

Direito Civil Constitucional

A RESSIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO DOS
INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL
CONTEMPORÂNEO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A pesquisa jurídica tem se desenvolvido intensamente nas últimas décadas. A vetusta imagem do jurista como escritor isolado, construtor de modelos técnicos, inserido em mundo ideal e abstrato, em perspectiva deontológica, dá lugar gradualmente a novas gerações de estudiosos dedicados à construção coletiva e dialógica de uma nova dogmática, haurida da tensão dialética entre os fatos sociais e os comandos normativos. Na esteira de tal processo evolutivo, o direito civil destaca-se pela formidável renovação metodológica e doutrinária levada a cabo, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, por estudiosos atentos às escolhas valorativas que remodelaram o ordenamento brasileiro neste quarto de Século.

Exemplo eloquente de tal renovação é a presente obra, resultado de trabalhos produzidos pelos Grupos de Pesquisa das conceituadas Faculdades de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Federal do Paraná (UFPR), Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Universidade de Fortaleza (UNIFOR). O leitor tem em mãos substancial conjunto de contribuições em torno do eixo temático *Princípios constitucionais e Direito Civil*, cuja variedade e atualidade oferecem amplo panorama da pesquisa jurídica no cenário brasileiro.

Percebe-se, então, a progressiva absorção da metodologia civil-constitucional no ensino jurídico, na jurisprudência e na doutrina, sendo alvissareiro constatar que os princípios e valores constitucionais se encontram cada vez mais presentes na solução dos tormentosos problemas que agitam os tribunais e mobilizam os estudiosos, em busca de uma sociedade justa, isonômica e solidária.

Petrópolis, junho 2014.
Gustavo Tepedino

Coordenação
Científica

Gustavo Tepedino (UERJ)
Luiz Edson Fachin (UFPR)
Paulo Lôbo (UFPE)

A RESSIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO DOS
INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL
CONTEMPORÂNEO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Direito Civil,
Constitucional



Coordenação Científica

Gustavo Tepedino (UERJ)
Luiz Edson Fachin (UFPR)
Paulo Lôbo (UFPE)

Organizadores

Carlos Eduardo Pianovski Ruzik
Eduardo Nunes de Souza
Joyceane Bezerra de Menezes
Marcos Ehrhardt Júnior

Direito Civil Constitucional

A RESSIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO DOS
INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CIVIL
CONTEMPORÂNEO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Alexandre Barbosa da Silva
Alfredo Rangel Ribeiro
Aline de Miranda Valverde Terra
Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira
Antonio dos Reis Júnior
Carlos Eduardo Pianovski Ruzik
Daniel Bucar
Daniele Chaves Teixeira
Daniele Regina Pontes
Demétrius Coelho Souza
Denis Franco Silva
Diogo Rodrigues Manassés
Eduardo Rocha Dias
Fabiana Rodrigues Barletta
Fabiola Albuquerque Lobo
Felipe Frank
Fernanda Nunes Barbosa

Fernando Paes Leme Peyneau Rito
Fernanda Schaefer
Francisco Luciano Lima Rodrigues
Geraldo Frazão de Aquino Júnior
Giovanna Bonilha Milano
Glenda Gonçalves Gondim
Gustavo Henrique Baptista Andrade
Helen Cristina Leite de Lima Orleans
José Barros Correia Junior
Joyceane Bezerra de Menezes
Juliana de Sousa Gomes Lage
Katya Regina Isaguirre-Torres
Luciana Brasileiro
Luciana Fernandes Bertini
Luiz Edson Fachin
Marcos Alberto Rocha Gonçalves
Marcos Alves da Silva
Marcos Ehrhardt Júnior

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas
Maria Carla Moutinho Nery
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Maria Rita Holanda
Pablo Malheiros da Cunha Frota
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira
Paulo Lôbo
Paulo Malin
Rafael Correa
Renata C. Steiner
Renata Vilela Mufredo
Ricardo Lucas Calderon
Rodrigo Eduardo Camargo
Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri
Thais G. Pascoaloto Venturi
Venceslau Tavares Costa Filho
Vitor Almeida



Editora CONCEITO EDITORIAL

Presidente
Salézio Costa

Editores
Orides Mezzaroba
Valdemar P. da Luz

Assistente Editorial
Lourdes Fernandes Silva

Capa e Diagramação
Paulo H. Benczik

Conselho Editorial

André Maia
Adriana Mildart
Aline de C. M. Maia Liberato
Carlos Alberto P. de Castro
Cesar Luiz Pasold
Diego Araujo Campos
Edson Luiz Barbosa
Fauzi Hassan Choukr
Jacinto Coutinho
Jerson Gonçalves C. Junior
João Batista Lazzari
Jonas Machado Ramos

José Antônio Peres Gediel

José Antônio Savaris

Lenio Luiz Streck

Marcelo Alkmim

Martônio Mont'Alverne B. Lima

Michel Mascarenhas

Renata Elaine Silva

Samantha Ribeiro Meyer Pflug

Sérgio Ricardo F. de Aquino

Theodoro Vicente Agostinho

Vicente Barreto

Vladimir Oliveira da Silveira

Wagner Balera

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Cristina G. de Amorim CRB-14/898

D597

Direito Civil Constitucional – A resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências / Organizadores: Carlos Eduardo Pianovski Ruzky; Eduardo Nunes de Souza; Joyceane Bezerra de Menezes; Marcos Ehrhardt Junior - Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.
612p.

ISBN 978-85-7874-385-7

1. Direito Civil-Constitucional 2. Pessoa 3. Propriedade 4. Contrato
I. Ruzky, Carlos Eduardo Pianovski II. Souza, Eduardo Nunes de III. Menezes, Joyceane Bezerra de, Ehrhardt Junior, Marcos (organizadores).

CDU – 347

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.
A violação dos direitos autorais é punível como crime, previsto no Código Penal e na Lei de direitos autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

© Copyright 2014 Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Rua Hipólito Gregório Pereira, 700 – 3º Andar
Canasvieiras – Florianópolis/SC – CEP: 88054-210
Editorial: Fone (48) 3205-1300 – editorial@conceitojur.com.br
Comercial: Fone (48) 3240-1300 – comercial@conceitojur.com.br

www.conceitojur.com.br

APRESENTAÇÃO

A presente coletânea reúne os artigos científicos levados à discussão por ocasião do encontro intitulado *Princípios constitucionais e Direito Civil: reflexão dialógica dos grupos de pesquisa da UFPR, UERJ, UFPE E UNIFOR*, realizado entre os dias 01 e 03 de maio de 2014, no campus da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), sob o apoio institucional desta e financiamento do Programa de Apoio a Evento no País, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Ensino Superior (PAEP/CAPES).

Esse evento teve origem nos encontros anuais dos grupos de pesquisa em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Paraná (UFPR), liderados pelos Professores Doutores Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, respectivamente. No ano de 2013, o grupo de pesquisa da Universidade Federal de Pernambuco, sob a liderança do Professor Doutor Paulo Lôbo, passou a ter parte no evento que, naquele mesmo ano, também envolveu pesquisadores de outras instituições, como a UFAL (Universidade Federal de Alagoas), a UFPE (Universidade Federal da Paraíba) e a Unifor (Universidade de Fortaleza). Ao longo dos anos, os diálogos que foram se travando entre os pesquisadores desses grupos, sob o eixo temático do direito civil constitucional, contribuiu para uma releitura dos institutos tradicionais, denunciando a insuficiência da análise meramente formal-dogmática.

