pensão alimentícia. Destarte, inobstante tenha o réu comprovado a indignidade do demandante, seu genitor, extrai-se dos autos que inexistente a demonstração do binômio necessidade-possibilidade, razão pela qual se mostra acertada a sentença de improcedência. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO⁴⁰².

Na primeira decisão a obrigação dos filhos de cumprir o princípio da solidariedade foi sopesada pela reciprocidade, sobressaindo a isenção do pensionamento, pois, durante a infância, foram abandonados pelo pai. Na segunda, a despeito de ter sido decidida pela falta do binômio necessidade-possibilidade, foi aventado argumento de natureza infraconstitucional, qual seja, o de que a conduta de abandono praticada pelo pai constitui procedimento indigno que impede a concretização de sua atual pretensão aos alimentos.

Algumas exceções, porém, merecem ser apresentadas, haja vista a natureza da dívida alimentar como prestação híbrida. Patrimonialmente é representada pelo valor entregue ao devedor em espécie ou *in natura*, mediante oferecimento dos bens ou serviços necessários para a subsistência, educação e manutenção do nível de vida do alimentando. Mas, ao mesmo tempo em que é materialmente concretizada por meio de valores financeiramente aferíveis, tem como finalidade garantir a vida, a integridade física e a dignidade daqueles que a recebem, tornando-se, portanto, instrumento imprescindível para a manutenção de direitos da personalidade, cuja natureza existencial não se discute.

Por isso, se os pais durante a menoridade do filho se preocuparam com a sua subsistência, oferecendo regularmente os alimentos, merecem ser protegidos quando idosos ou necessitados. É possível que a ausência tenha sido física, emocional, mas não patrimonial, funcionando o pai ou mãe como simples provedor das necessidades materiais dos filhos. Nesse caso, apesar de todo prejuízo imaterial causado à prole, é de se valorar o cumprimento parcial da responsabilidade, principalmente porque o que se exige atualmente do filho é justamente uma prestação de idêntica natureza.

Por fim, ressalva deve ser feita para os casos em que apesar de não ter sido cumprida a obrigação alimentícia em benefício dos filhos, encontrar-se o ascendente em situação de penúria, sem condições de prover às próprias necessidades e inexistentes outras pessoas que possam ser obrigadas a fazê-lo.

Trata-se dos alimentos indispensáveis à sobrevivência do credor, cuja previsão normativa poderia ser encontrada no art. 1704, parágrafo único do Código Civil: “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condição de

⁴⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC n. 2008.001.29024. Rel. Des. Ferdinando do Nascimento. Disponível em: <<http://www.tjrj.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.”⁴⁰³

Essa norma contraria a estrutura de concessão de prestação alimentícia após o fim do casamento, já que a regra seria somente o cônjuge inocente se beneficiar da prestação, em detrimento daquele que foi considerado culpado pela desconstituição da relação que os unia. Após o advento da Emenda Constitucional 66, há discussão doutrinária sobre a revogação desse dispositivo, já que, segundo entendimento, o instituto da separação teria sido afastado do direito brasileiro, persistindo somente o divórcio como forma para a extinção do vínculo⁴⁰⁴. Como a redação do art. 1704, parágrafo único, permite a interpretação de que sua utilização se daria somente nos casos de separação judicial – pois somente nesta se admite a discussão da culpa, persistindo vínculo entre os ex-cônjuges – teria sido o dispositivo revogado ao se retirar a separação da ordem jurídica nacional.

No entanto, ainda que se defenda a opinião de que o dispositivo tenha sido revogado, é possível endossar a ideia de que o filho teria a obrigação de custear a manutenção dos pais diante da necessidade destes e da falta de outras pessoas obrigadas. Isso porque a Constituição Federal funda a ordem jurídica na proteção da dignidade e na promoção da solidariedade, gerando o fundamento jurídico adequado para que as pessoas cujo parentesco seja próximo, ainda que este seja somente biológico e não social, tenham o encargo de promover a manutenção da vida digna do necessitado.

O fundamento constitucional para o art. 1704, parágrafo único, foi ressaltada por Guilherme Calmon, nos seguintes termos:

Houve, por motivos humanitários e com base no princípio da solidariedade humana, a admissão de que o valor da vida humana de pessoa que já foi casada (mesmo tendo sido culpada) deve se sobrepor a qualquer interesse do cônjuge inocente de não ser obrigado a prestar alimentos. A hipótese de que cuida o parágrafo único, ora comentado, não se fundamenta em qualquer sanção ou penalidade aplicada ao devedor de alimentos, mas tão somente no princípio e fundamento de solidariedade humana, intimamente associado ao objetivo e princípio fundamental da República brasileira da dignidade da pessoa humana.⁴⁰⁵

Dessa forma, se a base é constitucional, o dispositivo do Código serviria somente como um exemplo de aplicação da diretriz, com o fim de não restringir o direito ao recebimento de ajuda humanitária, sobretudo em se tratando de pessoa cuja necessidade surge

⁴⁰³ BRASIL. *Código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

⁴⁰⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 507. No mesmo sentido, pugnando por um maior esmiuçamento dos “alimentos de dignidade” na legislação infraconstitucional, ALVES, Jones Figueirêdo. Alimentos de pessoas desprovidas de vínculo parental ou de parentes em condições de prestá-los: o discurso inicial do código civil em favor dos alimentos de dignidade ou humanitários. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controversas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 193.

da condição de doente ou de idosa, estados que corporificam o sentido de vulnerabilidade e de carência. Assim, diante da prova da impossibilidade de autossustento e da inexistência de outras pessoas – parentes – que sejam obrigados a pensionar o necessitado, impõe-se que o filho seja obrigado judicialmente a fazê-lo, implementando-se a política especial de proteção.

A sanção decorrente do descumprimento do princípio constitucional da parentalidade responsável deverá, então, ceder em função da necessidade de garantir a subsistência do necessitado, limitada a prestação ao necessário para a manutenção da vida digna, o que compreenderia a alimentação, saúde e habitação, sem supérfluos, e de acordo com a possibilidade econômica apresentada pelo devedor.

Por fim, outro efeito jurídico decorrente do descumprimento da obrigação constitucional de responsabilidade, amparado na conseqüente inexistência do sentido próprio de família, encontra-se na exclusão do filho do rol de pessoas sujeitas à nomeação como curador diante de futura incapacidade que venha a acometer o pai ou a mãe.

Trata-se de efeito híbrido da filiação, porquanto a representação ou assistência, a depender da incapacidade ser absoluta ou relativa, diz respeito ao suprimento da vontade do interdito, tornando-o apto a participar ativamente do comércio jurídico, tanto no sentido patrimonial quanto no aspecto existencial. A leitura mais conservadora do Código conduzia à noção de que a representação seria instituto afeto às relações de cunho econômico, mas o desenvolvimento do sentido de dignidade fez realçar a dimensão existencial de todas as pessoas, principalmente do incapaz. E a mudança foi de tal monta que se passou até a questionar a possibilidade de aproveitamento de sua manifestação, no limite do possível, de acordo com o seu entendimento e natureza dos interesses tratados. Mas, como essa construção teórica é recente, até que sua implantação ocorra de forma sólida, trabalha-se com a diretriz de que cabe também ao curador a realização de escolhas existenciais em benefício da pessoa do interdito.

Esse aspecto demonstra a necessidade de que o relacionamento entre o incapaz e seu representante seja bastante próximo e, tanto quanto possível, baseado no afeto, já que a responsabilidade do curador está em conduzir a vida do curatelado, respeitando a sua condição e promovendo seus direitos à vida, saúde e bem-estar. Isso explica a previsão normativa do art. 1775 do Código Civil que, em primeiro lugar, confere ao cônjuge, por ser a pessoa escolhida para comungar a vida (art. 1511), o exercício da curatela. Assim, por coerência, são os ascendentes e os descendentes os próximos que, no entendimento do legislador, devem ser escolhidos para cuidar daquele que, atualmente, não pode, sozinho, se autoconduzir.

Note-se que a separação, inclusive de fato, retira o cônjuge da condição preferencial, haja vista a falta de contato, de convivência e de presumível cuidado. Da mesma forma, o filho que foi abandonado pelos pais não tem condições de cumprir esse *munus* de maneira adequada, pois lhe falta a desejável e pressuposta consideração que os familiares próximos nutrem um pelo outro, tornando-o inapto a realizar corretamente as escolhas em benefício da pessoa do incapaz. O aproveitamento das normas pertinentes à tutela, conforme art. 1774 do Código Civil, torna aplicável ao caso a disposição do art. 1731, II, segundo a qual o juiz deve escolher a pessoa mais apta para o exercício da curatela em benefício do interdito. A falta de convivência entre pai e filho e o correspondente descomprometimento com a função parental e seus deveres eximem o filho da obrigação de exercer formalmente a representação, sobretudo pelos graves efeitos que produz, obrigando o filho a conhecer de forma acurada os negócios que envolvem a pessoa e o patrimônio do incapaz, e a atuar com cuidado em sua gestão, manifestado principalmente pelo dever de efetuar balanço e prestação de contas (artigos 1756 e 1757 do Código Civil).

3.4 A interpretação do art. 1614 do Código Civil em face da irresponsabilidade parental

A desconstituição do vínculo de parentesco é prerrogativa conferida pela lei aos pais, aos filhos e a terceiros, estando regulada pelos artigos 1601, 1614 e 1604, todos do Código Civil. As ações negatória de paternidade e de desconstituição de registro tratam de matérias muito sérias cujo cerne é o próprio estado da pessoa, sendo comum para o seu deslinde o enfrentamento de controvérsias que perpassam verdadeiro conflito entre as “espécies” de paternidade.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Sobre a desconstituição de registro prevista no art. 1604, do Código Civil: BRASIL. Recurso Especial n. 1087163. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de agosto de 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 out. 2011. Tratava-se de caso em que uma criança, nascida no interior de uma relação matrimonial, foi registrada por seu pai presumido, por quem foi igualmente criada e educada ao longo de mais de onze anos, inclusive após o pai presumido descobrir não se tratar de sua filha biológica, tendo em vista relação extramatrimonial entretida pela mãe da criança. Ao pai biológico coube o pedido de reconhecimento judicial de sua paternidade, considerado pela relatora como argumento de elevado força para o ingresso da ação, haja vista que qualquer pessoa interessada pode discutir a autenticidade do ato de registro. No entanto, a relação de extremo cuidado e de carinho entretida pelo pai presumido e sua filha teria gerado elo de socioafetividade, com visibilidade perante a sociedade – escola, vizinhança. Ao mesmo passo em que a conduta do pai biológico nunca deixou transparecer maior preocupação em resgatar o vínculo com a filha, muito pelo contrário se se considerar que o mesmo deixou transcorrer três anos desde o dia em que, através do exame de DNA, tomou ciência acerca da paternidade, até a propositura da ação em que buscou o estabelecimento do vínculo. Dessa forma preponderante afirma-se o vínculo criado, retirando-se, quando as circunstâncias

Foi louvável a mudança sofrida no direito de filiação em decorrência da transformação axiológica promovida a partir de 1988. Porém, urge seja feita a ressalva no sentido de que a alteração interpretativa em benefício dos filhos, concretizada, sobretudo, pela implantação dos princípios da igualdade e do incremento da autonomia, não merece ser avaliada de maneira isolada e em sentido unilateral. A alteração na família foi global e, por isso, todos os seus integrantes passaram a ser considerados de *per si*, cada qual com suas obrigações, configurados o acesso e o exercício de tais funções como elementos integrativos da condição humana digna.

A impugnação do reconhecimento, com os efeitos extintivos que lhe são inerentes, exige a estipulação de certos limites e a definição de novas finalidades, sob pena de um desencontro hermenêutico-axiológico. De acordo com a redação do art. 1614 do Código Civil, tem-se que: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.” Uma leitura mais detida revela a necessidade de compatibilização com os princípios constitucionais, importantes nesse sentido a previsão da igualdade, da solidariedade e da responsabilidade parental, para o fim de que sejam definidos os contornos de seu exercício. Essa questão será tratada quando da análise da segunda parte do art. 1614.

