

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**SAMUEL ROSA DE FREITAS**

**APONTAMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DO  
ART. 1.601 DO CC 2002 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**Juiz de Fora - MG  
JANEIRO/2014**

**SAMUEL ROSA DE FREITAS**

**APONTAMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DO  
ART. 1.601 DO CC 2002 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dra. Kelly Cristine Baião Sampaio

**JUIZ DE FORA - MG**

**JANEIRO/2014**

**SAMUEL ROSA DE FREITAS**

**APONTAMENTOS PARA UMA COMPREENSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DO  
ART. 1.601 DO CC 2002 NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação da Prof<sup>a</sup> Dra. Kelly Cristine Baião Sampaio

Aprovada em \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Kelly Cristina Baião Sampaio  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof<sup>a</sup> Flávia Lovisi Procópio de Souza  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof Felipe Guerra David Reis  
Universidade Federal de Juiz de Fora

## RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de interpretar sistematicamente o direito de negar a paternidade, garantido de maneira imprescritível no artigo 1.601 do Código Civil de 2002. A interpretação sistemática referida diz respeito à utilização obrigatória da Constituição Federal de 1988 na aplicação dos comandos normativos infraconstitucionais. Para tanto, é demonstrado que a sociedade se encontra em constante transformação, sendo impossível para o legislador prever todas as situações fáticas possíveis e, ainda que previstas, a mutação social muitas vezes não é acompanhada pelas leis concernentes, sendo necessária a busca em outras fontes a fim de se chegar a uma solução mais justa e adequada. Objetiva-se também mostrar que a proteção especial para determinados grupos, em especial as crianças e adolescentes, constitui maneira de se garantir a igualdade, e, se tal não ocorre, fatalmente provocará danos irreversíveis na vida destas pessoas.

Palavras-chaves: Negatória de Paternidade. Paternidade Sócio Afetiva. Integral Proteção. Convivência Familiar. Aspectos Psicológicos. Afeto.

## **ABSTRACT**

The present work aims to systematically interpret the right to deny paternity, guaranteed in Article 1.601 imprescriptible way the Civil Code of 2002. The systematic interpretation that relates to the mandatory use of the Federal Constitution of 1988 in the application of legal standards *infra*. Therefore, it is shown that the company is constantly changing, making it impossible for the legislature to provide all possible factual situations, and even provided the social change is often not accompanied by the laws concerning the search being required elsewhere in order to reach a just and appropriate remedy. Objective is also to show that special protection for certain groups, especially children and adolescents, is way to ensure equality, and if this does not occur, inevitably cause irreversible damage to the life of these people.

Keywords: negatoria Parenthood. Parenting Partner Affective. Full Protection. Family coexistence . Psychological Aspects, Affection.

## SUMÁRIO

1...INTRODUÇÃO.....	7
2...UMA DECISÃO EXEMPLAR.....	8
3...ANÁLISE DE DIPLOMAS CIVIS: ART. 1.601; INSTITUTOS; ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS E PSICOLÓGICOS.....	10
3.1.ART. 1.601 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E SEU CORRESPONDENTE NO ANTIGO DIPLOMA CIVILISTA.....	11
3.2.CARACTERÍSTICA DA FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 2002.....	13
3.3.ANÁLISE ANTROPOLÓGICA DOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002.....	13
3.4.ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA RELAÇÃO INTERPESSOAL ENTRE PAI E FILHO.....	16
4...DA PROTEÇÃO ASSEGURADA PELA CF 88 À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	20
4.1.DO PARENTESCO SOCIO AFETIVO.....	21
5...DA NOVA LEITURA DO ART. 1.601.....	23
6...CONCLUSÃO.....	24
.....BIBLIOGRAFIA.....	26

## 1-INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de analisar a aplicação do artigo 1.601<sup>1</sup> do Código Civil de 2002, à luz de preceitos e interpretações constitucionais. Trata-se do direito de se negar a paternidade de forma imprescritível, pelo que dispõe o códex civilista. Entretanto, deparamos com influência direta na esfera de crianças e adolescentes para os quais o ordenamento reconhece a necessária proteção integral, em texto expresso na Constituição Federal de 1988, razão pela qual, a aplicação literal do que diz o artigo 1.601, pode não se adequar ao comando da Carta Magna. Nesse sentido há a necessidade de se ponderar nos casos envolvendo tais questões.

No primeiro capítulo, trataremos de um caso concreto recentemente decidido pelo STJ envolvendo o direito de negatória de paternidade. A escolha deste julgado se deu primeiramente por ser um julgamento de um tribunal superior, o que demonstra ser um forte precedente quanto à tendência de se julgar estes casos. Outro motivo, para tal opção, foi que as instâncias inferiores de primeiro e segundo grau decidiram em desconformidade com o STJ, o que serve para mostrar o dinamismo da sociedade, bem como a necessidade de adaptação por parte dos profissionais da área do direito.

No segundo capítulo, será feito um estudo de alguns institutos relevantes dos códigos civis de 1916 e 2002. Trataremos do poder patriarcal, da obediência devida pelos demais membros da família, do matrimônio como único meio legítimo de se constituir um elo familiar. As mudanças ocorrentes na sociedade levaram a superação do modelo antigo e os filhos passaram a ter importância jurídica, sendo considerados como sujeitos de direitos. Também será apresentada a relevância do acompanhamento psicológico dos pais na vida dos filhos.

No terceiro capítulo, abordaremos acerca da segurança trazida pela Constituição Federal de 1988 para com a criança e o adolescente. Serão citados alguns princípios que garantem a proteção integral destes pequenos seres humanos, haja vista se encontrarem em estado de desenvolvimento e possuem necessidades urgentes e inadiáveis.

No quarto capítulo, apresentaremos o artigo 1.601 sob uma nova leitura, tendo em vista tudo o que foi apresentado anteriormente. A abordagem versará em torno da interpretação deste artigo sob a égide constitucional, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente, tudo, com o fim de garantir o direito à negatória de paternidade, sem, contudo

---

<sup>1</sup> Art. 1.601 “*caput*”. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

fechar os olhos para uma interpretação sistemática, a qual determina amplo cuidado para com as crianças e adolescentes.

## 2-UMA DECISÃO EXEMPLAR

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERIDÍCO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1-Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto à existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha.

2- Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto à existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse.

3- Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico.

4- Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

5- Recurso especial provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do (a) Sr(a) Ministro (a)Relator (a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora (RECURSO ESPECIAL N.º 1.244.957-SC (2011/0068281-0)).

O caso acima versa sobre a hipótese de negação de paternidade ajuizada por RAB em desfavor de CXB, na ocasião, representada por sua genitora, ZAFG.