Em virtude da dimensão interinstitucional que tais encontros têm assumido, findaram por expressar o trabalho de uma rede de pesquisadores em Direito, que vem contribuindo para densificar e expandir a metodologia do direito civil constitucional para as diversas regiões em que se estuda o Direito Civil no país, em sede de pós-graduação *stricto sensu*.

Dentre os saldos específicos do evento realizado em 2014, apresenta-se este livro, que conduz quarenta capítulos da lavra dos pesquisadores vinculados aos grupos citados. Em comum, todos oferecem uma releitura dos tradicionais institutos do direito civil sob a lente dos princípios constitucionais, posicionando a pessoa como núcleo axiológico.

Lançamos à comunidade acadêmica a presente coletânea, fazendo votos de uma boa leitura, ao mesmo tempo em que agradecemos o apoio institucional da Unifor, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por

meio do PAEP e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ). Em tempo, informamos que cabe apenas aos autores a responsabilidade sobre o conteúdo de seus respectivos artigos.

*Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Eduardo Nunes de Souza
Joyceane Bezerra de Menezes
Marcos Ehrhardt Júnior*

SUMÁRIO

| | |
|--------------------|---|
| APRESENTAÇÃO | 5 |
|--------------------|---|

1

| | |
|--|----|
| A TUTELA COMPROMISSÓRIA DA CONSTITUIÇÃO NA CORTE SUPREMA | 13 |
|--|----|

Luiz Edson Fachin

2

| | |
|--|----|
| SEGURANÇA JURÍDICA ENTRE OURIÇOS E RAPOSAS | 15 |
|--|----|

Luiz Edson Fachin

3

| | |
|---|----|
| METODOLOGIA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL | 19 |
|---|----|

Paulo Lôbo

1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE PERSONALIDADE

4

| | |
|--|----|
| SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS E JUSFUNDAMENTALIDADE | 31 |
|--|----|

Eduardo Rocha Dias

5

| | |
|--|----|
| A CAPACIDADE DOS INCAPAZES: O DIÁLOGO ENTRE A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO | 51 |
|--|----|

Joyceane Bezerra de Menezes

6

| | |
|---|----|
| O DIREITO À ORTOTANÁSIA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL | 75 |
|---|----|

Maria Carla Moutinho Nery

7

| | |
|---|----|
| BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO..... | 87 |
|---|----|

Renata C. Steiner

8

| | |
|---|-----|
| OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS LIBERDADES COMUNICATIVAS: OS CRITÉRIOS DO LUGAR PÚBLICO E DA PESSOA PÚBLICA | 103 |
|---|-----|

Rodrigo Eduardo Camargo

II

CONSTITUIÇÃO, PESSOA E MERCADO: A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS

9

| | |
|--|-----|
| A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA E A UTILIZAÇÃO ATÉCNICA DOS NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS | 121 |
|--|-----|

*Aline de Miranda Valverde Terra
Helen Cristina Leite de Lima Orleans*

10

| | |
|--|-----|
| A HIPERVULNERABILIDADE NO CONSUMO DE CRÉDITO | 137 |
|--|-----|

Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira

11

| | |
|---|-----|
| A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS URBANOS..... | 151 |
|---|-----|

Demétrius Coelho Souza

12

| | |
|--|-----|
| GLOBALIZAÇÃO, INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO | 173 |
|--|-----|

Geraldo Frazão de Aquino Júnior

13

| | |
|--|-----|
| O FAVOR DEBITORIS E A TENDÊNCIA HISTÓRICA DE FAVORECIMENTO DO DEVEDOR VULNERÁVEL | 187 |
|--|-----|

Gustavo Henrique Baptista Andrade

14

| | |
|---|-----|
| OS NOVOS PARADIGMAS AMBIENTAIS DO DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO | 201 |
|---|-----|

*Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa
Alfredo Rangel Ribeiro*

III

RESPONSABILIDADE CIVIL

15

| | |
|--|-----|
| PRESCRIÇÃO E REPARAÇÃO DO DANO MORAL | 223 |
|--|-----|

*Daniel Bucar
Daniele Chaves Teixeira*

16

| | |
|---|-----|
| DANOS EXTRAPATRIMONIAIS COLETIVOS | 233 |
|---|-----|

*Fernanda Nunes Barbosa
Renata Vilela Multedo*

17

| | |
|---|-----|
| O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A PROTEÇÃO DOS DADOS CLÍNICOS DO PACIENTE | 247 |
|---|-----|

*Fernanda Paes Leme Peyneau Rito
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira*

18

| | |
|--|-----|
| EMPRESAS DE COLETA E ARMAZENAMENTO DE CÉLULAS-TRONCO E PERDA DE UMA CHANCE | 265 |
|--|-----|

Fernanda Schaefer

19

| | |
|--|-----|
| RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS NEGOCIAL E A RESCISÃO IMOTIVADA DOS CONTRATOS DE SEGURO DE VIDA: O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 279 |
|--|-----|

Glenda Gonçalves Gondim

20

| | |
|---|-----|
| RESPONSABILIDADE CIVIL: DESAFIOS E PARÂMETROS DE FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS | 291 |
|---|-----|

Luciana Fernandes Berlini

21

| | |
|---|-----|
| RESPONSABILIDADE CIVIL OU DIREITO DE DANOS? BREVES REFLEXÕES SOBRE A INADEQUAÇÃO DO MODELO TRADICIONAL SOB O PRISMA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL | 303 |
|---|-----|

Marcos Ehrhardt Júnior

22

| | |
|--|-----|
| POSSÍVEIS SENTIDOS PARA A CAUSALIDADE JURÍDICA NA RESPONSABILIDADE POR DANOS | 315 |
|--|-----|

Pablo Malheiros da Cunha Frota

23

| | |
|---|-----|
| RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL: RAZÕES E FUNÇÕES DA DISTINÇÃO | 337 |
|---|-----|

Paulo Nalin

Diogo Rodrigues Manassés

24

| | |
|--|-----|
| A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E POSSÍVEIS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO: A AUTOTUTELA E AS DESPESAS PREVENTIVAS..... | 357 |
|--|-----|

Thais G. Pascoaloto Venturi

IV

DIREITO DAS COISAS

25

| | |
|---|-----|
| A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL SEM REGISTRO: ENSAIO SOBRE UMA REALIDADE A PARTIR DA DIMENSÃO FUNCIONAL DO DIREITO CIVIL..... | 377 |
|---|-----|

Alexandre Barbosa da Silva

26

| | |
|---|-----|
| PROPRIEDADE: A INVENÇÃO DA IRREGULARIDADE | 399 |
|---|-----|

Daniele Regina Pontes

Giovanna Bonilha Milano

27

| | |
|---|-----|
| A AUTONOMIA DA POSSE FRENTE À PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO E A HIPÓTESE DOS PARÁGRAFOS 4º E 5º DO ARTIGO 1.228 DO CÓDIGO CIVIL | 415 |
|---|-----|

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Felipe Frank

V

FAMÍLIA, LIBERDADE E TUTELA CONSTITUCIONAL

28

| | |
|---|-----|
| O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO-PARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO | 437 |
|---|-----|

Antonio dos Reis Júnior

Juliana de Sousa Gomes Lage

Vitor Almeida

29

| | |
|---|-----|
| SOLIDARIEDADE E TUTELA DO IDOSO: O DIREITO AOS ALIMENTOS..... | 453 |
|---|-----|

Denis Franco Silva

Fabiana Rodrigues Barletta

30

| | |
|---|-----|
| A RESPONSABILIDADE DOS PAIS E A PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS | 467 |
|---|-----|