Na atualidade, não se põe dúvida sobre a possibilidade jurídica de perseguir, a qualquer tempo, seja durante a menoridade ou após os dezoito anos, a certificação da filiação biológica. Sobre esse assunto, importante a regulação jurídica da ação de investigação de paternidade (art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente), não interferindo no assunto a previsão descrita no art. 1614 do Código Civil, que tem redação idêntica a do art. 362 do diploma de 1916. Várias foram as controvérsias sobre a interpretação desse dispositivo, sendo dois os entendimentos mais corriqueiros, ambos fundamentados na busca da ascendência biológica. O primeiro afirmava que o acesso à paternidade era direito não sujeito a prazo, por se tratar de ação para declaração de estado, com reforço da previsão contida na súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”⁴⁰⁷ Assim, uma vez provada a falsidade do registro, a qualquer tempo poderia ser proposta a ação investigatória. Já a segunda postura

do caso assim permitirem, os efeitos da manifestação de vontade por terceiro – no caso o pai biológico – no sentido de ver reconhecido seu vínculo genético, em tudo vazio e até o momento reconhecidamente irresponsável.

⁴⁰⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

defendia que o filho, para buscar sua paternidade biológica, deveria, no prazo de quatro anos após a maioridade ou emancipação, ter impugnado o reconhecimento, sob pena de ser julgado carecedor de ação no pleito investigatório⁴⁰⁸.

Após o advento da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente – que proibiu, em seu art. 27, qualquer restrição à busca do estado de filiação – aliado à evolução biotecnológica que conduziu à certificação da ascendência por meio do exame de DNA, defendeu-se que o art. 362 teria sido revogado, permitindo-se a qualquer tempo a busca da parentalidade biológica mesmo para os filhos extramatrimoniais reconhecidos, já que nenhuma diferença de tratamento subsistiria diante do princípio da igualdade. A única limitação, verificada em alguns casos, dizia respeito ao esgotamento do prazo de quatro anos antes da vigência da Constituição, hipótese que, para alguns, inviabilizaria o exercício do direito à investigatória, na medida em que este já se encontraria extinto.⁴⁰⁹

A controvérsia se cingia aos filhos naturais reconhecidos, não recaindo sobre os presumidos⁴¹⁰ e legitimados⁴¹¹, e teve bastante espaço no Superior Tribunal de Justiça, dividindo o posicionamento da quarta e da terceira turmas. A dificuldade interpretativa somente foi superada no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 237553, oportunidade em que se chegou à conclusão de que a restrição temporal ao direito descrita no art. 362 do antigo Código Civil só se aplicaria ao filho natural que quisesse afastar a paternidade por mero ato de vontade, sem pleitear a constituição de nova relação parental. Esse passou a ser o entendimento pacífico sobre a matéria no Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁰⁸ No Recurso Especial n. 38856-RS entendeu-se que a falsidade do registro se caracterizava como causa de anulabilidade e não de nulidade, estando, portanto, sujeita ao prazo de quatro anos do art. 362. “(...)II. Mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração do perfilhante (falso ideológico) se sujeita ao referido prazo decadencial cujo transcurso in albis – sem manifestação de insurgência de qualquer espécie – conduz à inviabilidade de desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 38856-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília, 21 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2011.

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 83685. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma. Brasília, 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2011. No mesmo sentido: Recurso Especial n. 38856-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 21 de junho de 1994. Recurso Especial n. 79.640-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília 21 de outubro de 1997; Recurso Especial n. 11208. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília, 08 de junho de 1999; Recurso Especial n. 127638. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília, 26 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2011.

⁴¹⁰ Os filhos presumidos, a quem não se dirigia o art. 362 do Código Civil de 1916, poderiam a qualquer tempo buscar a fixação jurídica da parentalidade biológica. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 248.765. Rel. Min. Ari Pargendler. Brasília, 26 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

⁴¹¹ Havia, no entanto, votos dissonantes dos Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Junior, para quem a realização de registro de filho natural seguida da legitimação oriunda do casamento entre os genitores, conferia ao filho a condição de natural, submetendo-o ao prazo de quatro anos. Tal assunto também foi discutido na seguinte decisão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp n. 237553. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

Na linha da orientação firmada pela Segunda Seção (REsp n. 237.553-RO), o lapso temporal disposto nos artigos 178, § 9º, VI e 362 do Código Civil de 1916 se aplica tão-somente ao filho natural, no exercício de seu direito à impugnação por mero ato de vontade, ou seja, quando tem por objetivo unicamente afastar o reconhecimento da filiação, sem pretender criar uma nova relação. Destarte, não alcança as ações ajuizadas pelo filho legítimo, ou legitimado, e nem aquelas em que o filho natural pleiteie a investigação de paternidade e a anulação do registro, com base na falsidade deste.⁴¹²

Com base nessa postura, nenhuma influência exerce a questão biológica sobre o exercício da prerrogativa descrita no art. 1614 do Código Civil.

O art. 1614 confere direito potestativo⁴¹³ ao filho, cabendo a este exercê-lo unilateralmente para o fim de modificar a esfera jurídica alheia, seja mediante a recusa ao consentimento para a formação válida da relação jurídica familiar, seja para a retirada de seus efeitos. O pai e a mãe, nesses casos, encontram-se sujeitos àquela vontade, mas uma interpretação a partir dos princípios constitucionais deve relativizar o exercício desse direito, afastando a plenitude da vontade.

3.4.1 O reconhecimento do filho maior

Alcançar a maioridade possui significado bastante extenso na ordem jurídica brasileira, eis que fator hábil a extinguir a incapacidade de ordem objetiva – advinda simplesmente da idade. Viável torna-se a livre manifestação de vontade, sendo desnecessário o seu suprimento por meio dos institutos da representação ou assistência. Toda a sorte de decisões, desde aquelas cujos efeitos recairão sobre a própria pessoa – corpo, saúde, escolhas profissionais – até outras que influenciam diretamente o relacionamento com terceiros,

⁴¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 259768-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Brasília, 22 de abril de 2003.

No mesmo sentido: Recurso Especial n. 4640-SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 04 de dezembro de 1990; Recurso Especial n. 44425-SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 21 de março de 1995; Recurso Especial n. 256171-RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 02 de março de 2004; Recurso Especial n. 765479. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 07 de março de 2006; Recurso Especial n. 987987. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 05 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2011.

⁴¹³ A doutrina brasileira apresenta o conceito de direito potestativo: “(...)é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir.” AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42-43.

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira: “Entre as outras situações jurídicas que o ordenamento reconhece estão aquelas que podem ser expressas pela formulação *poder-sujeição*: poder do titular do direito de um lado, sujeição de alguém para com o exercício do direito de outrem. Esta situação se diferencia da anterior porque, neste caso, não há nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, *não há dever*, mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito, embora a manifestação atinja a esfera jurídica do outro, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação sua jurídica subjetiva.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37.

poderão ser valoradas pelo titular do interesse, sobre quem recairão as consequências de suas escolhas. A liberdade na realização dessas opções inclui a família, sendo feita referência, nesse aspecto, à possibilidade de o filho maior impugnar o ato jurídico do reconhecimento.

O reconhecimento da filiação é a primeira manifestação formal que decorre do cumprimento do princípio da parentalidade responsável, sendo necessário para conferir ao filho a titularidade e o exercício dos direitos e deveres que do parentesco decorrem. É bem verdade que durante a infância e a adolescência são os direitos dos filhos que se apresentam de maneira mais visível, sendo poucos os seus deveres, basicamente correspondentes à atuação dos pais durante o exercício do poder familiar, quando se exige dos infantes a obrigação de respeito e de obediência. Os encargos que defluem do cumprimento do dever constitucional previsto no art. 229, restam em suspenso, até que a maioridade se imponha e daqueles se possa exigir plenamente o cumprimento de tais deveres.

Considerada a menoridade do filho, cabe aos pais, conjunta ou separadamente, declarar a existência da relação formal do parentesco, sendo verdadeira a assertiva de Jean Carbonnier segundo a qual a criança é mais objeto que sujeito do ato de reconhecimento⁴¹⁴. No Brasil, não se exige nem mesmo a manifestação de vontade do outro genitor, ao contrário do que ocorre no direito italiano, em que o reconhecimento de filho menor de dezesseis anos deve contar com o assentimento do outro genitor que primeiramente o reconheceu, hipótese em que, verificada a recusa ilegítima ou abusiva, caberá intervenção judicial para o fim de suprimento da vontade⁴¹⁵.

Atingida a maioridade, exige a lei o consentimento do filho para que se perfaça o ato de reconhecimento⁴¹⁶. Sua natureza de ato unilateral de vontade se transmuda para uma

⁴¹⁴ CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. p. 460.

⁴¹⁵ Art. 250, do Código Civil Italiano:

“(…)Il riconoscimento del figlio che non ha compiuto i sedici anni non può avvenire senza il consenso dell'altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento.”

(O reconhecimento do filho que não tenha completado dezesseis anos não pode ocorrer sem o consentimento do outro genitor que já tenha efetuado o reconhecimento – Tradução livre).

⁴¹⁶ A previsão do art. 1614 do Código Civil Brasileiro é similar a descrita em outros sistemas, tais como o português, o italiano e o espanhol, respectivamente:

ARTIGO 1857º (Perfilhação de maiores)

1. A perfilhação de filho maior ou emancipado, ou de filho pré-defunto de quem vivam descendentes maiores ou emancipados só produz efeitos se aquele ou estes, ou, tratando-se de interditos, os respectivos representantes, derem o seu assentimento. 2. O assentimento pode ser dado antes ou depois da perfilhação, ainda que o perfilhante tenha falecido, por alguma das seguintes formas:

a) Por declaração prestada perante o funcionário do registo civil, averbada no assento de nascimento, e no de perfilhação, se existir;

b) Por documento autêntico ou autenticado;

c) Por termo lavrado em juízo no processo em que haja sido feita a perfilhação.

3. O registo da perfilhação é considerado secreto até ser prestado o assentimento necessário e, sem prejuízo do disposto no número seguinte, só pode ser invocado para instrução do processo preliminar de publicações ou em acção de nulidade ou anulação de casamento. 4. Qualquer interessado tem o direito de requerer judicialmente a notificação pessoal do

manifestação bilateral, exigindo-se que ao lado da intenção dos pais se coloque a vontade do filho em ser reconhecido como tal.

Luiz da Cunha Gonçalves explica o sentido histórico desse dispositivo, atribuindo-o ao direito romano, que reputava o consentimento necessário porque o filho maior, *sui juris*, passava, pela perfilhação, à condição de *alieni juris*, havendo perda de sua autonomia⁴¹⁷. Apesar da regra ter sido mantida com idêntico sentido no direito brasileiro, sua motivação original, por óbvio, não merece ser ratificada, o que torna necessária a criação de uma justificativa moderna e atualizada.

Sabe-se que após a maioridade, a realização do reconhecimento tem repercussão jurídica diferenciada, eis que hábil a conferir o direito ao nome, a excepcional possibilidade de pedido de alimentos e o indiscutível e pleno direito à herança, não havendo que se cogitar de exercício de poder familiar com as suas peculiaridades. Isso significa que o cuidado e a assistência material e imaterial inerentes ao crescimento humano não se farão presentes, afigurando-se estes como desnecessários, haja vista a condição do filho como pessoa adulta.

Pires de Lima e Antunes Varela anotam que “A perfilhação de alguém, a partir de certa idade do perfilhado, depois de já superados os períodos da infância e da adolescência deste, pode trazer modificações profundas no mundo das suas relações sociais, com possíveis reflexos na camada externa da sua própria personalidade.”, de modo “que só ao próprio perfilhado, por ser quem sente na carne e no espírito os efeitos da tardia alteração provocada na sua vida pela perfilhação, cabe decidir sobre as vantagens ou inconvenientes da sua aprovação.”⁴¹⁸ Clóvis Beviláqua, no contexto do art. 362 do Código Civil, já ressaltava a importância de verificar a vontade do filho, tendo em vista os ônus que sobre este poderiam vir a recair: “O reconhecimento interessa, directamente, ao perfilhado, porque lhe attribue um

perfilhando, dos seus descendentes ou dos seus representantes legais, para declararem, no prazo de trinta dias, se dão o seu assentimento à perfilhação, considerando-se esta aceite no caso de falta de resposta e sendo cancelado o registo no caso de recusa. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11).

Art. 250 Riconoscimento (...) Il riconoscimento del figlio che ha compiuto i sedici anni non produce effetto senza il suo assenso. (...) (O reconhecimento do filho maior de dezesseis anos não produz efeito sem o seu assentimento – Tradução livre)

Artículo 123. El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito. Disponível em: <<http://www.ligiera.com.br>>. Acesso em: 04 nov. 2011.

⁴¹⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*: em comentário ao código civil português. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 337.