É um excelente exemplo acerca do dinamismo e evolução do Direito, bem como das divergentes interpretações que se fazem para se chegar à solução de um caso difícil.

Em primeiro lugar, temos que RAB, embora tenha reconhecido CXB como sua filha desde o início da vida, já era sabedor da possibilidade de não ser o pai biológico da infante.

Não obstante toda pecha negativa que pairava sobre a genitora ZAFG, e ainda, a alta probabilidade de não ser o pai biológico, devido à promiscuidade por parte da mesma, relatada por vizinhos, RAB, ainda sim, registrou CXB como sendo sua filha, sob alegação de assim o estar fazendo em razão de ameaças provenientes da mãe da infante, a qual, segundo o autor, apenas o fez para que pudesse ingressar com ação de alimentos para a filha, o que de fato se realizou, sendo o autor condenado ao pagamento da pensão respectiva.

Propôs a ação negatória de paternidade em 19 de outubro de 2006, quando a criança já possuía 5 anos completos.

Foi feito exame de DNA e conforme alegado pelo autor da ação, foi constatado que ele, de fato, não se tratava do pai biológico de CXB, razão pela qual foi julgada procedente a demanda intentada por RAB, com o fito de retirar o nome do autor do registro de nascimento da menor.

A decisão acima exposta foi ratificada em acórdão do TJSC, que além de se valer do exame de DNA para dar guarida à pretensão autoral, também adentrou na seara da paternidade afetiva, aduzindo que esta é uma situação relevante para os casos como o presente, mas que, todavia, não se restou configurada nos autos, já que pelas alegações da parte autora, este não mantinha contato com a requerida, tampouco havia laços afetivos entre eles.

Por sua vez, o recurso especial trazido para pesquisa, tendo como recorrente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, foi decido de forma inversa pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, os quais, não obstante haver prova de DNA fatídica de que a situação biológica não restara configurada, afirmaram que tal assertiva, por si só, não seria suficiente para excluir inteiramente o direito de a menor ter um pai em seus registros.

O referido tribunal superior reconheceu que a menor possui direito de ter um pai em seus registros de nascimento, não podendo ser tratada como simples objeto da vontade de adultos indecisos, isso por que, desde o início, RAB era sabedor dos fortes indícios de não ser o pai de CXB.

Foi refutado também o argumento do TJSC de que a verdade real deveria prevalecer sobre a verdade fictícia. Em primeira interpretação, de fato poder-se-ia chegar a esta conclusão, porém, esta verdade real não pode suplantar princípios básicos e constitucionais como os da dignidade da pessoa humana, nem o da primazia do interesse do menor.

Desta forma, a paternidade socioafetiva<sup>2</sup> deve ser reconhecida, determinando o órgão superior a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal do Estado de Santa Catarina a fim de que sua decisão seja a de julgar improcedente o pedido de declaração de alteração do registro civil da menor.

O caso acima é importante para visualizarmos a questão controvertida que envolve o direito de se negar a paternidade, garantindo-se a imprescritibilidade do ato de acordo com o que dispõe o art. 1.601 do Código Civil de 2002.

De um lado temos a decisão nos órgãos de primeiro e segundo grau, onde este direito foi assegurado pelos órgãos decisores em questão. Do outro, o tribunal superior, que não se restringiu aos argumentos legais, mas sim a princípios assegurados constitucionalmente, interpretando que a pretensão do recorrente, Ministério Público, é que deveria prevalecer sobre o direito material alegado pelo autor em razão de ser mais favorável à infante.

Mas qual o motivo desta divergência? Diante da ponderação de interesses e em atenção à hermenêutica constitucional, como definir a aplicabilidade que assegura a dignidade da pessoa humana?

As questões não são de fácil efetivação, pois como dito no início do presente trabalho, o direito não é estático e se altera com o tempo na medida em que a sociedade vai mudando sua maneira de agir, pensar ou se comportar.

A regra que dá o direito ao pai estaria prevista no Código Civil, por sua vez, a que poderia favorecer a menor, estaria na Constituição Federal. Entretanto, é sabido que aos juízes é garantido o princípio do livre convencimento motivado, o que pode gerar interpretações divergentes, de acordo com o que foi mostrado.

Para entender melhor acerca da problemática citada, passemos a uma análise pormenorizada dos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

### **3-ANÁLISE DOS DIPLOMAS CIVIS: ART. 1.601; INSTITUTOS; ASPECTOS ANTROPOLÓGICOS E PSICOLÓGICOS**

Passamos a uma abordagem dos diplomas civis de 1916 e de 2002, a fim de compararmos o tratamento dado ao tema do presente trabalho pelos códigos. Em seguida,

---

<sup>2</sup>Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro. São Paulo. Atlas, 2008. p.258: "O direito de família, especialmente, passa por uma revolução, com o destaque para a afetividade em prejuízo de concepções puramente formais ou patrimoniais."

passemos a análise dos institutos relevantes, bem como dos aspectos antropológicos e psicológicos que influenciam na criação de regras, e, por conseguinte, nas decisões jurídicas.

### 3.1-O ART. 1.601 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E SEU CORRESPONDENTE NO ANTIGO DIPLOMA CIVILISTA

Ao que parece, pelo menos cronologicamente falando, o Código Civil deveria estar em coerência axiológica com a Constituição Federal notadamente no tocante à garantia de direitos de maneira substancial aos indivíduos, haja vista se tratar de um diploma aproximadamente quinze anos mais jovem que a Carta Magna. Porém, não é assim que ocorre, nem mesmo quando comparamos o diploma de 2002 com o de 1916. Há muitos avanços logicamente, mas também é possível notar determinado retrocesso, sobretudo quando analisamos o direito de negar a paternidade. O curioso é que no código antigo tínhamos o art. 344 que dizia “...*cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.*” e o art. 178, §3, tratando da prescrição, cuja redação era a seguinte “..*em dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher.*”, aliado ao §4, I, que por sua vez dizia: “*a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou ocultaram-lhe o nascimento, contado o prazo do dia de sua volta à causa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato*”, em outras palavras, o direito de se negar a paternidade era garantido ao pai, conforme já era de se esperar, tendo em vista a lógica de proteção ao patriarca, isso fazia com que o direito pudesse ser exercido, todavia em determinado prazo. Não há como negar que a forma descrita sobre o direito de se negar a paternidade no Código Civil de 1916 garante algo importante ao sujeito, visto que assumir responsabilidade por algo que não lhe é devido, é mais que uma medida desproporcional, mas também injusta. O referido *codex* trazia esta segurança, todavia, de forma limitada, pois ainda que não houvesse o pensamento de máxima proteção à criança, havia uma preocupação com um limite temporal para se exercer tal direito, o que pode ser considerado como uma medida razoável.