Fabiola Albuquerque Lobo

31

| | |
|---|-----|
| ALIENAÇÃO PARENTAL: "ACERTOS" E "DESACERTOS" SOB A ÓTICA JURÍDICA | 481 |
|---|-----|

José Barros Correia Junior

32

| | |
|---|-----|
| A PROTEÇÃO DA PESSOA NAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS | 495 |
|---|-----|

Luciana Brasileiro

Maria Rita Holanda

33

| | |
|---------------------------------------|-----|
| CÔNJUGE: HERDEIRO DESNECESSÁRIO | 509 |
|---------------------------------------|-----|

Marcos Alves da Silva

34

| | |
|---|-----|
| ABANDONO AFETIVO: REFLEXÕES A PARTIR DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... | 527 |
|---|-----|

Ricardo Lucas Calderon

VI

CONTRATEMPO ENSINO JURÍDICO

35

| | |
|---|-----|
| O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: SEUS EFEITOS SOBRE O DIREITO CIVIL | 547 |
|---|-----|

Francisco Luciano Lima Rodrigues

36

| | |
|---|-----|
| A INTERDISCIPLINARIDADE COMO FORMA DE ANALISAR A COMPLEXIDADE NO ENSINO DO DIREITO CIVIL: A INTERFACE SOCIEDADE/NATUREZA NA PROPRIEDADE RURAL | 563 |
|---|-----|

Katya Regina Isaguirre-Torres

37

| | |
|--|-----|
| FILÓSOFOS DO DIREITO E CIVILISTAS EM COLABORAÇÃO: A SUPERAÇÃO DA VISÃO AGOSTINIANA NO ESTUDO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL | 575 |
|--|-----|

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas
Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri

38

| | |
|--|-----|
| O PROCESSO DE ENSINO COMO DIÁLOGO: UMA VISÃO AUTOGESTACIONAL À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL | 589 |
|--|-----|

Marcos Alberto Rocha Gonçalves
Rafael Correa

39

| | |
|--|-----|
| NÃO MENCIONE O CÓDIGO DE NAPOLEÃO! ANÁLISE CRÍTICA DA PESQUISA NO AMBIENTE DAS PÓS-GRADUAÇÕES EM DIREITO CIVIL | 605 |
|--|-----|

Venceslau Tavares Costa Filho

1

A TUTELA COMPROMISSÓRIA DA CONSTITUIÇÃO NA CORTE SUPREMA

Luiz Edson Fachin¹

Dúvida não há sobre a primazia do debate que reclama tutela efetiva dos direitos, especialmente daqueles consagrados – explícita ou tacitamente – pelo constituinte como fundamentais. Deve ser um imperativo do Estado – e conseqüentemente de suas Cortes Supremas – este comprometimento.

Nada obstante, suscita-se “um mal-estar constitucional” (ao qual a literatura jurídica constitucionalista denomina de *frustração do sentimento constitucional causada principalmente pela insinceridade normativa*) já que o Estado Democrático de Direito não se efetivou em termos substanciais no plano sócio-econômico.

Esse *mal-estar* deve servir de impulso à transformação da função estatal, incluída aí a atuação do Poder Judiciário capitaneada pela Corte Superior – que tem o “poder/dever” de cuidar da máxima efetividade da Constituição.

É justamente neste influxo que se erige o papel das Cortes Supremas no horizonte brasileiro contemporâneo e, conseqüentemente, o nexo da presente reflexão. A aldeia habitada por tais conceitos pode reduzir a defesa da Constituição ao aparato instrumental que, sem prejuízo de sua relevância, arma o texto constitucional positi-

¹ Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR (Universidade Federal do Paraná); Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); pós-doutorado no Canadá pelo Ministério das Relações Exteriores do Canadá; professor convidado de diversas instituições nacionais e estrangeiras; foi procurador do Estado do Paraná; membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional, do IDCC (Instituto de Direito Constitucional e Cidadania), do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), do IAP (Instituto dos Advogados do Paraná); integrou a comissão do Ministério da Justiça sobre a Reforma do Poder Judiciário; colaborou no Senado Federal na preparação do novo Código Civil brasileiro; membro do Instituto de Altos Estudos da FUMG; membro da Associação André Bello de juristas franco-latino-americanos; autor de diversas obras e artigos.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO- PARENTALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Antonio dos Reis Júnior¹
Juliana de Sousa Gomes Lage²
Vitor Almeida³

SUMÁRIO: 1. O estabelecimento da paternidade: entre presunções, certezas e socioafetividade – 2. O princípio da parentalidade responsável e seus efeitos sobre o estabelecimento da filiação-parentalidade – 3. Uma decisão exemplar – 4. Uma decisão para refletir – 5. Considerações finais.

1. O estabelecimento da paternidade: entre presunções, certezas e socioafetividade

A Constituição Federal de 1988 provocou uma verdadeira quebra de paradigma nas questões afetas a família brasileira. Consagrou o texto constitucional a su-

¹ Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Privado Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Atualmente é Professor de Direito Civil na Universidade Cândido Mendes/RJ.

² Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora do Departamento de Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

³ Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor substituto do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor da Pós-Graduação do CEPED-UERJ e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

premiação da dignidade da pessoa humana e a consequente prioridade das relações existenciais sobre as patrimoniais, o que resultou na rejeição de vários institutos do direito de família, especialmente a relação paterno-filial.⁴

Se no passado o estabelecimento da paternidade tinha como resposta uma única afirmação, tendo em vista o estabelecimento de presunções jurídicas para tal questionamento⁵, hoje a resposta pode ser considerada um pouco mais complexa.⁶

Na busca do estabelecimento da paternidade que atenda ao melhor interesse do filho⁷ será necessário a determinação do vínculo paterno filial que promova a melhor forma de desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente e que proteja a dignidade da pessoa do filho que é merecedor de uma tutela especial por ser pessoa em desenvolvimento.

Conforme entendimento de Rose Melo Venceslau podem ser indicados três critérios que servem para o estabelecimento do vínculo de filiação: o jurídico, o biológico e o afetivo, que dependem cada um deles da Ciência que a atem como objeto de estudo.⁸

O vínculo parental "ideal" seria aquele em que uma mesma pessoa fosse determinada pai ou mãe em relação a um filho por sustentar os três critérios de vinculação da filiação. No entanto, as mudanças na forma de viver em família, além do advento das novas tecnologias, especialmente o exame de DNA e as técnicas de reprodução humana assistidas alteraram completamente o panorama, mostrando, não raro, diferentes pessoas exercendo os critérios caracterizadores da filiação simultaneamente, razão pela qual se questiona qual critério deve ser o prevalente.

Tradicionalmente, o vínculo paterno-filial se baseia na presunção prevista no art. 1.597 do Código Civil de que mãe é certa, em virtude da gravidez e do parto e o pai é o marido da mãe. No entanto, o exame de DNA⁹ e as técnicas de reprodução assistida têm relativizado essas presunções, uma vez que se atribui a paternidade nas hipóteses de reprodução assistida heteróloga mesmo se tendo certeza que a origem genética não coincide e sedesura da proeminência das relações de paternidade fundadas no afeto em razão de exames laboratoriais que fornecem a certeza biológica.

O grau de certeza obtido com os exames de DNA acarretou na chamada sacralização da verdade biológica. Contudo, não se pode afirmar que o modelo biológico traduzido pela certeza consanguínea seja suficiente ou eficaz para se atestar a verdadeira parentalidade.¹⁰

Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lobo afirma:

O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filho, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos. Nenhuma legislação até agora editada, nenhuma conclusão da bioética, apontam para atribuir a paternidade ao doador anônimo de sêmen. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação

4 Neste sentido: Gustavo TEPELINO. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional das Relações Familiares. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-416.