⁴¹⁸ LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. vol. V, p. 258-259.

estado civil, que pôde não lhe convir, pois, se lhe attribue direitos e vantagens, também lhe impõe deveres, e cria direitos para o perfilhante.”⁴¹⁹

Tecnicamente, o consentimento se apresenta como requisito para a validade⁴²⁰ do ato de reconhecimento, sendo o mesmo considerado nulo,⁴²¹ por descumprir a exigência legal prevista no art. 1614 do Código Civil, caso seja realizado sem a sua observância. A manifestação de vontade filial não precisa ser simultânea ao ato de reconhecimento⁴²², sob pena de inviabilizar outras formas de sua realização, por exemplo, via de testamento. A lei brasileira restou silente sobre a forma de manifestação do consentimento ensejando, por tal motivo, aplicação ao disposto no art. 107 do Código Civil, que estabelece a liberdade de forma para a manifestação da vontade diante de omissão legal sobre exigência específica. Impõe-se somente seja a declaração expressa, não se aceitando, tal como nos direitos espanhol e português, a manifestação tácita e decorrente do silêncio⁴²³.

Há autores que criticam a atitude do legislador em condicionar a validade do reconhecimento do filho maior ao seu consentimento, no entanto, essa postura é integralmente adequada à concepção mais avançada que caracteriza a parentalidade como um elo concreto, construído na convivência e pelo exercício da responsabilidade. Orlando Gomes defendia tratar-se de exigência que desrespeitava a natureza do ato, eis que tornaria exigível a aquiescência de outrem para a afirmação sobre a existência de um fato⁴²⁴.

No entanto, essa concepção que repudia a exigência de consentimento do filho por contrariar a sua natureza confessional e por não privilegiar a condição de irrenunciabilidade de um estado, não se coaduna com a atual leitura que se deve fazer sobre o direito de filiação, porquanto valora em demasia o ato registral, afastando-se toda a recente evolução do direito

⁴¹⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica de 1940. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 810.

⁴²⁰ No direito italiano o consentimento se apresenta como causa de ineficácia do reconhecimento. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 832.
TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1978. p. 299.

⁴²¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. tomo IX, p. 100.

⁴²² CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. vol. V, p. 471.

⁴²³ Assim, não se concorda com o posicionamento de GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. vol.III, p. 1276, para quem o consentimento pode ser tácito.

⁴²⁴ GOMES, Orlando; CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1958. p. 85.
No mesmo sentido: CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. vol. V, p. 471, ao entender que não poderia o filho recusar um estado, já que este é irrenunciável, além do que não seria de se admitir a sua alegação no sentido de que a condição filial não lhe convém haja vista as obrigações a ela inerentes. A crítica deste autor se manifesta no sentido de que o reconhecimento é ato que poderia ser realizado mesmo contrariando a vontade do filho, já que a este sempre restará incólume a possibilidade de contestá-lo se o julgar mentiroso ou falso.

brasileiro no sentido de que o vínculo de parentalidade se encontra muito além de qualquer liame biológico. A recusa imotivada se ampara, no seu âmago – ainda que tal fato não precise ser alegado –, na não criação fática de um estado parental em detrimento do filho, resguardando-se o irrestrito direito deste em não ter, solenemente, pai, nem mãe⁴²⁵. E, ainda que se possa sopesar a possibilidade de que o abandono tenha sido involuntário e fortuito – como seria o caso da mãe que omitiu do pai a verdade sobre a existência do filho – o que sobreleva na questão é a objetividade de se verificar que, na prática, não se vivenciou a realidade do vínculo parental, tendo sido deixado um vazio na ascendência e no cumprimento da função. Dessa maneira, ainda que diante desta peculiaridade, não se exige a imposição do reconhecimento, resguardando-se a liberdade daquele que atingiu a maioridade sem usufruir das prerrogativas de filho em relação àquele que tardiamente busca a regularização do *status familiae*.

Nesse sentido, ou seja, a recusa como uma “homenagem” a não concretização do vínculo, o posicionamento de Luiz Edson Fachin:

Ademais, alcançada a maioridade, a formação do vínculo parental deixa de ser uma configuração presente tão-só na esfera ascendente. Se já há regras limitativas ao reconhecimento do menor, edificadas na proteção e defesa dos interesses da criança e do adolescente, razão igual não poderia deixar a descoberto o filho maior. Atende-se, aí, ao menos de certo modo, a idéia segundo a qual a *paternidade se faz*, vale dizer, é mais uma construção permanente e contínua, e é menos um *dado* previamente estabelecido.⁴²⁶

Impossível torna-se, portanto, obter êxito em ação judicial para o fim de obrigar o filho ao ato do reconhecimento, eis que preservada deverá ser, também em sede processual, a sua prerrogativa de consentir sobre a constituição do vínculo⁴²⁷. Aliás, a propositura de ação judicial em casos de omissão de reconhecimento torna-se bastante desarrazoada, eis que durante a menoridade o ato é unilateral, cabendo a simples manifestação de vontade por meio

⁴²⁵ “O consentimento para o reconhecimento faz ressaltar a natureza de direito subjetivo ao estado de filiação, orientado pela livre manifestação de vontade do perflhado. Não é estado de sujeição, a que estaria submetido o suposto filho, se o reconhecimento fosse considerado segundo o interesse do Estado ou o direito potestativo de quem declarasse o reconhecimento.” LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 372.

⁴²⁶ FACHIN, Luiz Edson. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 139-140.

No mesmo sentido da manifestação de recusa imotivada pelo filho: VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 194.

ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e do reconhecimento dos filhos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: 2008. p. 219.

Contra: Luiz da Cunha Gonçalves, para quem a recusa à perflhação parte daquele que se julga filho de outra pessoa e desse fato talvez tenha provas. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil: em comentário ao código civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 337.

⁴²⁷ No mesmo sentido: LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. vol. V, p. 261.

das formas previstas em lei⁴²⁸ e, na maioria, impõe-se a permissão do filho, haja vista a determinação normativa de bilateralidade do ato. A análise judicial do caso só se impõe, em verdade, quando existente prévio registro realizado por terceiro que assumiu a paternidade, o que torna imprescindível a sua desconstituição, devendo, em qualquer caso, ser considerada a natureza e o conteúdo da relação firmada entre o filho e o pai registral.

O consentimento exigido pelo dispositivo precisa ser existente e válido, exigindo-se, para este último fim, a capacidade plena daquele que o manifesta. Se o filho maior é incapaz, o mais adequado é que para ele se mantenha o mesmo regime protetivo das crianças e adolescentes – também incapazes – admitido o reconhecimento unilateral e independente de qualquer tipo de manifestação volitiva. Não é cabível, portanto, entender que o incapaz terá seus interesses protegidos por meio da atuação do curador⁴²⁹. A prerrogativa do art. 1614, primeira parte, é personalíssima e excepcional, sendo importante afirmar que o regime jurídico das incapacidades é diferenciado e genérico, caracterizando-se pela maior intervenção do Estado em prol de uma proteção positiva e atuante. Assim, a perfilhação – que confere um (a) pai/mãe ao filho – faz parte dessa estrutura de proteção, carreando ao incapaz benefícios que ninguém (representante ou assistente) poderia legitimamente negar, senão o próprio filho, desde que fosse capaz e consciente para aferir as consequências de sua vontade. Essa não foi, porém, a postura assumida pelo legislador português, para quem a condição de interdito do filho requer a manifestação de vontade por seus representantes legais, eis que apesar do ato de perfilhação ser eminentemente pessoal, pode haver razões de recusa de tal modo “objetivas e graves” que justifiquem o assentimento via representação⁴³⁰. Respeitado o posicionamento, ainda que não tenham os autores esclarecido a definição de motivos graves (seria a não coincidência biológica?) não se consegue vislumbrar como pode o reconhecimento ser

⁴²⁸ Mesmo diante da evidente desnecessidade da via jurisdicional, o que afastaria o interesse processual como condição da ação, aceitou-se a procedência do pedido de reconhecimento judicial de paternidade de menor em situação na qual a mãe desistiu do casamento com o pai biológico de seu filho, vindo a registrá-lo como de pai desconhecido. Fundamentando-se no interesse processual de obter a declaração do vínculo e no fato de que a todo direito corresponderia uma ação, foi vencedora a atitude do pai em perseguir coercitivamente o reconhecimento da relação parental. É certo que no caso buscava-se também a fixação do direito de visitas, mas tal pedido poderia ter sido feito, de qualquer maneira, após a realização extrajudicial do ato de perfilhação. LACERDA, Galeno. *Direito de família: ações de paternidade (casos selecionados)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1-6.

⁴²⁹ Nesse sentido: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 379.
FACHIN, Luiz Edson. *Averiguação e investigação da paternidade extrapatrimonial: comentários à lei 8560/92*. Curitiba: Genesis, 1995. p. 65.

⁴³⁰ LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. vol. V, p. 259.

prejudicial ao filho maior interditado, já que, na maioria dos casos, somente benefícios de cunho alimentar podem lhe ser trazidos pelo ato solene de reconhecimento.

3.4.2 A impugnação do reconhecimento realizado durante a menoridade

A impugnação, nesse caso, significa manifestação de vontade contrária ao vínculo estabelecido durante a menoridade, restando sua análise restrita ao plano de eficácia dos atos jurídicos. Não se trata de validade, pois se assim fosse, cabível seria o pedido de nulidade ou anulabilidade do ato. *In casu*, a atribuição do vínculo ocorreu de forma hígida, cabendo ao filho manifestar-se sobre a possibilidade daquele ato persistir produzindo, ou não, os seus regulares efeitos⁴³¹.

Ao se tratar da disposição prevista na segunda parte do art. 1614, torna-se necessário que o estudo se inicie pela determinação de seus destinatários.

A inserção da norma no capítulo III, intitulado “Do Reconhecimento dos Filhos”, permitiria a conclusão de que somente os filhos nascidos fora de uma relação de casamento poderiam dele se beneficiar, uma vez que, como já sabido, aquele ato jurídico só é necessário quando inexistente filiação presumida.

Mas há formas de constituição do vínculo de paternidade que independem do reconhecimento. A adoção, por exemplo, cria idêntico estado de filiação e se perfaz pela manifestação de vontade dos adotantes – em conjunto com o adotando se este possui mais de doze anos (art. 45, par. 2º)⁴³² – ratificada pelo Estado mediante sentença.

Assim, aparentemente, afastados os presumidos e os adotivos, só os filhos que antigamente eram chamados de naturais poderiam utilizar a prerrogativa disponibilizada pela segunda parte do art. 1614.

O Código Civil de 1916, em seu art. 178, § 9º, VI, se referia expressamente ao prazo do *filho natural* impugnar o reconhecimento. Contudo, essa lógica distintiva não é compatível com a previsão constitucional da igualdade, ferindo a imposição de que a todos os filhos,

⁴³¹ Para Pontes de Miranda a ação do reconhecido objetiva tornar o ato do reconhecimento ineficaz. Impugnar significaria manifestar vontade contrária, havendo ineficacização. PONTES DE MIRANDA, Francisco de Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. tomo IX, p. 100.

⁴³² “Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.” BRASIL. Lei nº . 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

oriundos ou não de uma relação de casamento, serão conferidos idênticos direitos (art. 227, par. 6º).⁴³³ Analisada a situação de forma objetiva, a condição jurídica dos filhos reconhecidos é idêntica a dos filhos presumidos ou adotivos e o art. 1614 permite justamente a desconstituição do vínculo que, frise-se, igualmente possuem. Essa interpretação mais ampla e inclusiva se ampara na proibição de que haja uma concessão parcial de direitos, baseada tão somente na diferença do “título” que fundamenta a constituição do liame parental.

O filho extramatrimonial menor e o filho presumido têm a sua ascendência fixada involuntariamente, superada a sua manifestação pela atuação dos pais ou por imposição do legislador. Quanto ao filho adotivo faz-se a ressalva de que a partir dos doze anos é chamado para manifestar consentimento no ato de adoção, em posição que poderia ser considerada similar a do filho maior, mas, é necessário ressaltar que sua declaração de vontade se justifica para afastar os pretendentes que, em sua própria opinião, lhe façam mal ou de qualquer forma com ele não se identifiquem. Afora esses casos gritantes, o normal é que o adotando concorde, afinal, ser inserido numa família após os doze anos, é fato excepcional e, por isso, muito desejado. A convivência ainda se firmará de maneira efetiva e, dessa maneira, por rigor de igualdade, impõe-se que também a ele se permita a utilização do art. 1614.⁴³⁴ A vontade do menor, nesses casos, foi valorizada pelo legislador porque a pessoa com doze anos, com base no relacionamento estabelecido com os adotantes, já teria maturidade suficiente para entender a natureza do ato adotivo e para opinar sobre a sua adequação como instrumento para atender suas necessidades materiais e emocionais. Sua autonomia – para desconstituição, após a maioridade – merece ser defendida, pois somente após vivenciar efetivamente a relação familiar com os pais adotantes poderá se manifestar sobre a sua manutenção, essência da previsão codificada⁴³⁵.