No entanto, ao se analisar o Código Civil de 2002, podemos considerar que ocorreu, lamentavelmente, uma involução de acordo com a leitura do art. 1.601, o qual atribui ao pai, poder exercer o comando normativo de forma imprescritível.

De acordo com a lógica do Código Civil de 1916, a proteção deveria estar favorável ao patriarca, mas ainda sim, pelo que dissemos, este deveria agir dentro de um determinado prazo sob pena de prescrever seu direito de ação. Atualmente, o Código Civil de 2002, que

deveria seguir os preceitos da Constituição Federal de 1988, que determina em seu texto, especialmente através da leitura do art. 227<sup>3</sup> que o melhor interesse, bem como a busca pelo alcance da dignidade do menor deve ser de responsabilidade do Estado, da sociedade e logicamente da família, garantindo maior proteção. O princípio da igualdade, também presente na Constituição Federal, garante a igualdade não apenas formal, mas também substancial dos seres humanos, o que significa dizer que aqueles que por algum motivo se encontram numa situação desigual, precisam de medidas especiais frente aos demais, e, não resta a menor dúvida que dentro deste grupo necessitado de medidas especiais, se encontram as crianças. Porém, curiosa e contraditoriamente, o código civilista traz em seu bojo o art. 1.601, que permite ao pai negar a paternidade de forma imprescritível tornando menos estável a situação do menor, bem como o colocando em segundo plano, jogando por terra toda a evolução e diretrizes apregoadas pela Carta Magna (BODIN DE MORAES, 2000).

Ainda sobre a contradição de se negar a paternidade, existente entre o pensamento civilista face à legislação especial, ou seja, Lei 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente requer-se uma análise à luz da coerência e especialização das normas inseridas no sistema jurídico vigente. A criança e adolescente tem integral proteção, bem como garantia de diversos direitos que buscam assegurar sua dignidade e desenvolvimento. Dentre as várias medidas está o direito a convivência familiar<sup>4</sup>, prescrita em vários dispositivos do citado diploma, o que mostra mais uma vez, a contramão em que se caminha o Código Civil de 2002, sobretudo quando se analisa o art. 1.601, porque como se alcançará a dignidade, desenvolvimento e a convivência familiar se em qualquer tempo é lícito ao pai, simplesmente deixar de ser pai? Qual o sentido e alcance da tutela privilegiada da proteção à criança e adolescente, e, de maneira mais ampla, a pessoa humana, e sua dignidade? Pessoa esta vítima de uma situação que se lhe torna juridicamente punitiva (GAMA, 2008).

Não obstante as divergências, podemos dizer que o Código Civil ainda guarda relação como diploma anterior, sobretudo quando se fala na lógica patrimonialista, conforme se falará adiante.

---

<sup>3</sup> Art. 227 “*caput*” da CF 88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>4</sup> Art. 19 “*caput*” do ECA. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

### 3.2- CARACTERÍSTICAS DA FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Tendo em vista o caso concreto trazido à discussão para esta pesquisa, bem como a forma constantemente mutável de comportamento da sociedade, tudo isso aliado ao Direito como regulador de comportamento, é salutar que façamos uma digressão acerca de certos pontos específicos do Código Civil 1916 e seu sucessor de 2002.

Em primeiro lugar, a família não era vista conforme os dias de hoje, mas sim caracterizada pelo modelo matrimonial e tradicionalista, com atenção voltada para a reputação frente à sociedade em que estivesse inserida. Era importante o status social para a família de acordo com o Código Civil vigente à época, tendo em vista a lógica patrimonialista, que significava imposição e respeito. Outra característica marcante era o patriarcalismo, onde o homem era responsável por dar as ordens e conduzir sua família, havendo submissão a sua figura por partes dos demais parentes.

Também não era difícil notar que cada um era responsável por desempenhar um papel junto à família, onde o patriarca é quem determinava as normas e comportamentos dos demais membros daquela casa, ao passo que a esposa, tinha a função de ser boa para o marido e deveria cuidar dos filhos, sendo de sua incumbência, as tarefas domésticas (AZZI, 1987).

### 3.3-ANÁLISE ANTROPOLÓGICA DOS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002.

O Código Civil de 2002, embora tenha avanços, ainda guarda relações ideológicas, patrimonialistas, com o *Codex* civilista de 1916. Esta afirmação, nos leva à necessidade de analisarmos o desenvolvimento e repercussão antropológica e psicológica (será tratada no tópico seguinte) de como eram vistas as crianças e os adolescentes, sobretudo, em como se chegou ao princípio da tutela da proteção integral da criança e adolescente, princípio este reconhecido pela Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (SIMIONATO, 2003).

Fazendo-se uma análise antropológica do assunto, abordemos alguns pontos relevantes para o deslinde da causa, tais como o poder patriarcal, a família constituída pelo vínculo jurídico e a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos.

O Código Civil 1916 trazia em seu bojo a lógica patriarcalista a qual consistia na alocação do patriarca como o centro da família, sendo a figura mais relevante. Era ele considerado o chefe da instituição, o tomador de decisões, de forma que esposa e filhos lhe

deviam total obediência, não possuindo nenhum poder de decisão sobre suas vontades cuja concretização, apenas se daria se houvesse a ratificação do chefe patriarca (AZZI, 1987).

De acordo com o artigo 6º, inciso II, temos que a mulher casada, era considerada relativamente incapaz de praticar certos atos da vida civil, e, em caso de serem praticados, eram passíveis de anulação pelo que dispunha o art. 147, ambos do Código Civil de 1916. Diante disso, nota-se completa submissão ao poder patriarcal, ficando sob inteira responsabilidade do marido a administração e decisão sobre os bens da família.

Ainda com relação ao código civil passado, a família deveria ser formada através do casamento civil<sup>5</sup>, vínculo jurídico atestado pelo Estado, não se falando em afetividade ou mesmo solidariedade, tampouco se reconhecendo o casamento religioso. A denominada união estável, expressão rotineiramente citada no direito civil da atualidade, não encontrava alicerce jurídico de acordo com a lógica do diploma alhures mencionado.

Todas as demais relações que não fossem oriundas do matrimônio não era consideradas legítimas, mas sim falsificadas e contrárias aos preceitos da moral.

A aversão pelas famílias não provenientes do matrimônio também era influenciada pelo que apregoava a Igreja Católica, a qual ditava e regravava o pensamento da sociedade, condenando aqueles que não se enquadravam de acordo com seus dogmas, dentre os quais, o casamento como única forma de unir legitimamente o homem à mulher. Por conseguinte, amantes e concubinas eram condenadas e o relacionamento com elas ia de encontro aos bons costumes e moral, contrariando a vontade de Deus (LEITE, 1991).