5 Ainda subsiste em nosso ordenamento jurídico a mais antiga forma de fixação de paternidade e da maternidade, que se constitui através de presunções, principalmente aquelas assentadas nos brocardos romanos do *mater semper certa est* e *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

6 Neste sentido Rainer Frank afirma: "Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui? Pour un non-juriste la réponse à la question de savoir qui est le père ou la mère d'un enfant est simple: le père est celui qui a conçu l'enfant, la mère est celle qui l'a mis au monde. Pour un juriste de tradition continentale européenne, la réponse est considérablement plus compliquée: le père n'est pas nécessairement le père biologique mais plutôt celui comme étant le père c'est-à-dire soit le mari de la mère soit celui qui a reconnu l'enfant. La mère n'est pas nécessairement la femme qui a mis au monde l'enfant". (Qu'est-ce qu'être un père ou une mère aujourd'hui? In: FULCHIRON, Hugues (Coord.), *Marriage-Confidentialité. Parenté-Parentalité*. Paris: Dalloz, 2009, p. 111). Em tradução livre: "O que significa ser um pai ou uma mãe hoje? Para a resposta de um não-advogado para a questão de quem é o pai ou mãe de uma criança é simples: o pai é aquele que concebeu a criança, a mãe é a que deu à luz. Para um advogado tradição europeia continental, a resposta é consideravelmente mais complicada: o pai não é necessariamente o pai biológico, mas sim o pai, isto é, o marido da mãe é o único que reconheceu a criança. A mãe não é, necessariamente, a mulher que deu à luz a criança".

7 Sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança, v. VENCELAU, Rose Melo. O princípio do melhor interesse da criança. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.), *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 459-494.

8 "Se é o direito que analisa a filiação, tem-se a verdade jurídica. Se é a biologia, tem-se a verdade biológica. Se é a psicologia, tem-se a verdade afetiva". 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. 231.

9 RASKIN, Salmó. A análise do DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades no limiar do século XXI. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.), *Grandes Temas da atualidade de DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 319.

10 Neste sentido, decisão da 3ª Turma do STJ: FAMÍLIA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C.C. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto. - Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigate para que tenha assegurado um direito que lhe é imane, por outro, reíne a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano - tão falho por muitas vezes - livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. Existem, pois, ex-conjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais. - O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o "pai registral" foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. - Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento. - A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1003628/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14 out. 2008)

biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional.¹¹

Desse modo, cresce na doutrina pátria a preocupação com a socioafetividade, advinda da posse de estado de filho¹², agora à luz da hermenêutica construtiva do direito civil, podendo-se sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento¹³, eis que o próprio legislador presumiu a paternidade mesmo nos casos em que é patente o uso de material genético de terceiros.¹⁴

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues defendem que o parentesco socioafetivo é essencialmente um tipo de parentesco funcional e o que determina a vinculação entre familiares é o exercício de determinadas funções, independente de vínculos biológicos, razão pela qual a socioafetividade deve produzir os mesmos efeitos que o parentesco biológico ou civil, tanto na esfera patrimonial quanto na esfera pessoal. E que para tanto, bastaria o reconhecimento da relação socioafetiva em ação declaratória em que deve ser evidenciada através dos requisitos da posse do estado de filho (nome, trato e fama).¹⁵

A busca pelo estabelecimento da paternidade deve atender ao interesse prevalente do filho, uma vez que é crucial e necessário a determinação do vínculo paterno-filial que promova a melhor forma de desenvolvimento de sua personalidade, o que nem sempre coincide com os genitores biológicos. Por isso, há que se entender que a parentalidade deve ser atribuída àquelas pessoas que irão exercer as funções paterna

e materna no desenvolvimento da criança e do adolescente, cumprindo, desse modo, com o princípio do prioritário interesse.

Exatamente por isso, pode-se afirmar em concordância com o disposto pelas referidas autoras que o panorama que determina a fixação dos vínculos parentais na pós modernidade gera dificuldades quando existem conflitos entre eles que só podem ser verificados no caso concreto. Razão pela qual só é possível verificar os critérios de busca da verdade jurídica da filiação que atenda o melhor interesse do filho de forma individual em cada realidade que se apresenta.¹⁶

Certo é que apenas diante da análise do caso concreto é que será possível determinar a vínculo jurídico da parentalidade, uma vez que as diferentes formas de concretização do projeto parental possibilitadas com as técnicas de reprodução assistida e as plúrimas entidades familiares reconhecidas no ordenamento brasileiro impõe uma análise mais detida dos critérios de atribuição da parentalidade à luz do desenho constitucional e da realidade sociocultural.

2. O princípio da parentalidade responsável e seus efeitos sobre o estabelecimento da filiação-parentalidade

O princípio da parentalidade responsável¹⁷, ao lado da dignidade da pessoa humana, funda e informa o direito ao planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988¹⁸. O escopo do exercício da parentalidade

11 LOBO, Paulo Luiz Neto. *Princípio Jurídico da afetividade na filiação*. Disponível em <http://lbdfam.com.br>. Acesso 28 abr. 2011.

12 Conforme demonstram os seguintes enunciados do CJF: Enunciado n. 103: "Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquela decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho"; Enunciado n. 108: "Art. 1.603: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a sócio-afetiva"; e Enunciado n. 256: "Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

13 Nas palavras de Luiz Edson Fachin: "O contido no art. 1.593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens do parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consanguinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica". (In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, n. 19, ano 3, mar/abr. 2003, p. 3).

14 Art. 1.597, inciso V: "havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

15 Ainda afirmam que: "a sentença proferida deve operar efeitos *ex tunc*, retroagindo até o momento da vinculação entre esses familiares, marcado pelo início da convivência em família". TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Eficácia do parentesco socioafetivo. In: *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 187-188.

16 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Eficácia do parentesco socioafetivo, cit., p. 171.

17 Em que pese à expressa menção ao termo "paternidade responsável" no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, deve-se conjugar este dispositivo com o art. 229, o qual atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, razão pela qual se prefere denominar de princípio da parentalidade responsável. Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que "o termo 'paternidade responsável' não abrange o conteúdo material do limite previsto no § 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, porquanto somente se refere à paternidade, como se a maternidade pudesse ser irresponsável. [...] o exame mais aprofundado do próprio dispositivo, aliado a outras normas constitucionais - como, por exemplo, a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres -, permite a conclusão de que o constituinte disse menos do que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante da tradução do termo 'parental responsibility', que, no entanto, possui outra significação no âmbito do direito inglês". Assim, sem o cuidado que se deveria ter no transplante jurídico da noção inglesa para o direito brasileiro, o constituinte empregou o termo paternidade responsável quando na realidade o sentido é de parentalidade responsável. De outro lado, é possível encontrar explicação linguística que justifica o emprego do termo 'paternidade responsável' ao considerar que adotou o plural 'pais' para designar ambos os ascendentes - das linhas paterna e materna -, e, por conseguinte, fez-se alusão a paternidade responsável, enquanto referência derivada. De todo modo, é fundamental que se constate que o termo não se limita ao homem, mas logicamente se refere também à mulher que, desse modo, terá vários deveres decorrentes das consequências e efeitos jurídicos - no campo da filiação - do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais" (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, cit., p. 326-327).

18 Art. 226, § 7º, CRFB/1988: "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".

responsável¹⁹ a partir da livre e consciente decisão sobre a liberdade de procriar²⁰ se assenta na assunção de deveres em relação ao filho a porvir, seja durante a fase gestacional, em que deve se garantir o sadio desenvolvimento *in utero* do nascituro e lhe assegurar condições dignas de existência no futuro, seja a partir do nascimento com vida da pessoa do filho, em que se efetiva, em concreto, os deveres de assistência, criação e educação dos pais em relação aos filhos menores, conforme disposto no art. 229 da Constituição da República.