⁴³³ Pelo princípio da igualdade a prerrogativa do 1614 se aplica aos filhos presumidos e aos reconhecidos. VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 197-198.

No mesmo sentido Gustavo Tepedino: “...vê-se que a possibilidade de propositura de ação de impugnação de reconhecimento, atribuída ao filho extramatrimonial pelo art. 1614 do Código Civil de 2002, há de alcançar necessariamente o filho havido na constância do matrimônio, sob pena de se lhes oferecer tratamento desigual.” TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 391-428, p. 499.

⁴³⁴ Em sentido contrário: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272. “A condição de filho jamais poderá ser impugnada pelo pai ou mãe que o adotaram, nem o filho poderá impugnar a nova paternidade ou maternidade, inclusive quando atingir a maioridade, pois inaplicável o disposto no art. 1.614 do Código Civil.”

⁴³⁵ Também na adoção é fácil visualizar casos de irresponsabilidade, ilustrando-se a afirmação com a notícia publicada no dia 19 de setembro de 2011, sobre um casal de Santa Catarina que, após realizar adoção de dois irmãos, procurou a assistente social, seis anos depois, para informar que havia muitas dificuldades no relacionamento com o filho mais velho e, por isso, gostariam de renunciar ao poder familiar sobre ele. Houve efetivamente perda da autoridade parental sobre as duas crianças, principalmente por se verificar no decorrer da instrução que a criança era agredida verbalmente, sofria maus-tratos psicológicos, era obrigado a lavar os lençóis quando fazia xixi na cama, ficava trancado no quarto a noite inteira e,

Costuma-se ponderar que a ampliação desse direito a todos os filhos conduziria as famílias e a sociedade à instalação de grande vulnerabilidade e instabilidade nas relações jurídicas paterno-filiais,⁴³⁶ argumento que merece ser contestado à medida que a liberdade do filho não deve ser considerada absoluta, porquanto deva ser sopesada com os interesses de todos os outros integrantes do grupo familiar.

A prerrogativa de excluir a *paternidade* não deve ser entendida restritivamente para alcançar unicamente o vínculo com o pai. A declaração do *nascimento* é fato objetivo que merece ser notificado em benefício da própria criança, na medida em que faz parte de sua cidadania, no entanto, outro ato é o que determina a *filiação*, sendo enfático o art. 1607, do Código Civil, ao se referir aos “pais”.⁴³⁷ A facilidade em definir juridicamente a identidade da mãe não deve ser confundida com a inexigibilidade de fixação solene desse estado entre a genitora e seu filho. A referência ao reconhecimento permite, então, o seu manejo para afastar os sujeitos que nele constam na condição jurídica de pai e mãe. Igualmente, o casamento atribui aos filhos presumidos uma duplicidade de vínculos, cabendo ao filho a possibilidade de contestar a sua paternidade e maternidade. Também o adotivo poderá fazê-lo em face daquele que o adotara, ressalvando-se, porém, que não necessariamente possuirá pai e mãe, dada a possibilidade de que o ato jurídico se perfeça em benefício de uma pessoa sozinha (art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Da leitura da norma deflui que a faculdade titularizada pelo filho maior, ou emancipado, no sentido de tornar ineficaz a atribuição anterior do parentesco, não se encontra condicionada a nenhum elemento, devendo ser atitude de manifestação simples e irrestrita da autonomia do filho.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira:

Não se trata de procedimento com o objetivo de provar a inexistência da relação biológica, ou de demonstrar defeito no ato de perfilhação. Basta a sua manifestação volitiva, contrária. É uma posição simétrica: pela mesma razão que o maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, assim também o perfilhado menor deixará de o ser, uma vez caracterizada a sua vontade contrária, quando puder manifestá-la.⁴³⁸

por fim, foi matriculado, juntamente com sua irmã, em escola pública, enquanto o outro filho do casal – biológico – estudava em escola particular. Notícias: Casal que tentou devolver filho adotivo perde guarda e sofre condenação; Pais indenizam filhos adotivos depois de devolvê-los. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 21 out. 2011.

⁴³⁶ STEIN, Thaís Silveira. Questões controvertidas no estabelecimento da paternidade. In: MADALENO, Rolf *et al.* (coord.). *Direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 373.

⁴³⁷ No mesmo sentido, para o direito francês, RIPERT, Georges; PLANIOL, Marcel. *Tratado elemental de derecho civil*. Tradução de Jose M. Cajica Jr. Cidade do México: Cardenas Editor y Distribuidor, 1983. p. 160.

⁴³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 78-79. Com o mesmo entendimento: CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. vol. V, p. 473. “Para a impugnação, basta que a pessoa perfilhada não queira a posição de filho natural do perfilhante e assim o declare.”

Essa forma de interpretação, apesar de abstratamente correta, merece, todavia, ser sopesada com outros regramentos, sobretudo à luz dos princípios constitucionais, para que seja alcançado um sentido mais adequado e proporcional à mutação que a família, como instituição, sofreu em sua constituição e na sua função.

Uma vez estabelecida a relação parental, duas situações podem surgir: a concretização sucessiva do estado de filho, com base no cumprimento da parentalidade responsável, ou a não observância desse comando, tornado o vínculo uma situação jurídica aparente e formal, na medida em que configurado o abandono do filho.

Na primeira hipótese, a criação do vínculo solene de parentesco foi o ato inicial de um relacionamento duradouro e contínuo, pautado pelo cuidado, convívio e cumprimento efetivo das obrigações parentais, tornando-se, portanto, descabido e incoerente que o filho, após a maioridade ou emancipação, momento em que já adquiriu a maturidade e independência necessárias para o suprimento de suas necessidades, venha a impugnar, sem apresentar motivos, aquela relação jurídica já constituída e praticada.

A atitude dos pais que, durante um longo período cumpriram efetivamente o princípio da responsabilidade em benefício dos filhos, gera em seu favor a solidez do vínculo e a sua inquebrantabilidade diante da vontade de desconstituir manifestada pelo filho. O êxito dessa iniciativa feriria gravemente o princípio da solidariedade familiar, cuja construção se baseia no cumprimento do dever de assistência, cuidado e proteção entre aqueles que são integrantes de um núcleo familiar. Verificar-se-ia conduta abusiva daquele que, após ter sido criado e já na condição de adulto, intentasse ação para o fim de extinguir o vínculo, afastando, por sua vontade, os deveres constitucionais de ajudar e amparar os pais na velhice, enfermidade e necessidade. Não se visa determinar aos filhos que intimamente sintam afeto e gratidão pelos pais, mas que na prática se comportem como se sentissem. O núcleo familiar tem a função de promover a dignidade e o respeito por seus membros e, se esse objetivo foi alcançado pelos genitores, têm os filhos a obrigação de cumprir, após a maioridade, as suas obrigações. De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, a Seguridade Social não cobre a necessidade de todos quanto à provisão de meios para subsistência e, assim, os parentes e familiares devem ser responsáveis pela manutenção do mínimo exigível para uma vida digna⁴³⁹.

Essa postura impede que intentos açodados, oriundos de uma imaturidade emocional, permitam que, por exemplo, o filho por simples vingança e descontentamento com a educação

⁴³⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 372.

que lhe foi aplicada pelos pais, movido pelo repentino e fugaz desejo de livrar-se de seus genitores, encontre na normativa do Código Civil um sustentáculo para fazer valer sua vontade. Não importa se existente ou inexistente liame genético entre as partes interessadas, é a criação efetiva do estado de filiação – efeito do cumprimento da responsabilidade – que merece ser protegida, resguardados os estados equivalentes. Em resumo, ao filho que teve sua filiação fixada quando menor não assiste, de maneira absoluta, o direito de não ter pais⁴⁴⁰.

A prerrogativa do filho deverá ser exercida impreterivelmente no prazo de quatro anos após a maioridade ou emancipação, tendo sido escolha do legislador a submissão da sua manifestação ao fator temporal, opção adequada e útil dada a necessidade de estabilização e segurança para a relação familiar. A imprescritibilidade é uma característica das ações de estado, segundo a qual “(...) por maior que seja o tempo decorrido de inércia da pessoa quanto à reivindicação do estado que lhe compete e de que não desfruta, não decai do seu direito, e por maior que seja o escoado, uma pessoa não adquire direito ao estado que indevidamente se atribua.”⁴⁴¹ No entanto, é preciso realizar as devidas adaptações, eis que, em tese, para se configurar como característica, a imprescritibilidade deveria ser aplicada a todas as vertentes de análise do estado, seja familiar, pessoal e político, e não é isso o que ocorre. Dadas as peculiaridades que circunscrevem e qualificam a situação jurídica familiar, permeada por princípios de base existencial que encontram seu fundamento na dignidade, é possível que algumas restrições àquela característica se imponham, não sendo aceito que a imprescritibilidade seja estabelecida de forma absoluta. Assim acontece, por exemplo, com a ação negatória de paternidade que, pela disposição normativa do art. 1601, em privilégio à ascendência biológica, não se encontra condicionada a prazo, mas que, na prática, somente obtém procedência nos casos em que não prejudique a anterior constituição do estado de filho em seu benefício.

Assim, a opção legislativa que, no caso do art. 1614, condiciona temporalmente o exercício do direito de impugnar, é plenamente justificada à luz dos efeitos causados pela manifestação desconstitutiva do filho. Mesmo a afirmação de Pietro Perlingieri no sentido de que “(...) as ações de estado, que tendem em via principal a reclamar, contestar ou modificar os estados pessoais, de regra, são imprescritíveis quando a pessoa age para afirmar a

⁴⁴⁰ Ressaltando a utilização do art. 1614 para a tutela do vínculo afetivo de filiação, Paulo Luiz Netto Lôbo: “O art. 1614 do Código Civil harmoniza-se com o modelo de família e de filiação tutelado pela Constituição, além de realizar o princípio da liberdade de ter o pai afetivo e não o determinado pela biologia. O reconhecimento do genitor biológico não pode prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, que frequentemente ocorre entre a mãe que registrou o filho e outro homem, com quem casou ou estabeleceu união estável, e que assumiu os encargos da paternidade.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 271.

⁴⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. I, p. 164.

veracidade do próprio *status* (...) e são prescritíveis quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem”⁴⁴², apesar de inserida nas explicações referentes ao *status familiae*, a estes não se aplicam indistintamente, eis que a reciprocidade de efeitos gerada por um pleito dessa natureza, afasta a univocidade de objetivo, considerando-se que a reclamação de um estado pode implicar necessariamente a desconstituição da situação jurídica de outrem. Trata-se de uma escolha legislativa, adotada em função dos interesses tutelados. Há casos, por exemplo, em que a imprescritibilidade não gera grave afronta ao interessado. Pense-se numa ação negatória de paternidade, baseada na ausência de vínculo biológico, proposta em face do filho que conta com somente três meses de vida. Em outros casos, a imprescritibilidade qualifica o próprio direito, como na hipótese do filho biológico que busca o reconhecimento de sua condição. Tudo se reduz, portanto, a uma opção estatal que, se razoável, deve ser obedecida, mas quando mal realizada – por ofender a Constituição –, deverá ser sopesada pelo trabalho do intérprete para que se alcance um resultado de acordo com os ditames axiológicos que sustentam a ordem jurídica.

Feitas essas considerações, inescapável a consideração do art. 1614 do Código Civil como prerrogativa viabilizadora de uma sanção para os pais faltosos. Os contornos conferidos pelos princípios constitucionais a sua eficácia induzem a que o filho tenha que provar a irresponsabilidade parental para obter êxito em sua pretensão. Os efeitos são graves, havendo perda do vínculo para todos os fins, o que evidencia seu viés punitivo e a persistência, ainda que mitigada, da liberdade do filho maior sobre a composição de sua família.

