

## *O Afeto e a Dignidade como Centro do Direito de Família: A Inconstitucionalidade da discussão da culpa na separação judicial e a nova parentalidade à luz do Código Civil.*

“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 e de vida” – PIETRO PERLINGIERI.

ROSANA BARBOSA CIPRIANO SIMÃO (\*)

### 1. SUMÁRIO:

Tendo em vista as mudanças sócio-culturais que dão base à superestrutura jurídica, passou-se a centrar as atenções na realização do homem enquanto pessoa, sujeito de direitos, seja em sede de Direito Público, seja em sede de Direito Privado.

Deveras, no Direito de Família, houve grandes mudanças, passando-se de uma sociedade **patriarcal, matrimonializada e hierarquizada** para a valorização do afeto como fundamento de proteção às instituições familiares.

Assume a família seu papel social enquanto sustentáculo e fonte de apoio para a realização de seus integrantes.

Toda a disciplina referente a este ramo do Direito submete-se a esse conjunto de valores inspirado pelos princípios positivados notadamente na Carta Magna pátria.

Há a constitucionalização do Direito Civil sendo certo que o Código Civil deixa de ser diploma e fonte única legislativa para aceitar cotejo com microssistemas que prestigiam a proteção dos direitos de personalidade, especialmente, a dignidade do ser humano.

Nesse novo contexto, questiona-se a praticidade e real necessidade da discussão da culpa em sede de separação judicial litigiosa.

A exposição da esfera íntima dos cônjuges viola seus direitos de personalidade e, por via de consequência, qualquer legislação nesse sentido torna-se flagrantemente inconstitucional.

Com as novas técnicas de reprodução assistida, há toda uma revolução nas regras acerca da parentalidade e as questões referentes à investigação de paternidade devem ser adequadas à busca do Melhor Interesse da Criança para adequar-se à doutrina de proteção integral à pessoa em formação (art. 227 da Constituição da República).

Os operadores do Direito devem estar atentos para dar efetividade aos novos valores que permeiam as relações interpessoais em sede das quais as consequências do desafeto se submetem à apreciação do MINISTÉRIO PÚBLICO e demais aplicadores do Direito de família.

## 2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA (CONSIDERAÇÕES PONTUAIS)

Antigamente, a noção de família estava muito atrelada à idéia de proteção do Estado à união selada entre homem e mulher pelo sacramento do matrimônio em que se vislumbrava, com clareza, objetivos de segurança patrimonial e procriação. Havia forte interferência da Igreja Católica nos assuntos políticos (neste aspecto incluídas diretrizes legislativas e jurídicas) e vice versa.

A noção de propriedade era o eixo das Ciências Jurídicas e, portanto, seus diversos ramos eram pautados pela idéia de circulação de riquezas.

Em sede contratual e obrigacional, destacava-se a livre manifestação de vontade e intervenção mínima do Estado e o Direito de Família era articulado de forma a prevalecer a vontade do homem, eis que chefe da sociedade conjugal.

Nesse sentido, todo o sistema construído de presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), imposição da monogamia (através de técnicas legislativas tais como a criminalização do adultério etc), exercício do pátrio poder, visavam a garantir a segurança das transferências patrimoniais (notadamente em termos de direito sucessório) e exercício da autoridade do varão sobre a pessoa dos filhos e da mulher.

De fato, a filiação oriunda do casamento era tida como legítima (distinguindo-se dos filhos ilegítimos – dentre os quais, os incestuosos e adulterinos) e havia exclusão de outras formas familiares que não a oriunda do matrimônio com várias consequências de cunho sucessório e em termos de proteção do Estado.

Ressalte-se que no Direito Romano existia a idéia do *pater familias*, que tinha direito de vida e de morte sobre as pessoas que integravam a família, sendo certo que a distinção entre filhos (conforme fossem gerados no seio matrimonial ou não) corroborava todo esse panorama de família **patriarcal, matrimonializada e hierarquizada** adotada pelo Direito brasileiro.

Paulatinamente, houve uma mudança de paradigmas, deslocando-se o enfoque jurídico das relações patrimoniais para as pessoais, é dizer, foi-se incorporando no arsenal político e juridicamente organizados, valores metaindividuais, de valorização do ser humano, de busca da realização da pessoa através da proteção de direitos inerentes à personalidade.

O homem (e não a propriedade) é o centro do Direito e, nesse aspecto, todas as circunstâncias necessárias para sua realização pessoal e afirmação como ser humano são enfatizadas.

Na atualidade, a idéia de entidade familiar não está associada, necessariamente, ao casamento e nem este ao mero objetivo de procriação ou

legitimador de relações sexuais geradoras de uma filiação denominada legítima. É viável a existência de casamento sem procriação; procriação sem casamento; relações sexuais sem casamento e até mesmo procriação sem relações sexuais (em razão das inovadoras técnicas de reprodução assistida).

