

RDFAS

REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ANO 5

OUTUBRO/DEZEMBRO 2018

COORDENAÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 18 • out.-dez. / 2018

Coordenação

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA
ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
WWW.ADFAS.ORG.BR

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 18 • out.-dez. / 2018

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

Conselho Editorial Nacional

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrighi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

ISSN. 2358-2057

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 18 • out.-dez. / 2018

Coordenação

CARLOS ÁLBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

Comissão de redação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO
BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI
DUÍLIO SILVA SANTANA DE ARAÚJO

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

Rua Maria Figueiredo, 595 – 5º andar
04002-003 - São Paulo - SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS

(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)

Tel. (11) 3252-2131

E-mail: contato@adfas.org.br

e-mail para submissão de originais

rdfas@adfas.org.br

Visite nosso site

www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [09.12.2018]

APRESENTAÇÃO

A RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões – é órgão de difusão científica e cultural da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões.

A ADFAS tem o propósito de estudar e difundir o Direito de Família e das Sucessões, assim como as disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas, e restaurar o estudo dogmático desses ramos do Direito, considerando que a família, como base da sociedade e núcleo essencial à tutela dos direitos da personalidade, necessita de proteção, em razão do desprestígio causado por interpretações dissonantes dos anseios sociais e da ordem constitucional e infraconstitucional, e que é o centro natural da criação e educação de crianças e adolescentes, assim como dos cuidados aos idosos, e que o Direito de Família e das Sucessões envolve o interesse social e não é limitado aos interesses individuais.

Nada obstante, a RDFAS foi concebida como um veículo destinado ao diálogo entre os operadores do Direito das mais variadas vertentes, de modo que está aberta à participação de todas as correntes do pensamento, sem perder de vista a supremacia da segurança jurídica.

Cada um dos autores se posiciona livremente sobre temas atuais e polêmicos, de modo que os artigos não refletem pensamento unívoco, em razão da divergência de opiniões e também porque tocam em assuntos que representam novidades no cenário doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a RDFAS tem o propósito de noticiar as ideias e os debates que surgem no seio do Direito de Família e das Sucessões e desenvolver um espaço de meditação sobre seus reflexos na atividade dos magistrados, promotores, procuradores, advogados e estudantes.

Com periodicidade trimestral, a RDFAS contém artigos e outros textos científicos, como comentários sobre importantes acórdãos dos Tribunais Estaduais e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

PRESENTACIÓN

“RDFAS” Revista de Derecho de Familia y de Sucesiones, es un órgano de difusión científica y cultural de “ADFAS “Asociación de Derecho de Família y de Sucessões.

“ADFAS” tiene como propósito de estudiar y difundir el Derecho de Familia y de las Sucesiones, así como las disciplinas correlativas, jurídicas y no jurídicas, y restaurar el estudio dogmático de esas ramas del Derecho, considerando que la familia, como base de la sociedad es núcleo esencial de la tutela de los derechos de la personalidad, necesita de protección, en razón del desprestigio causado por interpretaciones dissonantes de las ansias sociales que dan orden constitucional e infraconstitucional, y que es el centro natural de creación y educación de los niños y adolescentes, así como de los cuidados de los ancianos.

El Derecho de Família y de las Sucesiones envuelve el interés social y no es limitado a los intereses individuales.

No obstante, RDFAS fué concebida como un vehículo destinado al diálogo entre los operadores del derecho de las más variadas vertientes, de modo que se encuentra abierta a la participación de todas las corrientes de pensamientos, sin perder jamás de vista el ordenamiento y la supremacía de la seguridad jurídica.

Cada uno de los autores se posiciona libremente sobre temas actuales y polémicos, de modo que los artículos no reflejen pensamiento unívoco, en razón de la divergencia de opiniones y también porque desarrollan de forma independiente, corrientes que representan novedades en el escenario, jurídico, doctrinario y jurisprudencial.

Así, RDFAS tiene como propósito de anunciar las ideas, pensamientos y los debates que surgen en el seno del Derecho de Família y de las Sucesiones y en desenvolver un espacio de meditación sobre sus reflexiones en la actividad de los magistrados, promotores, procuradores, abogados y estudiantes.

Con periodicidad trimestral, “RDFAS” contiene artículos y otros textos científicos, como comentarios sobre importantes acordadas de los tribunales estatales, como así también, del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	4
---------------------------	---

DOCTRINA NACIONAL

A legitimidade como modulador da capacidade civil e o reconhecimento da autonomia progressiva do menor de idade no Brasil

Legitimacy as a modulator of civil capacity and recognition of the progressive autonomy of the minor in Brazil

Antonio Jorge Pereira Júnior e Viviane Teixeira Dotto Coitinho 9

Afetividade e direito à felicidade

Affectiveness and the right to happiness

Maria Lúcia Falcão 36

Princípio do superior interesse da criança, restituição de menores e guarda compartilhada: estudo de um caso concreto

Supreme child's interest principle, restitution of children and shared parenting: a study case

Roberta Drehmer de Miranda 60

Os efeitos previdenciários da filiação socioafetiva

The social effects of socio-affective affiliation

Silvia Fernandes Chaves 73

DOCTRINA ESTRANGEIRA

Filiación en Argentina. la monoparentalidad matrimonial

Filiation in Argentina. the marriage single parenthood

Martín Andrés Flores y Mariano José Frulla 85

NORMAS DE PUBLICAÇÃO 109

REVISTA DE

**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 18 • out.-dez. / 2018

DOCTRINA NACIONAL

**A LEGITIMIDADE COMO MODULADOR DA CAPACIDADE CIVIL E O
RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA PROGRESSIVA DO MENOR DE IDADE
NO BRASIL**

***LEGITIMACY AS A MODULATOR OF CIVIL CAPACITY AND RECOGNITION OF
THE PROGRESSIVE AUTONOMY OF THE MINOR IN BRAZIL***

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012, categoria Direito, com o livro “Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV”; (São Paulo: Saraiva, 2011). Coordenador do Projeto “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017”, classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - PPGD - UNIFOR. Professor da Graduação e Pós Graduação Lato Sensu em Direito da UNIFOR. Áreas de docência, pesquisa e publicação: Direito Civil, Direito Civil Constitucional, Teoria Geral do Direito Privado, Direito dos Contratos, Direito da Criança e do Adolescente, Direito de Família, Poder Familiar, Direito da Comunicação Social, Direito a Privacidade, Metodologia do Ensino Jurídico, Ética. Dissertação de Mestrado e tese de Doutorado vencedoras do Premio Jurídico Orlando Gomes-Elson Gottshalk, conferido pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Tese de Doutorado premiada pela Agencia de Noticias dos Direitos da Infância em 2007. Aprovado em concurso publico para Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (fevereiro 2008), na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (janeiro de 2000). Aprovado e efetivado como Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, UNESP (março 2008). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ). Membro da *International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family*. Membro da *Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas*. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da

OAB-CE. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Advogado regularmente inscrito na OAB/SP e OAB/CE (suplementar). Avaliador do Ministério da Educação (SINAES)

Viviane Teixeira Dotto Coitinho

Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Bolsista FUNCAP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Privado na Constituição (CNPq).

Resumo: O presente trabalho aborda a autonomia da criança e do adolescente e faz sua conexão com os institutos da capacidade de fato e legitimidade. Criança e adolescente têm capacidade de direito, mas não possuem plena capacidade de fato. A restrição tem a finalidade de protegê-los. No entanto, em razão da necessidade de prepará-los para a autonomia plena, é necessário que haja uma concessão paulatina do poder de praticar atos jurídicos por conta própria, sendo dever dos pais ou responsáveis auxiliar nessa tarefa. Hoje isso é regulado, de modo genérico, pela incapacidade. A legitimidade, por sua vez, também é instituto do plano da validade, no Direito, com possibilidade de ser modelador *ad hoc* da capacidade de fato. De rigor, ela está subjacente na distinção entre modalidades de capacidade e poderia servir para uma modulação diferenciada da concessão do poder de agir, quando necessária ou oportuna. Pode ser melhor explorada nesse sentido. Com vistas a isso, o artigo dedica-se a apresentar o instituto da legitimidade em uma perspectiva introdutória, associado à capacidade de fato e à autonomia da criança e do adolescente. A metodologia da pesquisa é bibliográfica e o escopo exploratório.

Palavras-chave: Autonomia. Capacidade. Criança e Adolescente. Legitimidade. Validade

Abstract: *The present work deals with the autonomy of the child and adolescent and makes its connection with the institutes of the capacity and legitimacy. Children and adolescents have the right, but don't have real capacity. The restriction is intended to protect them. However, because of needing to prepare them for full autonomy, there needs to be a gradual granting of power of legal acts on its own, being duty of parents or guardians assist in this task. Today it is regulated by general inability. The*

legitimacy is also a rule concerning to the validity of acts, with the possibility of completing the factual ability. Indeed, the distinction between diferente models of capacity could serve for a differentiated modulation of the grant of the power to act when it should be necessary or appropriate. This can be exploited in another time. Presently, the research has as a goal to present the rule of legitimacy, associated with the capacity and the independence of children and adolescents. The research methodology is bibliographical and the goal is exploratory.

Keywords: *Autonomy. Capacity. Child and adolescent. Legitimacy. Validity*

Sumário: Introdução. 1. Crianças e adolescentes como sujeitos de direito. 2. Autonomia da criança e do adolescente. 3. Capacidade e Legitimidade para agir de crianças e adolescentes. Conclusão. Referências.

Introdução

Quando se refere a criança e adolescente, o instituto da legitimidade está presente, veladamente, de modo subjacente, nos institutos da representação e assistência. Vale lembrar que a regra, no Direito, é plena capacidade de exercício (capacidade de fato) dos poderes dos quais se é titular (capacidade de direito). A divisão da capacidade em duas categorias e a redução da capacidade de fato, para as situações de incapacidade (absoluta ou relativa) é a exceção. Ela é, tendencialmente, situacional. Assim, de rigor, a modulação da capacidade de agir é, no fundo, um controle de legitimidade.

Especula-se que há espaço na Teoria do Direito Privado, inclusive, para se conceber uma categoria de “legitimidade extraordinária” mesmo sem a capacidade de fato. Ela se daria como concessão *ad hoc*, particular, para exercitar uma posição jurídica da qual se é titular, mesmo sem que a pessoa tenha atingido a capacidade de fato (geral) em circunstâncias bem delimitadas. Isso se daria deitando-se raízes na capacidade de direito. Afinal, a pessoa já é titular (personalidade) e detentora de direitos específicos (capacidade de direito).

O presente trabalho, no entanto, não se dedicará ao estudo dessas virtualidades científicas da legitimidade, quais sejam, a identificação de sua

presença oculta nos institutos de representação e assistência e seu eventual uso extraordinário, saltando-se a capacidade de fato para se apoiar sobre a capacidade de direito, em circunstância bem delimitada, quando assistência e representação não sejam possíveis. O escopo dessas linhas é mais singelo.

A abordagem trará a perspectiva da autonomia da criança e do adolescente desde documentos internacionais incorporados ao Direito brasileiro, para tratar em seguida do instituto da capacidade e de sua relação com a legitimidade, de modo a incoar a virtualidade deste último como instrumento para a concessão paulatina de poderes *ad hoc*, na dinâmica de uma progressão de autonomia, mais personalizada, conforme amadurecimento e necessidade da pessoa.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, incorporada à legislação brasileira pelo Decreto nº 99.710/90, garante a crianças e adolescentes autonomia proporcional ao seu amadurecimento. Há concessão de maior poder jurídico de acordo com o seu desenvolvimento deveria ser modulado pelo reconhecimento progressivo de sua aptidão para exercê-los diretamente. Aos pais ou responsáveis corresponde, nessa mesma medida, os deveres de orientá-los nessa evolução.

Assim, exige-se que haja a capacidade de manifestar a vontade de crianças e adolescentes e também o pleno discernimento, a fim conferir legitimidade e validade ao ato jurídico produzido. Nesse contexto, encontram-se crianças e adolescentes, porque são titulares de direito, mas não podem exercê-lo, porque lhes são retirados os poderes de exercício.

A capacidade de exercício constitui um instituto fundamental na teoria geral do direito civil, principalmente para a validade dos atos jurídicos. A lei, ao limitar a capacidade de agir da pessoa, visa construir um sistema de proteção, para submetê-la a um regime legal privilegiado que possa preservar seus interesses. O propósito da lei não é prejudicar quem se enquadra nas hipóteses previstas; ao contrário, o intuito é de oferecer proteção, dispensando-lhe tratamento diferenciado. Essa parece ser a perspectiva correta para a redução, genérica, do poder de ação jurídica autônoma de criança e adolescente.

1. Crianças e adolescentes como sujeitos de direito

Com a doutrina da proteção integral, inaugurada formalmente com a Constituição de 1988, ainda que já estivesse incoada no sistema anterior, o menor ganhou maior consistência como sujeito de direitos. O dever de tutela dos direitos da criança e do adolescente incide, a partir de então, sobre família, Estado e sociedade, como entidades igualmente responsáveis, ainda que haja precedência da família pela gestão do poder familiar e dever prioritário de proteção do Estado, por disposição expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente. “No Brasil, a década de 80 foi considerada a década da virada’ para as crianças e os adolescentes devido as grandes conquistas, culminando na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990”.¹ Pelo menos desde o ponto de vista da legislação. O Sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, previsto na Constituição Federal de 1988 adotou a doutrina da proteção integral. O Brasil foi ainda o pioneiro na América Latina, ao adequar sua legislação aos termos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989.

A finalidade social do Direito da Criança e Adolescente seria assegurar a qualquer criança e adolescente os direitos fundamentais da pessoa humana, sendo considerados sujeitos de direito preferenciais.

É preciso estabelecer uma pauta de compromissos, de estimativas e de critérios para transformar o Direito da Criança e Adolescente, enquanto direito abstrato, em direito vivo, em todos os quadrantes do país. Sem assumir, a princípio e por princípio está determinação ética, jurídica, social e política, torna-se muito difícil implementar no cotidiano da nossa Sociedade e do nosso Estado, a lógica da “Criança cidadã” e do “Adolescente cidadão”².