Nesta perspectiva, leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama que:

[...] a consciência a respeito da paternidade e maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar –, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar a permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência, sem prejuízo logicamente das consequências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta.²¹

Desse modo, deve ser afastada a simplista noção de paternidade responsável como fundamento do estabelecimento do estado de filiação, como se a função deste princípio se destinasse exclusivamente para fins de reconhecimento do vínculo paterno-materno-filial, para entender que “[...] a parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva²². Qualquer tendência de diminuição da potencialidade e *colorido* que o princípio da parentalidade responsável²³ detém atenta à unidade da Constituição,

que, embora o tenha mencionado de forma tímida no art. 226, § 7º, estendeu seu âmbito de aplicação e abrangência se examinado conjuntamente com os artigos 227 e 229 da Lei Maior.

Neste sentido, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio Souza já afirmou que “o princípio da responsabilidade parental, realizada uma interpretação sistemática, encontra fundamento nos artigos 226, § 7º; 227, *caput* (que traz a previsão dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes) e 229 (que institui o dever de cuidado recíproco entre pais e filhos)”²⁴.

A respeito da abrangência e do alcance do princípio da parentalidade responsável, a referida autora entende que sua área de incidência “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”²⁵.

Nesta linha, não há óbice para o entendimento de que o princípio da parentalidade responsável também alcança e, portanto, fundamenta a responsabilidade dos envolvidos no projeto parental de modo a impor deveres em relação ao concebido *in utero* desde o momento da concepção²⁶. Ora, na medida em que o próprio ordenamento jurídico, como já visto, reconhece e tutela a liberdade no campo reprodutivo às pessoas que desejam concretizar o desejo de procriar, deve-se, por outro lado, imputar-lhes deveres em relação ao nascituro, de maneira a assegurar os direitos deste que são merecedores de tutela.²⁷

A parentalidade se constitui mediante ato complexo decorrente do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, sendo que o reconhecimento da paternidade é uma manifestação de vontade que visa a formalização do vínculo, com conteúdo meramente declaratório. Assim, o vínculo jurídico da paternidade não surge com o

19 De acordo com Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, o “princípio da responsabilidade parental, mencionado de forma tímida no art. 226, § 7º da Constituição, expande seu sentido ao ter sua interpretação preenchida pela norma do art. 227, *caput*, que coloca a família como um dos entes devedores de respeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, e pelo art. 229, que impõe o dever recíproco de cuidado para os pais e filhos, a depender da vulnerabilidade de cada um no decorrer da vida e do desenvolvimento da relação parental” (Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. In: *Civiltica*, com - Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2, n. 2, 2013, p. 25. Disponível em: <www.civiltica.com>. Acesso 28 jun. 2013).

20 Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalva que “a parentalidade responsável decorre não apenas do fundamento da vontade da pessoa em se tornar pai ou mãe, mas também pode surgir em razão do risco do exercício da liberdade sexual – ou mesmo reprodutiva no sentido mais estrito – no campo da parentalidade” (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, cit., p. 328-329).

21 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2004, p. 31.

22 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável, cit., p. 30.

23 Ainda que o princípio da paternidade responsável se encontre positivado na ordem constitucional desde 1988, é recente a preocupação da doutrina jurídica, sendo escassos os artigos e textos jurídicos sobre o conteúdo, abrangência e aplicações do referido princípio, salvo honrosas exceções. Dentre elas é possível destacar: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da Paternidade Responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 18, abr./jun., 2004, p. 21-41; Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: FERREIRA, Fernando G. de André; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo: Estudos em homenagem a Sérgio de André Ferreira*. Rio de Janeiro: De André & Morgado, 2009, p. 317-338; e Princípio da Paternidade Responsável. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo TakemiKataoka; Flávio Galdino (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.

927-945; 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; SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio constitucional da paternidade responsável: diretrizes para a interpretação do art. 1614 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 31, 2013, p. 17-39.

24 SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil, cit., p. 5.

25 SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil, cit., p. 5.

26 Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama já expôs: “O desejo de procriar, insito às pessoas em geral, não enfiava apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho” (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, cit., p. 328). Ainda nesta linha, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza afirma que “a responsabilidade parental é postura imposta pela Constituição desde antes do nascimento (art. 226, § 7º) até a maioridade do filho (art. 227 e art. 229), momento em que se presume sua autonomia para a realização de escolhas de natureza existencial e patrimonial” (Princípio constitucional da paternidade responsável, cit., p. 17).

27 Ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor” (Princípio da paternidade responsável, cit., p. 30).

reconhecimento (voluntário ou judicial), que somente tem o condão de declarar sua existência para fins legais, mas pode decorrer da vontade consciente e responsável em se tornar pai ou mãe, bem como pode surgir em razão do risco intrínseco do exercício dos direitos reprodutivos, e que, portanto, terá efeitos no campo da parentalidade. É desta vontade consciente em procriar ou da assunção do risco que se forma o vínculo jurídico da paternidade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que "o princípio da parentalidade responsável fundamenta o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação com base no simples risco, a par de também não excluir a vontade livre e consciente, como fontes geradoras de tais vínculos"²⁸. A parentalidade (maternidade ou paternidade) é, em essência, uma decisão, que pode se dar compartilhadamente (casal heterossexual ou homossexual) ou individualmente - que dará ensejo a constituição de uma família monoparental. Assim, em última instância, tal decisão se escora no princípio da liberdade, o que, por óbvio, implica na assunção da responsabilidade parental.

Sob outra perspectiva, se a parentalidade é, em essência, uma decisão pessoal, individualmente ou em conjugalidade, em relação à vontade de ter filhos (e, assim, fundar uma família), e, mais, quantos filhos e quando serão concebidos, todos estes aspectos contemplados pelo planejamento familiar, é bem verdade, por outro lado, que o exercício irresponsável da liberdade sexual que vier a ocasionar a concepção de um ser humano, impõe a assunção das responsabilidades parentais, que, obviamente, podem ser afastadas por intermédio das ressalvas legais em relação ao aborto²⁹, sem descurar da urgente necessidade de se colocar em pauta o debate sobre a legalização do aborto.³⁰

Tal concepção se encontra prevista no conteúdo do Enunciado n. 570 do CJF, cuja redação é a seguinte: "O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga "a patre" consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira". De acordo com o enunciado, em que pese a presunção de paternidade disposta no

artigo 1.597 do Código Civil contemplar somente os filhos havidos do casamento, tal presunção deve ser estendida ao filho havido em união estável, desde que na hipótese de reprodução assistida heteróloga (art. 1.597, V, CC) o companheiro tenha consentido expressamente.

Isto corrobora com o entendimento que o vínculo de parentalidade-filiação hoje se apresenta como um ato complexo, no qual a constituição se dá com o início da gestação, seja em razão do exercício consciente e responsável do planejamento familiar (através da relação sexual ou recurso às técnicas de reprodução assistida) ou mediante a assunção do risco da liberdade sexual e reprodutiva, sendo que o reconhecimento (voluntário ou judicial) representa somente a formalização.

De fato, os novos arranjos familiares (famílias monoparentais, famílias homossexuais, entre outras) e as novas formas de reprodução humana (reprodução humana homóloga ou heteróloga e o recurso à barriga de aluguel, por exemplo) exigem novos mecanismos de estabelecimento da parentalidade-filiação. Neste diapasão, vincular a constituição do vínculo filial-parental ao exercício do direito ao planejamento familiar, em seu aspecto positivo, ancorado nos princípios da parentalidade responsável e dignidade humana, parece contemplar a preocupação constitucional com o melhor interesse da criança a ser gerada, bem como com a responsabilidade parental disposta nos artigos 227 e 229 da Constituição de 1988.