3.5 O descumprimento da responsabilidade parental e a perda dos efeitos jurídicos decorrentes do parentesco: uma proposta mais ampla

Os princípios constitucionais são normas de conteúdo amplo, hábeis a transformar o sentido dos dispositivos da ordem jurídica e, além disso, apresentam um viés criativo que permite ao intérprete extrair padrões de conduta que deles são retirados a partir da análise do caso concreto. A primeira característica se concretiza na influência que os princípios da responsabilidade parental e da solidariedade exercem sobre a interpretação de vários dispositivos do Código Civil, incluindo o art. 1614. Mas o descumprimento de uma norma

⁴⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 138.

constitucional, por ser conduta assaz grave, requer que seus efeitos sejam potencializados – verificando-se aí a segunda característica – para permitir ao juiz o reconhecimento da inexistência concreta do estado de filiação e, a despeito de sua manutenção formal, determinar a extinção dos deveres jurídicos que dele decorrem para o filho.

O efeito jurídico resultante da aplicação do art.1614 é bastante grave, na medida em que acarreta a extinção da relação jurídica de parentesco para todos os fins. O *status* familiar se caracteriza pela indivisibilidade dos vínculos que a ele se agregam, significando que a quebra da relação de filiação terá como efeito a perda de toda a cadeia de parentesco, o que inclui os irmãos, os avôs, os tios, os primos⁴⁴³. Ou seja, toda a estrutura familiar até então estabelecida será desfeita. Na prática, o pai pode ter sido irresponsável e merecer, por isso, a extinção do vínculo jurídico, mas, numa análise estendida, os avôs paternos podem ter sido presentes e a desconstituição da relação de forma integral se configurar como grave afronta à solidariedade familiar.

Se o filho, conhecedor da gravidade dos efeitos derivados da desconstituição do reconhecimento, resolve assumir esse risco, a opção se encontra na sua esfera de autonomia. Porém, outra alternativa – com resultado mais brando – deve ser aventada. Esta, em linhas gerais, se basearia na possibilidade de que o juiz, mediante provocação do filho, declarasse, em ação própria, a desobediência ao princípio constitucional para extinguir somente os efeitos jurídicos que surgem da relação de parentesco com os pais faltosos. Ao juiz devem ser apresentadas e provadas as condutas que evidenciam o desamparo ou a lesão aos direitos fundamentais sofridos pelo filho durante sua infância ou adolescência. Fatos como a resistência quanto à realização do reconhecimento, o abandono, o descumprimento da visitação, a falta injustificada de atenção com o filho, a negativa de acesso à educação e à saúde, o comprometimento da formação psíquica do menor – casos de alienação parental, sujeição dos filhos a ambientes pouco propícios a sua pouca idade, abuso sexual – devem conduzir à constatação da irresponsabilidade. A falta de cumprimento da prestação de alimentos, apesar de sua importância, não deve exercer influência direta sobre aquela configuração, porquanto deva ser avaliada em um contexto de preponderância da afetividade e dos interesses existenciais da criança. A declaração judicial, realizada a prova dos fatos pelo autor, evidenciará a inexistência de uma verdadeira relação familiar, na medida em que resta confiscado, pelos próprios pais, o seu devido significado.

⁴⁴³ A valorização da família extensa dos menores foi evidenciada pela Lei n.º 12.010 de 3 de agosto de 2009, ao inserir o § 1º no art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo sua previsão, a família natural e a extensa são preferíveis à colocação da criança em família substituta, o que faz presumir a natural existência de vínculo de afeição entre os parentes.

Para reforçar a proposta, deve ser entendido que o reconhecimento, a presunção de paternidade e a adoção devem ser seguidas pelo cumprimento da posse de estado de filho – trato e fama –, sob pena de ser reconhecido o enfraquecimento dos efeitos do parentesco, pois este se estabeleceu de forma “fria” e restrita à forma. Basicamente devem ser afastados os deveres de ajuda e de amparo aos pais faltosos, assim como os benefícios sucessórios por estes titularizados. A determinação de que os filhos maiores sejam responsáveis e solidários deve ser observada no interior da família e, inexistente esta, por conduta omissiva dos pais, o cumprimento daqueles deveres perde o sentido, já que despido de causa e motivação jurídicas. O não atendimento das obrigações parentais restringe o vínculo ao seu aspecto formal e, se faticamente é vivenciada situação desse tipo, não há causa que impeça sua declaração judicial. O registro do filho persistirá tão somente por efeito do reconhecimento, da presunção ou da sentença judicial constitutiva da adoção e, ademais, servirá, se for o caso, como certificação da ascendência genética. Na prática, funcionará como prova do estado de filho, mas com a retirada de alguns de seus efeitos.

O cuidado e o comprometimento, entendidos como expressão da responsabilidade, são elementos que preponderam no sentido atual de filiação, devendo o seu descumprimento ser rechaçado.⁴⁴⁴ O direito civil brasileiro, conforme visto, aceita essa postura, mas de maneira tímida e setORIZADA (indignidade do credor de alimentos, deserdação do herdeiro necessário e modificação do sobrenome), verificados os seus pressupostos específicos.

Se a responsabilidade, em primeiro lugar, era dos pais e estes não a cumpriram de maneira escorreita, sobre eles deve recair a sanção, afastada a reciprocidade, mas não os direitos do filho que, em sua condição, continuaria a merecer os benefícios que a lei lhe oportuniza. A perda dos efeitos da filiação em duplo sentido (dos filhos para os pais e dos pais para os filhos) continuaria a premiar os pais faltosos, sancionando outra vez o filho que durante a infância e adolescência já sofreu toda sorte de privações, sobretudo de natureza emocional.

A declaração judicial de reconhecimento da irresponsabilidade aliada ao aniquilamento dos efeitos do parentesco em benefício do filho assumiria ares de definitividade – pela coisa julgada – tornando desnecessária a repetição de tais questões ao afastar de maneira genérica todas as suas consequências. A título de exemplo, nas hipóteses

⁴⁴⁴ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo: “Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que a natureza humana nos impila à procriação, mas uma construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista das famílias e sucessões*, n. 5, p. 5-22, ago./set. 2008. p. 7.

em que cabível a arguição de deserdação, a prévia certificação judicial da irresponsabilidade parental esvaziaria a necessidade de que os outros herdeiros ingressassem com ação judicial para afastar o pai faltoso do benefício, excluindo a exigência formal do testamento nos casos em que ocorrido o desamparo dos filhos; da mesma maneira, sobre os alimentos, razoável antecipar os efeitos jurídicos do comportamento faltoso para afastar, de antemão, a obrigação, isentando o potencial devedor de pensionar seus ascendentes omissos. Em qualquer caso, bastaria a juntada da anterior sentença. Nesse último caso, ressalva deve ser encontrada nos casos de extrema penúria e inexistência de outras pessoas obrigadas, funcionando o parentesco como fundamento para o pedido dos alimentos indispensáveis à sobrevivência do ascendente.

A situação, *mutatis mutandis*, é bastante similar àquela ocorrida nos casos de destituição do poder familiar. Para as crianças, mantém-se o parentesco – até que ocorra a adoção da criança – sendo afastada a autoridade daquele que descumpriu os deveres parentais em prejuízo do filho. A persistência da relação jurídica de filiação justifica a prestação de alimentos e, em alguns casos, o estabelecimento de visitas, sobretudo nos casos em que o menor, apesar da conjuntura, sente falta do ascendente.

No caso das crianças e dos adolescentes a determinação judicial da destituição do poder familiar só se impõe se o descumprimento da autoridade prejudica o desenvolvimento físico e psíquico do filho ou, de qualquer modo, afeta seu melhor interesse. O abandono é hipótese que exemplifica de maneira concreta essa realidade. Apesar de descrito como causa para a destituição (art. 1638, II, Código Civil; art. 24, do Estatuto), muitas vezes, na prática, a determinação judicial não acarretará qualquer benefício para a criança servindo apenas para solenizar uma realidade já existente. Os filhos maiores, por óbvio, não mais se sujeitam a proteção especial, remanescendo o descumprimento do dever constitucional como causa para aplicação judicial de sanção aos pais irresponsáveis, não sendo importante se este fato lhes trará efetivamente benefícios.

A partir do estabelecimento formal da filiação alguns efeitos jurídicos se produziram – a criação do estado de pai e filho é um deles –, mas nenhum resultado prático, equivalente ao exigível de uma relação parental, se efetivou. Não se trata de uma retribuição mesquinha “ao mal da ação o mal da repressão”⁴⁴⁵, nem de vingança – pois essa é instintiva, inumana, sem

⁴⁴⁵ Esse aspecto não pode ser valorado pelo Estado por ser uma característica religiosa, moral, em todo caso, metafísica. Nesse sentido, STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: Rodstein, 1947. p. 355.

considerar as peculiaridades do caso concreto – e sim de atribuir efeitos objetivos a uma situação de abandono que na realidade já se concretizou.

Tratar-se-ia de uma sanção civil que independe do dano causado e se faste de qualquer repercussão ressarcitória. Essa penalidade – totalmente diversa da responsabilidade civil em sentido técnico – deve ser aplicada aos pais faltosos e poderia, em alguns casos, ser somada à indenização oriunda de abandono afetivo, com vistas ao desestímulo de condutas socialmente indesejadas e à completude, solidez e credibilidade do sistema normativo familiar.

Sobre as sanções civis é correto afirmar que inexiste, no ordenamento jurídico brasileiro, um tratamento sistemático para o assunto, haja vista a disparidade de hipóteses permissivas⁴⁴⁶. A pouca evolução da matéria pode ser justificada: pela rigidez da separação entre o direito civil e o direito penal que, na era moderna, acompanhou a divisão estanque entre as esferas privada e pública – ao direito penal caberia punir, ao direito civil, ressarcir a vítima, reconstituindo o *status quo ante*⁴⁴⁷; pelo receio de que o uso das penas civis significasse retrocesso na evolução do direito privado, manifestada justamente mediante a efetividade da tutela ressarcitória.⁴⁴⁸

Também denominadas pela doutrina como penas privadas não se confundem com “justiça privada”⁴⁴⁹. Sua aplicação exige a participação do Estado, por meio do devido processo legal (art. 5º, LV da Constituição), e deve atingir o pai faltoso em conformidade com as restrições de preservação dos direitos fundamentais.

De certa forma, ainda hoje, a função punitiva no direito civil encontra-se vinculada à repercussão financeira do dano⁴⁵⁰. As discussões se circunscrevem à investigação sobre a existência de um aspecto punitivo para além do ressarcimento do prejuízo causado, na determinação judicial da indenização. Esse significado restringe a análise da matéria,

⁴⁴⁶ Exemplos de sanções civis podem ser encontrados nos artigos 939 e 940 do Código Civil que reprimem a cobrança de dívida não vencida, já paga ou cobrada a maior; artigos 1336 e 1337, que tratam da sanção pecuniária em condomínio edilício; art. 557 que impõe a revogação da doação nos casos de ingratidão do donatário.

⁴⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 195.

⁴⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 500-503.

⁴⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. p. 15.

⁴⁵⁰ Sobre as indenizações punitivas: “(...) Consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) (...)”. MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. p. 16.

limitando-o à responsabilidade civil, sabido que o sancionamento de condutas indesejadas é esfera muito mais ampla e que complementa a repercussão financeira. Essa ênfase na responsabilidade patrimonial já podia ser encontrada no Direito Romano, sobretudo após a *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), que restringiu a responsabilidade ao patrimônio do ofensor, suprimindo sanções corporais⁴⁵¹.

O Direito Civil não é essencialmente punitivo, mas considerada a sua função de organizar as relações jurídicas do indivíduo na sociedade impõe-se, por vezes, a sanção para o fortalecimento da tutela. Sobretudo o tratamento constitucional das relações privadas enfatiza a importância dos seus bens jurídicos justificando, por vezes, a limitação da autonomia humana, fato que pode ser exemplificado pela responsabilidade parental. A essa preocupação deve corresponder elevado grau de efetividade.

Especialmente no direito de família, seara em que preponderam os interesses de natureza existencial, a tutela não poderia ser apenas ressarcitória. O desapareço à conduta de descaso deve ser ressaltado para o fim de afastar os efeitos da filiação, sabendo-se que, em verdade, a natureza desconstitutiva do provimento judicial terá como pressuposto a declaração de inexistência de vínculo concreto. Dada a preponderância do cuidado como elemento formador da relação familiar, a perpetração do abandono terá impedido a sua construção fática e conseqüente proteção jurídica.

O fundamento constitucional para a defesa desse entendimento pode ser encontrado nos artigos 226, § 7º, 227, *caput* e 229. Com base na efetividade de tais diretrizes como instituidoras de um dever jurídico – cuja inobservância merece reprimenda –, valoriza-se a transformação do conceito e da função da família, a superação do elo genético pelo vínculo concreto de convivência – preenchido pelo cuidado e pelo afeto – e a inserção dos pais e filhos como atores preponderantes desse processo.