Crianças e adolescentes dispõem, assim, de Proteção Integral, segundo o plano das leis. Enquanto pessoas em desenvolvimento, são sujeitos diferenciados, devendo-se-lhes garantir de modo absolutamente prioritário. Pois aos pais cabe o poder-dever de cuidar dos filhos em virtude do poder familiar, de modo a

¹LIMA, Miguel Moacir Alves. O direito da criança e adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p.111.

²*Id ibidem*

lhes assegurar a educação, segurança e plena proteção à sua integridade³. Tal poder, tem natureza de poder-dever ou poder funcional. “Desse modo, os titulares de um poder funcional estão sob a exigência do correto exercício de tal poder e devem zelar para que sua finalidade seja cumprida. O exercício adequado do poder funcional é um dever de seu titular”.⁴

Ao mesmo tempo, é do interesse de toda a sociedade o crescimento na aptidão de exercitar, progressivamente, seus próprios direitos e interesses com a devida responsabilidade moral e jurídica, pois aos 18 anos se integram formalmente ao conjunto da sociedade como autônomos. A autonomia pressupõe maturidade. A lei estabelece deveres a todos os cidadãos para o atingimento desse resultado. Mas, logicamente, quanto maior poder de incidência imediata, maior o dever de formação e maior a responsabilidade.

Cabe aos pais, portanto, a responsabilidade e zelo primordiais em prol dos filhos menores. Estão especialmente municiados para que se cumpra uma disposição internacional vigente no Brasil: “nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.”⁵ Os institutos da representação e da assistência, por defeito de idade, dizem com isso. Fazem que os pais estejam presentes necessariamente, junto à prole, na realização de nos atos que vão gerar mudança em sua situação jurídica.

Por outro lado, o exercício de poderes decorrentes de posições jurídicas, uma vez atualizados em condutas, geram consequências para a criança e o adolescente, proporcionalmente ao alcance do ato. A proteção especial, então, deve levar à assunção paulatina dos efeitos dos próprios atos. Por isso, certos atos, praticados na presença ou à revelia dos pais, devem gerar alguma responsabilidade proporcional para crianças e adolescentes. Desse modo, o requisito formal da idade, sempre considerado na validade dos atos jurídicos, nem sempre servirá para

³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Lei N^o 8069, de 13 de julho de 1990. Art. 4^o: 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.

⁴ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Privacidade no gerenciamento do poder familiar. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). Direito à privacidade. São Paulo: Ideias e Letras, 2005, p.155.

⁵BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>.

isenção de responsabilidade moral, civil ou para isenção de outros efeitos. Por exemplo, no caso abaixo, o Estado negou pagamento de cirurgia para retirada de tatuagem realizada por adolescente, quando tal tentava usar do caráter de proteção diferenciada para pedir mais do que caberia a outros cidadãos, escorado em sua condição legal de vulnerável. O Tribunal julgou que o jovem tinha discernimento necessário para avaliar os efeitos do que estava a fazer quando optou livremente pela tatuagem, e negou-lhe a concessão solicitada.

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO DE ALTO CUSTO PARA RETIRADA DE TATUAGENS FEITAS DELIBERADAMENTE POR ADOLESCENTE. PRETENSÃO QUE NÃO SE ENQUADRA EM GARANTIA DE DIREITO À SAÚDE. É CERTO QUE, NOS TERMOS DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, “A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO” E QUE, DE ACORDO COM O ART. 227 DA CF, É DEVER DO ESTADO ASSEGURAR ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, O DIREITO À SAÚDE. ENTRETANTO, NÃO HÁ COMO ENQUADRAR A PRETENSÃO DE RETIRADA DE TATUAGENS FEITAS DELIBERADAMENTE POR UM ADOLESCENTE, A SUAS EXPENSAS, COMO GARANTIA AO SEU “DIREITO À SAÚDE”, A SER ASSEGURADO PELO PODER PÚBLICO. ORA, NÃO É DADO AO JOVEM PRETENDER QUE O ESTADO ARQUE COM AS CONSEQUÊNCIAS DE UMA SITUAÇÃO EM QUE ELE VOLUNTARIAMENTE SE COLOCOU - AO SE SUBMETER ÀS SESSÕES DE TATUAGEM QUE, ATUALMENTE, DIZ ARREPENDER-SE DE TER FEITO -, A FIM DE OBRIGAR QUE, AGORA, OS ENTES PÚBLICOS ARQUEM COM O PROCEDIMENTO PARA A REMOÇÃO DA TATUAGEM, QUE ALÉM DE SER DE ALTO CUSTO, NÃO GUARDA QUALQUER RELAÇÃO COM A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE.⁶

Observa-se que a proteção integral de crianças e adolescentes, portanto, deve servir também para modular o grau crescente de atribuição de responsabilidade. Seus principais desenvolvedores – o termo melhor seria educadores ou facilitadores - são os pais, mediante o exercício do poder familiar. Por

⁶ No caso dos autos, o jovem possui, no rosto, abaixo dos olhos, três tatuagens no formato de lágrima e, sob a alegação de que “a comunidade associa as tatuagens a determinada gangue” (fl. 15), requer o fornecimento, por parte dos entes públicos ora demandados, de procedimento a laser – que custa R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) – para retirada destas. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Apelação nº 70065223786. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS. Diário de Justiça eletrônico 15 set. 2015.

isso, em situações nas quais os pais participaram e não há lesão substancial aos bens fundamentais dos filhos, não há que se permitir invocar o princípio da proteção integral para pleitear respostas que venham a onerar o Estado por efeitos decorrentes de uma decisão cujos efeitos eram perfeitamente previsíveis pelo menor, sendo inclusive de pequeno potencial lesivo.

Assim deve-se garantir aos menores a segurança necessária, dentro dos limites, pois se encontram em peculiar desenvolvimento, e ao mesmo tempo, cuidar de que assumam a responsabilidade por deliberações livres e ponderadas⁷. O arrependimento por decisões são comuns a todas as pessoas, também fazem parte do processo de desenvolvimento, assim como as consequências deles. Cabe à autoridade parental o respeito aos filhos, com o controle e o cuidado, em razão do desenvolvimento inerente aos menores, enquanto carecem de discernimento suficiente para certos atos, segundo a presunção legal⁸. Mas os atos que são já acessíveis à compreensão do educando, devem ser ratificados pela ordem jurídica e seguir a máxima de responsabilização pelas próprias ações livres, pois tal atitude também é educativa para o cidadão em peculiar etapa de desenvolvimento.

Outros três conceitos são oportunos para o avanço do presente trabalho. O conceito de sistema e rede de proteção e o de formação integral com meta da proteção integral, o que significa garantir a formação integral. Três palavras que devem ser associadas: sistema, rede e formação.

O art. 227 da Constituição Federal (CF) funda o sistema e a rede de proteção integral. O que se entende-se por sistema e rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente? *Sistema de proteção* é o conjunto de órgãos e disposições decorrentes do plano normativo, no âmbito jurídico virtual, relativo aos direitos da criança e do adolescente, composto por regras e princípios referidos direta ou indiretamente a eles.

⁷ “Assim, é possível aos pais, em nome do cuidado conjugado com a promoção do desenvolvimento, tomar parte na vida privada dos filhos, especialmente se estes estiverem correndo riscos. Mas essa participação somente será legítima se tiver fundamento na promoção do seu desenvolvimento, na garantia da sua integridade e no respeito à sua dignidade, em conformidade com a doutrina da proteção integral”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano à pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p.18.

⁸ A proteção integral aos menores de forma que família, sociedade e Estado devem garantir conecte-se os com a tutela dos direitos fundamentais dos filhos, conforme artigo 227, CF. Os direitos elencados devem ser efetivados, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual tem a nobre tarefa de materializar o preceito constitucional. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses Difusos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.94.

Rede de proteção, por sua vez, é tremo que se refere à estrutura de equipamentos públicos e instituições criada por incidência das normas, abrangendo as entidades envolvidas na realização dos preceitos do sistema.

O que se entende por *formação integral*? É o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, finalidade do processo educativo e abrange a formação ética. A *formação integral* é a finalidade da educação no âmbito da *proteção integral*⁹.

A formação integral é imanente ao sistema de proteção e deve ser atualizada na rede de proteção. Deve-se formar para a autonomia. Essa formação demanda a concessão de maiores poderes de ação.

A proteção integral traduz o reconhecimento de todos os direitos inerentes às pessoas em peculiar desenvolvimento. Essa percepção significa um avanço, pois deixam os menores de idade deixam de ser tratados como seres passivos no sistema, passando a ser sujeitos ativos da própria formação.

Ao mesmo tempo, tendencialmente essa temática é tratada distante do estudo da capacidade, tema típico do Direito Civil. A capacidade permanece com aura de instituto estático, enquanto a ideia de pessoa em desenvolvimento expressa a dinâmica real da criação e e da educação.

Exatamente a partir do contraste e tensão entre o instituto da capacidade civil, do Código Civil e disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, como a atenção à pessoa em peculiar fase de desenvolvimento, com direito à liberdade progressiva, pode-se conceber, como dever do Estado, permitir uma segunda modulação da capacidade de agir, mediante o instituto da legitimidade.

Novamente, vale dizer que nesse breve artigo apenas se enunciam os elementos dessa construção, que tem como fundamento o direito de formação integral -derivado da proteção integral-, em atenção ao interesse superior da criança, que exige o desenvolvimento progressivo da autonomia, com modulação particularizada.

⁹ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo. A tese recebeu três prêmios nacionais, sendo o último deles o Prêmio Jabuti, em 2012, com o título Direitos da Criança e do Adolescente me face da TV (São Paulo: Saraiva, 2011).

Logo, na sequência serão trazidos dispositivos da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que reforçam o fundamentação para a ampliação no uso da legitimação/legitimidade como modulador do exercício de poderes.

2. Autonomia da criança e do adolescente

O reconhecimento da autonomia¹⁰ da criança e do adolescente está presente na Convenção sobre os Direitos da Criança, como garantia do direito de opinião, expressão, associação, educação, saúde, que exigem um reconhecimento expresso da sua capacidade para exercê-los diretamente. A isto correspondem os deveres dos pais para orientá-los, de acordo com a evolução da sua capacidade¹¹. O termo “capacidade”, aqui, não é exatamente o do instituto da capacidade. Diz antes com a discernimento e habilidades e competências.

No Brasil, tal direito, tal qual expresso nos artigo 5 e 12 da Convenção, ainda não foi desenvolvido de modo adequado pela doutrina. É fato que a criança deve ser livre para desenvolver ideias sobre todas as questões que lhe digam respeito. A formulação e manifestação de seu pensamento em opiniões, e respectivas ou eventuais decisões em consequência, devem ser devidamente tomadas de acordo com a sua idade e maturidade, pois conforme a Convenção as crianças têm o direito a ser ouvidas e que as suas opiniões sejam levadas em consideração.

Conforme o artigo 5 da Convenção sobre os direitos da criança:

Art 5- Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras

¹⁰ SÁNCHEZ, Jacob. *El menor maduro*. In: Boletim de Pediatria. 2005; 45: p. 156-160. Disponível em: http://www.sccalp.org/documents/0000/1054/BolPediatr2005_45_156-160.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2017. En 1973, la Academia Americana de Pediatría afirmado: “un menor puede dar su consentimiento para recibir asistencia médica cuando es capaz de tomar decisiones racionales y dicha asistencia puede verse comprometida por el hecho de informar a sus padres”. Siempre y cuando las decisiones sean de bajo riesgo y gran beneficio.” Tradução livre: Em 1973, a Academia Americana de Pediatria já afirmava que “um menor podia consentir em receber cuidados médicos quando fosse capaz de tomar decisões racionais e esses cuidados poderiam ser comprometidos caso fossem informados aos pais. Esta atitude deveria ser sempre observada quando as decisões fossem de baixo risco e grande benefício para o menor assistido”.

¹¹ *Id Ibidem*.

peças legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e *acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção.*

Acerca do respeito à opinião da criança e adolescente, o artigo 12 da Convenção sobre os direitos da criança estabelece que:

1. Os Estados Partes assegurarão à *criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança*, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, *em função da idade e maturidade da criança.* 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Novamente, deve-se fazer notar que a expressão *capacitada*, grifada no texto acima, assim como *maturidade*, são termos que dizem acerca da pessoa menor de idade. São atributos *dinâmicos*. Não se confundem com a noção *estática* do regime civil da capacidade, um *status* genérico.

De acordo com o artigo 12 da Convenção, a audição da criança ou jovem constitui uma das manifestações ou concretizações do superior interesse. A partir de uma determinada idade, a pessoa atinge um certo desenvolvimento que a faz entrar na chama “adolescência”. Tal desenvolvimento acontece depois de a criança adquirir um determinado desenvolvimento psicológico, biológico e social aliado a uma habilidade suficiente para que esteja em condições de compreender e atuar dentro do seu meio.¹² Esse direito à palavra e à participação que a lei atribui à criança, pressupõe que a mesma seja ouvida, e que sua preferência seja levada em consideração na determinação do seu superior interesse, desde que se verifique sua capacidade de juízo específico¹³.

¹² Numa situação padrão, é a partir dos doze anos de idade que a criança atinge a maturidade e desenvolvimento psíquico e moral para decidir ou fazer parte do processo de decisão de questões relevantes.

¹³ Por exemplo, para situações de depoimento especial de criança ou adolescente vítima de violência, conforme dispõe a Lei 13.431 e 4 de abril de 2017, para que haja a efetiva concretização deste direito, o Judiciário deverá providenciar uma sala especial e fazer a audição assistido por profissionais qualificados para esse atendimento.

Embora sujeito a certa vulnerabilidade que demanda tutela, o menor deve gozar de alguma autonomia. Progressiva e gradativamente deve desenvolver-se no exercício dela, o que lhes possibilita a consolidação da plena autonomia aos 18 anos não apenas desde a perspectiva jurídico-formal. O artigo 3 do ECA garante, ao lado dos direitos fundamentais, a dinâmica formativa que lhe assegure “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o *desenvolvimento* físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” Esse artigo reforça o dever de uma concessão progressiva de poderes jurídicos, proporcional ao seu desenvolvimento.