Mudam-se conceitos, paradigmas, objetivos; a família é palco de realização de seus integrantes, sede de manifestação de afetos no qual é protagonista o amor e também gerador de efeitos jurídicos.

Para a efetivação desse novo pensamento, foram sendo incorporadas nos textos legislativos regras programáticas (de conteúdo normativo) garantidoras da proteção dos direitos da personalidade sendo certo que, no Direito pátrio, o ápice desse movimento de positivação dos novos anseios sociais e culturais foi obtido com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 05 de outubro de 1988.

### 3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A Constituição da República de 1988 é um grande marco na democratização e difusão da justiça social no Brasil. Referente Carta Magna positiva os famigerados Direitos Humanos (que, em sede constitucional, adotam a feição de Direitos fundamentais).<sup>(1)</sup>

Verifica-se, portanto, preocupação com a pessoa humana, surgida com as Declarações de Direitos, a partir da necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio do Estado totalitário, e mais, limitando também as relações jurídicas patrimoniais. Tutelam-se, pois, direitos inerentes ao Ser Humano não somente na esfera de Direito Público (proteção da pessoa humana contra arbitrariedades e violações praticadas pelo Estado) como também no âmbito do Direito Privado.

Os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos e Direitos da Personalidade consignados, ou melhor, positivados na Constituição da República. Assim, tem-se que o lugar de referência mediante disposição topográfica de nossa Carta Magna dos Direitos Humanos e Direitos da Personalidade são Título I e II: Princípios Fundamentais e Direitos e Garantias Fundamentais, respectivamente.

O Princípio da **dignidade da pessoa humana** pode ser considerado como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade. Encontra-se expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> É com orgulho que podemos mencionar os claros termos do PREÂMBULO da Constituição da República Federativa do Brasil/88 *ipsis literis*: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>(2)</sup> "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana". art. 1º inc. III da Constituição da República Federativa do Brasil.

como um de seus fundamentos.

Sob a ótica de SÉRGIO RESENDE DE BARROS, "*a dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana*".<sup>(3)</sup>

Deveras, diante de qualquer caso concreto que bata às portas do Poder Judiciário, a interpretação que mais atende aos anseios de justiça é a que melhor realiza a dignidade do ser humano.

Do princípio da dignidade são irradiados os demais princípios também acolhidos em sede constitucional, tais como os princípios da igualdade e liberdade.

Paralelamente, há o fenômeno de criação de microssistemas, inspirados também na proteção dos direitos dos hipossuficientes (tudo como emanção da humanização do Direito) tais como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que se refere à sistemática do Direito de Família, a dicção do art. 226 da Carta Magna é no sentido de garantir à célula básica da sociedade especial proteção do Estado.

Mas, mediante a interpretação sistemática de todas as normas constitucionais, tem-se que referida proteção é devida a todas as formas de intenção familiar (desde que presentes os requisitos legais) e enquanto subsistir o afeto e o apoio recíproco entre os membros da família. Através desse elo, os integrantes da família (seja ela constituída por pais e filhos, somente os cônjuges, um dos cônjuges e o rebento, conviventes, irmãos *etc*) envidam esforços para permitir a realização de cada um como ser humano, reafirmando seus respectivos direitos de personalidade. Cessado esse elemento subjetivo, não mais se justifica a manutenção da disciplina referente à instituição familiar.<sup>(4)</sup>

Tanto assim o é que a orientação do STJ é no sentido de não subsistir a comunicação de bens em caso de separação de fato (ainda que celebrado o matrimônio pelos regimes de comunhão parcial ou universal de bens). Deveras, a despeito de a lei consagrar que a sociedade conjugal só é extinta com a separação judicial, divórcio, morte, nulidade ou anulação do casamento (art. 1571 do CC), com a separação de fato, cessa o afeto, a comunhão plena de vida, pressuposto básico para a configuração familiar (conforme se extrai, inclusive, da inteligência do art. 1511 do novel Código Civil).

Também nesse diapasão é o entendimento do festejado Professor GUILHERME CALMON que, em sede do Curso de Direito Civil oferecido pelo Ministério Público

---

<sup>(3)</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 418.

<sup>(4)</sup> Nesse sentido também se expressa RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, in "*A sexualidade vista pelos tribunais*" - ed. Del Rey, 2001, p. 02 nos seguintes termos: "*A partir da Revolução Industrial, com a redivisão sexual do trabalho, o movimento feminista e o declínio da ideologia patriarcal, os paradigmas norteadores da família começaram a mudar. Ela deixou de ser apenas um núcleo econômico e de reprodução para ser espaço de companheirismo, camaradagem e livre expressão do amor e do afeto*".

do Estado do Rio de Janeiro em convênio com a UERJ, expressou a idéia que da mesma forma que a propriedade atualmente deve cumprir sua função social para ser merecedora da proteção do Estado, também a família deve manter sua finalidade de realização pessoal de seus integrantes, de espaço de livre manifestação do afeto e apoio recíproco, sob pena de não ser reconhecida e protegida como tal. Essa seria, portanto, a “função social” da família, tendo em vista os novos valores vigentes.