3. Uma decisão exemplar

Em uma família formada mediante o estabelecimento de união estável, devidamente registrada em cartório civil, foram concebidas duas crianças. A primeira nasceu em 19 de setembro de 2004 e a segunda em 20 de março de 2006. No entanto, o companheiro faleceu em 19 de julho de 2005, isto é, duzentos e trinta e nove dias anteriores ao nascimento da segunda criança³¹. Em razão disso, a segunda filha - representada por sua mãe - pleiteou, perante as Instâncias ordinárias, o reconhecimento da sua filiação em relação ao companheiro falecido de sua mãe. Após a extinção do feito, sem julgamento do mérito, na primeira instância, bem como o não provimento do recurso de apelação no Tribunal de origem, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a matéria, em sede de Recurso Especial, dando-lhe contornos inéditos naquela Corte.³²

De início, a despeito da demanda autodenominar-se como "reconhecimento de paternidade", ajuizada pela filha, autora da ação, em face do pai falecido, a Terceira Turma do Corte Superior conheceu da ação como pretensão declaratória dos efeitos jurídicos previstos no art. 1.597, inciso II, do Código Civil, ao regime da união estável³³, vale dizer, pelo reconhecimento da extensão dos efeitos da presun-

28 Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, cit., p. 329.

29 São hipóteses de aborto não puníveis previstas no ordenamento jurídico brasileiro aquelas decorrentes (i) de ato necessário, por não haver outro meio de salvar vida da gestante, (ii) de gravidez resultante de estupro e (iii) de desenvolvimento de feto anencefalo, na forma do art. 128 do Código Penal e da decisão do STF na ADPF n. 54. Há quem defenda, inclusive, a ampliação do rol permissivo do aborto. Para Anderson Schreiber, embora a decisão do STF no julgamento da ADPF n. 54 se aplique estritamente à anencefalia, "o raciocínio traçado pela Corte pode e deve, contudo, ser estendido a outras situações patológicas que, radicando na mesma característica fundamental da anencefalia, evidenciem o elevado risco de morte do feto antes, durante ou logo após o parto (como ocorre, por exemplo, em certas hipóteses de má-formação óssea). Não há razão para que a interrupção da gravidez nesses casos seja considerada crime, se já não o é na hipótese de anencefalia" (Aborto de feto anencefalo e tutela dos direitos da mulher. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 338).

30 Cf. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

31 Uge sublinhar que nos termos do art. 1.597, II do Código Civil, "presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos [...] nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento".

32 STJ. *REsp* n. 1194059/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Massami Uyeda. Julgado em 11.06.2012.

33 Neste sentido, excerto do voto do Ministro Relator: "o caso dos presentes autos difere da orientação

ção de parentalidade aos filhos nascidos no ambiente familiar informal constituído por união estável.

Ao contrário do que defende parcela da doutrina, o Ministro Relator, acompanhado pelos demais integrantes da Terceira Turma, avançou no sentido de estender os efeitos da presunção de parentalidade para além dos filhos havidos na constância do casamento, fazendo incidir a presunção também nas hipóteses de entidade familiar fundada na união estável entre pessoas³⁴, à motivação de que (i) o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como entidade familiar a união estável de pessoas; (ii) razão pela qual os efeitos do art. 1.597 do Código Civil devem ser aplicados a relações de união estável por meio de interpretação sistemática; (iii) uma vez que, de fato e de direito, a união estável está equiparada ao casamento.

Neste aspecto, o Superior Tribunal de Justiça deu um salto adiante na corrida pela concretização dos valores constitucionais nas relações de direito de família. Primeiro porque desconsiderou uma demanda de parte da doutrina segundo a qual a filiação presumida deveria ser abandonada porque erigida sob os pilares da sociedade aristocrática que presumia a exclusividade sexual e fidelidade conjugal da mulher, em função da proteção especial da família constituída sob o matrimônio³⁵. Segundo porque consagrou, mais uma vez, a aplicação das normas de direito civil segundo a legalidade constitucional, utilizando-se de uma interpretação sistemática e axiológica do ordenamento jurídico considerado globalmente.³⁶

supramencionada, tendo em conta que, apesar de pouco técnica, o que se pretende na presente demanda é o reconhecimento dos efeitos jurídicos previstos no art. 1.597, inciso II, do Código Civil, ao regime de união estável. A propósito, desimporta o *nomen iuris* dado à presente demanda pelos ora recorrentes que a identificaram como 'pedido de homologação de acordo extrajudicial de reconhecimento de paternidade'. Na realidade, cabe, aqui, o velho adágio romano da *manifacitum dato tibi ius* (STJ, REsp nº 1194059/SP, cit., p. 05).

34 "Sendo assim, é mister deixar assente que o ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (at ADPF N. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1.723 do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1.724 do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1.725 do Código Civil). [...] Ora, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, inciso II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável". V. STJ, REsp nº 1194059, cit. pp. 05-06.

35 MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 501, para quem a presunção de paternidade surgiu "da ficção da exclusividade sexual ou fidelidade conjugal", satisfazendo exclusivamente "um interesse social de proteção da família constituída pelo casamento, em detrimento inconciliável da família extrapatrimonial, para cuja entidade familiar como força constitucional a legislação brasileira pressupõe esteja ausente a sinceridade da gestante convivente, cuja mulher, por ser companheira e não esposa, está impedida de registrar seu filho e no cartório indicar o nome do pai da criança". Inclinado a favor do abandono das presunções na filiação, v. VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro de filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 109, ao afirmar que "o direito de família, quanto a esta questão [filiação], não pode continuar sendo o mesmo, baseado em princípios, critérios, presunções e conhecimentos que perderam valor e qualquer sentido diante do fantástico progresso representado por esta nova técnica de comparação de genes (teste de DNA)" (grifos nossos).

36 Nesta direção, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. vol. V. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 323, para quem "equivocou-se o legislador de 2002,

Conquanto tenha razão parcela da doutrina ao apontar os fundamentos pelos quais se originou a norma de presunção de paternidade, calcada na família aristocrática tradicional, com o fito de proteção da família matrimonial, entendida como instituição com valor em si mesma, não se pode negar que a presunção de parentalidade tem o condão de proteger, em última análise, os filhos, cujos interesses não podem se subordinar à vontade do homem sobre o qual recai a dúvida de ser o pai da criança, ou à realização de exame de DNA em todas as hipóteses de nascimento, indiscriminadamente. A presunção de parentalidade, em verdade, relida à luz da legalidade constitucional, existe não em razão da proteção da família matrimonial, mas em função da tutela do melhor interesse da criança, em decorrência direta do livre planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável³⁷, impondo aos pais da criança, desde logo, o *munus* do poder familiar, garantindo à criança, desde a concepção, a satisfação de seus interesses através do exercício da autoridade parental por parte dos pais.