Cabe ressaltar que “o melhor interesse” ou “interesse superior”, expressões com as quais se traduziu “*best interest*” ao vernáculo, não é o que o Julgador entende, subjetivamente, ser melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atenderia à sua dignidade e a seus direitos fundamentais em maior grau possível. É o real interesse da criança e do adolescente que deve ser levado em consideração, pois os documentos internacionais e nacionais são para a proteção deles, pois eles são os destinatários do Estatuto, assim seus interesses é que devem ser tutelados, uma vez que com a doutrina da proteção integral passam a ter direitos subjetivos.

A respeito do direito da criança e do adolescente de participar de decisões sobre seu projeto de vida, o Estatuto limita-se a enunciar a possibilidade de participação das crianças e dos adolescentes em processo judiciais ou administrativos, conforme artigo 28 do Estatuto:

[...] § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. Naturalmente isso não significa que os menores não tenham espaço para decisões existências em suas respectivas casas.

Isso significa que o Estatuto reconhece a possibilidade de os menores terem capacidade cognitiva suficiente (“sempre que possível... respeitado seu grau de desenvolvimento”; ECA, art. 28) para fazer escolhas nos processos judiciais e administrativos.

Silencia o Estatuto, todavia, quanto à garantia expressa da possibilidade de a criança ou o adolescente fazerem escolhas progressivas sobre assuntos relacionados a eles, ainda que condicionadas à verificação da oportunidade para o seu melhor. Essa postura, todavia, pode ainda ser percebida da interpretação analógica do reconhecimento de seu poder de participação, como sujeito ativo e influente, nos procedimentos judiciais.

Se o Estatuto da criança e adolescente internalizou a possibilidade de capacidade progressiva e de consentimento para os adolescentes em processos judiciais e administrativos, é possível uma nova lei: 1) que estabeleça a capacidade progressiva como princípio do Estatuto; 2) que o adolescente tem capacidade de avaliar e de compreender situações no contexto médico-clínico, tendo o direito de consentir ou não sobre os tratamentos procedimentos; e, 3) que a criança tem o direito de dar sua opinião no contexto médico-clínico e tem o direito de sua opinião ser considerada, na medida do seu desenvolvimento.¹⁴

Vale buscar o reforço do dever de reconhecimento dessa autonomia progressiva na principal fonte do Direito Internacional acerca de crianças até esse momento, que já foi referida nesse trabalho. Trata-se da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de Nova Iorque, de 1989, com 193 Estados signatários.¹⁵ No Brasil, sua ratificação se fez pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, quando o país reafirmou sua adesão à doutrina da proteção integral, assim como a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Esses documentos reiteram a doutrina da proteção integral como o aporte fundamental da atenção temática à infância e à adolescência, como se observa nos artigos 2º a 4º da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente¹⁶ e do art. 24 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁷

¹⁴ MUNHOZ, Luciana Batista. O princípio da autonomia progressiva e a criança como paciente. Dissertação. Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014_LucianaBatistaMunhoz.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017, p.109.

¹⁵ Foi assinada pelos 193 países que compõem a ONU e ratificada por 191 deles. Somente os Estados Unidos e a Somália não a subscreveram, embora já tenham manifestado o interesse em fazê-lo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 20 jul. 2014.

¹⁶ Artigo 2º. 1 Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma,

Para a Convenção de 1989, criança não é uma expectativa de ser humano. É uma pessoa em desenvolvimento, com idade inferior a dezoito anos¹⁸. Sujeito de direitos que, paulatinamente, deve adquirir capacidade moral e tirocínio para gerir sua vida por conta própria. Isso demanda um tratamento jurídico correspondente.

Observa-se no artigo 3º da Convenção dos direitos das crianças uma recomendação para os atores sociais, de modo que as decisões que tomem sempre leve em consideração o melhor ou maior interesse da criança: 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. Associado ao princípio da proteção integral, tem-se o princípio do “interesse superior”, assim compreendido como o princípio básico que coloca os direitos da criança e adolescente em posição

independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares. Artigo 3º. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada. Artigo 4º Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 11 de março de 2015.

¹⁷ Artigo 24, Tratado Nice: 1. As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade. 2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança. 3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Nice/Carta%20Direitos%20Fundamentais.htm>. Acesso em 10 de março de 2015.

¹⁸ Artigo 1º. Para efeitos da presente Convenção sobre os direitos da criança da ONU: considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

de preeminência em caso de conflitos com outros direitos. Mas como identificar qual realmente é o melhor interesse? ¹⁹

Para garantir essa proteção integral, respeitando-se o melhor interesse da criança e adolescente, a família, a sociedade e o Estado são chamados ao exercício de corresponsabilidades, segundo o artigo 227, da Constituição de 1988²⁰.

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles. ²¹

Os pais devem exercer a sua autoridade parental, e promover a livre manifestação do adolescente, de modo a favorecer o processo de autodeterminação. Cabe aos pais o exercício o poder familiar – ambos assumem o poder-dever de atuar no interesse do filho, criando-os, educando-os e zelando por seus interesses materiais e morais, até que atinjam a capacidade.²²

O princípio do melhor interesse da criança – considera-se, também, do adolescente, por força do próprio dispositivo constitucional – representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto (sic) para ser alçado – com absoluta justiça, ainda que tardiamente – a sujeito de direito, ou seja, a pessoa

¹⁹ Sobre o tema, sugere-se a leitura do trabalho O melhor interesse da criança como cultura jurídica e como princípio jurídico no Brasil, de Francisco Flávio Silva Rodrigues. Dissertação de Mestrado. Universidade de Fortaleza: 2018, 156p.

²⁰ Art. 227, CF: 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.

²¹CURY, Munir. O estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 33.

²² MENEZES, Joyceane Bezerra de. A autonomia para adolescentes em relação à recusa de tratamento médico. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e102943424a748e2>. Acesso em: 20 mar. 2018, p. 10.

humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.²³

O melhor interesse da criança e do adolescente deve balizar o exercício da autoridade parental, na medida em que os interesses dos pais estão condicionados aos interesses dos filhos, ou seja, na sua realização como *pessoa em desenvolvimento*.²⁴ Os direitos da criança e do adolescente se ajustam à realidade constitucional, na medida em que os menores passaram a ser tidos como sujeitos de direito preferenciais. Essa posição preferencial demanda uma especial atenção em sua formação para a autonomia. Tal autonomia, conforme aferida a capacidade de discernimento deve compor o desenvolvimento de sua própria personalidade, que, além de significar uma liberdade de autodeterminação, “significa também uma liberdade de determinação no modo de ser de sua personalidade.”²⁵

Para isso, os pais devem estar atentos às necessidades de desenvolvimento, o que algumas vezes significa exercitar a habilidade da escuta atenta; e, em outros momentos exigirá que o adulto ocupe o espaço de fala que lhe é próprio, impondo limites, corrigindo rumos ou apontando caminhos que facilitem ou minimizem um problema que aos olhos do adolescente parece intransponível. Cada um desses gestos revela a mais pura expressão de cuidado.²⁶

A autonomia deve seguir a capacidade de autogoverno pessoal e é influenciada por fatores biológicos, psíquicos, sociais e culturais, porque só o reconhecimento de direitos não assegura a autonomia, mas pode ser expressão de troca “que se produce en las relaciones históricamente situadas de las ‘clases’ sociales de niños y adolescentes, de una parte, y de adultos, de otra. Esas relaciones, como hemos dicho, asignan deberes, pero reconocen, también, prerrogativas.”²⁷

²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008, família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2009, p. 240.

²⁴ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 292.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 65.

²⁶ SILVA, Rosane Leal da. A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 44-45.

²⁷ PARMO, Domingo Lovera. *Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía*. "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO", n 11 Santiago de Chile, Octubre de 2009.

Conforme Fleming,²⁸ o adolescente transita de um estado de dependência para um estado de maior liberdade, entendida esta enquanto um grau mais elevado de autogoverno. A dimensão do poder de autogestão de crianças e adolescentes está diretamente ligada com fatores relacionados com as normas jurídicas, os valores culturais, e com o tipo de socialização e práticas educativas, vigentes em cada país.

A autonomia das crianças e adolescentes traz um matiz que ultrapassa a ideia de independência, sendo certo que uma criança autônoma está capacitada, habilitada para escolher e tomar decisões relativas ao seu mundo e à sua faixa etária, tendo em vista as responsabilidades e repercussões que tais escolhas possam originar. Ou seja, ela tem autonomia mesmo quando não é plenamente independente desde o ponto de vista econômico ou relacional.

Reconhece-se assim que a autonomia da vontade dos menores, relacionada à aptidão para tomar decisões, deve ser reconhecida juridicamente. Os institutos da representação e da assistência em parte expressam essa progressão. A emancipação também. São patamares diversos de autonomia. Mas, seria possível ainda de se criar, entre tais modalidades, outras situações de concessão de exercício de poderes dos quais se é titular. Isso é matéria de *lege ferenda* mediante o reconhecimento de legitimidade, por vezes em caráter extraordinário, para casos concretos, que expressariam o devido reconhecimento jurídico do progresso intelectual ou cognitivo dos menores de idade. O tópico seguinte dedica-se a tais institutos.

3. Capacidade e Legitimidade para agir de crianças e adolescentes

Entra-se agora ao desenvolvimento técnico do conceito de legitimidade. A eventual repetição de ideias, aqui, serve de estratégia para facilitar a compreensão das nuances e peculiaridades dos conceitos, sendo ainda pouco comum uma abordagem dedicada ao tema e que trafegue entre a Teoria Geral do Direito Privado e o Direito da Criança e do Adolescente. Por isso se pede maior paciência do leitor.

Disponível em: http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2017, p.18.

²⁸FLEMING, Manuela. Adolescência e Autonomia – O desenvolvimento psicológico e a relação com os pais. São Paulo: Afrontamento, 1993, p. 101.

De acordo com Donaldo Armelin²⁹, que se dedicou especialmente o Processo Civil, mas cujo estudo serve ao propósito deste trabalho, a legitimidade no âmbito do direito tem como característica a qualidade que se agrega ao exercício de poder ou direito ou faculdade, no plano jurídico, e aos destinatários, de forma a justificar a obediência por estes dos comandos emergentes dos titulares do poder, e pressupõe a validade da ordem jurídica de onde ela emana. A legitimidade seria um requisito indispensável à perfeição do ato jurídico, um pressuposto de ato válido e eficaz.

Nesse contexto, é necessário estudar a legitimidade em consonância com os institutos da capacidade de fato (autonomia para exercício de poderes) e de direito (titularidade de poderes). Contudo, a legitimidade não é titularidade, nem capacidade de exercício³⁰, mas se relaciona a tais conceitos. A capacidade de fato corresponde a um pressuposto subjetivo do negócio jurídico, relativo à qualidade do agente. Já a legitimidade corresponde a pressuposto objetivo-subjetivo do negócio jurídico, que resulta de uma relação com o objeto, ou seja, com a posição do sujeito em relação ao objeto. Essa na visão mais difundida do instituto da legitimidade, que deitava raízes na capacidade de fato, compreensão que esse artigo entende ser limitada, advogando-se por sua revisão conceitual.

Consoante Cordeiro³¹, a ideia de legitimidade deve ser distinta de figuras afins: titularidade, pois esta dá a qualidade do sujeito, enquanto beneficiário de uma situação jurídica ativa, mas poderá o menor precisar agir: a) com adstrição: no caso do menor que pode não ter a liberdade de cumprir a obrigação; b) com capacidade: pode ter capacidade, mas não ter titularidade.

A legitimidade se une à capacidade para assegurar a perfeição do ato jurídico, mas o legislador civil não se ocupou de forma explícita da legitimação, tanto que uma das versões apresentadas pela comissão encarregada de elaborar o anteprojeto de Código Civil de 2002 trazia, na redação de seu art. 104, segundo

²⁹ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 6- 10.

³⁰GONÇALVES, Luiz da Cunha. Princípios de Direito civil luso-brasileiro. Parte geral dos direitos reais ou direito sobre as coisas. São Paulo: Max Limonad Editor, 1951, p. 70. Não há que se confundir capacidade de exercício com o conceito de poder. Se a noção de capacidade exercício diz respeito à pessoa nas relações com seu próprio patrimônio, gerindo-o, conforme sua vontade, discernimento e autonomia privada, a noção de poder é conexa ao conceito de posição, como nos atos de administração de patrimônio alheio, também conhecida como legitimidade.

³¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de direito civil português: parte geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004, p.30.

informa Torquato Castro: "a validade do negócio jurídico requer: I) agente capaz e *legitimado* para o ato".³²

Armelin³³ sugere alguns critérios para diferenciar legitimação e capacidade, sendo o primeiro em relação aos efeitos que a ausência de requisito provoca na estrutura do ato, a qual permite atos válidos e ineficazes, pois decorre da conjugação capacidade e legitimação ou atos inválidos e eficazes, que decorrem da incapacidade com legitimação. São duas combinações possíveis.

Isso é possível porque pode existir capacidade sem legitimidade, quando a vedação a determinado ato jurídico diz respeito à situação do sujeito em relação ao objeto. Trata-se de legitimação e não capacidade, porque a capacidade reporta-se à existência no sujeito de direito, sem vincular-se a ato que deve ser praticado, enquanto a legitimidade se liga ao objeto do ato, sendo esse o segundo critério. Já o terceiro critério reside no fato de que a capacidade é atributo jurídico da pessoa em razão das suas qualidades naturais, como a idade e a saúde, e que não existindo, não pode ser pleiteada por ele, todavia, a legitimação emerge da titularidade de um direito ou posição dentro da relação jurídica. A titularidade, note-se, tem conexão com a capacidade de direito ou de gozo: posso ser titular de um direito mas não ter capacidade para movimentar os poderes dele decorrente. O controle do exercício de poder quando realizado em bloco, recebe o nome de "incapacidade absoluta" ou "incapacidade relativa". São instrumentos jurídicos necessários ao titular incapaz: a capacidade plena de outrem, associado aos institutos da representação ou da assistência, conforme seja presumido (caso da idade) ou verificado (caso de incapacidade mental). Além desses controles em bloco, a legitimidade seria o controle *ad hoc*, em casos, que pode é invocada especialmente em situações de capacidade plena. O que se pretende aqui comentar é que, no caso de emancipação, de rigor deveria o menor de idade ter capacidade plena. No entanto, na realidade esse passo não é dado.