### 3.1 – A ARGÜIÇÃO DA CULPA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL – DESNECESSIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Dispõe o art. 1511 do CC: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Valoriza-se o plano existencial e não patrimonial.

Portanto, tendo em vista que o que legitima a especial proteção do Estado à família (art. 226, *caput*, da Constituição da República) é seu aspecto funcional de viabilizar a realização do ser humano e a manifestação autêntica de afeto, é possível concluir que a falta da plena comunhão de vida (que, em última análise, é o próprio amor e afeto), é fator que torna evidente a impossibilidade da vida em comum.

Deveras, mediante interpretação teleológica do art. 1511 do Código Civil em cotejo com o parágrafo único do art. 1573 do Diploma Civil, tem-se que a mera incompatibilidade de gênios pode ser causa de pedir da separação judicial litigiosa.

Nessa linha de raciocínio, a própria inutilidade da discussão da culpa em sede de separação judicial e a exposição desnecessária da intimidade dos cônjuges quando da abordagem de assuntos que tais em sede de procedimentos litigiosos nas Varas de Família leva à conclusão da inconstitucionalidade da análise da culpa nas separações judiciais.

Aliás, quem é o causador da separação ou quem seja o cônjuge culpado é questão que comporta grande dose de subjetivismo do aplicador do direito e, *ipso facto*, discutir tais mazelas em sede de Direito de Família violaria a dignidade da pessoa humana.

A partir de que conceitos e com base em qual ponto de vista pode-se concluir que tal ou qual cônjuge foi o verdadeiro responsável pelo desgaste da relação conjugal e sua conseqüente extinção?

Deve-se refletir acerca desse tema especialmente quando se está diante de um caso concreto (como o que foi submetido à apreciação da signatária) em que o marido ingressou em Juízo pleiteando a separação judicial culposa tendo como causa de pedir a culpa da mulher em razão do que chamou de “atos de infidelidade”, sendo certo que a ré apresentou reconvenção requerendo a separação judicial culposa tendo como causa de pedir a culpa do marido em razão de prévia conduta de desvalorização, desrespeito e rejeição da mulher.

Uma instrução processual em que se pretende formar o livre convencimento motivado tanto do órgão ministerial como do magistrado, no que se refere à culpa de um ou de outro cônjuge pelo término do casamento (e mesmo da união estável) imprescinde da grande exposição da intimidade do casal e, como conseqüência inevitável, da violação de seus respectivos direitos de personalidade, notadamente a dignidade.

Os operadores do Direito, *in casu*, passarão a ser mais que aplicadores da lei para serem erigidos a donos da verdade e juizes da vida privada da pessoa dos cônjuges. Há questões nas quais não se justifica, não se letigima, não é aceitável a intervenção do Estado, mormente quando as conseqüências advindas da decisão jurisdicional (seja em um sentido, seja em outro) tiver poucas repercussões práticas mas são causadoras de transtornos indelévels à vida dos litigantes.

E assim o é porque a declaração da culpa de uma ou de outra parte em nada influirá na partilha de bens, tendo em vista que irá vigorar a sistemática referente ao regime de bens eleito.

Ademais, também revelar-se-á inócua tal discussão no que se refere à guarda dos filhos, tendo em vista que, quanto a este tema vigora, indiscutivelmente, a busca do melhor interesse da criança.

O parágrafo único do art. 1584 do Código Civil incorpora a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente, conforme preconizado pelo art. 227 da Constituição da República e pela sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente para disciplinar a guarda dos filhos quando da separação judicial ou divórcio nos seguintes termos:

“Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, **de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade**, de acordo com o disposto na lei específica”. – *grifo nosso*.

Ademais, na disciplina referente ao uso do sobrenome do outro (conforme disposto no art. 1578 do Código Civil) a conclusão a respeito da culpa tem pouca (senão, nenhuma) relevância, haja vista as amplas exceções consignadas nos incisos.

Por fim, o novo regulamento a respeito da questão dos alimentos devidos ao ex-cônjuge enterrou, definitivamente, a necessidade de discutir-se a culpa, tendo em vista que há expressa previsão da possibilidade da prestação de alimentos ao cônjuge considerado “culpado” conforme faz certa a dicção do art. 1694 e seus parágrafos do Diploma Civil.