Várias normas jurídicas infraconstitucionais, de maneira esparsa e restritiva, já demonstram, claramente, essa diretriz punitiva. A referência constitucional, manifestada pelo respeito à responsabilidade parental serviria para unificar a matéria, evitando aplicação setorializada do direito, e conferiria fundamento às reprovações já previamente estabelecidas, cujo conteúdo atinge aspectos existenciais, patrimoniais e híbridos da convivência. A aparente

⁴⁵¹ “A pena privada podia, pois, definir-se como a sanção a um ato privado, derivada de uma ação intentada por um privado (*actio poenalis*), resultando numa aflição ao réu derivada da imposição de uma diminuição patrimonial imposta com caráter punitivo, e não ressarcitório.” MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. p. 16.

inexistência de norma jurídica para fundamentar a aplicação da sanção deve ser contornada pela eficácia direta das normas constitucionais nas relações particulares e, mesmo que não essenciais para tal fim, o regime da deserção e da indignidade do alimentando podem servir como diretrizes a informar a atuação do juiz, solução para afastar as críticas que lhe poderiam ser dirigidas no sentido de abuso da função “criativa” e consequente usurpação do poder de legislar.⁴⁵² A atribuição de conteúdo, o que inclui as sanções pelo descumprimento, é função do juiz para o deslinde dos casos que envolvem conceitos jurídicos sem definição.

Segundo Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, a aplicação das penas privadas não deve ser fomentada haja vista a falta de sistematização normativa e teórica da matéria, a tendência de despenalização, a efetividade da tutela compensatória e o possível abuso do poder punitivo privado.⁴⁵³

No entanto, mesmo diante de tão respeitáveis ponderações, é necessário ressaltar que a ausência de uma teoria geral pode ser sanada pelo instrumental teórico e prático específico da matéria a ser trabalhada. No caso do direito de família, há princípios e diretrizes básicas que merecem ser respeitados em qualquer caso, sendo questionável a utilidade das generalizações normativas, ou mesmo teóricas, diante da necessidade de uma tutela que se ajuste aos interesses tratados.

Por outro lado, instâncias intrinsecamente punitivas, como o direito penal, não estão abdicando dessa função, mas tão somente modificando a forma de sanção para que estas sejam menos lesivas e mais efetivas.

Enquanto isso, a preponderância da tutela ressarcitória no direito civil não encontra justificativa. A colocação da indenização como única sanção é no mínimo questionável, por não atender adequadamente às necessidades da vida social e confinar o direito civil em uma função estática de equilibrar patrimônios.⁴⁵⁴ Além do mais, a indenização do dano afetivo no direito brasileiro não é assunto pacífico e, uma vez defendida a sua inadequação ou

⁴⁵² Mais informações sobre essa crítica à aplicação direta das normas constitucionais v. SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴⁵³ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 500-503.

⁴⁵⁴ STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: Rodstein, 1947. p. 356. Feita a ressalva de que seu entendimento se refere ao caráter punitivo da responsabilidade civil.

desnecessidade, restaria o abandono parental – fato grave – sem qualquer medida repressiva de natureza civil.

Os abusos na aplicação da sanção, por sua vez, são naturalmente contidos por uma aplicação judicializada, não se confundindo, como visto, a pena privada com a justiça de mão própria.

A punição privada aos pais faltosos se impõe. Cabe ao Estado zelar pela efetividade do art. 227 da Constituição e é perceptível o aumento do número e a evolução do conteúdo das normas que, inspiradas nas mudanças sociais, encampam uma estrutura de responsabilidade que abrange e renova o significado do exercício do direito de filiação. Proporcionalmente, se a efetivação dos deveres parentais assume maior relevância, a tutela jurídica deve ser mais aparente e assumir contornos que superem a simples indenização pelos danos materiais e imateriais causados, tornando visível o fato de que a relação familiar é um processo – de responsabilidade e de solidariedade – cujos efeitos se iniciam na infância e devem ser estendidos por toda a vida, variando apenas os direitos, os deveres e seus titulares, em função do momento e da vulnerabilidade de cada um.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos textos que retratam a evolução da estrutura e da função da família brasileira demonstra que durante a vigência de sua feição patriarcal – preponderante no século XIX – a responsabilidade dos pais – entendida simplesmente como atribuição de tarefas e não em seu sentido jurídico – era cumprida por meio de uma clara divisão de funções por gênero. À mãe cabia a administração dos cuidados pessoais, enquanto sobre o pai recaía o encargo do sustento, à maneira da organização social e jurídica da época. O cuidado era uma obrigação típica do sexo feminino, situação fomentada pela medicalização das famílias ocorrida no Brasil Império. A irresponsabilidade do pai era socialmente aceita e juridicamente ratificada pelo afastamento dos filhos adulterinos e incestuosos, tendo perdurado de maneira quase inabalável enquanto robustecidos os valores referentes ao patrimonialismo.

A modificação da condição social feminina influenciou as políticas públicas e a organização jurídica brasileiras, tendo sido fruto de movimento multifacetado cuja diretriz informativa era o respeito à identidade da mulher. Esse fato, certamente, contribuiu para a criação de fissuras no modelo patriarcal de família. Mas, outros fatores como a liberdade sexual, reprodutiva e a inserção no mercado de trabalho com conseqüente reflexo sobre a economia doméstica, foram essenciais para a mudança do seu perfil, ao mesmo tempo em que outros personagens do contexto familiar passaram a ser considerados como titulares efetivos de direitos. As crianças tornaram-se credoras de uma condição mais digna, reconhecido que o Estado, a sociedade e a família se unem para oferecer-lhes o cumprimento efetivo de seus direitos fundamentais, que variam desde a vida até o acesso ao lazer. Seu aparecimento no cenário público e privado acompanhou o engrandecimento das funções materna e paterna, tendo ocorrido concomitantemente com a pulverização das atividades domésticas. A aproximação do homem ao cotidiano familiar foi gradativa, ao mesmo tempo em que a mãe saía de casa para a realização autônoma de suas escolhas.

Para a maioria das mulheres houve, na verdade, sobrecarga de atividades. Demonstrem essa situação os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ao declararem que seus deveres no interior do lar ainda são muito maiores que o dos homens, em termos comparativos. A assunção de compromissos fora de casa alterou a rotina familiar, mas não foi suficiente para o seu completo afastamento dos afazeres domésticos, fazendo com que a divisão de funções seja muito maior, mas não igualitária. O incremento da condição feminina aliado à tímida e inicial entrada do pai nas atividades da casa fez com que os filhos sofressem

alguns efeitos. A inserção de terceiros – creches, escolas, babás – a quem por vezes se delega funções tipicamente parentais – criação e educação –, contribui, de certa forma, para o afastamento dos pais, assumindo os filhos, então, a condição de vítimas desse processo, alvos potenciais de um duplo abandono, paterno e materno. Por isso, a determinação constitucional de responsabilidade é parental e não simplesmente do pai, como o termo “paternidade” poderia levar a crer. Socialmente, porém, ainda há resquícios muito fortes da atribuição desigual de funções entre o homem e a mulher, o que se percebe, por exemplo, pela reprovação da conduta de abandonar os filhos. A ‘culpa’ sempre é da mãe e nunca do genitor.

A modificação na família se insere no contexto das consequências legadas pela Modernidade, momento histórico que repercutiu pelas mudanças de grande relevo, já que a vida, mais prática e científica, tornou-se, ao mesmo tempo, permeada de grandes indagações sobre o que ainda há para ser descoberto e como tratar os efeitos deletérios que o conhecimento inconsequente impingiu à condição humana. Paralelamente, os novos saberes e os movimentos de inclusão subjetiva, como o feminismo (a reivindicação de direitos pelos homossexuais não foi tratada neste trabalho), forçaram o Direito a tratar de novos conflitos e de “novas” pessoas, mostrando a insuficiência da antiga técnica subsuntiva de aplicação da norma, na medida em que tecida para a simplicidade dos direitos subjetivos frutos das relações patrimoniais. A ciência jurídica adotou um valor personalista determinativo da igualdade material – protetiva dos vulneráveis através de legislações e programas setorializados –, ao mesmo tempo em que impõe a solidariedade, cujo sentido de virtude religiosa foi abandonado, em benefício da inescapável interação social formada por pessoas que devem ter a sua dignidade respeitada. O próprio sentido conferido à responsabilidade foi modificado, já que antes se condicionava ao dever de ressarcimento civil, cujas bases estavam na obrigação de não causar dano a outrem e na reparação aos prejuízos sofridos. A prescrição atual tem seu conteúdo desvinculado da tutela ressarcitória e assume, em benefício do interesse das futuras gerações, uma dimensão prospectiva que determina as condutas necessárias e proporcionais ao seu cumprimento efetivo.

Nas relações parentais a determinação constitucional da responsabilidade se impõe de maneira bastante enfática, servindo de contraponto ao exercício da liberdade sexual e da autonomia reprodutiva, esta última atualmente facilitada pelas técnicas de reprodução assistida. A criação do vínculo de paternidade-maternidade, oriundo da presunção codificada, do reconhecimento voluntário, do elo genético judicialmente declarado ou da afetividade, impõe aos pais a obrigação de que sejam observados os deveres correlatos a essa condição. O princípio da responsabilidade parental, realizada uma interpretação sistemática, encontra

fundamento nos artigos 226, § 7º; 227, *caput* e 229. Sua abrangência é vasta, alcançando o planejamento familiar, o nascimento e a satisfação das necessidades físicas e psíquicas inerentes ao crescimento humano até que seja alcançada a maioridade, momento em que objetivamente se presume a independência e a maturidade necessárias para justificar o afastamento das atribuições parentais.

A responsabilidade dos pais é um conceito jurídico cujos contornos são orientados por outros princípios constitucionais, decidindo o juiz os conflitos porventura existentes. A igualdade determina que sua titularidade recaia identicamente sobre o pai e a mãe, enquanto a solidariedade enfatiza a consideração entre as pessoas, o respeito à dignidade de cada um dos integrantes do núcleo familiar e a concepção de que aquela formação se impõe como reduto de amparo e de cuidado. Sua previsão constitucional se impõe direta e especialmente em benefício das crianças e dos adolescentes, frutos do exercício da autonomia sexual e reprodutiva – ainda que as duas não necessariamente estejam vinculadas. Sobre este último ponto, muitas controvérsias ainda persistem, sobretudo no que concerne às decisões prévias ao nascimento.

A monoparentalidade projetada é tema muito discutido, pois a opção pela maternidade/paternidade faz parte da autonomia individual, ao mesmo tempo em que a convivência familiar exige, em tese, a presença do pai e da mãe para uma formação psíquica completa da criança. Assim, a ponderação entre os interesses exigiria a preservação da autonomia da mãe, conjugada ao aumento de sua responsabilidade diante da necessidade de impedir – ou de amenizar – que a ausência do outro genitor seja lesiva para a criança.

Já o parto anônimo, por coerência com as diretrizes defendidas nessa tese, deve ser repudiado por afrontar o princípio constitucional da responsabilidade, tendo sido louvável a postura do legislador ao arquivar o projeto que objetivava inserir tal procedimento no direito brasileiro. Os alimentos gravídicos, por outro lado, concretizam aquela determinação normativa, na medida em que objetivam garantir um nascimento sadio e exitoso. Essas duas últimas matérias se circunscrevem à gestação e ao nascimento, não tendo sido tratadas de maneira profunda, na medida em que os limites deste trabalho se circunscreveram aos efeitos da responsabilidade após o nascimento da criança.

Diversas normas infraconstitucionais foram criadas a partir de 1988, detalhando a previsão de responsabilidade pela Lei Maior, mas sem exaurir suas potencialidades, fato que justifica sua qualificação como princípio. Há um comprometimento social na efetivação dessas normas, sendo encontrado exemplo nos mutirões para reconhecimento voluntário ou judicial da filiação. No entanto, é no poder familiar que se vislumbra maior minúcia da

matéria, mesmo porque coincidente o seu término com o da responsabilidade jurídica dos pais sobre os filhos.