Daí porque a regra da presunção de parentalidade não pode se encerrar nas hipóteses de filhos havidos na constância do casamento, não somente em razão da equivalência constitucional entre a família matrimonial e não matrimonial, mas também porque a sua função não é proteger a família constituída pelo casamento, mas atender ao melhor interesse da criança, que terá, desde logo, ambos os pais vinculados a ela segundo os ditames do poder familiar, atribuindo-lhe a proteção integral³⁸. Sendo assim, se uma pessoa nasce de uma relação familiar, pouco importa se formal ou informal, porque não há hierarquia entre eles, presume-se pai (ou mãe) aquele(a) com o(a) qual a parturiente estabeleceu a comunhão plena de vida, sendo despidido de se os pais têm ou não uma relação de convivência sobre o mesmo tendo³⁹.

no que concerne à filiação, ao reportar-se sempre ao casamento, sem mencionar situações oriundas das relações de fato reconhecidas como União Estável, hoje entidade familiar protegida pelo Estado". Em sentido contrário, entendendo ser legítima a diferenciação entre filhos matrimoniais, que geram presunção de paternidade ao marido da parturiente, e filhos extramatrimoniais, cujo vínculo de filiação paterno depende de reconhecimento espontâneo do pai, v. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 340, nos seguintes termos: "Há, portanto, duas categorias de filhos no sistema jurídico brasileiro, com o elemento discriminatório - razoável e justificável - do casamento. Com efeito, a filiação matrimonial se estabelece fundamentalmente pelo fato jurídico do parto (e do nascimento com vida) da criança relativamente à linha materna e a incidência da presunção legal de paternidade relativamente ao marido da parturiente. A filiação extramatrimonial, por sua vez, também se estabelece pelo parto em relação à linha materna, mas depende do reconhecimento espontâneo ou judicial no que tange à linha paterna - diante da falta de presunção legal a respeito da tal paternidade".

37 "[...] A Constituição, no §7º do artigo 226, menciona os princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana e, no artigo 227, deixa claro e inequívoco que devem ser priorizados os interesses da criança e do adolescente". GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Cuidado e Planejamento Familiar*. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva (Coords.). *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 236.

38 Segundo Heloisa Helena Barbosa, "a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, com cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal" (O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da Filiação no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115).

39 Segundo a doutrina de Rolf Madaleno, "a razão da ausência de presunção de filiação na união estável estaria no

Isto significa afirmar que, à guisa de síntese, o filho havido dentro de um ambiente reconhecidamente familiar, seja ele formal ou informal, atrelado a disciplina da presunção de parentalidade, porque fruto do planejamento familiar, fundado no princípio da paternidade responsável (art. 227, §7º, da CF), cujo escopo visa atender o melhor interesse da criança (art. 227, *caput*, da CF), correspondente ao seu livre desenvolvimento com relação parental definida, de modo a vincular os pais ao *munus* da autoridade parental que devem exercer no melhor interesse dos filhos.

Por tudo isso, merece aplauso a decisão que interpretou o sistema de presunção previsto no art. 1.597 do Código Civil conforme os valores consagrados constitucionalmente, de modo a implicar presunção de parentalidade a toda relação de filiação oriunda de uma relação familiar, seja ela fundada, ou não, no casamento.

4. Uma decisão para refletir

Recepção com euforia por alguns, merece maiores reflexões a decisão do Superior Tribunal de Justiça que confirmou a adoção unilateral de criança pela companheira da mãe biológica, unidas por vínculo de união estável homoafetiva cabalmente demonstrada nos autos, cuja prole foi resultado de reprodução assistida heteróloga, com doador desconhecido e prévia autorização da companheira.⁴⁰

fato de não ser obrigatória a coabitação, logo, não haveria certeza da paternidade" (*Curso de Direito de Família*, cit., p. 500). Em nosso entender, o dever de coabitação não é absoluto nem mesmo na relação matrimonial, razão pela qual não pode ser este o fundamento da presunção de parentalidade. Por outro lado, a ausência de certeza da paternidade ocorrerá em qualquer circunstância, podendo-se falar, no máximo, em juízo de probabilidade.

40 V. STJ, REsp 1281093/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. Publicado em 04.02.2013. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calçado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexiste um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis heteroafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, asexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma - princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo" (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: *Adoção por homossexuais: a família homoafetiva sob o olhar da Psicologia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação

A despeito de utilizar fundamento aparentemente louvável, o precedente parece ter solucionado a questão de modo obtuso, consagrando um instituto que não deveria ser utilizado na hipótese vertente, porque prejudicial ao melhor interesse da criança e conflitante com o princípio do livre planejamento familiar. A decisão ilustrada entendeu legítima a adoção unilateral da criança fruto de reprodução assistida em união estável homoafetiva porque (i) o STF equiparou a união estável heteroafetiva à união estável homoafetiva, (ii) como resultado da aplicação do princípio da igualdade, (iii) bem como se verificou, no caso concreto, o real benefício para a criança, nos moldes do art. 43 do ECA, (iv) não havendo comprometimento no desenvolvimento da criança o fato de ser ela criada e educada por casal homoafetivo, (v) adaptando-se, em última análise, a ordem infraconstitucional aos princípios constitucionais da igualdade e do melhor interesse da criança, inclusive expandindo o rol de pessoas que desejam adotar.

Ocorre que, como explicitado no acórdão, a criança foi gerada através de técnica de reprodução assistida heteróloga, com doador desconhecido (CCV), em circunstâncias nas quais já havia formado o vínculo de união estável com sua companheira, que inclusive acordou previamente com a inseminação, no intuito de concretizar o projeto parental conjugal pelo casal homoafetivo. Isto é, a criança cuja companheira da mãe pretendeu adotar foi fruto do *livre planejamento familiar* de ambas as companheiras, a representar valor constitucional fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável (art. 227, §7º, da CF).

Ora, admitir-se a hipótese de reprodução assistida heteróloga desconsiderando a companheira da parturiente, que acordou previamente com a concepção, como mãe em igualdade de condições, a denotar a necessidade de adoção unilateral na forma do art. 41, §1º, do ECA, é esvaziar o conteúdo do direito constitucional ao livre planejamento familiar, uma vez que a concepção, nos casos de união estável homoafetiva, não implicaria nenhum efeito jurídico de constituição de vínculo de filiação entre a criança e a companheira que participou do planejamento familiar. Do mesmo modo, viola a dignidade da criança, porque não criado o vínculo de solidariedade familiar com a companheira, livrando-a do *munus* da autoridade parental. Ignora, enfim, o princípio da parentalidade responsável, porquanto o prévio planejamento familiar, cujo resultado implica nascimento da criança sem a criação de qualquer vínculo com a companheira da mãe que participou da decisão reprodutiva,

de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extinção dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homossexuais gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heterossexuais. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO.

impõe o reconhecimento jurídico da procriação irresponsável, livre dos encargos impostos pela situação jurídica do poder familiar.

Melhor solução seria aplicar o precedente da própria Corte Superior, comentado no caso analisado no item anterior, segundo o qual as normas do art. 1.597 do Código Civil se aplicam, em igual medida, àquelas relações familiares não matrimoniais, formadas por vínculo de união estável. Sendo assim, como o próprio acórdão em análise admitiu, não havendo distinção entre união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva, aplicada será, na mesma proporção, a regra da presunção de parentalidade à(o) companheira(o) da mãe parturiente.

Na espécie, cuida-se de filho havido na constância de união estável homoafetiva, fruto do livre planejamento familiar, com a prévia autorização da companheira da mãe parturiente para a realização da reprodução assistida, em laboratório, por inseminação heteróloga, de modo a incidir o disposto no art. 1.597, V, do Código Civil⁴¹. Daí porque deveria ser considerada mãe, desde a concepção, e por presunção legal, a companheira da mãe parturiente, fazendo-se incidir, desde já, os direitos e, sobretudo, os deveres decorrentes do exercício da autoridade parental. Entender deste modo é consagrar o direito constitucional do livre planejamento familiar, calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, atendendo, igualmente, ao princípio do melhor interesse da criança, pois o vínculo de filiação criado desde a concepção atribui à criança a maior gama possível de cuidado⁴², em ambos os sentidos, pessoal e patrimonial, impedindo, por outro lado, a fuga daqueles que, não se considerando pai ou mãe, na dissolução do casamento ou união estável, tentam se imiscuir dos deveres decorrentes da autoridade parental. Se observada a questão do ponto de vista da criança, não há solução que, juridicamente, atribua maiores vantagens a ela, concluindo-se, invariavelmente, pelo respeito ao seu melhor interesse, como se deve perseguir sempre, na forma do art. 227, *caput*, da CF.