A despeito de haver alguns doutrinadores que sustentam a diferenciação entre os alimentos “indispensáveis à subsistência” e os “ideais” sendo, portanto, quanto

a este particular, relevante a verificação da culpa, tem-se que os danos à esfera moral dos cônjuges são incomparavelmente maiores que a necessidade de se averiguar este fato para obter tal consequência.

Portanto, mediante inspiração do Princípio da Razoabilidade que deve nortear o aplicador do Direito e intérprete da Constituição da República, imperioso concluir que a discussão a respeito da culpa de um dos cônjuges em sede de separação judicial (na modalidade sanção) é inconstitucional.

#### 4. A NOVA PARENTALIDADE À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL.

##### 4.1 – A EVOLUÇÃO DA MEDICINA (O DNA E TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA).

Partindo-se de uma abordagem constitucional acerca das questões atinentes à filiação, é importante abordar, *prima facie*, a idéia de plena igualdade dos filhos.

A orientação do nosso Estado Democrático de Direito é no sentido de assegurar o direito ao planejamento familiar e a busca de resguardar o melhor interesse da criança.

Ressalte-se que a doutrina de proteção integral à criança e adolescente vem inculpada, em suas diretrizes básicas, no art. 227 da Constituição da República.

O direito ao livre planejamento familiar encontra-se previsto no par. 7º do art. 226 da Constituição da República nos seguintes termos:

*“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”.*

Verifica-se, pois, que é assegurada a liberdade de livre planejamento familiar vedado, portanto, qualquer tentativa, por parte do Estado, de controle da natalidade (podendo a atividade política nessa seara limitar-se a campanhas de conscientização, de distribuição de preservativos e contraceptivos etc). Nada obstante, referida autonomia reprodutiva dos genitores encontra limitações na necessidade de observância aos princípios e valores constitucionais primordiais, tais como a **paternidade responsável** e respeito à **dignidade da pessoa humana**.

Com efeito, pode-se mencionar, exemplificativamente, que não há amplo direito à realização de abortos, tendo em vista o direito primordial à vida.

Os filhos são pessoas em desenvolvimento a quem se atribuem direitos. O poder familiar implica direitos (exercício da autoridade parental) e deveres tendo em vista que os pais são obrigados a observarem o respeito pelos direitos de personalidade do filho (pessoas em formação), garantindo-se-lhes crescimento saudável com higidez física e mental.

Contemporaneamente, verifica-se que com os avanços da medicina, há possibilidade de o homem interferir em processos naturais de procriação, notadamente em razão das inovadoras técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial e fertilização *in vitro*).

Constrói-se, pois, uma nova parentalidade e, a esse propósito, menciona o art. 1593 do CC que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem” sendo certo que esta “outra origem” diz respeito à filiação oriunda da adoção ou de inseminação ou fertilização heteróloga.

De fato, o casal que não pode conceber (por algum motivo) de forma natural, pode submeter-se às técnicas de reprodução assistida fornecendo seus gametas para a fertilização artificial.

Tratam-se de técnicas sexuadas em que não há o coito mas trabalha-se com os dois gametas (feminino e masculino) - salvo o método (ainda pouco desenvolvido) de clonagem em que utilizar-se-ia técnica assexuada trabalhando-se com apenas um gameta.

A concepção pode ser intra corpórea ou extra corpórea, conforme a fertilização ocorra dentro ou fora do corpo da mulher. A inseminação artificial é intra corpórea eis que é introduzido o espermatozóide no útero feminino e a fertilização *in vitro* é extra corpórea tendo em vista que a fecundação ocorre em laboratório gerando-se o chamado “bebê de proveta”.

Assim é que, mediante interpretação teleológica do art. 1597 do Código Civil, conclui-se que a fertilização artificial pode ser homóloga ou heteróloga conforme se utilize o gameta do respectivo cônjuge ou companheiro ou não, respectivamente.

Com a fecundação de vários óvulos e, por via de consequência, formação de mais de um embrião, surge a problemática dos embriões excedentários (aqueles cujo desenvolvimento não interessa aos fornecedores do material genético). Já se poderia cogitar da existência de vida? Tratar-se-ia de um nascituro cujos direitos são salvaguardados por força de disposição expressa de lei (art. 2º do Código Civil)?

Os médicos que utilizam-se das técnicas em comento, por ora, livram-se da problemática introduzindo o embrião excedentário na mulher nas proximidades da respectiva menstruação para que sejam descartados “naturalmente” mas, em verdade, a problemática continua.

Surgem também outras questões relevantes, tanto em nível de paternidade como de maternidade nos casos em que há participação de terceiros nas gestações de substituição (cessão de útero através da denominada “barriga de aluguel”) disciplinadas pela Resolução nº 1358 de 11/11/1992 do Conselho Federal de Medicina e também fertilização heteróloga.