Por outras palavras, legitimação condiciona o exercício de certos poderes (direitos)³⁴, ou seja, a possibilidade real de a pessoa movimentá-los ou não.

³² CASTRO, Torquato. A propósito da revisão do Código Civil (LGL\2002\400): três conferências. Separata. *Revista Symposium*. ano XIII. n. 1. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 1971.

³³ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 14.

³⁴ Cf. BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de direito civil, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 60. O proprietário tem direito de alienar livremente seus bens (capacidade de gozo), mas para vendê-los a um dos descendentes, carecerá do prévio consentimento dos demais (legitimação). Outro caso de

A capacidade de agir, inserir-se-á na faculdade outorgada às pessoas de exercê-los por sua conta, dependendo apenas de uma prévia disposição volitiva do titular do direito. A capacidade de direito é a aptidão para ser sujeito de direitos e deveres, enquanto a legitimação consiste em saber se uma pessoa, *em face de determinada relação jurídica*, tem ou não capacidade específica *ad hoc* para estabelecê-la.

Tal diferenciação tem relevância ao estudo, considerando-se a capacidade como aptidão intrínseca das partes que darão luz ao negócio jurídico. Para Betti,³⁵ a legitimação “é uma posição de competência, caracterizada quer pelo poder de realizar atos jurídicos que tenham um dado objetivo, quer pela aptidão para lhes sentir os efeitos, em virtude de uma relação em que a parte está, ou se coloca, com o objeto do ato”.

A capacidade de gozo (ou de direito) está ligada a titularidade, traduzindo-se na concreta suscetibilidade de ser titular ou, mais precisamente, na medida dessa titularidade, para não confundir com o conceito de personalidade jurídica. A capacidade de fato ou de exercício está relacionada com a movimentação autônoma das posições jurídicas de que se é titular. Nesse sentido, o incapaz de exercício ou de fato tem necessidade de recorrer a outrem para movimentar seus poderes, como assistente ou representante. Na incapacidade de gozo faltaria, por sua vez, a possibilidade de titularidade, pois uma pessoa não pode sequer ser titular de uma situação jurídica.

O menor não sofre limitação a suscetibilidade de ser titular, mas não tem legitimidade (autorização específica dentro de uma dada relação) para praticar atos, pois lhe faltaria capacidade de exercício (status genérico da pessoa menos de idade, conforme os padrões normativos). Então, não poderá exercer uma posição da qual é titular. Precisa da atuação de um terceiro para efetivar alguns de seus poderes. Isso consiste em uma restrição da autonomia. Mas não afeta sua titularidade.

confronto entre legitimação e capacidade: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” (CC de 2002, Art. 1.798) eis que a legitimidade é um requisito subjetivo-objetivo de eficácia do ato jurídico, específica e não genérica como a capacidade.

³⁵ BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. Torino: Torinese, 1952, p.11.

Os absolutamente incapazes³⁶ não podem praticar atos da vida civil, no entanto são titulares direitos, uma vez que possuem personalidade e, conseqüentemente, capacidade de gozo ou de direito, e “seus representantes agem em seu nome, falam em seu nome, pensam e querem por eles.”³⁷ Os relativamente incapazes³⁸ podem praticar alguns atos, mesmo sem assistência, pois não são totalmente privados da capacidade de exercício. Têm, desse modo, certa autonomia, que é manifestação de liberdade jurídica.

Diante disso, o poder de disposição ou de movimentação de poderes que lhe seria próprio, é atribuído a pessoa diversa do titular. De modo geral, isso pode se dar mediante previsão legal ou vontade negocial, também entre adultos. É dizer que quando o titular da situação não possa ou não queira atuar, o cuidado de seus interesses será delegado para terceiro que exercerá o poder de disposição.³⁹ Na visão de Perlingieri,⁴⁰ o poder de disposição é o poder de provocar uma vicissitude constitutiva, modificativa ou extintiva de uma relação jurídica. Por isso expressa autonomia. É o poder de disposição que configura o exercício de situação subjetiva que está ligado à capacidade de agir, assim o ato de disposição de direito não é somente a sua transferência a outrem, mas também ato de autonomia, pois constitui uma situação subjetiva a terceiro.

É o binômio titularidade e liberdade que provoca a ligação entre capacidade e legitimidade. Assim, a legitimidade é a posição, situação ou relação que alguém se encontra e lhe permite agir no ordenamento jurídico sobre determinado interesse. A propósito Carlos Alberto da Mota Pinto⁴¹ delimita capacidade e legitimidade afirmando que “a capacidade é um modo de ser ou qualidade do sujeito, a legitimidade supõe uma relação entre o sujeito e o conteúdo do acto e, por isso é antes uma posição, um modo de ser para com os outros.”

³⁶ BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigo/Civil.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016. Artigo 4º, I, CC: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são relativamente incapaz.

³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.

³⁸ O Código Civil foi revisado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e estabelece como absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil tão somente os menores de dezesseis anos, conforme art. 3º, CC.

³⁹ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais. Barueri: Manole, 2013, p. 114.

⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 80-82.

⁴¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, Antonio Pinto; PINTO, Paulo Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 255.

Enquanto a capacidade é um modo de ser da pessoa, a legitimidade respeita a relação indiretamente a pessoa, assim a distinção entre capacidade e legitimidade resulta de uma relação jurídica a depender de uma relação natural ou jurídica, se depender de uma situação jurídica é legitimidade e não capacidade, pois a legitimação é um *plus* que se agrega à capacidade em determinadas situações.

A representação é exemplo de legitimidade, pois na representação a pessoa atua em nome de outrem, mas o representante é idôneo, para estar na relação jurídica, pois a legitimidade não depende de ser titular ou não titular do interesse, mas de ser ou não sujeito da situação jurídica afetada. Pode haver ação sem interesse subjetivo, mas com interesse protegido, isso ocorre com o Ministério Público ao proteger os interesses de crianças e adolescentes, mesmo emancipados, pois o MP tem legitimidade para atuar nos interesses daqueles.

Há também situações de legitimidade onde quem não é sujeito dos interesses se encontra legitimado para agir, pois ele pode atuar em interesse próprio ou num poder para proteção do titular do interesse ou de terceiro, isso ocorre muitas vezes em relação aos interesses dos menores, pois não podem praticar atos livremente, carecendo de tutela por parte dos pais ou responsáveis.

Menezes Cordeiro⁴² afirma que a legitimidade opera com uma noção civil que deve partir da pessoa para a situação em causa, pois a liberdade é inerente a pessoa enquanto a titularidade não é, o que demonstra que a análise da legitimidade deve ser iniciada pela liberdade, sendo a liberdade axiologicamente fundamental enquanto valor, assim a liberdade deve interagir com outros valores. A legitimidade poderia ser funcionalizada, falando-se em “competência civil”, perante cada situação jurídica, caberia perguntar quem tem competência para agir, isso equivaleria a partir da situação para a pessoa e não o inverso, mas abdicar-se-ia de dois pontos: o Direito Civil assenta nas pessoas e desenvolve-se a partir delas e o propósito do ordenamento, apesar de não tratar explicitamente da legitimidade, comporta diversas regras que visam a pessoa e não as várias situações.

A capacidade de exercício respeita o ato, enquanto a legitimidade os efeitos. A capacidade de exercício deve ser no ato, enquanto a legitimidade pode ser posterior. A capacidade de exercício representa a capacidade de atuação, no qual

⁴² CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Tratado de direito civil português: parte geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004, p.32.

funda-se na vontade do agente e conseqüentemente produz efeito jurídico. A capacidade é condição para que a pessoa possa agir validamente no negócio; todavia, a validade da atuação não se esgota na capacidade, mas deve-se levar em consideração a legitimidade.

A legitimidade se divide em direta e indireta, na primeira pertence ao titular do interesse, resulta da qualidade entre o sujeito e o interesse do negócio jurídico, que é pressuposto da autonomia privada, já na segunda resulta de uma conexão de interesses e não da titularidade do interesse do agente. Este pratica o ato no exercício de um poder com interesses alheios, por exemplo, representação.

Nesse viés, a legitimação representa a competência específica da pessoa para a prática de determinado negócio jurídico. Não basta, portanto, ser capaz plenamente para que o ato seja perfeito. É imprescindível que haja também legitimação das partes para a validade do negócio jurídico. Ao sujeito ativo da relação jurídica, legitimação confere o exercício e dimensiona a extensão do poder que pode exercitar. A legitimidade é o reconhecimento da qualidade da pessoa na situação jurídica concreta, quanto à extensão dos poderes que pode exercitar.

A importância da maioria e da capacidade de fato, está intimamente ligada ao exercício de posições jurídicas⁴³, na proteção aos seus direitos subjetivo, pois quando se fala na “estrutura das posições jurídicas”, faz-se referência à estrutura dos direitos, dos poderes, dos deveres e das sujeições. Posição jurídica⁴⁴ é aqui entendida como termo de situação jurídica⁴⁵, seja ela ativa (direitos e poderes) ou passiva (deveres ou sujeições).

O poder e a sujeição, os quais derivam de norma de competência, tem entre si uma relação de correlação, no sentido de que o poder de um sujeito (situação jurídica ativa) corresponde a sujeição de um outro (situação jurídica passiva).⁴⁶

A principal característica para estabelecer se estamos diante de uma competência é a capacidade de alterar as posições jurídicas dos sujeitos de direito

⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 10. “Posição jurídica” costuma designar toda situação jurídica, simples ou complexa, que caiba a um único sujeito ou não.

Cf. Ferrara. Situação do sujeito por força da qual é chamado para agir na esfera jurídica do outro.

⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 47. É toda situação de uma pessoa regulada pelo direito.

⁴⁵ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 47. Toda situação jurídica pode ser designada posição jurídica, por oposição às relações jurídicas.

⁴⁶ LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 106.

submetidos à norma. A competência é um acréscimo à capacidade do indivíduo que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, mediante regras jurídicas, que originariamente por sua própria natureza, o indivíduo não possui, e nisso diferem de meras normas de conduta.

Em que pese o exposto, entende-se que o conceito de legitimidade pode servir exatamente como o modulador da capacidade de agir como um todo, para além dos casos de capacidade plena, como ocorre em matéria de impedimento matrimonial. Se até aqui vinha sendo compreendido como instituto (oculto muitas vezes) que autoriza ou veda a movimentação de poderes conforme as circunstâncias relacionais pessoais, de rigor, tal conceito pode ir além de um requisito prévio de capacidade de fato. Por quê? Porque se ele traz a ideia de circunscrição do exercício de poderes, vinculado à efetiva habilidade pessoal (pressuposto da capacidade de fato) bem como à conformação à ética social (pense-se na vedação do incesto), sendo revelado via de regra pela via negativa (impedimentos e vedações), seria possível vislumbrá-lo como instituto para, nos casos concretos, em via positiva extraordinária, reconhecer a aptidão negocial *in concreto*, ou a competência para a prática de certos atos jurídicos *stricto sensu* de um menor de idade.

Nesse sentido, como um avanço desse estudo, que aqui se enuncia, mas será objeto de outro trabalho, vislumbra-se a possibilidade da criação de um instituto civil de legitimidade extraordinária, para o exercício de um poder jurídico mesmo ausente a capacidade de fato. Essa proposta, de *lege ferenda*, atenderia situações em que um adolescente necessitasse exercitar algum poder jurídico, sendo consabida sua e comprovada sua habilidade humana para tanto, a despeito de não ter ainda atingido a idade para a capacidade plena de ação. E seria efetivamente uma aplicação e reconhecimento da autonomia progressiva.

Conclusão

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou estudar a autonomia do menor, bem como permitiu a análise sobre a legitimidade e capacidade. Para isso, foi necessário localizar a Criança e o Adolescente, como sujeito de direitos, no qual teve no Brasil a Constituição Federal de 1988 como elemento que elevou a proteção integral como princípio basilar.

Explanou-se a legitimidade como requisito de validade, ao lado da capacidade do agente, chegando-se a notar sua ausência no Código Civil de 2002, no artigo 104, apesar de ter sido cogitado durante o processo de criação do Código. Desse modo, nota-se que o menor (incapaz) é sujeito de direitos e deveres. Mas não pode movimentar os poderes que suas posições jurídicas lhe conferem. Essa limitação legal, é exceção no sistema, pois a regra geral é a plenitude da capacidade de exercício. Assim também no que se refere à falta de legitimidade: a regra é a legitimidade acompanhar a posição jurídica, estando o titular, naturalmente, autorizado a movimentar as prerrogativas que a posição lhe confere.

Todavia, em razão do direito de formação integral, faria jus o menor de idade a uma progressão de poder jurídico que fosse além dos blocos gerais que antecedem a capacidade plena (capacidade relativa; emancipação). A esse fim serviria o instituto da legitimidade, com desdobramentos a serem melhor estruturados e estabelecidos mediante *lege ferenda*. Por meio desse instituto, pais ou responsáveis reconheceriam ao menor de idade, preferencialmente maior de 16 anos, aptidão para a prática de atos concretos, sob supervisão judicial, mesmo sem a concessão da emancipação. Eventualmente, esse reconhecimento poderia se dar em situações extraordinárias, para pessoas absolutamente incapazes.

Referências

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Saraiva: São Paulo, 2010.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*, São Paulo: Saraiva, 1984.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino: Torinese, 1952.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA*. Lei N ° 8069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Codigo/Civil.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. *Constituição Federal*. Promulgada em 05 out. 1988. Diário Oficial da União. Brasília: Imprensa Nacional, 05 out. 1988.

- BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. *Apelação nº 70065223786*. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, RS. *Diário de Justiça eletrônico* 15 set. 2015.
- CASTRO, Torquato. A propósito da revisão do Código Civil (LGL\2002\400): três conferências. Separata. *Revista Symposium*. ano XIII. n. 1. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 1971.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2004.
- CURY, Munir. *O estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- FLEMING, Manuela. *Adolescência e autonomia – O desenvolvimento psicológico e a relação com os pais*. São Paulo: Afrontamento, 1993.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. Parte geral dos direitos reais ou direito sobre as coisas. São Paulo: Max Limonad Editor, 1951.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008, família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LIMA, Miguel Moacir Alves. *O direito da criança e adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: Família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUMIA, Giuseppe. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Milano: Giuffré, 1973.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos fundamentais*. Barueri: Manole, 2013.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A autonomia para adolescentes em relação à recusa de tratamento médico*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e102943424a748e2>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Dano à pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2015.

- MUNHOZ, Luciana Batista. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PROGRESSIVA E A CRIANÇA COMO PACIENTE. *Dissertação*. Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15918/1/2014_LucianaBatistaMunhoz.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PARMO, Domingo Lovera. *Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. Justicia y derechos del niño*, n 11 Santiago de Chile, Octubre de 2009. Disponível em: http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2017.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Privacidade no gerenciamento do poder familiar. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito à privacidade*. São Paulo: Ideias e Letras, 2005.
- _____. Direito de formação da criança e do adolescente em face da TV comercial aberta no Brasil: o exercício do poder-dever de educar diante da programação televisiva. 2006. *Tese (Doutorado em Direito)* – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota; MONTEIRO, Antonio Pinto; PINTO, Paulo Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- SÁNCHEZ, Jacob. *El menor maduro*. Boletim de Pediatria, In: *Boletim de Pediatria*. 2005
- SILVA, Rosane Leal da. *A proteção integral dos adolescentes internautas: limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço*. 2009. *Tese (Doutorado em Direito)* – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses Difusos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AFETIVIDADE E DIREITO À FELICIDADE

AFFECTIVENESS AND THE RIGHT TO HAPPINESS

Maria Lúcia Falcão

Juíza de Direito do TJCE Professora da Graduação da Faculdade Grande Fortaleza
e Mestranda UNI7

Resumo: O presente trabalho analisa o tema “afetividade”, entendido pelo STF nos casos de reconhecimento de paternidade socioafetiva, como valor jurídico relevante, prioritário e tão importante quanto aos havidos do parentesco consanguíneo. No entanto, o termo “afetividade” tem sido usado para justificar outros tipos de relacionamentos e parte da doutrina tem tentado ampliar seu âmbito de aplicação, para tratar como princípio norteador da formação de todas as formas de relações familiares originadas de relações íntimas de afeto, para o fim de alcançar o direito à felicidade, desprezando a monogamia prevista no texto constitucional. Busca-se analisar se é correto afirmar que a afetividade é um princípio implícito na Constituição Federal como base de formação da família simultânea, bem como elemento essencial à busca pela felicidade. A afetividade se trata de um sentimento, que se não for exteriorizado não tem como ser apreciado. A monogamia, por sua vez, deve ser considerado princípio, pois norteia os limites indispensáveis às relações individuais com o fim maior que é a manutenção da ordem social e o direito à felicidade, tem natureza efêmera e estabelecerá a insegurança jurídica, felicidade de uns em detrimento e infelicidade de outros que certamente serão vítimas de um caos social. Por fim a felicidade é condição interna de cada ser humano, não albergada pelo direito.

Palavras-chave: Afetividade. Relações familiares. Monogamia. Direito à felicidade.

Abstract: *The present study analyzes the theme "affectivity", understood by the Supreme Court in the cases of recognition of socio-affective paternity, as a relevant legal value, a priority and superior to those born to consanguineous kinship. However, "affectivity" has been the theme to justify other types of relationships and part of the doctrine has tried to broaden its scope of application, to treat as the*

guiding principle of the formation of all forms of family relations originated from intimate relations of affection, to the end of achieving the right to happiness, neglecting the monogamy provided for in the constitutional text. It seeks to analyze if it is correct to affirm that affectivity is a principle implicit in the Federal Constitution as a basis for the formation of the simultaneous family, as well as essential element to the search for happiness. The affectivity is about a feeling, that if it is not externalized it can not be appreciated. Monogamy, on the other hand, should be considered a principle, since it guides the limits indispensable to individual relations with the greater purpose that is the maintenance of the social order and the right to happiness, has an ephemeral nature and will establish legal insecurity, happiness of some detriment and unhappiness of others who will surely fall prey to social chaos. Finally, happiness is the internal condition of every human being, not housed by law.

Keywords: *Affectivity. Family relationships. Monogamy. Right to happiness.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Formação da família no direito brasileiro. 2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2. O que é afetividade 2.3. Conceito de família no direito brasileiro. 2.4. A monogamia como princípio. 3. Requisitos legais para o reconhecimento da união estável. 3.1. Lealdade. 3.2. Direito à felicidade. 4. Considerações finais. 5. Referencias.

1. Introdução

A partir de quando o Direito busca introduzir vários princípios em sua ciência, igualmente introduz um pensamento complexo com outras ciências, pois é função do direito tutelar a vida no seu contexto complexo como um todo, tendo em vista que o homem é um ser complexo. Segundo Edgar Morin⁴⁷:

“Apesar de o pensamento complexo buscar fazer articulações entre os campos disciplinares que são desmembrados pelo pensamento disjuntivo (um dos principais aspectos do pensamento simplificador), “este isola o que separa, e oculta tudo o que religa, interage, interfere”

⁴⁷ E. Morin. Introdução ao pensamento complexo - 2011. p.6.

Diz Germana Belchior⁴⁸, “Nesse sentido, o pensamento complexo, mesmo tendo como um de seus axiomas a impossibilidade do conhecimento completo, pretende o conhecimento multidimensional”. Importante frisar que a autora diz que quando se olha o ser humano, por exemplo, percebe-se que ele é, ao mesmo tempo, um ser biológico, social, cultural, psíquico e espiritual e que devem ser analisadas as identidades e as diferenças de todos esses aspectos.

A discussão sobre o tema “afetividade” tem se ampliado a níveis ainda epistemologicamente desconhecidos, por isso deve ser examinado com muita cautela e profundidade pelo direito, porque é especialidade de ciências diversas.

Parte da doutrina entende que deve a afetividade ser acolhida como princípio para proteger e legitimar todas as formas de relações a exemplo da poligamia, denominada de “poliamor” ou “poliafeto”, bem como as denominada relações simultâneas ou paralelas. Há Projeto de Lei do Senado Federal n.º 470/2013, justificando sua inclusão no projeto pelo fato de que tais relações já se dariam naturalmente no plano dos fatos, e conseqüentemente, é dever do Estado as reconhecer juridicamente a fim de dar-lhes proteção. O projeto, como tudo indica, não reconhece a monogamia como princípio.

Outro caso ocorrido também trouxe à tona essa discussão, com a divulgação na internet da realização de um “casamento” poligâmico, com a chancela do poder judiciário. O fato realmente aconteceu em São Paulo, no cartório da cidade de Tupã, numa relação entre um homem e duas mulheres, no ano de 2012, mas não com a chancela do Estado e sim por iniciativa própria do tabelionato da cidade que lavrou uma escritura pública em que as partes reconheciam essa relação.

No entanto, a ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões – informa em sua página na internet⁴⁹ que ingressou com o Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000 junto à Corregedoria Nacional de Justiça – CNJ, visando vedar a lavratura de escritura pública de relação poligâmica ou “poliafetiva” como entidade familiar, a qual foi acolhida e vedada a prática acoimada de ilegal e abusiva.

Apesar da insistência de alguns em promover a institucionalização

⁴⁸ G. Belchior. Fundamentos epistemológicos do direito ambiental. 2015, p. 69.

⁴⁹ <http://adfas.org.br/2018/04/18/escrituras-de-poligamia-na-pauta-do-cnj/>
<http://adfas.org.br/2018/06/27/julgamento-do-pedido-da-adfas-ao-cnj/>

da poligamia no Brasil, desde sempre, a doutrina majoritária, continuamente atenta a essas perspectivas de mudanças nada animadoras; sustenta que a Constituição Federal instituiu a monogamia como princípio e é contrária a legitimação das relações simultâneas; fato consagrado inclusive na IV Jornada de Direito Civil⁵⁰ realizadas pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, ocorrida em março de 2013, que rejeitou todas as propostas de atribuição de efeitos de direito de família às uniões paralelas ou simultâneas.

A Jurisprudência dos nossos tribunais igualmente tem constantemente rejeitado pedidos de reconhecimento de relações simultâneas no direito de família e preservado o direito da primeira consorte ou companheira que ainda vive sob o mesmo teto e convívio marital com seu esposo ou companheiro.

No entanto, Maria Berenice Dias⁵¹, no capítulo nove do Manual de Direito das Famílias, ao abordar o tema “Famílias Plurais”, adota alguns entendimentos inovadores que merecem reflexão. Entende a autora que família no modelo convencional, homem e mulher casados para gerar filhos na alegria e na tristeza e permanecerem juntos até a morte, não existe mais. Segundo ela a família hoje recomposta está plural, monoparental e homoafetivas, menos sujeita a regras e mais sujeita ao desejo. No seu entendimento, é dessa forma que a família é um instrumento para a realização dos ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo.

Baseia ainda a autora na Constituição Federal de 1988. Diz que a nossa Cartha Constitucional reconhece a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento, e o fez ao reconhecer a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (art.226 §§ 3.º e 4.º) conceituando-a como entidade familiar e, dentro desse espectro mais amplo de “entidade familiar”, foram adquirindo visibilidade os relacionamentos antes clandestinos e marginalizados como as uniões homoafetivas, atualmente reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal o qual passou a ter acesso ao casamento. Que o legislador nunca se preocupou em definir família, mas apenas, de identifica-la com o casamento, condenando a invisibilidade e negando direitos a quem vivia aos pares. Diz ainda que a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) define família como “qualquer relação íntima de afeto” (art.5.º, III) estendendo assim os

⁵⁰ <http://www.cjf.jus.br/cjf>

⁵¹ Citando Renato Janine Ribeiro. A família na travessia do milênio p.148.

contornos do seu âmbito de abrangência”, sendo necessária uma visão pluralista da família para enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tenham origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O fator “emocional” é o que tira do direito das obrigações “vontade” para inseri-lo no direito de família “amor”. “A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade” [...] segundo a autora, o novo modelo de família é baseado na repersonalização, afetividade, pluralidade e endemonismo. Uma nova roupagem axiológica do direito de família. A família deixou de ser instituição para ser um instrumento do crescimento individual de seus integrantes e sua finalidade é dar e receber “amor” para a obtenção da felicidade; por isso só sobrevive se valer a pena.

O presente estudo visa, portanto, responder a seguinte indagação: é correto afirmar que a afetividade é um princípio implícito na Constituição Federal como base de formação jurídica da família e elemento essencial da felicidade?

O estudo justifica-se porquanto o direito tem se mostrado aberto a dialogar com outras disciplinas até então ainda pouco aprofundadas no mundo jurídico e é certo que realmente o direito não deve isolar-se das outras ciências, porém ainda há muito a ser discutido para que não se incorra em erros, eis que a história já nos mostrou o quanto o direito pode ser uma ferramenta pro e contra a humanidade.

Utiliza-se o método indutivo dialético multidisciplinar de natureza teórica, para examinar algumas teses e antíteses sobre o tema, tendo como referencial teórico os julgamentos ocorridos no âmbito do tribunais superiores; bem como as opiniões doutrinárias divergentes. Inicia-se o trabalho abordando sobre a ideia de princípio e sua efetividade no Direito e a conceituação de afetividade; seguindo-se da análise da formação da família na atualidade, o que a psicologia entende por felicidade e por fim concluir pela inconsistência da afetividade, por si só, como princípio formador da família e garantidor do ideal de felicidade.

2. Formação da família

No Brasil e em qualquer lugar do mundo, todo ser humano ao nascer torna-se membro de uma família e essa, no sentido estrito é a formada por um casal e seus descendentes e num sentido mais amplo, é formada por todos aqueles que possuem vínculo de consanguinidade até determinado grau.

Porém, existem outros meios de formação de uma família no direito brasileiro, previstos no art. 226 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, segundo o qual, discorre no caput que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

No parágrafo 4º, a Constituição Federal/88 reconhece também, como *entidade familiar*, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, no parágrafo 7º, apresenta como fundamento os *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.

Certamente a família retratada na Constituição Federal é aquela tradicional, a que estamos acostumados a ver no nosso dia a dia, já que prevê sua formação como livre decisão de um casal; ou seja, formada por pai, mãe e filho consanguíneo ou afetivo (por adoção ou não), ou ainda a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Atualmente, no direito brasileiro, são reconhecidos como grupos familiares, não somente as formadas por pessoas de sexos diferentes (homem e mulher), mas também aquela formada por pessoas do mesmo sexo (homoafetivas), a socioafetiva (pais com filhos afetivos) e a substituta (filhos inseridos na família diversa da consanguínea) estas últimas levando-se em consideração a sua formação em face dos filhos havidos na constância da relação dos pais homo ou heterossexuais.

No entanto, há uma legítima preocupação doutrinária quanto a formação de entidades familiares paralelas ou simultâneas ao casamento ou à união estável, o que configura a poligamia e os eventuais efeitos jurídicos advindos destas relações.

Verifica-se pois, que a nossa Constituição Federal fundamenta a família em dois princípios básicos, no *princípio da dignidade da pessoa humana* e no da *paternidade responsável*. Para os fins do presente estudo, vamos nos limitar ao exame da origem do princípio da dignidade humana.

2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana

A história da humanidade apesar de haver passado por vários conflitos armados, aponta mais incisivamente para o sofrimento durante a II grande guerra mundial e pela bomba atômica lançada sobre o Japão as atrocidades cometidas contra o ser humano como pessoa sujeito de direito e da necessidade de proteção irrestrita do Estado e do Direito até então positivista. Para que não acontecesse novamente tais sofrimentos foi necessário que as nações se unissem e fizessem um pacto de paz no mundo para a preservação da espécie humana, pois os dois eventos demonstraram que o ser humano possui capacidade para sua auto exterminação.