Situação também recorrente era aquela em que o patriarca gerava um filho em outra mulher que não sua esposa. De acordo com a explicação já dada, o que importava era o vínculo jurídico do casamento, que uma vez inexistente, em nada vinculava o patriarca, nem no tocante à genitora, nem no tocante aos filhos da mesma. Estes, em razão de terem advindo de uma relação extraconjugal, eram chamados de filhos ilegítimos ou bastardos<sup>6</sup>, sendo-lhes negado qualquer direito como herdeiro.

É bem sabido que a lógica patriarcalista não mais existe na modernidade, sobretudo pelo que apregoa a Constituição Federal ao trazer em seu texto o princípio da isonomia. Por

---

<sup>5</sup> Ilustrando o pensamento do código antigo, DINIZ, Maria Helena. 14 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.p 48: “O Código Civil de 1916 consolidou e regulamentou o casamento civil, sem fazer qualquer menção ao religioso, que, na seara juscivilística, é inexistente juridicamente, sendo as relações entre os participantes desse vínculo mero concubinato.”

<sup>6</sup> A fim de se exemplificar o pensamento civilista antigo, que não mais vigora, DINIZ, Maria Helena. 14 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1999.p 311: “A filiação legítima é a que se origina na Constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, art. 367; Lei n. 6.515-77, art. 14 e parágrafo único).”

este princípio, o que chamávamos de pátrio poder<sup>7</sup>, hoje Poder Familiar, deve ser exercido por ambos os cônjuges de forma igualitária, de maneira que ambos possuam poder de decisão, bem como participem ativamente na criação e educação de seus filhos (BARBOSA, 1994).

O casamento ainda existe, até por que se trata de um instituto tradicional e embora careça de celebração por agente investido desta competência, é gratuita sua celebração, pelo que dispõe o art. 226§1 da CF. Outra mudança significativa é que o casamento religioso (e, neste caso, o conceito de religião é amplo abrangendo todas as manifestações religiosas possíveis, à luz inclusive do direito à liberdade religiosa previsto na Carta Magna) possui os mesmos efeitos do casamento civil de acordo com o art. 226 §2 da CF.

Sem sair da esfera do casamento, não obstante a permanência deste instituto no Direito Civil, temos que o mesmo é prescindível para fins de reconhecimento de direitos tais como registro civil, sucessão e afins. A família de hoje não precisa ser formada legalmente, podendo ser caracterizada pelo vínculo afetivo<sup>8</sup> entre seus membros, já que a agora, a família não é um fim em si mesma, mas sim, um meio para que seus membros atinjam a felicidade de acordo com uma finalidade eudemonista. Hoje é possível falarmos em união estável, união homoafetiva, família monoparental, que mesmo não havendo um casamento celebrado serão consideradas famílias para o ordenamento jurídico brasileiro, devendo por este motivo serem respeitados os direitos atinentes aos seus membros (BODIN, 1993).

Ainda sobre entidades familiares diferentes da união matrimonial, o concubinato também vem sendo analisado de forma diversa do que ocorria na época do Código Civil de 1916, tendo em vista as constantes transformações sociais e novas formas de relacionamentos atípicas, que por sinal, deixaram de ser atípicas e passaram a ser vistas com frequência cada vez mais elevada. Por óbvio, o Direito deve acompanhar as mutações sociais, o que vem fazendo com que o judiciário já tenha se manifestado de forma favorável à concubina, concedendo-lhe direitos patrimoniais, a exemplo do que ocorre quando os bens são adquiridos na constância do concubinato, e não apenas direitos relacionados a alimentos, que era o que ocorria anteriormente.

---

<sup>7</sup> FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.p 218: “O exercício do direito subjetivo inerente à condição paterna e materna, ao qual se conectam deveres jurídicos, fundamenta a autoridade parental. A essa circunstância o Código Civil brasileiro de 2002 denomina de poder familiar, substituta do antigo “pátrio poder”.”

<sup>8</sup> FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.p 28: “Se não há dúvida acerca da relevância do reconhecimento dos laços biológicos da filiação, o vínculo que une pais e filhos, e que lhes oferece tais qualificações, é mais amplo que a carga genética de cada um: diz respeito às relações concretas entre eles, o carinho dispensado, o tratamento afetivo, a vontade paterna em se projetar em outra pessoa, a quem reconhece como filho, não só em virtude do sangue, mas em virtude do afeto, construído nas relações intersubjetivas concretas.”

Tratando dos filhos especificamente, há vedação expressa no texto da Carta Maior no sentido de discriminação de filhos legítimos e ilegítimos<sup>9</sup>, aliás, a própria terminologia de legitimidade ou não dos filhos fica descartada, tendo em vista os dizeres do art. 227, §6 CF<sup>10</sup>. De acordo com este artigo, não incube apenas aos pais zelar pelo bom cuidado e educação dos filhos, mas também de toda sociedade e mesmo do Estado que deverá implementar ações positivas no sentido de ajudar crianças e adolescentes a se desenvolverem.

### 3.4-ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA RELAÇÃO INTERPESSOAL ENTRE PAI E FILHO

A análise psicológica do princípio da tutela da proteção integral da criança e do adolescente deve ser feita de acordo com a necessidade de ambos os pais na vida da criança, bem como as consequências que podem ser geradas, uma vez ausente qualquer um deles ou mesmo ambos (BOTTON, 2012).

O Código Civil de 1916 não tinha preocupação com as interferências psicológicas que seus comandos normativos seriam capazes de gerar nos filhos. Este diploma era caracterizado pelo enfoque nas questões patrimoniais e não existenciais. Seu sucessor, o Código Civil de 2002, é menos “egoísta”, entretanto, também está mais voltado para o patrimônio, sendo de pouca relevância o que diz sobre o estado psíquico de crianças e adolescentes.

Em comparação aos complexos normativos acima, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, buscam trazer princípios e regras relacionadas com afeto, solidariedade e dignidade da pessoa humana. Por óbvio, sabemos que uma família que apenas se preocupa com questões financeiras e materiais não basta para uma vida digna e completo desenvolvimento. O afeto, ou seja, o carinho proporcionado pelos pais e pessoas que cercam aquele que ainda está em desenvolvimento é fundamental para o sucesso, podendo superar os dados genéticos (DIAS, 2011).

Há estudos no sentido de que é necessária a figura do pai e da mãe, onde pesquisas apontam que a carência de um destes dois ou de ambos, pode gerar falhas na personalidade da criança das mais variadas como humilhação diante dos colegas, vexame por não ter os dois pais conforme a maioria das crianças e até mesmo culpa (NICK, 2014).