A filiação contém vasto conteúdo, estando o poder familiar, na contemporaneidade, vocacionado à emancipação do filho pelo incremento de sua autonomia. O cuidado é dever jurídico que imanta o conteúdo da autoridade parental, informando a exercício da guarda, criação, assistência e educação dos filhos. Seus interesses existenciais preponderam, sendo necessária uma reinterpretação constante das normas do Código Civil e do Estatuto (Lei n.º 8069/90). Os efeitos patrimoniais do poder familiar – administração e usufruto dos bens das crianças e adolescentes – devem também ser revisitados e considerados como instrumentos em seu benefício, afastadas as construções teóricas que consideravam o patrimônio no mesmo patamar da pessoa do filho, todos subjugados aos interesses do pai.

No entanto, nem todas as matérias podem ser avaliadas judicialmente, havendo um limite para a intervenção do Estado. A provisão de alimentos, a saúde, o ensino obrigatório, a proibição de maus-tratos físicos e psíquicos, são circunstâncias graves que legitimam a atuação do juiz sobre a vida familiar. No entanto, outros aspectos dela decorrentes são afastados da avaliação pública; o amor e a atenção, por exemplo, são incoercíveis. O padrão de cuidado exigível se estabelece em um nível objetivo de atendimento aos direitos fundamentais, que pressupõe a presença dos pais na vida dos filhos, respeitadas as condições psicológicas e financeiras de cada núcleo. Com veemência deve ser rechaçado o abandono, por se configurar como conduta que confisca o direito ao cumprimento responsável da parentalidade, sendo a este equiparada a presença lesiva, degradante e aviltante à pessoa do filho. O incentivo ao compartilhamento prático das decisões inerentes ao poder familiar – conhecido como guarda compartilhada – e a vedação da alienação parental corporificam aquele rechaço. Em síntese, a responsabilidade parental se afigura como fundamento para a exigibilidade de um conjunto de atitudes baseadas no cuidado, cujo escopo é o cumprimento integral dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Seu campo de abrangência vai desde o momento do planejamento familiar até a maioridade, manifestado o seu atendimento de forma gradual de acordo com as necessidades da criança. Esses graus variam em função do comprometimento parental em favor da formação física e psíquica do menor em desenvolvimento sendo, nesse sentido, privilegiado o aspecto existencial dos interesses do filho. Para tanto, tornam-se exigíveis a presença e o acesso concreto aos pais, vedado o abandono, que pode se manifestar pela completa omissão ou pela exposição lesiva do menor a circunstâncias degradantes e (ou) de descumprimento de sua proteção integral.

O sistema jurídico nacional apresenta algumas sanções para o descumprimento da parentalidade responsável. Algumas só aparentemente são verdadeiras penalidades, eis que em seu âmago são utilizadas para a proteção da pessoa do filho e não para castigar a postura irresponsável dos pais. O reconhecimento forçado da paternidade, a prisão civil decorrente do não pagamento dos alimentos, a suspensão e destituição do poder familiar servem como exemplo dessa assertiva. Assim, somente as sanções penais poderiam ser consideradas como legítimas reprimendas. O ressarcimento civil decorrente do abandono do filho, conhecido como indenização por dano afetivo, é medida bastante adequada e concreta para atual conjuntura de incremento da responsabilidade parental. Em qualquer caso, seja defendida sua natureza ressarcitória ou punitiva, trata-se incontestavelmente de uma resposta estatal em benefício do filho, de natureza econômica, imposta em função da falta pelos pais cometida.

Assim, verdadeira sanção deve ser encontrada na impugnação ao reconhecimento descrita no art. 1614 do Código Civil. A primeira parte do dispositivo permite a conclusão de que existe, no direito brasileiro, proteção jurídica para a liberdade do filho sobre a escolha de não ter pais. O exercício desse direito tem lugar após a maioridade e se manifesta através da exigência de seu consentimento para a realização do ato jurídico do reconhecimento. Do adulto que, durante pelo menos dezoito anos não desfrutou da condição de filho, não se exige manifestação positiva, não sendo requerida para tanto a apresentação de quaisquer fundamentos. De fato, porém, pode ser que o abandono sofrido tenha influenciado a decisão, mas, juridicamente, isso é irrelevante. A segunda parte do artigo tratou dos filhos menores instituindo, aí sim, verdadeira sanção. A estes não se confere de maneira irrestrita o direito de optar pela existência formal da parentalidade. Durante a infância e a adolescência o reconhecimento voluntário da paternidade e da maternidade se afigura, para o direito brasileiro, como verdadeira obrigação jurídica decorrente da responsabilidade. A proteção dos menores prepondera, pois o estabelecimento da filiação franqueia diversos direitos, em incontestável benefício para aqueles que são, por lei, considerados como vulneráveis. O contraponto se estabelece com a permissão de que após a maioridade seja proposta ação para retirar a eficácia do anterior reconhecimento. Nesse ponto, o conteúdo do princípio constitucional da igualdade exerce relevante influência, determinando que a todos os filhos, e não só aos não matrimoniais, seja deferido o direito de impugnar o vínculo familiar, por qualquer forma estabelecido, com o pai ou com a mãe. Sabido que o valor preponderante em termos de filiação não é o biológico, deve-se eleger a responsabilidade como elemento informador da prerrogativa disposta na segunda parte do art. 1614 do Código Civil. A doutrina e os tribunais insistem em interpretá-lo como direito irrestrito de impugnação,

cabendo ao filho maior escolher não ter mais pais. No entanto, a solidariedade que qualifica o sentido das relações familiares não se coaduna com essa prerrogativa absoluta, sendo mais adequado defender que a prova do descumprimento da responsabilidade é que deve justificar o afastamento formal dos pais. Afinal, a parentalidade omissa não merece prosperar, devendo, nesse caso, ser afastados os efeitos jurídicos dela decorrentes.

Os filhos maiores são obrigados a cuidar de seus pais idosos, carentes ou necessitados, sendo esse dever reflexo inexorável da solidariedade familiar. A reciprocidade dos deveres tem base constitucional (art. 229) e se ampara na superação das deficiências e privações que acompanham aqueles que são qualificados como vulneráveis. A impugnação ao reconhecimento, da forma como permitida pelo art. 1614, segunda parte, permite ao filho abandonado afastar-se daquelas obrigações, uma vez extinto o vínculo jurídico que fundamentaria o pedido.

A impugnação do vínculo de filiação após a maioridade possui efeito jurídico grave, desconstituindo os efeitos da parentalidade em sentido amplo, o que termina por ser, abstratamente, também uma sanção para o próprio filho, pois este, mesmo após a maioridade, poderia desfrutar do direito sucessório e à prestação alimentícia se verificada a condição de incapaz. Além disso, uma vez desfeito o parentesco de maneira integral, atingidos seriam não só os pais, mas também todos os outros parentes em linha reta e colateral. Perderia o filho, então, de forma genérica, a sua condição e todas as prerrogativas que nela encontram amparo. É certo que a assunção desse resultado faz parte de sua autonomia, mas a ordem jurídica brasileira deve permitir que outra sanção, menos grave, seja imposta aos pais faltosos sem prejudicar o filho. Em raciocínio próximo ao estabelecido em sede da perda do poder familiar, deve ser defendido que, após a maioridade, possa ser proposta ação judicial cujo objetivo seja a manutenção do vínculo de parentesco seguida do aniquilamento das repercussões jurídicas que oneram o filho em benefício dos pais – cuidado, alimentos e sucessão. A normatividade dos princípios constitucionais permite pleito dessa natureza, uma vez que a irresponsabilidade parental merece ser civilmente sancionada.

O Código Civil e a Lei n.º 8069/90 permitem a perda do poder familiar nos casos de abuso ou lesão aos interesses dos filhos menores. A perda da guarda seguida do afastamento dos deveres de criá-los e educá-los só se justifica em função do enaltecimento de seu melhor interesse, ou seja, a medida é instrumento para proteção do filho e não para punir o pai. Da mesma forma, a aplicação da responsabilidade civil nas relações parentais, apesar de ser uma resposta estatal ao desamparo, não significa exatamente que uma punição será aplicada ao faltoso, primeiro porque há dúvidas sobre a real natureza da indenização e, segundo, a própria

possibilidade jurídica de ressarcir o dano afetivo é alvo de grave discussão doutrinária e jurisprudencial, sabido que o Superior Tribunal de Justiça já afastou a ideia, com base justamente na prestabilidade da perda do poder familiar para os casos de abandono.

Assim, acompanhando o objetivo de algumas normas infraconstitucionais que permitem afastar os efeitos do vínculo em matérias definidas, tais como a indignidade do credor de alimentos, o desamparo praticado pelo herdeiro e a mudança do nome com base na solidez da relação afetiva e da inocuidade do elo biológico, permite-se a imposição, pelo juiz, de uma pena civil motivada pela irresponsabilidade parental. Deve o juiz inovar fundamentadamente a ordem jurídica, criando derivações para o princípio da responsabilidade parental, seja para o fim de verificar outros deveres e efeitos para as hipóteses de sua incidência, como também sanções para o caso de seu descumprimento. A estrutura normativa contemporânea, constitucional e infraconstitucional, deve ser considerada como um marco a partir do qual muitos frutos ainda devem ser colhidos em benefício dos filhos.

Para o fim de sancionar os pais faltosos, a existência de dano não é imprescindível, por se tratar de descumprimento de um dever constitucional. A omissão deve ter sido voluntária – mesmo que não intencional, pelo menos negligente –, sob pena de aplicação desarrazoada da medida.

A falta de regulação normativa genérica apta a fundamentar a aplicação das sanções civis e a inexistência de previsão específica sobre a perda dos efeitos do parentesco nos casos de abandono não merece prosperar por restringir a eficácia constitucional do princípio e impedir que o juiz reconheça uma realidade fática, qual seja, a inexistência de uma relação concreta de família. Inexistente o liame de afetividade, cuja construção se ampara no cuidado, não deve haver produção de efeitos jurídicos benéficos justamente para aquele que, por sua conduta, deu causa a uma referência parental vazia de sentido e conteúdo. Igualmente, a desconfiança sobre sua aparência de “justiça privada” e estatização da vingança não merece ser fomentada, sob pena de enfraquecer a recente evolução do conceito de família que, ao ver modificada a sua função, deve contar com o apoio judicial para constatar a irresponsabilidade e projetar seus efeitos para além da maioria.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGACINSKI, Sylviane. *Política dos sexos*. Tradução de Márcia Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

ALBUQUERQUE, Fabíola dos Santos. Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e do reconhecimento dos filhos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte, 2008.

_____. *Parto anônimo*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

_____. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 24 fev. 2011.

_____. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro: avanços ou retrocessos. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, 01, p. 143-159, dez./jan. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFAIATE, Ana Rita. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

ALMEIDA, Angela Mendes de. Os manuais portugueses de casamento dos séculos XVI e XVII. *Revista Brasileira de História: Família e grupos de convívio*. São Paulo, Anpuh/Marco Zero, vol. 9, n. 17, p. 191-207, set./fev. 1988-1989.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito fundamental à procriação: considerações sobre a maternidade monoparental e função paterna*. 195 f. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

ALMEIDA, Silmara Chinelato e. Bioética e dano pré-natal. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 297-328, 1999.

ALVES, Cristiane Avancini. A conexão entre a autodeterminação e a formação familiar na esteira do princípio da responsabilidade. In: COSTA, Judith M (coord.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALVES, Jones Figueirêdo. Alimentos de pessoas desprovidas de vínculo parental ou de parentes em condições de prestá-los: o discurso inicial do código civil em favor dos alimentos de dignidade ou humanitários. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

ALVES, José Eustáquio Diniz. *Ausência de direitos reprodutivos gera aumento da pobreza*. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

ALVES, Rubem. *Homeschooling*. Disponível em: <<http://www.revistaeducacao.uol.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. The paradoxical notion of human dignity. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Italy: n° 2, p. 151-168, 2001. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno>>. Acesso em: 20 mar. 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 9, p. 3-24, jan./mar., 2002.

BAINHAM, Andrew. *Children: the modern law*. Bristol: Family Law, 2005.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. A reprodução humana como direito fundamental. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; BARBOZA, Heloisa Helena (org.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Novas relações de filiação e paternidade*. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1, 1997, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no código civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85-96.

_____. Já podemos dispensar o pai? *Anais do 4º Encontro de Psicólogos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, novembro, 2003. Disponível em: <<http://www.scribd.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O estatuto da juventude: aspectos jurídicos e políticos. *Revista de direito privado*, São Paulo, n. 22, p. 114-135, abr./jun., 2005.

BARROSO, Luis Roberto *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 225, p. 5-37, jul./set., 2001.

BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica de 1940. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOSCARO, Márcio Antônio. *Direito de filiação*. São Paulo: RT, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

BRASIL. Lei n. 6.015 de 1977. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1003628-DF. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1087163. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 18 de agosto de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 11208. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília, 08 de junho de 1999; Recurso Especial n. 127638. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília, 26 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 220.059-SP. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 220.059-SP. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 401.138-MG. Relator Min. Castro Filho. Brasília, 26 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 401.138-MG. Relator Min. Castro Filho. Brasília, 26 de junho de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 4640-SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 04 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 605.708-RJ. Relator Min. Castro Filho. Brasília, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 66643-SP. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 21 de outubro de 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1203874. Rel. Min. Massami Uyeda. Brasília, 09 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 237553. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 12079. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 16 out. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 7407-DF. Rel. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 24 de abril de 2002. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 21 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 119.866. Rel. Ministro Waldemar Zveiter. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.251.000-MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1046105-SE. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 01 de setembro de 2010. *Diário de Justiça Eletrônica*, Brasília, DF, 16 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1067438-RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 03 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1231119-RS. Rel. Min. Sidnei Beneti. Brasília, 11 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 248.765. Relator Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 256.171. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 259768-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Brasília, 22 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 38856-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília, 21 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757.411. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 765.479. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 833712-RS. Rel. Min. Nancy Andrichi. Brasília, 17 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 83685. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. 4ª Turma. Brasília, 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 278.845-MG. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 20 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

BRASIL. Recurso Especial n. 155.681-PR. Rel. Min. Castro Filho. Brasília, 10 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 292974-SP e Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 292974-SP. Respectivamente: Brasília, 29 de maio de 2001 e 12 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1032846-RS. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrichi. Brasília, 18 de dezembro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônica*, Brasília, DF, 16 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1046105. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrichi. Brasília, 01 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 775565-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 71373-4, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 10 de novembro de 1994. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, DF, n. 165, tomo 3, p. 902-916, set. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 248869-1-SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 07 de agosto de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n. 0138811-54.2010.8.13.0000. Relator Des. Mauro Soares de Freitas. Belo Horizonte, 12 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 21 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n. 70023276330. Relator André Luiz Villarinho. Porto Alegre, 18 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 21 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70016977936. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 01 de novembro de 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação Cível n. 97.001555-0. Apelante D.F. P. representada por T. F. P. Apelado: F. A. L. da C. Relator: Jersey Nunes. Acre, 27 de outubro de 1997. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 336-343, abr. 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20090110114820. Rel. Des. J.J. Costa Carvalho. 2ª Câmara Cível. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0048701-38.2010.8.19.0001. 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Paulo Maurício Pereira. Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 08 jul. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 56.403-0. Apelante: J.C.S. Apelada: J.C.M. representada por sua mãe I. M. Relator: Ronald Accioly. Paraná, 04 de março de 1998. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 755, p. 369-373, set. 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0012369-80.2008.19.0021. Rel. Des. Jesse Torres. Rio de Janeiro, 14 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2008.001.29024. Rel. Des. Ferdinando do Nascimento. Disponível em: <<http://www.tjrj.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70013502331. Rel. Des. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70029315488, Des. Rui Portanova, 8ª Câmara Cível. Porto Alegre, 31 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 256171-RS. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 02 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 38856-RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 21 de junho de 1994. Recurso Especial 79.640-RS. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília 21 de outubro de 1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 44425-SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 21 de março de 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 765479. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 07 de março de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 987987. Rel. Min. Nancy Andrichi. Brasília, 05 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 141689. Relator: Antônio de Pádua Ribeiro, Brasília, 08 de junho de 2000, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, n. 135, 315-319, nov. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 833.712-RS. 3ª Turma. Rel. Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 17 de maio de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 04 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 31 ago. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Petição n. 70011878889. Porto Alegre, 14 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2008.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Guarda conjunta: conceitos, preconceitos e prática no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética e o novo código civil brasileiro*. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

BRUNO, Denise Duarte. Posse do estado de filho. In: *Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte, 3, 2001, Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 461-472.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

- CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1968.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CHINELATO, Silmara Juny de A. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. In: _____ et al. (org.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.
- CHINELATO, Silmara Juny de A. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORRÊA, Marilena. Medicina reprodutiva e desejo de ter filhos. In: GROSSI, Miriam; PORTO, Rozeli; TAMANINI, Marlene. *Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios*. Brasília: Letras Livres, 2003.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir et alii (coord.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1999.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado. Campinas: Romana, 2004.
- DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.
- DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. O direito entre o moderno e o pós-moderno: perspectivas e desafios. In: MAIA, Antônio Cavalcanti et al. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DINIZ, Antônio Carlos. Pós-modernismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINIZ, Débora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. *Cadernos de saúde pública*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em: 21 out. 2008.

DONZELOT, Jacques. *A polícia das famílias*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

EBERLE, Simone. *Mais capacidade, menos autonomia*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 10 jan. 2004.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Scala.

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

_____. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 17, 07-35, abril./jun., 2003.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

_____. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. XVIII.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

FONSECA, Cláudia. Abandono, adoção e anonimato: questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas legais de “parto anônimo”. *Sexualidad, Salud y Sociedad*, n. 1, p. 30-62, ano 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*. Família. São Paulo: Atlas. 2008.

_____. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da *et al.*. *Comentários ao código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense e Fadis, 2005.

_____. Parentalidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga. *Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sérgio de Andréa Ferreira*. De Andréa e Morgado, 2008.

_____. Princípio da paternidade responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n.18, p. 21-41, abr./jun., 2004.

_____. *O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Unesp, 1993.

_____. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 37-55, jan., 1998.

GOMES, Orlando; CARNEIRO, Nelson. *Do reconhecimento dos filhos adulterinos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. vol. III.

_____. *Tratado de direito civil: em comentário ao código civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GOZZO, Débora. “Nascimento anônimo”: em defesa do direito fundamental à vida. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, ano 2, p. 123-137, 2006.

GRINBERG, Keila. *Código civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: novas relações depois das separações, parentesco e autoridade parental. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey-Ibdfam, 2004. p. 657-674.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. ALVIM, Teresa Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1999.

GRZYBOWSKI, Luciana Suárez; WAGNER, Adriana. O envolvimento parental após a separação/divórcio. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v. 23, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/prc>>. Acesso em: 20 ago. 2011.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1990.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HONORÉ, Carl. *Sob pressão: criança nenhuma merece superpais*. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Record, 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Crítica da razão pura e outros textos filosóficos*. Coleção “Os pensadores”. Seleção de Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KUCZKOWSKI, Krzysztof M. Tabagismo durante a gravidez: um problema maior do que se imagina. *Jornal de Pediatria*, vol. 80, n. 1, 2004.

LACERDA, Galeno. *Direito de família: ações de paternidade (casos selecionados)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2003. vol. XXI.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

LEMOS, Inez. Família, modernidade e responsabilidade. *Revista das famílias e sucessões*, n. 12, p. 23-30, out./nov., 2009.

LIMA NETO, Francisco Vieira; CASAGRANDE, Layra Francini Rizzi. *Alimentos no direito de família: aspectos materiais e processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. *Código civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. vol. V.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, p. 133-156, out./nov./dez., 2003.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 12, 5-22, out./nov., 2009.

_____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Princípio da solidariedade familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: *Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2, 1999, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 245-253.

_____. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. *Revista das famílias e sucessões*, n. 5, p. 5-22, ago./set., 2008.

LOYOLA, Maria Andréa. Sexualidade e reprodução. *Physis. Revista de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 1, p. 93-105, 1992.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 27-60.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau *et al.* O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958. tomo IX.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1972.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antonio Augusto Cançado Trindade; Antonio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; PEREIRA, Tânia da Silva. *Ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. _____. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2009.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORI, Maurizio. The morality of assisted reproduction and genetic manipulation. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, 1999. Disponível em: <<http://www.scielosp.org>>. Acesso em: 21 out. 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2003.

NEVES, Rodrigo Santos. O instituto da indignidade e seus aspectos processuais. *Revista de direito privado*, São Paulo, n. 33, ano 9, 290-306, jan./mar., 2008.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NOUR, Soraya. Autonomia. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Luzia Aparecida; FRANÇA JUNIOR, Ivan. Demandas reprodutivas e a assistência às pessoas vivendo com HIV/AIDS: limites e possibilidades no contexto dos serviços de saúde especializados. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 19, suplemento 2, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 21 out. 2008.

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. Pátrio poder e poder familiar – diferenças sociojurídicas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 10, p. 12-30, jul./ago./set., 2001.

PAIS, Maria Santos. Le meilleur intérêt de l'enfant. In: PEREIRA, Tânia da Silva (org.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 537-550.

PANIAGUA, José María Rodríguez. *Moralidad, derechos, valores*. Madrid: Civitas, 2003.

PAULO, Beatrice Marinho. *Novos caminhos de pais e de genitores: questões polêmicas*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Publicado em 11 ago. 2010. Acesso em: 20 mai. 2011.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERARO, Maria Adenir. *Bastardos do império*. São Paulo: Contexto, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias ensambladas e parentalidade socioafetiva – a propósito da sentença do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007. *Revista das famílias e sucessões*, n. 7, p. 88-94, dez./jan., 2009.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez. 2006.

PEREIRA, Sérgio Gisckow. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. vol. 04, p. 391-401.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. O ‘melhor interesse da criança’. In: _____ (org.). *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 1-101.

PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado como valor jurídico. In: _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar: sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado-interdisciplinar*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 639-694.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

_____. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 6 e 7, p. 63-77, 1998-1999.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra, 1986.

PIOVESAN, Flávia. Contexto internacional dos direitos humanos e atuação externa do governo brasileiro e o desafio da convenção interamericana para os direitos sexuais e direitos reprodutivos. In: *Direitos sexuais e reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*. Anais. Rio de Janeiro: Advocaci, 2005.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PYRRHO, Monique; CORNELLI, Gabriele; GARRAFA, Volnei. Dignidad humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto. *Acta bioethica*, Santiago, v. 15, n. 1, p. 65-69, 2009.

RIPERT, Georges; PLANIOL, Marcel. *Tratado elemental de derecho civil*. Tradução de Jose M. Cajica Jr. Cidade do México: Cardenas Editor y Distribuidor, 1983.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia na perspectivados direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 209-240.

_____. Dignidade da pessoa humana (Parte II). In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Considerações sobre a interpretação constitucional. *Revista dos Tribunais*, n. 25, p. 169-185, out./dez., 1998.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Marcos Alves da. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMIONI, Fabiane. Monoparentalidade e tecnologias reprodutivas. In: BUGLIONE, Samantha; VENTURA, Miriam. *Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUSA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Síndrome da alienação parental: da teoria norte-americana à nova lei brasileira. *Psicologia: ciência e profissão*, 31 (2), 2011, 268-283. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 20 set. 2011.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Dano moral por abandono: monetarizando o afeto. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 13, p. 60-74, dez./jan., 2010.

STEARNS, Peter N. *História das relações de gênero*. São Paulo: Contexto, 2007.

STEIN, Thaís Silveira. Questões controvertidas no estabelecimento da paternidade. In: MADALENO, Rolf *et al.*(coord.). *Direito de família e sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

TABET, Gabriela. A inconstitucionalidade da presunção *pater is est*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr./jun., 2005.

TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 4, p. 29-49, jun./jul., 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 33, p. 3-36, jan./mar., 2008.

_____. *Os limites*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. In: *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Eficácia do parentesco socioafetivo. In: *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Por uma nova forma de atribuição da personalidade jurídica ao nascituro: análise do confronto entre a titularidade dos alimentos gravídicos e a polêmica da antecipação terapêutica de parto. In: *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 391-428.

_____. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: _____ (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: 2009. tomo III.

_____. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THURLER, Ana Liési. *Em nome da mãe: o não reconhecimento paterno no Brasil*. Florianópolis: Mulheres, 2009.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1978.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 22-23.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VELOSO, Zeno. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Nos limites da sagrada família, ilegitimidade e casamento no Brasil colonial. In: VAINFAS, Ronaldo (org.). *História e sexualidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005. p. 117-138.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 271, 45-51, jul./set., 1980.

WALLERSTEIN, Judith S., KELLY, Joan B. *Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

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

YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi *et al.* Drogas de abuso e gravidez. *Revista de Psiquiatria Clínica*. São Paulo, n. 35, suplemento 1, 44-47, 2008.

ZOLL, Rainer. *O que é solidariedade hoje*. Tradução de Ulrich Dressel. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2007.