É em razão disso que consideramos a decisão, aparentemente vanguardista, um passo atrás na concretização dos valores constitucionais no Direito de Família, uma vez que o recurso à reprodução assistida heteróloga, como expressão do aspecto positivo do livre planejamento familiar, seja no meio de uma família matrimonial ou extramatrimonial, heteroafetiva ou homoafetiva, deve criar vínculo de filiação com o cônjuge ou companheiro(a) na forma do disposto no art. 1.597 do CC/02, por presunção, como medida que atende, em mais alto grau, o princípio constitucional do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e da parentalidade

41 "Presumem-se concebidos na constância do casamento: V - os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido".

42 Sobre o valor jurídico do cuidado na filiação, sustenta Guilherme Calmon Nogueira da Gama que "as limitações quanto ao direito ao planejamento familiar são dignidade da pessoa humana, a parentalidade responsável e o melhor interesse da futura criança, o que implica a assertiva de que o direito à reprodução assistida não pode ser considerado sendo dentro do contexto acidentadamente solidária e humanista do Direito de Família e, portanto, vinculado ao valor jurídico do cuidado, devendo ser avaliado previamente" (*Cuidado e planejamento familiar*, cit., p. 237).

responsável. Aceitar a tese da adoção⁴³ unilateral do filho da companheira, gerado por decisão livre do casal em união estável homoafetiva, não representa a concretização do princípio da igualdade, como faz crer os fundamentos da decisão, mas parece consagrar o *discrimen* injustificado, com a inobservância da proteção integral da criança, dando azo a decisões de planejamento familiar calcadas na irresponsabilidade parental.

5. Considerações finais

A disciplina jurídica das relações familiares interpretadas à luz da legalidade constitucional impõe o reconhecimento de formas múltiplas de estabelecimento da relação de parentalidade a denotar ato complexo individuado conforme a realidade do caso concreto. Entre o vínculo jurídico (presunção), biológico (consanguíneo) e psicológico (socioafetivo) relevante será aquele que, no exame da realidade concreta, mostrar-se mais adequado ao cumprimento dos princípios consagrados na Constituição de 1988, notadamente, a dignidade da pessoa humana, a parentalidade responsável e o melhor interesse da criança, respeitada a garantia do livre planejamento familiar.

Com a sedimentação do caráter meramente exemplificativo do rol do art. 226 da Constituição de 1988, que não encerra qualquer espécie de *numerus clausus*⁴⁴, é vibrante o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares. Embora cada entidade familiar demande uma regulamentação específica que atenda as suas peculiaridades, é preciso que o intérprete - ante o silêncio do legislador ordinário em regulamentar tais famílias - equalize as questões já postas pela realidade social, optando pela solução do caso concreto que melhor contemple os princípios constitucionais em jogo. No campo do direito de filiação, a doutrina e jurisprudência ainda permanecem atados ao discurso de preponderância do casamento em detrimento das demais formas de constituição de famílias.

A atual disciplina de presunção de paternidade, prevista no artigo 1.597 do Código Civil, em que pese às imprecisões técnicas, ainda guarda utilidade no sentido de facilitar o reconhecimento voluntário de crianças, embora haja vezes que identifiquem sua inconstitucionalidade⁴⁵. A interpretação do referido dispositivo à luz dos

43 Como se sabe, o vínculo de parentalidade oriundo da adoção se constitui com a sentença judicial, na forma do art. 47, *caput*, do ECA, enquanto que o vínculo decorrente da presunção se constitui, em nosso entender, com a gravidez, seja conscientemente planejada ou cujos riscos foram assumidos com o exercício irresponsável da liberdade sexual, e que seja formalizado com o reconhecimento (voluntário ou judicial). Assim, permitir que a presunção de paternidade seja aplicada aos companheiros em união heterossexual ou homossexual implica o entendimento de que o planejamento familiar é direito de todo cidadão (art. 1º, Lei 9.263/96), além de facilitar o reconhecimento da criança pela via voluntária, ao invés de forçar o recurso à instância judicial.

44 Sobre a não-taxatividade do rol de entidades familiares na Constituição remete-se a Luiz Paulo Netto Lôbo. *Entidades Familiares Constitucionalizadas*. Para além do *numerus clausus*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord.) *Família e Cidadania* - Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 89-107.

45 Cf. Gabriela Tabet. A inconstitucionalidade da presunção pater is est. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 6, v. 22, abr./jun., 2005, pp. 71-95.

artigos 226, § 7º e 227 da Constituição da República de 1988 permite sustentar que ele funciona como mecanismo jurídico de atribuição da parentalidade, assentado na presunção a casais que conjuntamente participaram do projeto parental, independentemente do meio empregado - se relação sexual ou recurso à reprodução assistida - e da estrutura familiar adotada, se fundada em união formal ou informal, heterossexual ou homossexual.

Na busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se perseguir no caso concreto qual o critério de atribuição da parentalidade será preponderante, se o jurídico, biológico ou socioafetivo. No entanto, a disciplina da presunção de parentalidade, hoje, encontra sentido somente se se admitir que pais são aqueles que desde o início participaram conjuntamente do projeto parental, assumindo responsabilidades e consentindo com o uso de material genético ou útero de terceiros, de modo a garantir o livre planejamento familiar, fundado na parentalidade responsável e dignidade da pessoa humana.

29

SOLIDARIEDADE E TUTELA DO IDOSO: O DIREITO AOS ALIMENTOS

Denis Franco Silva¹
Fabiana Rodrigues Barletta²

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A família nuclear e seus reflexos em relações intergeracionais – 3. Da fraternidade à solidariedade – 4. Solidariedade e deveres alimentares para com o idoso – 5. Conclusão.

1. Introdução

Há direitos de ordem patrimonial que funcionam como instrumentos para a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, pois estão intimamente ligados a seu pleno desenvolvimento³. Tais direitos possibilitam a satisfação de indigências sem as quais não é possível existir⁴.

A própria metodologia do Direito Civil-Constitucional, que aponta para a primazia do *ser* sobre o *ter* não separa essas duas esferas dicotomicamente. Muitas vezes, para *ser* (estar vivo) é necessário, antes, *ter*. Alguns imperativos de índole material

1 Mestre em Direito Civil pela UFMG, Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, Pós-Doutorado na Università degli Studi di Camerino, Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF.

2 Mestre em Direito Civil pela UERJ, Doutora em Teoria do Estado pela PUC-Rio, Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

3 O desenvolvimento da pessoa de idade longa consiste no caminhar, em patamar de dignidade, para a finitude.

4 Cf. assinala SCRIBEIR, Anderson. *Direito civil e constituição*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013, p. 21: “Não há, como se vê, segregação, mas funcionalização do *ter* ao *ser*. Uma rígida distinção entre relações jurídicas patrimoniais e relações jurídicas existenciais seria, em primeiro lugar, impossível. Como aspecto da vida social, o patrimônio está direta ou indiretamente envolvido na imensa maioria das relações privadas. A relação de paternidade, por exemplo, impõe, a um só tempo, deveres existenciais (criação, educação etc.) e patrimoniais (alimentos, sucessão etc.).”