Restou muito claro nesse contexto histórico que o Direito positivado pode se transformar em uma arma poderosa nas mãos erradas. Era preciso enxergar o direito à luz do motivo de sua existência.

Hector Valverde Santana⁵², discorrendo sobre a aquisição de direitos por meio dos princípios, esclarece que em 1948, foi lavrada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, observada a dignidade da pessoa humana, como a base fundamental da nossa existência. O art. 1.º da Carta das nações unidas estabelece que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros com espírito de fraternidade”⁵³. Esta passou a ser a base filosófica de todos os sistemas jurídicos positivados após a sua edição.

Estabelece o art. 22 da Declaração que toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à *segurança social* e à obtenção, mediante o esforço nacional e cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, da *satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade*.

O sistema jurídico mundial passou a pautar-se nos princípios ali estabelecidos e as normas não poderiam infringi-los porque *o princípio passou a ser a base para toda e qualquer norma jurídica, escrita ou não*.

O sistema jurídico brasileiro elegeu o princípio⁵⁴ da dignidade da

⁵² H. Valverde. Dano moral no direito do consumidor. 2014.p.36

⁵³ http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf

⁵⁴ B. Dias. Manual de direito das famílias. 2015.p.145

pessoa humana como a essência que confere sustentação e legitimidade aos demais princípios e regras jurídicas e aos interesses e valores imateriais do ser humano que são tutelados pelo Direito, ao dispor no art. 1.º, III da Carta Magna de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direitos. Sendo então a *dignidade humana a base do Estado de Direitos e um direito fundamental do ser humano e de todo brasileiro* e, sendo ainda, um atributo inerente ao ser humano, superior a todos os outros; como então fazer valer na prática esse atributo e quais meios podem ser utilizados para o alcance dessa meta?

Diz Maria Berenice Dias⁵⁵, que a família é o instrumento por meio do qual se realizam os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo, sendo essencial para a construção do indivíduo, e alcance da finalidade maior que é a concessão da dignidade. Assim, no seu entender, existem os princípios gerais os quais devem ser aplicados a todos os ramos do direito, como um fio condutor dirigindo o trabalho do interprete a exemplo da dignidade, igualdade, liberdade, bem como o da proibição de retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes; bem como existem inúmeros outros princípios que são específicos ou próprios das relações familiares, como o da solidariedade e da afetividade. Outros ainda, são princípios implícitos encontrados no campo da ética, no espírito do ordenamento jurídico, para possibilitar a vida em sociedade, que é a afetividade e o ideal de felicidade.

Para a autora, A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de família e o Estado deve alcançar o fim de proteção integral do ser humano tornando visíveis e juridicamente protegidos todos os relacionamentos familiares, pois a família é a base de sustentação do indivíduo que dela depende para ter dignidade e ser feliz.

Com toda certeza o Estado deve proteger o núcleo originário da sociedade que é a família, nisso não é possível discordar da autora e justamente por ser ela a base de sustentação do indivíduo e por consequência da sociedade é que deve ser o mais bem estruturada possível. A questão é, se de fato, ao tutelar

“A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (C.F. 1.º,III), o positivismo tornou-se insuficiente. As regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a constituição é uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas⁵⁴”.

⁵⁵ Bis in idem (5) p.43/44

qualquer tipo de relação dita familiar, o Estado estará realmente protegendo o indivíduo.

Regina Beatriz Tavares da Silva⁵⁶ entende que a afetividade como base de vínculo parental socioafetiva deve produzir efeitos jurídicos por três razões as quais são no seu entendimento, a primeira delas, de que deve prevalecer o direito do incapaz na ordem jurídica; a segunda de que o afeto é um sentimento e como tal, somente é objeto do Direito se exteriorizada em forma de conduta, ou seja, deve sair do plano da subjetividade para a concretude a fim de se tornar perceptível no plano dos fatos, aceito pela sociedade como força motriz de realidades de fato; e a última é que a ordem jurídica não rejeita a ideia de uma paternidade socioafetiva.⁵⁷ No entanto, repugna a utilização do termo “afetividade” como princípio, para justificar a poligamia repudiada legal e constitucionalmente, além de moralmente, em detrimento do sistema monogâmico adotado pelo sistema jurídico brasileiro.

Ademais, Reputa como gravíssimo o problema da pretensão da utilização desse “sentimento de afeto” ainda que exteriorizado, eis que não é acolhido pela ordem legal e jurídica, não podendo ser entendido como um princípio que gera efeitos jurídicos, mas, sim, como um gerador de defeitos em nossa sociedade.

2.2. O que é afetividade

Na atualidade o tema sexualidade não é mais o problema, como já foi um dia um tabu. Segundo pesquisa realizada por Jurandir Costa⁵⁸, os jovens não se preocupam pela preferência X ou Y e sim com suas realizações amorosas, porque as pessoas ao seu redor não querem mais compromissos, não olham mais para o outro como alguém que, como elas, quer construir uma história de parceria, de ternura e obter tudo o que o amor tem de mais elevado. Todos querem o amor

⁵⁶ R.Beatriz. Novo Código Civil Comentado. 2002.

⁵⁷ , Em suas palavras diz o seguinte: [...] ao contrário, a lei é a primeira a reconhecer expressamente que, além da paternidade biológica e da paternidade fruto da adoção, há formas de paternidade que podem surgir a partir de outros tipos de vínculo. O artigo 1.593 do Código Civil determina: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Daí resultou o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do tema de repercussão geral, em que foi reconhecida a paternidade socioafetiva de um filho, registrado por um homem que não era seu pai biológico, mas que dele cuidou em sua formação, juntamente com a mãe da criança, conforme RE n. 898.060, j. em 22/09/2016.⁵⁷

⁵⁸ J. Costa. Razões públicas, emoções privadas, 1999,p.113.

mas temem amar pela inconstância do outro.

Costa diz, que o amor romântico não é natural, que é uma invenção, tanto quanto a roda, o fogo e o casamento. É uma crença histórica construída do final do Século XVIII, como uma forma de desfocar o teocentrismo religioso, da mesma maneira que aconteceu com os ideais políticos revolucionários que buscaram defender a República, remanejando todas as imagens que tinham na cultura grega e os experimentos republicanos de algumas cidades burguesas.

“Em primeiro lugar, os contextos históricos em que se deram tais experiências eram muito diferentes da atmosfera moral em que vivemos. A supremacia cultural do romantismo amoroso ainda não estava totalmente estabilizada. As paixões românticas privadas ainda disputavam espaço com grandes paixões políticas, culturais, religiosas, artísticas, científicas etc. Isto é, ainda era possível imaginar uma felicidade individual feita de outros ideais de satisfação emocional que não aqueles exclusivamente ligados à realização amoroso-sexual”. [...] “Ora, a moral do amor romântico é uma moral de massas-pelo menos da massa composta pelos mais favorecidos, do ponto de vista social e econômico. Isso significa que, em nossa cultura, aprendemos a amar por meio de regras de conduta simples, feita de palavras de ordem, máximas e clichês facilmente repetíveis e reproduzíveis. É a repetição do lugar-comum que nos educa para o amor, tal como vemos em personagens e enredos da maioria esmagadora dos romances, filmes e telenovelas ou no conteúdo dos conselhos oferecidos em consultórios sentimentais, manuais de autoajuda etc.”.

Se o amor romântico foi construído historicamente, a quem interessa essa construção senão ao capital, porque gera renda. Assim como o amor pode trazer felicidade, pode também trazer a infelicidade, a instabilidade emocional propícia ao consumo de massas.

O amor ou afeto são, portanto, palavras sinônimas no nosso vernáculo e trata-se de um sentimento que tem também sua faceta irracional, passional, o que difere do amor familiar. Um sentimento por si só não tem valor jurídico é preciso exterioriza-lo como expressa Regina Beatriz, existir no mundo dos fatos já que, por ser um sentimento não há como ser objeto de estudo do direito de outra forma.

Por se tratar de um sentimento, o afeto tem cunho altamente

subjetivo. Em sentido contrário Maria Berenice Dias⁵⁹ diz que a afetividade é o princípio que fundamenta o dir. da família. Para a autora, não basta ao Estado não intervir na vida das pessoas; deve criar instrumentos de políticas públicas que contribuam com as aspirações de felicidade das pessoas. Direito ao afeto é direito fundamental a felicidade. Segundo a autora, a Lei Maria da Penha foi a primeira a definir família como uma relação íntima de afeto. Afeto⁶⁰ pode ser também apenas uma amizade. Tornar um “sentimento” em “princípio” afigura-se desproporcional a tudo que o princípio representa de importante para o mundo jurídico.

Afinal, quando se tem afeto por um amigo, não quer dizer que necessariamente haja possibilidade de nos tornarmos parentes ou de constituirmos uma família. Por essa razão, devemos examinar o que é família para o Direito.

2.3. Conceito de família no direito brasileiro

A Constituição Federal de 1988 no capítulo VII intitulado “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso” – (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) reconhece no Art. 226 que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento e § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Porém, como se pode facilmente observar a Constituição não define o que seja família, deixando essa atribuição para o legislador infraconstitucional, mas deixa claro que entidade familiar é monogâmica prevendo

⁵⁹ [...] “O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humildade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família” [...] “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

⁶⁰ Afeto: Sentimento de imenso carinho que se tem por alguém ou por algum animal; amizade: o beijo é uma demonstração de afeto. Algo ou alguém que é alvo desse sentimento: seu afeto eram os netos. Sentimento e emoção que se manifestam de muitos modos: amizade é uma forma de afeto. [Psicologia] Um dos três tipos de função mental, juntamente com a volição e com a cognição. [Psicanálise] Estado emocional que se relaciona com a formação da pulsão. Etimologia (origem da palavra afeto). Do latim effectus.us. adjetivo. Que possui ou demonstra dedicação ou afeição por; devotado: padre afeto às causas sociais. Que pode ser utilizado para; para ser usado em: lucro afeto ao município. Que está sob ordens de; dependente de: medidas afetas à decisão do prefeito. [Antigo] Que foi alvo de doença; adoentado. Etimologia (origem da palavra afeto). Do latim affectus.a.um. Sinônimos de Afeto Afeto é sinônimo de: amizade, amor, apego, devotado

apenas duas pessoas em sua formação e não mais que duas, exceto quando trata do assunto quanto à família formada entre um ascendente e seus descendentes e nessa condição.

O Código Civil, no Livro IV, intitulado de “Do Direito de Família” Título I “Do Direito Pessoal” estabelece regras sobre o casamento e sobre a união estável.

Diz o Art. 1.511 que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”;

Igualmente não define o que é família. Porém no dispositivo seguinte, deixa claro se tratar de um ato monogâmico.

Art. 1.514: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”; (Art. 1.513) “sendo defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Sobre a união estável no Art. 1.723 diz que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

E no Art. 1.724, externa o dever de as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A lei Maria da Penha; Lei n.º 11.340/2006., cuja finalidade é a de “criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; é que de certa forma deu uma ideia de família nos incisos do art. 5.º como sendo “I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de

convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

A lei da União Estável - Lei 9278/96 regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal e em seu Art. 1º diz: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Assim, tem-se que o legislador brasileiro não define com exatidão o que é considerado família, mas a ausência desse conceito não autoriza a idealização de toda e qualquer forma de arranjo familiar ser considerada família e de obter a tutela do Estado, sob pena de estar-se infringindo o princípio constitucional da monogamia, com base no sentimento de afeto que é um termo subjetivo e de difícil apreensão.

2.4. A monogamia como princípio

Quando alguém casa ou passa a ter vida em comum com outrem, certamente tem em mente que será a única pessoa na vida de seu cônjuge ou companheiro. Mas a título de lucubração, digamos que após algum tempo de vida em comum a mulher (porque os direitos são iguais) informe ao marido ou companheiro que tem interesse de conviver também com outra pessoa (homem ou mulher). Será que essa união irá subsistir? Se o Direito passar a se preocupar em tutelar a segunda relação, acolhendo-a como família, vai estar tutelando ou desprezando a primeira? Só o cônjuge ou companheiro(a) infiel terá sua “razão sentimental” tutelada pelo direito? E aquele que não adere a esse mesmo tipo de sentimento poligâmico, só lhe restará a compreender e aceitar o direito do outro? E aquele que intervêm na relação conjugal, terá agindo de forma protegida pelo direito? É realmente esse o direito que queremos no Brasil?

No plano dos fatos, se tem conhecimento da constituição de famílias simultâneas na nossa sociedade. Maior parte se trata de poligamia masculina, mas o

inverso também poderá se dar e que será um estímulo à violência doméstica ainda maior do que a que temos atualmente, é o que tudo indica, já que por tradição ainda vigora na moral e nos bons costumes, em tese, o sistema patriarcal que tende a diminuir com o passar do tempo, mas que ainda é muito forte na nossa cultura. Uma criança nascida e criada em um lar poligâmico, seja de poligamia masculina ou feminina, que dignidade terá?

O STJ firmou a seguinte tese “*Não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas*” inclusive, o sodalício também não tem reconhecido as relações paralelas simultâneas com o casamento. Esse entendimento foi sedimentado após o julgamento dos seguintes precedentes:

Acórdãos AgRg no AREsp 609856/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, Julgado em 28/04/2015, DJE 19/05/2015; AgRg no AREsp 395983/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, Julgado em 23/10/2014, DJE 07/11/2014; REsp 1348458/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em 08/05/2014, DJE 25/06/2014; REsp 912926/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, Julgado em 22/02/2011, DJE 07/06/2011; AgRg no Ag 1130816/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, Julgado em 19/08/2010, DJE 27/08/2010⁶¹.

Até então por conseguinte, tanto no que se refere a legislação, como à jurisprudência, bem assim a maioria doutrinária consolidados nas normas morais e sociais, às quais o Direito deve firmar, sempre vigorou a monogamia, seja formada pelos laços do casamento, seja pela união estável, nunca sendo recepcionada com bons olhos, até para o leigo, a noção de família poligâmica no Brasil, como alguns pretendem que seja tutelado pelo Estado.