---

<sup>9</sup> FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.p 48: “Para além de modificar uma classificação, o princípio da igualdade veio mesmo a extirpar do ordenamento jurídico quaisquer discriminações feitas entre os filhos tidos no casamento e os fora dele, posto que ambos tem os mesmos direitos e qualificações, de modo que tornou a classificação anterior inútil quanto à distinção jurídica, restando-lhe tão somente uma funcionalidade didática.”

<sup>10</sup> Art. 227, §6 da CF 88. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Ainda de acordo com estudos nesta senda, psicólogos afirmam que a mãe possui um papel mais relacionado ao carinho para com a criança, ficando a cargo do pai a orientação de como se conduzir no mundo a fim de se adaptar às inovações. Uma vez quebrado este vínculo, é possível que a criança tenha sua psique alterada para pior, sendo possível enfrentar dificuldades em se relacionar, medo do que desconhece e até mesmo retardamento mental (DE FREITAS; DA SILVA, 2014).

De acordo com toda a evolução social, psíquica e jurídica tratada, não nos parece razoável seguir positivamente o que diz o artigo 1.601 do Código Civil. Fechar os olhos a tudo que foi falado não parece refletir todas as tendências e princípios aqui relatados, notadamente o da Tutela da Proteção Integral da Criança e Adolescente, que dispõe que a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direito, sendo tratado como cidadão, não como mero objeto nas mãos do patriarca e, ainda, são carentes de necessidades essenciais em razão de estarem se desenvolvendo psíquica e socialmente, devendo tanto a família, tanto a sociedade quanto o Estado agirem e decidirem para o melhor interesse o menor.

Outro ponto que deve ficar claro que a necessidade do amparo psicológico dos pais não se trata de uma faculdade, visto que temos que ter em mente que a relação entre pai e filho não se trata de mera ligação genética, mas sim de uma relação jurídica, ou seja, temos que o filho pode ser visto como sujeito ativo, credor de uma prestação, que no caso é o pátrio poder e o pai, sujeito passivo, devedor deste mesmo pátrio poder.

O polo passivo desta relação jurídica, pelo que traz a Constituição Federal de 1988, não é ocupado apenas pelo pai, mas também pela mãe, sendo de ambos a responsabilidade pelo bom desenvolvimento mental, social e moral da criança. Por isso é assegurado tanto pela Carta Magna quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente o direito à convivência familiar.

O filho não é mais objeto da vontade dos pais, ou como seria à luz do Código Civil de 1916, da vontade do patriarca. Agora, ele é sujeito de direitos, sendo que tais direitos são considerados fundamentais, sendo imprescindíveis para sua formação (LOBO, 2006).

A família é uma forma de seus membros buscarem a felicidade, estendendo-se, por óbvio à criança, que além de ser membro, possui proteção integral a fim de poder desenvolver sua personalidade (VAITSMAN, 1994).

Logo, temos que o pátrio poder, hoje poder familiar, não significa determinar como se desenvolverá a vida da criança, tampouco se pode abrir mão dele da forma como for mais conveniente para o pai. É um dever jurídico com várias implicações na vida do menor, capaz

de influenciar inteiramente o futuro deste, haja vista os aspectos psicológicos aos quais está sujeito a pessoa humana em formação.

Importante deixar claro que a necessidade de amparo afetivo, proveniente dos pais para com seus filhos, não foi feita sem uma boa dose de pesquisa com profissionais das áreas adequadas, dentre as quais, psicologia, antropologia e sociologia.

Não é difícil perceber que quando o pai abre mão de seu filho, abandonando-o, trará tristeza e dor para o infante, o que por si só, não faria o problema ser tão grave.

Ocorre que o desenvolvimento da integridade psíquica dos filhos torna-se assaz cerceada, quando há o abandono afetivo desta pessoa.

O Código Civil de 1916 e a própria História, dá à mãe a atribuição afetuosa para com seus filhos, ao passo que ao pai cabe o sustento, o que já há muito, mostra o hiato entre a figura paterna de seu filho.

A legislação que vigorou durante muito tempo, legitimava ao pai o direito de desconsiderar como seu filho, caso este não viesse de sua relação matrimonial. Este tipo de permissão, durante tanto tempo, não pode ser apagado da noite para o dia, apenas por que houve uma mudança legislativa. O comportamento social e psicológico do homem acaba sendo viciado pelo que antes era permitido no código. Não se está aqui querendo justificar ou mesmo dar guarida a esta atitude, mas apenas trazer para discussão que o problema é além de histórico, psicológico.

O problema não se esgota aí, sendo muito ocorrente que em casos de separação do casal, a prole é colocada sob a guarda da mãe, pelo menos na maioria dos casos. Novamente temos o distanciamento entre pai e filho, sendo que aquele acaba por arcar com as despesas financeiras da pensão alimentícia e a parte afetiva, bem como o dever de conviver, conforme tradição antiga, fica a cargo da mãe.

Entretanto, os profissionais especializados na área comportamental humana, afirmam ser indispensável a convivência afetiva com ambos os pais para que o filho tenha pleno desenvolvimento (DE FREITAS; DA SILVA, 2014).

A criança ao ser separada dos pais e, como isso ocorre, sem a anuência dela, sente-se abandonada, e por óbvio, será a mais atingida pelos efeitos da ausência de seus pais, em especial, do pai, que é o que mais acontece. A criança que tem seus pais separados, de alguma forma se sente inferior às demais, e quando questionadas sobre tal separação é perceptível diversos sentimentos, tais, como humilhação, culpa e vergonha. Lamentavelmente, por circunstâncias claras, nota-se que a grande maioria das crianças que se encontram em tal situação, não terão nenhum tipo de pensamento orgulhoso.

É possível afirmar, segundo psicólogos, que o afastamento do convívio com os pais pode trazer graves consequências para as crianças, dentre as quais, fragilidade, onde a criança se torna mais suscetível à doenças e retardamento mental, em outras palavras, convivência com os pais é de suma importância para que a criança se desenvolva psíquica, moral e afetivamente (NICK, 2014)

Profissionais apontam alguns problemas que pode ocorrer com a criança cujo pai é ausente. O psicanalista e psiquiatra Sergio Eduardo Nick secretário geral da Federação Brasileira de Psicanálise (Febrapsi) e chair do Comitê de Informação Pública da International Psychoanalytical Association (IPA) afirma: *“Estas crianças apresentam um núcleo depressivo que pode levá-las a sentimentos de baixa auto-estima, de não serem merecedoras de amor. Além de gerar sentimentos de ódio e de inveja de difícil manejo.”*

A psicóloga Patrícia Spada de uma das equipes da Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, fala acerca dos problemas gerados em crianças e adolescentes, ocasionados pela ausência dos pais: *“Criança ou adulto, filhos precisam das referências dos pais, sem elas tendem a enxergar os relacionamentos humanos com certo despreparo e como algo negativo”*.