Pela sistemática do Novo Código Civil, quanto aos filhos havidos do casamento, há a sistemática da paternidade presumida (conforme se depreende dos termos do art. 1597 do Código Civil) e das técnicas de reprodução assistida.



Com relação aos filhos havidos fora do casamento (aí incluídos os filhos advindos da união estável), o reconhecimento pode ser voluntário ou judicial, através das ações de investigação de paternidade.

Conforme se infere dos termos do art. 1597 incs. III e IV do CC, reconhece-se a presunção de paternidade do marido quando a fecundação decorrer do material genético do mesmo. Surgem as problemáticas do ex marido divorciado e da fertilização *post mortem*. Penso que, ainda nestes casos, é mantida a presunção de paternidade.

Outra questão interessante é a de saber se é revogável a autorização fornecida pelo marido para a fertilização heteróloga, haja vista que, conforme os termos do inc. V do art. 1597 do Código Civil, neste caso também há a presunção de paternidade. A solução seria admitir-se a possibilidade de revogação **desde que** manifestada tal retratação pela mesma forma que externada a autorização e também **desde que** feita até a efetiva concepção.

Quanto a este particular, discordo, data vênua, do entendimento do Professor do Instituto de Estudos Jurídicos e Sociais de Cruz Alta Dr. JÉDISON DALTROZO MAIDANA, em seu brilhante artigo sobre "O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética" publicado pela *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 24 ed. Síntese organizada pelo IBDFAM páginas 50/79 em que, a despeito da autorização do marido para a fertilização heteróloga, entende viável a impugnação da paternidade em vista da falta de identidade genética com a criança. Penso que a autorização não revogada do marido para a inseminação heteróloga gera uma presunção **absoluta** de paternidade tendo em vista que não é possível alegar a própria torpeza.<sup>(5)</sup>

Com relação à possibilidade de o filho investigar sua origem, entendo viável esta possibilidade, tendo em vista que o fato de não haver parentesco não significa dizer que não se tem acesso à identidade genética. Mantêm-se a paternidade, *in casu*, juridicamente estabelecida pela sistemática da presunção mas viabiliza-se ao filho o acesso ao conhecimento de sua origem genética (o que, inclusive, poderá ser relevante para solucionar eventuais patologias).

As questões apresentadas são novas e incumbirá ao Ministério Público e aos demais operadores do Direito escrever a história da jurisprudência pátria quanto ao assunto, sempre cômicos da necessidade de busca da equidade e realização dos direitos da personalidade do ser humano.

---

<sup>(5)</sup> Escreve o autor Dr. JÉDISON DALTROZO MAIDANA, in "O Fenômeno da Paternidade Socioafetiva: A Filiação e a Revolução da Genética", publicado pela *Revista Brasileira de Direito de Família* nº 24 ed. Síntese organizada pelo IBDFAM, páginas 50/79, *ipsis literis*: "(...) Já o inciso V solucionou outra questão delicada, que é a da inseminação heteróloga havida com autorização do marido. Mas deixou em aberto aquela havida ao largo dessa autorização. Ocorre também que o Código apenas estabelece a "presunção" da paternidade nesses casos, e, portanto, ainda que haja autorização paterna, sempre será possível ao cônjuge varão, mesmo que tenha autorizado a fecundação heteróloga, impugnar o vínculo parental em vista da falta de identidade genética com a criança."

#### 4.2 - PATERNIDADE REAL (OU BIOLÓGICA) E PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA.

No que se refere à paternidade e maternidade, antes de mais nada imperioso reconhecer que esses dados integram o complexo subjetivo formador da personalidade do indivíduo, razão pela qual revela-se da máxima importância a justa aplicação e interpretação das normas que disciplinam a matéria.

Importante a distinção entre a paternidade/maternidade **biológica**, **socioafetiva** e **jurídica** para melhor entendimento das diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tratam do assunto.

A paternidade **biológica** refere-se ao laço genético que liga a prole aos genitores, aferível através da tipagem do DNA, a **jurídica**, a decorrente do registro civil e a **socioafetiva**, oriunda dos vínculos de afetividade entre as figuras paterna/materna e o(s) filho(s).

O ideal é a coincidência dessa três vertentes em uma dada situação fática em que os fornecedores do material genético exerçam a parentalidade de forma consciente, afetivamente envolvidos no seu mister, conscientes de seus deveres de sustento, alimentação, educação, instrução, apoio à prole (seres humanos em formação física, psicológica, mental e espiritual) constando no respectivo registro civil como pai e mãe, respectivamente.

Mediante essa linha de raciocínio, verifica-se que o modelo puramente genético para identificação da paternidade é insuficiente tendo em vista que esta tem componentes outros que não só uma seqüência de bases químicas (genoma humano codificado).