E isso não é deixar de tutelar direitos, pois estes podem ser

⁶¹ AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas, pois a caracterização da união estável pressupõe a inexistência de relacionamento de fato duradouro, concorrentemente àquele ao qual se pretende proteção jurídica. Precedentes. 2. Inviável o recurso especial se o acórdão recorrido se alinha com o posicionamento sedimentado na jurisprudência do STJ, a teor do que dispõe a Súmula 83 desta Corte Superior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Acórdão A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

tutelados por outros mecanismos do direito civil, apenas não convém sejam tutelados pelo direito de família, pois além do princípio da monogamia, deverão ser observados outros princípios como o da equidade entre homens e mulheres; o da razoabilidade e não é razoável a instituição da poligamia em detrimento do interesse social; da economia; da paz social; da ética e da moral, bem como dos deveres de lealdade e de fidelidade que é o que normalmente os cônjuges esperam um do outro quando resolvem ter vida em comum, salvo se previamente acordado, o que não seria a regra e sim a exceção e o Direito não pode ser pautado pela exceção e sim pela regra.

3. Requisitos legais para o reconhecimento da união estável

3.1. Dever de lealdade

Como já esclarecido anteriormente, o Código estabelece regras sobre o casamento e sobre a união estável nos artigos 1.511 e seguintes no sentido do indivíduo desenvolver uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, o *dever de fidelidade* e proíbe a qualquer pessoa, seja de direito público ou privado a interferir nessa relação. Sobre a união estável o art. 1.723 a reconhece como entidade familiar configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, bem como o dever de as relações pessoais entre os companheiros obedecerem aos *deveres de lealdade*, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos; reconhece como entidade familiar, porém recomendando que a lei facilite sua conversão em casamento, indicando assim, a preferência do legislador pela formalização da união para a formação da família e no § 4º reconhece como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Igualmente, conforme já foi visto anteriormente, os significados de “*lealdade*” e de “*fidelidade*”, são praticamente sinônimas, sendo entendido por alguns como a “*lealdade*” a expressão de gênero em que é espécie a “*fidelidade*”. Isso é o que menos importa, pois *o que realmente deve prevalecer é o espírito da lei* e o que o legislador pretendeu ao estabelecer tais regras foi o de evitar relações simultâneas e não de promover confusão entre os sentidos das palavras.

Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera⁶², sobre a fidelidade dizem que: “É a expressão natural da monogamia” Os autores informam que na época do direito luso-brasileiro, de vigência das Ordenações Filipinas, o dever de fidelidade já era presumido entre as pessoas casadas e que é através desse dever que se expressa a monogamia no ordenamento jurídico, seja para os casados ou os que vivem em união estável, sejam ou não do mesmo sexo.

O direito já assegura quando uma relação simultânea se dá de boa-fé. Quando esta ocorre no casamento é admitida a putatividade e os direitos são preservados nos termos do art. 1561 do CC. “Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1o Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2o Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão. Embora seja previsto o dever de lealdade entre companheiros; não há previsão legal para quando o mesmo ocorre nas relações simultâneas de boa-fé entre companheiros na união estável, sendo adotada por analogia o dever de fidelidade do casamento.

O desrespeito ao dever de fidelidade no casamento ou de lealdade na união estável, é configurada pela prática de relação sexual com pessoa estranha ao relacionamento conjugal. Entretanto, Regina Beatriz Tavares Da Silva⁶³, seu descumprimento dá-se pela “*prática de ato sexual com terceira pessoa e também de outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal*”.

É com base nesses deveres, que os nossos Tribunais não têm reconhecido as relações simultâneas.

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.130.816 - MG (2008/0260514-0) RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) AGRAVANTE : M A DE F ADVOGADO : RAIMUNDO CÂNDIDO JÚNIOR E OUTRO(S) AGRAVADO : J R DA C ADVOGADO : PAULO CÉSAR LEITE DE FREITAS EMENTA AGRADO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO.

⁶² GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo. Famílias simultâneas versus família monogâmica: a nova decisão do STJ, in Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. N.º 1 jul-ago/2014.

⁶³ R. Beatriz. Novo Código Civil Comentado, 2002, pág. 1365.

CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÕES ESTÁVEIS SIMULTÂNEAS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. EQUIPARAÇÃO A CASAMENTO. PRIMAZIA DA MONOGAMIA. RELAÇÕES AFETIVAS DIVERSAS. QUALIFICAÇÃO MÁXIMA DE CONCUBINATO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Pretório Excelso já se manifestou pela constitucionalidade da convocação de magistrado de instância inferior para, atuando como substituto, compor colegiado de instância superior, inexistindo, na hipótese, qualquer ofensa ao princípio do juiz natural. 2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para prequestionamento de dispositivos constitucionais. 3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração, se o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que sucintamente. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato aos arts. 165, 458 e 535 do CPC. 4. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

A União estável está prevista como entidade familiar na Constituição Federal, art. 226, § 3.º; e são elementos essenciais para a sua configuração, a *convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família*, conforme previsto no artigo 1.723 do CC, elementos esses já anteriormente consolidados pela Lei 9.278/1996. Tais elementos são importantes para o reconhecimento de sua existência e assegurar direitos entre os companheiros que se unem para formar um núcleo familiar.

A posse do estado de casados existe à medida em que se torna cada vez mais conhecida, pública, notória a intenção dos companheiros de ter uma relação duradoura, apesar de não ser necessário ter sido longa, pois pode haver a morte de qualquer das partes em algum momento da vida a dois, mas pelo menos, que não seja uma relação fugaz.

Não há distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros conforme já decidido pelo STJ com base na inconstitucionalidade⁶⁴ ao

⁶⁴ REsp 1.332.773-MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017. Ação de inventário. Arrolamento de bens.

art. 1.790 do CC/2002 reconhecida pelo STF, já com repercussão geral em 2017⁶⁵. “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

No ano de 2010 a 3ª. Turma do STJ; em julgamento do REsp 1157273RN Relatora Ministra Nancy Andrichi⁶⁶, nominava alguns requisitos para a caracterização da união estável, dentre eles a dualidade de sexos.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.273 - RN (2009/0189223-0)
RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. EMENTA Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. - Sob a tônica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a

⁶⁵ Decisão. Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que dava provimento ao recurso, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, e, nesta assentada, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falaram, pelos amici curiae Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a Dra. Ana Luiza Maia Nevares, e, pelo amicus curiae Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva. Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 31.08.2016. Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli, que negava provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Ausente, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.3.2017. Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 809 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, neste julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017.

⁶⁶ Data do Julgamento 18/05/2010 RT vol. 900 p. 238

fidelidade, entre outros. - A despeito do reconhecimento – na dicção do acórdão recorrido – da “união estável” entre o falecido e sua ex-mulher, em concomitância com união estável preexistente, por ele mantida com a recorrente, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. - O dever de lealdade “implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural” (Veloso, Zeno apud Ponzoni, Laura)

Atualmente já não se faz necessária a convivência em comum sob o mesmo teto para a configuração da união estável e sim na existência de uma cooperação e auxílios mútuos; bem como já foi reconhecida como válida a união estável homoafetivas.

Mas em todos os casos analisados nos tribunais superiores o reconhecimento da união estável, seja heterossexual ou homossexual somente tem sido aceita com apenas duas pessoas em um determinado período, portanto, monogâmica. A relação mantida paralelamente ou simultaneamente com terceira pessoa é considerada desleal, o que compromete um dos requisitos de sua validade “(vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento educação dos filhos”.

3.2. Felicidade

Como já vimos anteriormente, uma das bases argumentativas do direito à poligamia é o direito à busca da felicidade. Ou seja, a constituição de família tem base afetiva portanto, não importa o número de pessoas que a compõem na relação íntima, pois é um direito de cada pessoa a busca por sua felicidade.

Segundo Orihuel⁶⁷ Existem muitas teorias a respeito da felicidade na

⁶⁷ ORIHUEL, Misael Alberto Cossio. Uma teoria da felicidade do indivíduo-cidadão, Educajus. É o ser humano ético, respeitoso e amoroso consigo mesmo e com os outros, justo e pacífico, autônomo e independente, que interage, dialoga, coopera e participa ativa, efetiva e amplamente, em comunhão

filosofia jurídica, também denominada de filosofia interacionista ou dialógica, cooperativa e participativa do direito, resultado do diálogo integrador de Rousseau, Kant e Rawls cujo pensamento desses grandes filósofos é que a educação, a ética, a justiça, a paz e a felicidade estão intimamente vinculadas entre si, de forma que o homem não pode ser feliz se não se tornar pessoa.

Pessoa é o ser humano e, como já dissemos na introdução desse trabalho, é um ser biológico, social, cultural, psíquico e espiritual.

Para o autor, a pessoa “Não é apenas objeto nem meio, mas, sobretudo, princípio, sujeito e fim de si mesmo, dos outros, da sociedade, do Estado e da humanidade”.

A Psicologia positiva, tem estudado a felicidade como um Bem Estar Subjetivo- BES⁶⁸; fortemente relacionado à promoção de saúde. Trata-se de

com os demais, tanto no planejamento quanto na organização, direção e controle da vida e dos assuntos de um verdadeiro Estado democrático de direito, Estado ético, justo e pacífico (interativo, dialógico, cooperativo, amplamente participativo e, fundamentalmente, educativo, substantivo, distributivo), assim como da vida e dos assuntos de uma sociedade verdadeiramente democrática (educadora, ética, justa e pacífica, interativa, dialógica, cooperativa, participativa). É a educação justa e para a justiça e paz (amorosa, ética, interativa, dialógica, cooperativa, participativa, autônoma e independente no verdadeiro Estado democrático de direito e na sociedade verdadeiramente democrática) que transforma o homem em pessoa, desde criança, desde uterino, desde a sua gênese como ser humano. Essa educação, essa participação e esse verdadeiro Estado democrático de direito devem estar garantidos e promovidos social e constitucionalmente. Essas são as condições de possibilidade da felicidade do indivíduo-cidadão (e da ética, da justiça e da paz na vida e no mundo) e, quando ele sente e sabe da presença dessas condições, meio caminho andado rumo a ela”.

Nessas condições, a felicidade da pessoa se manifesta no processo de realização do seu plano de vida. Sua felicidade se amplia e intensifica quando realiza planos mais amplos e mais complexos, pois sua realização lhe mostraria que desenvolveu habilidades superiores.

A felicidade é gênero que se desdobra em duas espécies: a felicidade objetiva e a felicidade subjetiva. A felicidade objetiva se manifesta quando os planos do indivíduo-cidadão, ajustados às condições objetivas da sua vida e baseados em conhecimentos e saberes sólidos sobre as suas tendências e circunstâncias pessoais, estão se realizando. A felicidade é subjetiva quando a pessoa acredita que está no caminho de execução razoavelmente bem-sucedida de um plano, e se ela estiver equivocada nada acontece que a faça perceber do seu engano. Sua atitude planejadora, sua auto-estima e confiança em si mesma, seu estado mental e espiritual e a boa sorte associada a eles fazem que esteja e continue em estado de felicidade, de bem-aventurança, no seu paraíso.

De tudo isso, no entanto, não se deve concluir que ao promover-se um plano de vida se esteja buscando a felicidade, pois ela não é um objetivo, mas a realização de um plano de vida como um todo. Além do mais, a felicidade vem quando o indivíduo-cidadão busca e realiza outros sonhos, desejos, pretensões, esperanças ou objetivos que não ela, como por exemplo, a vida, a saúde, a liberdade, a fraternidade, a solidariedade, a igualdade, a justiça, a paz, o bem-estar dos outros, da sociedade e da humanidade. As pessoas podem experimentar a felicidade quando cooperam e participam da realização de planos de justiça e paz e bem-estar dos outros, da sociedade e da humanidade, e não apenas promovendo seu bem-estar e planos individuais. As pessoas que promovem e realizam apenas seus planos individuais são pessoas simplesmente felizes. Já as pessoas que, sem deixar ou deixando de promover seus planos individuais, promovem planos e reivindicações sociais de vida, de saúde, de liberdade, de fraternidade, de solidariedade, de igualdade, de justiça e paz e bem-estar dos outros, da sociedade e da humanidade são pessoas dignamente felizes, fontes de felicidade e dignas de felicidade.

⁶⁸ www.eerp.usp.br/rlae - Rev. Latino-Am. Enfermagem mai-jun 2010; 18(3): [08 telas]

experiência interna de cada indivíduo que emite um julgamento de como a pessoa se sente e o seu grau de satisfação com a vida. Fabio Scorsolini-Comin e Manoel Antônio dos Santos⁶⁹, deduzem que: *“Essa noção, no entanto, é permeada por outros conceitos que o tangenciam, como o de satisfação com a vida, afetos positivos, bem-estar psicológico e qualidade de vida, todas essas noções contempladas pela Psicologia Positiva”*.

Em sede de Recurso Extraordinário julgado perante o Supremo Tribunal Federal (RE 898060 / SC – AS, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 21/09/2016; foi analisado um conflito entre paternidades socioafetiva e biológica, iniciando-se a questão com uma ação de anulação de assento de nascimento cumulada com investigação de paternidade, ajuizada pela registrada que informou haver sido registrada pelos avós paternos, como se estes fossem seus pais. Porém, desejava que fosse reconhecida a paternidade de seu pai biológico e o juiz monocrático julgou procedente a ação. O caso foi a recursos e o tema do recurso extraordinário foi no sentido de que o julgador ao preferir a paternidade biológica, em detrimento da realidade socioafetiva, não priorizou as relações de família que tem por base o afeto, em afronta ao art. 226, caput, da Constituição Federal; o que motivou o reconhecimento da repercussão geral.

O tema *busca da felicidade* foi o centro da discussão e reconhecido como princípio constitucional implícito, firmou-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: *“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”*.

Igualmente o tema busca da felicidade, foi objeto da decisão RE 477554 AgR / MG - MINAS GERAIS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 16/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma.

“[...] RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da *busca da felicidade*) - reconhece

⁶⁹ F. Scorsolini-Comin, e M. Santos. O estudo científico da felicidade e a promoção da saúde: 2010 www.eerp.usp.br/rlae

assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetivas como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.”