A figura paterna é responsável por introduzir a criança no mundo, ou seja, apresentá-la e mostra os setores da realidade e uma vez verificada sua ausência, os danos para o filho são muito graves e, que infelizmente, não podem ser compensados apenas com a presença da mãe. Os danos podem estar relacionados a um atrofiamiento psíquico, no sentido de espanto para com as novidades atinentes à vida, levando o infante a ter grandes dificuldades com a realidade que lhe é apresentada. Aquilo que é novidade é vislumbrado com temor e a capacidade de lidar com o que é desconhecido é precedida de um medo potencializado, onde o simples fato de ter contato com pessoas que lhe são estranhas já é suficiente para despertar medo, havendo pesquisas no sentido de que jovens que se desenvolveram à distância de seus pais (apenas o pai) fracassaram junto à sociedade.

O art. 227 da Constituição Federal traz o valor da dignidade da pessoa humana para a criança e atribui como responsável por esta, dentre outros, a Família, que somente poderá concretizar este mandamento constitucional se houver a convivência familiar, sendo importantíssimo que o pai tenha participação ativa na vida do filho.

#### **4-DA PROTEÇÃO ASSEGURADA PELA CF 88 À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**

A doutrina da proteção integral assegurada pela Constituição Federal de 1988, pode ser dividida em três princípios, quais sejam: princípio da proteção integral da criança e do adolescente como sujeitos de direito; princípio da peculiar condição das pessoas em desenvolvimento e, por último; princípio da prioridade absoluta (BRAGA, 2013).

O primeiro princípio diz respeito à consideração do menor como sendo sujeito de direito e não apenas objeto, de forma a serem vistos como cidadãos, assegurando-lhes a proteção especificada na Constituição Federal, inclusive no tocante aos direitos fundamentais trazidos pelo art. 5.

Outro diploma legislativo que também entra no rol de proteção da criança e do adolescente é o Estatuto da Criança e do Adolescente, que foi criado justamente para garantir maior respeito e dignidade da pessoa do menor, e, juntamente com a Carta Magna tornar todos, Sociedade, Estado e Família<sup>11</sup> responsáveis pelo melhor desenvolvimento desta pessoa.

O segundo princípio procura garantir o primeiro colocando a justificativa do porquê do tratamento diferenciado, o que é explicado tendo em vista o estado de crescimento de desenvolvimento da pessoa do menor. Ora, este indivíduo ainda não tem sua personalidade formada e não se encontra completamente desenvolvido, de forma que a realização de suas necessidades se tornam urgentes e inadiáveis, sob pena de terem prejudicado o seu desenvolvimento, caso não sejam prontamente atendidas.

O terceiro e último princípio busca concretizar o que foi tratado nos dois anteriores. Conforme já falado, não é apenas dever da família zelar pelo pleno e bom desenvolvimento da criança e do adolescente, mas também do Estado e da Sociedade. A Constituição Federal assegura, em seu art. 227 e parágrafos, medidas que deverão ser tomadas pelo Estado e Sociedade no sentido de concretização do direito do menor, como promoção de programas de assistência integral, aplicação de recursos públicos na assistência materno-infantil, direitos e proteção na seara trabalhista e diversos outros.

Sabemos que a Constituição Federal possui força normativa<sup>12</sup> e determinante, de forma a fazer com que os demais diplomas normativos sejam interpretados<sup>13</sup> em conformidade com seus preceitos.

---

<sup>11</sup> Art. 4 do ECA. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

<sup>12</sup> A força normativa é tratada na obra TEPELINO, Gustavo. Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional. Rio de Janeiro. São Paulo. Atlas. 2008. p241: “Atualmente, passou a ser permissão do

Também vale destacar o Estatuto da Criança e do Adolescente, como iniciativa estatal legislativa de trazer uma gama de direitos e garantias para os sujeitos de direito que estamos tratando no momento. Esta lei, também assegura diversos direitos, e deveres por parte dos sujeitos passivos da relação jurídica protetiva da criança e do adolescente, como educação, cultura, lazer, trabalho e profissionalização. É notável a preocupação com a saúde do menor quando se veem vedações como com relação ao trabalho noturno ou exposição a agentes insalubres. Outro ponto também importante está relacionado com as sanções impostas em caso de descumprimento de obrigações para com o menor, tais como a perda do poder familiar, chamado anteriormente de pátrio poder, especificado nos arts. 22<sup>14</sup> e 24<sup>15</sup>.

Diante disso, notamos que a preocupação do ordenamento jurídico atual é voltada para a busca daquilo que melhor colabora para o desenvolvimento da criança e do adolescente, fazendo com que estes estejam em primeiro plano de preocupação, não apenas familiar, mas também estatal e socialmente.

#### 4.1-DO PARENTESCO SOCIOAFETIVO

O Código Civil de 2002 estabelece no art. 1593 que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Diante da letra da lei é possível extrair que a filiação não se liga apenas a critérios de consanguinidade, mas também de outras origens como na afetividade familiar. Isso significa dizer que de acordo com o que dispõe o código civilista aliado à interpretação sistemática com a Constituição Federal de 1988, o afeto passa a ter valor jurídico, ou seja, não é mero sentimento que pode ou não existir no seio familiar. O afeto agora é valorado juridicamente, o que significa que é capaz de influenciar o estudo do Direito de Família, e não apenas

---

estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, e cumprimento forçado.”

<sup>13</sup> TEPEDINO. Gustavo. Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional. Rio de Janeiro. São Paulo. Atlas. 2008. p 3: “Daí, a impossibilidade de manter separada a teoria da interpretação das leis ordinárias e a teoria da interpretação das normas constitucionais. O cânone sistemático exige que o ordenamento seja interpretado em sua unidade; enquanto o cânone axiológico pressupõe que os valores constitucionais, comunitários e internacionais vivifiquem e atualizem cada uma das normas ou conjunto de normas que devem necessariamente ser lidas e interpretadas sempre, mesmo que sejam aparentemente claras. Essa necessidade é verificada no controle obrigatório que o intérprete deve fazer da legitimidade constitucional de qualquer disposição, seja esta recente seja antiga, que seja aplicada no caso concreto pelo juiz.”

<sup>14</sup> Art. 22 do ECA. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

<sup>15</sup> Art. 24 do Eca. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

influenciar, mas também de solucionar controvérsias jurídicas<sup>16</sup> envolvendo assuntos da seara do Direito Civil, podendo fazer com que o Poder Público, representado pelo Judiciário decida desta ou daquela forma de acordo com a existência do afeto.

É salutar tratá-lo como possuidor de valor jurídico, pois esta característica é muito importante dentro da concepção de família.