A Promotora de Justiça do Rio de Janeiro Lúcia Maria Teixeira Ferreira, em sua excelente palestra proferida no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2001, chamou a atenção para um fenômeno de Sacramentalização ou Divinização da perícia médica, tema também abordado pelo autor ROLFF MADALENO em artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 766 - ag. 1999 - pp. 69/87.

Trata-se da chamada "sedução biologista", em que se defende a desconstituição da paternidade, a todo o tempo, por todo o interessado, com o simples fundamento de não haver coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica.

Valoriza-se sobremaneira o exame de DNA e, muitas vezes, desconstituem-se situações fáticas consolidadas pelo tempo e pelo afeto.

Contudo, vozes autorizadas criticam o exame pericial como prova absoluta, exame de DNA esse que, na dicção de SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, "alçado à fórmula milagrosa de resolução de todos os problemas pertinentes à investigação dos vínculos de filiação".

Oportuno mencionar o posicionamento de FACHIN, segundo o qual: "As decisões calçadas no critério biologista da paternidade merecem questionamento. De verdade proibida, a 'voz de sangue' resta reputada o elemento definidor da relação paterno-filial;

*paradoxalmente, resultados injustos, similares àqueles derivados do sistema clássico, serão obtidos, eis que a questão central está no equilíbrio dos critérios de estabelecimento da filiação e não na incontrolada supremacia de um sobre o outro* in "Da Paternidade - Relação Biológica e Afetiva", p. 186.

A paternidade envolve a construção de um amor filial, a criação de ambiente propício para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, cultural e social da pessoa em formação, a educação da prole de forma sadia e em condições de liberdade e dignidade.

Por esse motivo, esclarece, com muita propriedade, o supramencionado autor JEDISON DALTROZO MAIDANA <sup>(6)</sup> : "(...) pai, ou mãe, na complexidade que esses termos comportam, será sempre aquele ou aquela que, desejando ter um filho, acolhem em seu seio o novo ser, providenciando-lhe a criação, o bem estar e os cuidados que o ser humano requer para o seu desenvolvimento e para a construção de sua individualidade e de seu caráter."

Aquele que se dispõe a assumir espontaneamente a paternidade de uma criança, levando ela ou não a sua carga genética, demonstra, por si só, consideração e preocupação com o seu desenvolvimento. Será que posteriormente seria justo, sem a análise de outras circunstâncias, desconsiderar um vínculo dessa grandeza por uma simples divergência genética?"

A esse questionamento, a jurisprudência de nossos tribunais já responde negativamente conforme inovadores julgados que prestigiam a paternidade sócio afetiva por entender que em alguns casos é a que melhor se aproxima da realização do filho como pessoa, como ser humano.

Senão, vejamos:

*"Direito de Família - Impugnação de filiação - Anulação de declaração de paternidade e maternidade em registro de nascimento ocorrido há mais de 50 (cinquenta) anos - Pedido desfalcado de conteúdo moral - Ação de estado - Imprescritibilidade - Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida, e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como 'adoção à brasileira', não é admissível que, passados mais de 50 (cinquenta) anos, venha a autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que não anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia.*

---

<sup>(6)</sup> *Idem*, nota nº 5.

(Apelação Cível nº 8518/1999, 14ª Câmara Cível do TJRJ, Rio de Janeiro, Rel. Des. MAURO NOGUEIRA, J. 13.10.1999, maioria, DOE 27.04.2000, p. 278).

*“Adoção simulada. Anulação do registro de nascimento pleiteada pelo autor da simulação. Invocação da própria torpeza. Segurança das relações jurídicas e prestígio da boa fé. Não pode alegar erro, capaz de ensejar a nulidade do registro de nascimento quem, consciente e voluntariamente, registra como seu filho de outrem. A espontânea atribuição de paternidade a quem não é filho equipara-se à adoção, pelo que não pode ser revogada ao sabor das emoções. Pleitear a nulidade do registro por tal fundamento importa em invocar a própria torpeza, vedado pelo nosso direito. Sentença reformada. Votação unânime. (CLG) (TJERJ - 2ª C. Cível - Apelação Cível nº 1999.001.16242 - Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO - J. 07/12/1999).*

*“Apelação. Anulação de assento de nascimento lavrado em decorrência de “adoção à brasileira”. Paternidade declarada voluntariamente pelo marido a pai biológico das recorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial da “paternidade sócio-afetiva”. Status de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1º, III, da Constituição da República. Recurso desprovido. (TJERJ - 2ª C. Cível - Apelação Cível nº 2004.001.10200 - Rel. Des. JESSÉ TORRES - J. 23/06/2004).”*

## 5. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS SOBRE PATERNIDADE À LUZ DA NOVA ORDEM JURÍDICA.

Tenho por certo que para que seja anulado registro de nascimento por parte do pai registral sob a alegação de que não é o pai biológico, a causa de pedir deve estar assentada em vício de manifestação de vontade, seja erro, dolo, coação, simulação ou fraude para que se viabilize a desconstituição da paternidade previamente externada.

Isso porque, caso o pai registral que efetuara o registro de nascimento de determinada criança tenha prévio o conhecimento de que não é o genitor biológico daquela pessoa quando do registro, estaremos diante da chamada “adoção à

brasileira” e, como tal, é irrevogável, mormente porque a ninguém é dado alegar a própria torpeza. Mantém-se, portanto, a paternidade declarada, ainda que dissociada da verdade genética.

Nesse sentido, em atuação ministerial, tive oportunidade de externar, em sede de ação anulatória de paternidade, o pensamento acima mencionado.

Transcrevo parte da referida manifestação exarada nos autos do processo nº 2002.001.022412-1:

“Inicialmente, cumpre ressaltar que trata-se de ação que versa sobre direito indisponível, qual seja, questão referente à paternidade de menor, item esse integrante dos direitos da personalidade e em relação a qual torna-se incabível qualquer transação entre as partes e/ou reconhecimento da procedência do pedido.

Sendo a questão de ordem pública, imprescindível o desenvolvimento da atividade probatória para regular processamento do feito.

Entende o Ministério Público se objetivasse o autor desconstituir a presunção de paternidade de filho concebido na constância de casamento, tratar-se-ia de negatória de paternidade.

*In casu*, alega o autor a falsidade no registro de nascimento causada por vício de manifestação do consentimento, vale dizer, em razão de dolo por parte da genitora do menor, o autor teria sido induzido em erro para proceder ao reconhecimento da paternidade.

Deveras, trata-se de anulação de registro de nascimento.

Nada obstante, o caso em comento impescinde da prova do alegado vício de vontade pois caso contrário, é dizer, caso tenha o autor procedido ao reconhecimento de paternidade consciente de seu ato e com perfeita compreensão da situação fática, estaremos diante de uma “adoção à brasileira”, irrevogável, portanto, até em razão ao prestígio da paternidade sócio afetiva e em amparo ao princípio de que não é lícita a alegação da própria torpeza (como é orientação jurisprudencial pátria quanto a este particular).

Importante observar que a genitora do menor, em sede de contestação, refuta toda e qualquer ação

dolosa de sua parte, cabendo ao autor arcar com o ônus probatório, ou seja, provar o fato constitutivo de seu direito (art. 333 inc. I do CPC).

Ademais, imperioso observar que a prova pericial trazida ao bojo dos autos foi produzida unilateralmente e extra judicialmente.

Pelo acima exposto, requer o Ministério Público prolação de despacho saneador com fixação dos pontos controvertidos, quais sejam: o autor é ou não pai biológico do menor Gabriel Passos Curi; houve vício de manifestação de vontade (erro ou dolo) quando do reconhecimento de paternidade por parte do autor - bem como o deferimento da produção de provas, protestando o *Parquet*, desde já, pela produção de prova oral, vale dizer, depoimento pessoal das partes e oitiva de testemunhas."

Referido processo mereceu o acolhimento da tese acima desposada, conforme sentença prolatada pelo Juízo conforme os termos a seguir:

**"SENTENÇA proferida no Proc. Nº 2002.001.022412-1 da lavra da Juíza de Direito Mirian T. Castro Neves de Souza Lima na 6ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (29 de setembro de 2004):**

*"Os princípios da boa-fé e da segurança das relações jurídicas garantem ao vínculo jurídico oriundo da paternidade jurídica a mesma estabilidade do vínculo jurídico originário da paternidade biológica.*

Repise-se que inexistindo prova de vício de vontade, o registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida não pode ser anulado porque não há fundamento para a pretensão do autor. A Constituição da República em seu art. 227 parágrafo 6º não cria qualquer supremacia da paternidade biológica em relação à paternidade jurídica.

Não se pode deixar de mencionar que o autor não pode se beneficiar de sua própria torpeza para eximir-se das obrigações decorrentes da espontânea declaração de paternidade por ele feita.

Ademais, tratando-se de direito indisponível, não há como a parte ré concordar com a pretensão do autor.

Diante disso, não comprovado o vício na vontade do autor no momento do reconhecimento da paternidade, o pedido de anulação de registro não pode ser acolhido.

Ante o exposto, **julgo improcedente o pedido** e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono dos réus, que fixo em R\$ 780,00 com base no art. 20 par. 4º do CPC.

P.R.I.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se”.

Estou convencida que a anulatória de paternidade em casos que tais se submete às regras gerais de prescrição e decadência para anulação de atos jurídicos por vício de manifestação de vontade.

Esta, portanto, a melhor sistemática interpretativa dos arts. 1601, 1604 e 1614 do Código Civil.