A família apenas sob o viés da consanguinidade já se encontra ultrapassada, o que não significa dizer que é inexistente. Não é isso o foco da abordagem, pois é sabido que concepções tradicionais como casamento e a família consanguínea também possuem proteção jurídica. Entretanto, a família precisa ser compreendida além de mero instituto civilista. A família, vista sob a luz da Constituição Federal 1988 é considerada como um meio para se atingir a felicidade por parte de seus membros. Desta forma, relevante é a indagação sobre como se vislumbrar a família como forma de busca da felicidade sendo afeto é um mero sentimento? Ou ainda, se o afeto constitui base familiar e, juntamente com isso, possui valor jurídico, por que deveria existir supremacia dos laços consanguíneos<sup>17</sup>?

Na realidade, as acepções para afetividade estão, certamente, ligadas a sentimentos de amizade, simpatia, amor, paixão, emoção e afins, porém, conforme afirmado no parágrafo acima, com valor jurídico no âmbito do Direito de Família.

Os sentimentos existentes entre pai e filho, por exemplo, vêm associados a uma convivência duradoura e respeito mútuo.

A paternidade socioafetiva está além da consanguinidade, visto que se baseia na análise do fato social, ou seja, superar o fato biológico<sup>18</sup>. Ocorre manifestação de vontade diante de um grupo social, com demonstração de afeto, carinho e amor para com os membros da família, o que gera óbvia influência nas esferas psicológicas e afetivas dos sujeitos

---

<sup>16</sup> Aplicação em caso concreto, FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.p 28: “Se a menor, há doze anos entregue voluntariamente a família substituta, mantém-se em lar amoroso e carinhoso, e inexistindo motivo serio que recomende seja modificada a situação, não há como reconhecer o direito da mãe biológica em reaver a filha[...]provando-se que a mãe biológica abandonou a menor, sem possibilidade de cria-la, aplica-se a perda do pátrio poder, devendo ser concedida a adoção plena à família substituta que lhe deu carinho, desvelo e amor (art. 45 parágrafo 1. Da lei8069-90. Decisão:unanime.(TJPR-Ap.Cív.n.º 60373. Rel. Des. Negi Calixto- DJ: 04-09-95)).”

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.p 22: “E daí se extraem relevantes consequências: “não deve, assim, prevalecer a identidade genética sobre a paternidade afetiva, sob pena de descumprimento do mandamento constitucional”.”

<sup>18</sup> FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.p 24: “O fato a ser tomado pelo Direito como filiação não constitui apenas um fato biológico, mas, também, um fato social, q se revela tanto na sua manifestação perante o grupo social, como especialmente, na esfera psicológica e afetiva dos sujeitos. Nesse sentido, assevera, com propriedade, Eduardo de Oliveira Leite: “a verdadeira filiação- esta a mais moderna tendência do direito internacional- só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independente da origem biológico-genética”. Prepondera, pois, o laço afetivo.”

envolvidos. Da mesma forma, a sociedade passar a ver o elo familiar existente entre aquelas pessoas, e, estas se veem como família perante a sociedade.

A característica genética, pelas afirmações acima, é irrelevante para caracterizar o grupo como entidade familiar, sendo perfeitamente possível dizer que um sujeito é pai, ainda que nenhuma carga genética sua esteja inserida no filho. Em outras palavras, ainda que não haja nenhum tipo de parentesco sanguíneo, é plenamente possível, à luz de uma interpretação constitucional e infraconstitucional, reconhecer a filiação tomando como base apenas o que dispõem o vínculo de afetividade(LOBO, 2006).

Tudo isso é possível, tendo em vista que a afetividade existente naquele seio familiar, dá conta de fornecer valor jurídico suficiente para legitimar a manifestação de vontade do sujeito que, além de querer ser pai, se comporta como tal, da mesma forma, a plena certeza do filho de pertencer àquele grupo familiar, enxergando no outro a figura da paternidade(FACHIN, 2007).

## **5-DA NOVA LEITURA DO ART. 1.601 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O art. 1601 assegura o direito ao pai de negar a paternidade do filho de maneira imprescritível.

A aplicação literal deste comando normativo não nos parece a mais adequada, sobretudo por se tratar de um direito que envolve outras pessoas, tais como crianças ou adolescentes.

Às crianças e aos adolescentes são assegurados direitos e garantias especiais, havendo, inclusive legislação infraconstitucional específica para isso, aliás, o próprio ordenamento constitucional é muito claro ao assegurar total proteção e cuidados para com estes sujeitos de direitos.

A família de hoje, conforme já dito, não mais carece de laços de sangue, mas é inteiramente possível que se caracterize apenas pela afetividade, o que nos remete à ideia de que uma constatação em um exame de DNA sobre a não paternidade, por si só, não é suficiente para excluir a paternidade socioafetiva já existente entre pai e filho, visto que aquele manifestou livremente o desejo de ser pai deste (BARBOSA, 1994).

A manifestação de vontade em ser pai nestes casos, vincula a figura paterna que agora passa fazer parte da relação jurídica do Poder Familiar, o que implica dizer que é um sujeito da relação jurídica, e, como tal, devedor de uma prestação.

Estes argumentos servem de reflexão sobre como deve ser exercido o direito garantido no artigo discutido. Em outras palavras, é garantido sim, o direito de se negar a paternidade, entretanto, não podemos fechar os olhos para as tendências atuais, sobretudo a comandos constitucionais, haja vista que a Constituição Federal é parâmetro principal de interpretação das demais normas jurídicas, o que significa dizer que antes de se conceder a negatória de paternidade, há que se analisar se houve inicialmente espontaneidade quando da assunção da paternidade, bem como todos os direitos que são assegurados à criança e ao adolescente, a exemplo do que foi feito no julgamento feito pelo STJ abordado no início do presente trabalho.

Como salienta a Profa. Maria Celina Bodin, a imprescritibilidade prevista no art. 1601 esvaziou-se com a interpretação dada pelo STJ à negatória, ao mesmo tempo em que, com a possibilidade da pluralidade paterna e materna (conquista decorrente do casamento homossexual), os filhos “negados” (ditos não-filhos, nas palavras de Fachin<sup>19</sup>) não mais perdem, necessariamente, o vínculo parental, pois continuam a ter direito à paternidade socioafetiva. Embora tenhamos razões para comemorar, não vale a pena confiar em um momento de estabilidade. As reformas em matéria de família parecem ser permanentes, e por uma razão pessimista: trata-se de um ramo do direito que trata, em síntese, da distribuição das perdas. Quando a família precisa encontrar o Direito, nunca há vencedores.

## 6-CONCLUSÃO

Para conclusão do presente trabalho, faremos uma síntese do conteúdo tratado, bem como considerações sobre os assuntos principais.

O julgado do STJ trazido para o presente trabalho mostrou que o tema tratado pode ser enfrentado com diferentes soluções jurídicas, haja vista que na primeira e segunda instância o pai teve seu pedido procedente, o que não ocorreu na instância superior.

O art. 1.601 do Código Civil de 2002 tem como antecessor o art. 344 do mesmo diploma de 1916. Porém, o primeiro deles traz o direito de negar a paternidade como imprescritível, ao passo que o segundo, estabelece prazos para se exercê-lo, ao que nos parece, uma involução, tendo em vista a proteção assegurada ao menor pela Carta Magna.

A família também sofre mutações quando analisamos o código civilista antigo frente ao novo, este último, em conjunto com o ordenamento constitucional. A família,

---

<sup>19</sup>FACHIN, Luiz Edson. **As intermitências da vida**: o nascimento dos não filhos à luz do Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

anteriormente, era considerada matrimonialista, tradicional e patriarcalista, havendo diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos. Hodiernamente, a família independe do casamento entre homem e mulher, que possuem iguais direitos e deveres, da mesma forma, os filhos, nascidos ou não da união matrimonial, também são vistos pelo prisma da igualdade.

Analisando antropologicamente as características da família, temos que o marido era considerado o chefe da família, e a ele, era devido obediência por parte dos demais membros. A mulher era relativamente incapaz e devia cuidar da casa, ao passo que os filhos devia se reportar ao pai e obter dele permissão para fazer o que fosse aprovado. As relações extraconjugais, não eram tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A análise psicológica foi feita com intuito de mostrar a deficiência e dificuldade com que a criança, ser em formação, tem de vivenciar o mundo mediante ausência de um de seus pais. No caso brasileiro, geralmente a figura omissa é a paterna, o que causa diversos prejuízos para a completude psíquica do menor.

O pátrio poder foi trazido para o presente trabalho para demonstrar que se trata de relação jurídica, onde ambos os pais são sujeitos passivos do direito do filho, que por sua vez, é sujeito passivo desta relação. Significa dizer que o filho agora não é mero objeto da relação, mas sim, sujeito de direito.

Mas de nada adianta considerar a criança como sujeito de direito sem que isso se torne algo concreto, daí o surgimento de princípios como princípio da proteção integral da criança e do adolescente como sujeitos de direito, princípio da peculiar condição das pessoas em desenvolvimento e princípio da prioridade absoluta. Sinteticamente, os três atuam assegurando tratamento diferenciado para a criança e o adolescente, em razão de serem sujeito ainda em formação, sem o completo desenvolvimento de suas personalidades. Em razão disso, são considerados vulneráveis e carecedores de atenção urgente, não podendo ser proteladas as garantias que lhe são asseguradas, sobretudo na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que em conjunto, atribuem ao Estado, Sociedade e Família o dever de promoverem o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

Corroborando o melhor interesse do menor relatado acima, trouxemos a paternidade sócio afetiva, como mais uma forma de garantir ao ser em formação a possibilidade de estar inserido numa entidade familiar, ainda que inexistentes os laços de sangue entre ele e seus pais. Isso é possível por que a afetividade foi revestida de valor jurídico, e hoje, não pode mais ser colocada em segundo plano frente aos fatores biológicos.

Diante de tudo isso, não nos parece correto fazer a interpretação literal do que dispõe o art. 1.601 do Código Civil de 2002, visto que se estaria indo de encontro ao que apregoa a

Carta Maior que assegura tratamento especial à criança e ao adolescente. O comando civilista referido é um direito que realmente assiste ao pai, todavia, mediante ponderações adequadas, conforme as tratadas no presente trabalho, se assim não for feito, estar-se-á prejudicando um ser humano em formação, valendo lembrar que há precedentes importantes para confirmar esta tese, inclusive citados no presente trabalho.

## **BIBLIOGRAFIA**

AZZI, Riolando. Família e Valores no Pensamento Brasileiro (1870 – 1950). Um enfoque histórico. In: RIBEIRO, Ivete (Organização e introdução). *Sociedade brasileira contemporânea. Família e Valores*. São Paulo: Loyola, 1987.

BARBOZA, H. H. Novas tendências do direito de família. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 2, p. 227-245, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise civil-constitucional. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2000, p. 89-112.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOTTON, Alain de. A lógica de ser pai e mãe em tempos modernos. BBC, em 10.08.2011. Disponível em [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110809\\_crianca\\_allan\\_boton\\_mdb.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110809_crianca_allan_boton_mdb.shtml). Acesso em 30 mai. 2012.

Braga JF. Adoção por famílias alternativas: uma abordagem psicossociológica da efetividade do Direito face ao princípio da tutela da proteção integral. Sobre o tem sobre a ótica do adotado [trabalho de conclusão de curso]. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, Curso de Direito; 2013.

BRASIL. Constituição(1988).Constituição da República Federativa do Brasil.Brasília, DF:Senado, 1988.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Portal da Legislação: Leis Ordinárias. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm).

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Portal da Legislação: Leis Ordinárias. 2013. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm).

BRASIL. Lei 8069, de 13 de julho de 1990. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Portal da Legislação: Leis Ordinárias. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm).

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial n.º 1.244.957-SC (2011/0068281-0), da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 27 de setembro de 2012- [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

COOPER, David. A morte da família. São Paulo: Martins Fontes, 1986 [1974].

DE FREITAS, Joycemara Cristina Sales; DA SILVA, Tainá Moraes. A Socioafetividade, Suas Peculiaridades E A Emenda Constitucional n.º 45/2004. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista artigos leitura&artigo id=6052](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=6052)>acessado em 18 de janeiro de 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 1ª ed., 2001.

FACHIN, Luiz Edson. As intermitências da vida: o nascimento dos não filhos à luz do Código Cível brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família: sinopses jurídicas. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. In R. da Cunha Pereira (Coord.) Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFam, 2006, p. 795-810.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. Publicado em 18/06/2012. Disponível em: <http://www.pt.scribd.com/doc/97438907/Artigo-MORAES-MCB-a-Familia-Democratica>. Acesso em 22 ago.2013.

NICK, Sergio Eduardo. Danos Provocados Pela Ausência do Pai. Disponível em <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/295>> acesso: em 19 de janeiro de 2014.

*Perfis do Direito Civil: Uma Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 3ª ed., rev. e ampl. Trad. de Maria Cristina DE CICCIO. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SIMIONATO, Marlene Aparecida W; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. *Funções e Transformações da Família ao longo da História*, I Encontro Paranaense de Psicopedagogia-ABPppr- nov./2003.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO. Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro. São Paulo. Atlas. 2008.

VAITSMAN, Jeni. *Flexíveis e Plurais. Identidade, casamento e família em circunstâncias pós-modernas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.