## 6. AS IMPLICAÇÕES DA BOA FÉ OBJETIVA NA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.

A boa fé objetiva consagrada nos arts. 110 e 113 do novel Código Civil deve ser aplicável não só em sede contratual mas também em Direito de Família, especialmente quando reverte em favor do atendimento do melhor interesse da criança.

O registro e conseqüente perfilhação implica grande ato de responsabilidade. Portanto, é razoável exigir-se a diligência do homem médio e a boa fé objetiva para obtenção de efeitos jurídicos na desconstituição da paternidade registral.

Isso significa dizer que se o interessado tiver desconfianças de que aquele filho não é seu, deve preliminarmente realizar exame de DNA para somente então perfilhá-lo.

Não é tolerável que o pai registral, posteriormente, possa pretender desconstituir a paternidade declarada com dúvidas, após inclusive já consolidada uma situação fática em que a paternidade já se incorporou ao patrimônio moral do filho.

## 7. CONCLUSÃO

A par das mudanças normativas e conseqüentes construções doutrinárias e tendências jurisprudenciais, assiste-se a uma substancial alteração axiológica que influi em toda principiologia que inspira a sistemática jurídica pátria.

Deveras, saímos de um contexto socioeconômico em que as unidades de produção e, como conseqüência, a movimentação patrimonial inspiravam toda

dinâmica jurídica para entrarmos em uma era em que se valoriza a realização da pessoa e reafirmação dos direitos da personalidade. Assim é que o Direito de uma maneira geral e, mais especificamente, o Direito Civil deixa de fincar seu eixo na propriedade para centrar-se no ser humano.

O homem deixa de ser apenas o sujeito de direitos nas relações jurídicas nas quais tradicionalmente os bens de cunho patrimonial integravam o objeto das negociações para ser também a finalidade da tutela jurídica. O bem da vida almejado é a própria higidez física e mental da espécie humana e a proteção de valores meta ou extra patrimoniais é o alvo do ordenamento jurídico.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houve uma definitiva mudança de paradigma jurídico e, se antes o Código Civil assumia papel nuclear, abre-se espaço para a instalação de microsistemas que se permeiam e encontram-se em perfeita harmonia com o fundamento de validade da Carta Magna consistente na realização do ser humano e busca do bem estar social.

Mediante essa diretriz, o princípio da **dignidade da pessoa humana** erige-se como cláusula geral de tutela dos Direitos da Personalidade e encontra-se positivado no inc. III do art. 2º da CR como fundamento da República Federativa do Brasil.

Seus demais consectários, tais como direito à liberdade, igualdade, busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promoção do bem de todos sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação integram as normas programáticas que, conforme o constitucionalista LUIS ROBERTO BARROSO, são dotadas de poder normativo e dirigem-se de forma cogente aos integrantes do Executivo, Legislativo e Judiciário e servem de ferramenta para garantir a efetividade do Direito aos integrantes do Ministério Público.

Da mesma forma em que se fala do papel social da propriedade em sede dos Direitos Reais, da Tutela da Confiança na Teoria dos Negócios Jurídicos do Princípio da Boa Fé Objetiva e seus consectários (dever de probidade, lealdade, honestidade) no Direitos das Obrigações, é mister que se reconheça como também integrante desse fenômeno de humanização das relações jurídicas, o **afeto e amor** como centro do Direito de Família sendo este conteúdo, portanto, mais importante a própria formalidade deste ramo do Direito e fundamento para proteção do Estado às Entidades Familiares.

A família deixa de ser uma mera unidade de produção e procriação para ser palco da realização de seus integrantes através da exteriorização de seus sentimentos de afeto, amor e solidariedade mútua.

## 8. BIBLIOGRAFIA

- 8.1 - FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência* - Ed. Saraiva.



- 8.2 - FUX, Luiz. *Tutela de Urgência e Plano de Saúde* - Ed. Espaço Jurídico Ltda.
- 8.3 - ISHIDA, Valter Kenji. *Direito de Família e sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial* - Ed. Saraiva.
- 8.4 - DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito da Família e o Novo Código Civil* - Ed. Del Rey.
- 8.5 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* - Vol. V - Direito de Família - Ed. Forense.
- 8.6 - VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direito de Família* - Ed. Atlas.
- 8.7 - FUX, Luiz. *Direito Processual Civil* - Ed. Forense.
- 8.8 - *Revistas de Direito de Família* - Organizadas pelo IBDFAM - Ed. Síntese.

---

(\*) ROSANA BARBOSA CIPRIANO SIMÃO é Promotora de Justiça (RJ), Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Antonio de Nebrija - Madri, Professora de Direito Civil na UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), FEMPERJ (Fundação Escola do Ministério Público), nos cursos de Pós Graduação na Universidade Estácio de Sá e na FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

---