Apesar de não haver definição do que seja a busca pela felicidade em qualquer dos julgados, restou implícito que se trata da forma de vida digna que o ser humano tem direito de ter. Os casos julgados dizem respeito à questão da paternidade socioafetiva concorrendo com a consanguínea e a outra diz respeito à aquisição de direitos em face da relação homoafetivas. Mas, se vamos evoluir para o reconhecimento de uniões poligâmicas com base no direito à busca da felicidade, isso envolve direitos de terceiros interessados nessas uniões e ao invés de proporcionar e tutelar direitos, o Estado poderá estar impedindo e desregrando outros direitos já estabelecidos, o que trará insegurança jurídica. Portanto, toda cautela é pouca, lembrando a necessidade de um Estado mínimo e que o Direito é uma ciência social multidisciplinar, devendo consultar outras ciências para auxiliá-la na tomada das decisões que impactam diretamente a sociedade.

4. Considerações finais

Constituição não define o que seja família, deixando essa atribuição para o legislador infraconstitucional, mas deixa claro que entidade familiar é monogâmica prevendo apenas duas pessoas em sua formação e não mais que duas, exceto quando trata do assunto quanto à família formada entre um ascendente e seus descendentes e nessa condição.

Além da monogamia, como um dos elementos estruturantes com base no texto constitucional o legislador infraconstitucional estabeleceu outros requisitos (i) publicidade; (ii) continuidade; (iii) durabilidade; (iv) objetivo de constituição de família; (v) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vi) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento educação dos filhos.

Respondendo então à pergunta de partida, entende-se não ser correto afirmar que a afetividade possa ser considerada um princípio implícito na Constituição Federal como base de formação de família formada por mais de duas pessoas, porque o constituinte não a autoriza em nenhuma de suas formas a poligamia, comungando assim, com o entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva, porque a afetividade se trata apenas de um sentimento, que se não for exteriorizado não tem como ser avaliado no mundo jurídico.

A monogamia, por sua vez, deve ser considerado princípio, pois norteia os limites indispensáveis às relações individuais com o fim maior que é a manutenção da ordem social.

A afetividade, se tratada como princípio estruturante, sob o argumento de direito à felicidade, estabelecerá a insegurança jurídica e a infelicidade de terceiros que certamente serão vítimas de um caos social.

Por fim a felicidade é condição interna de cada ser humano, independe do lugar onde se esteja; não depende das circunstâncias das quais esteja cercado. Depende também do estado de espírito de cada pessoa, portanto independe das relações que se assume e independe em si mesma, do direito.

Referências

- ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS). *Escrituras de poligamia na pauta do CNJ*. Disponível em: <http://adfasc.org.br/2018/04/18/escrituras-de-poligamia-na-pauta-do-cnj/>
- BRASIL. *Constituição Da República Federativa do Brasil*. 05 de outubro de 1988
 _____ *Código Civil Brasileiro*. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Fundamentos epistemológicos do direito ambiental*-Tese de Doutorado na UFSC- Orientador José Rubens Morato Leite- Florianópolis SC, 2015, 300p.
- COSTA, Jurandir Freire. *Razões públicas, emoções privadas*. R.J: Rocco, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 10ª. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: RT, 2015.
- DICIONÁRIO DE PORTUGUES. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/afeto/>
- ESCOLA DE ENFERMAGEM DE RIBEIRÃO PRETO- USP (EERP). Disponível em: www.eerp.usp.br/rlae

GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo. Famílias simultâneas versus família monogâmica: a nova decisão do STJ, in *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. N.º 1 jul-ago/2014.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

ORIHUEL, Misael Alberto Cossio. *Uma teoria da felicidade do indivíduo-cidadão*, EDUCAJUS 2013. Disponível em: <http://juseducajus.blogspot.com.br/2013/03/uma-teoria-da-felicidade-do-individuo.html>

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 2ª. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2014.

SENADO FEDERAL, Disponível em:

<http://www6g.senado.leg.br/busca/?portal=Senadores&q=pls>

SILVA, Regina Beatriz Tavares, *Novo Código Civil Comentado* – Coordenação Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCORSOLINI-COMIN, Fabio e SANTOS, Manoel Antônio dos. O estudo científico da felicidade e a promoção da saúde: revisão integrativa da literatura. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*. 18(3):[08 telas] mai-jun 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), *Jurisprudência: monogamia. União homoafetivas*. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=monogamia&b=ACOR&p=true&l=10&i=1ehttp://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28UNIAO+HOMOAFETIVA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hkeaewz>

PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA, RESTITUIÇÃO DE MENORES E GUARDA COMPARTILHADA: ESTUDO DE UM CASO CONCRETO

SUPREME CHILD'S INTEREST PRINCIPLE, RESTITUTION OF CHILDREN AND SHARED PARENTING: A STUDY CASE

Roberta Drehmer de Miranda

Doutora em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Professora de Direito de Família e Sucessões da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Diretora Regional da ADFAS/RS. Advogada Colaborativa credenciada junto ao IACP. Advogada do Escritório Battello e Artifon Advogados Associados em Porto Alegre/RS (Coordenadora da Área de Direito de Família, Sucessões e Planejamento Sucessório).

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar um esforço interpretativo para conciliar as previsões existentes na Convenção Interamericana de Restituição de Menores, no que tange ao imediato retorno das crianças à residência habitual de origem em caso de sequestro pelo genitor, com o instituto da guarda compartilhada, a qual, a princípio, tem sido aplicada como regra no sistema legislativo pátrio, a luz do princípio do superior interesse da criança. Toda e qualquer decisão, ou acordo particular, entre genitores, nesta situação extrema, de retirada da criança do seu lar de origem, de forma unilateral, deve ser exercida à luz do princípio do superior interesse do filho, bem como das regras de proteção internacional de menores, prevista principalmente na Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Palavras-chave: Superior interesse da criança. Guarda compartilhada. Restituição de menores. Convenção Interamericana de Restituição de Menores

Abstract: *This paper has the goal to realize an effort about the interpretation of the prescriptions in the Interamerican Convention on Child Restitution, about the immediatly return of the children to their habitual home, on origin, in case of crime by the parent, with the institute of shared parenting. In first place, this institute has been aplicated in Brazil as a rule. Nevertheless, all decision, or agreement, between*

parents, in this particular case, when the child is settled down from his home, must be realized motivated by the principle of the “superior interest of the child”, and with the application of the rules that protect the rights of children, that are prescribed especially in the International Convention of Child Rights.

Keywords: *Superior interest of the child. Shared parenting. Child restitution. Interamerican Convention of Child Restitution.*

Sumário: I - Considerações iniciais. II – A Convenção Internacional dos Direitos da Criança. III – Algumas ponderações sobre a guarda compartilhada. IV – Do aparente conflito entre leis e decisões judiciais: estudo de caso concreto sobre a Convenção Interamericana de Restituição de Menores. V – Considerações finais.

I - Considerações iniciais

Uma família em conflito, com filhos ainda sob o poder parental, sempre demanda especial atenção do profissional que trabalha com direito de família principalmente no que tange ao cuidado e à responsabilidade jurídica pelo sustento, educação e desenvolvimento integral da prole, numa situação fática pós-ruptura. A solução brasileira, por muito tempo, foi conferir esta responsabilidade jurídica – traduzia pelo termo ou instituto jurídico “guarda” – a um dos genitores, e atribuir ao outro o dever de sustento e provento integral das necessidades dos filhos, por meio da constituição da obrigação alimentar. Atribuição, portanto, de guarda unilateral ao pai ou à mãe, e o direito de convivência (ou “visitas”, na terminologia já ultrapassada e revogada pelo Código Civil) aliado ao dever de prestação de alimentos ao outro que não detém a guarda.

Esta fórmula, quase que “mágica”, era utilizada pelo Judiciário quase como um expediente para todo e qualquer conflito ou ruptura familiar. Comumente se conferia à guarda para a mãe, tanto por uma questão de tradição ou costume cultural, como também diante das realidades fáticas de uma ausência “querida” dos pais no seu exercício da paternidade.

O Direito de Família sempre evolui quando permite estudos e abordagens interdisciplinares. Foram exatamente tais abordagens, ou pesquisas, que se puderam discutir, no âmbito da guarda de filhos, questões como alienação

parental, princípio da proteção integral dos filhos e princípio do superior interesse da criança. Engana-se quem pensa que ditos princípios e fenômenos decorrem tão somente do Direito de Família, do ponto de vista dogmático e puro; para que se possa conferir um trato justo e equilibrado dos conflitos familiares, é necessário, sem nenhuma dúvida, a abordagem interdisciplinar.

No âmbito do Direito Internacional, pode-se verificar esse fundamento interdisciplinar nas Convenções Internacionais que visam proteger e conferir direitos às famílias. Uma das Convenções que merece maior destaque é a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Dita Convenção prevê expressamente o princípio do superior interesse da criança como o norte de toda e qualquer busca de proteção ou solução frente a uma ruptura ou conflito familiar. Igualmente, por obrigar a todos os países signatários, e por ter *status* constitucional – pois sua natureza é de Tratado de direitos humanos – aplica-se, sim, com preferência hierárquica sobre a legislação nacional, em toda matéria prevista no teor da Convenção – aplicando-se, pois, a lei interna na omissão dos preceitos do Tratado.

A adesão do Brasil à Convenção é resultado tanto da transformação social gradual da democracia estatal, que culminou na Constituição de 1988 (calcado na ampla proteção dos direitos individuais e sociais, mas principalmente na tutela dos direitos dos vulneráveis, dentre os quais se destacam a criança, o adolescente e o idoso), como também na necessidade do País de engajar-se no movimento mundial de defesa da infância, promovido principalmente pela ONU e entidades cooperadoras. Observe-se que o Brasil aderiu à Convenção antes da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho de 1990, o que faz com que as duas legislações sejam complementares na regulamentação dos direitos da infância e adolescência previstos na Constituição de 1988.

Ora, quando o conflito familiar está circunscrito ao âmbito interno, no Brasil, e existir a necessidade de convencionar-se a guarda de filhos, o Código Civil é claro ao expor que, mesmo na ausência de consenso, será aplicada a guarda compartilhada, ainda que exista, por exemplo, alguma medida de afastamento de um dos genitores do lar então conjugal - como ocorre nas medidas de proteção conferidas por violência contra a mulher, sob o âmbito da Lei Maria da Penha. Apenas será conferida a guarda unilateral em casos específicos previstos na lei civil,

como violência contra os filhos, ou quando o genitor expressamente manifestar que não deseja compartilhar a guarda.

Contudo, na ocorrência de disputa familiar internacional, onde se aplica, em primeiro lugar, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, chega-se a um aparente conflito de leis, ou de jurisdição, na medida em que a guarda compartilhada não está prevista em dita Convenção, bem como a hipótese de alienação parental. Por outro lado, a Convenção prevê a medida liminar de restituição de menores, que é aplicada em qualquer caso onde os filhos são retirados unilateralmente de seu domicílio, sem o conhecimento do outro genitor, ainda que se tenha constituído alguma guarda.

O presente trabalho, pois, visa explorar a contribuição dos preceitos da Convenção dos Direitos da Criança para a proteção da infância no Brasil, como corolário de um programa de democracia constitucional de tutela de vulneráveis, principalmente no que tange à guarda compartilhada, instituto mais razoável para o desenvolvimento da responsabilidade parental pós-divórcio ou ruptura marital. Este artigo também tratará do aparente conflito de leis envolvendo restituição de menores, e guarda compartilhada, onde podem existir duas decisões paralelas entre juízos distintos (o interno e o Internacional, ou o Juízo Estadual e o Juízo Federal), nas quais o princípio do superior interesse da criança também deve obedecer a lei aplicável.

O estudo e as conclusões deste artigo visam abordar o assunto a partir de um caso concreto envolvendo a restituição de menores requerida por um pai colombiano⁷⁰, em face da mãe brasileira, situação na qual houve, por parte do juiz de direito brasileiro, o deferimento liminar de medida protetiva, bem como a concessão em tutela de urgência da guarda unilateral em favor da genitora, em sede de ação de divórcio. Em contrapartida, foi deferido pelo juízo federal brasileiro a restituição dos filhos, em favor do genitor, bem como a proibição da genitora de viajar ou deslocar-se com os filhos fora do Brasil e também fora da circunscrição do domicílio das crianças.

⁷⁰A nacionalidade e alguns dados informados foram alterados, de modo a preservar o segredo de justiça das partes.

II – A Convenção Internacional dos Direitos da Criança

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU no dia 20 de novembro de 1989. O Brasil aderiu a Convenção em 26 de janeiro de 1990, com posterior ratificação pelo Congresso Nacional em 14.09.1990.

A Declaração de Genebra, em 1924, inaugurou as primeiras prescrições de proteção à infância. O *princípio do interesse superior da criança*⁷¹, presente na Declaração, foi adotado em diversos países, e, no caso do Brasil, no pioneiro Estatuto da Criança e do Adolescente⁷², depois sendo inserido em vários dispositivos do Código Civil⁷³.

A criação do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), em 1947, foi mais um avanço na proteção internacional dos direitos da criança, por meio do incentivo de políticas internacionais, como também estímulo aos países efetivarem suas próprias políticas públicas em favor da infância. Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a proteção da infância é prevista, expressamente, no § 2.º do art.25, tornando inquestionável a primazia dos direitos da criança sobre quaisquer outros direitos civis.

Em 20 de novembro de 1959, foi aprovada a Convenção (específica) dos Direitos da Criança, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 (meses depois da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente), que estabeleceu os fundamentos e princípios dos direitos protetivos da infância da Declaração de Genebra. Em decorrência disto, o ano de 1979 foi o “Ano Internacional da Criança”, o qual colocou a infância como foco principal do sistema protetivo dos direitos humanos⁷⁴.

III – Algumas ponderações sobre a guarda compartilhada

O instituto da guarda pode ser definido como a responsabilidade

⁷¹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A proteção da criança e a Convenção da Haia de 1980. Palestra proferida na abertura do III Congresso de Direito de Família do IBDFAM/SP, em 27.08.2009.

⁷² Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

⁷³ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁷⁴ A Convenção dos Direitos da Criança divide-se em quatro partes: preâmbulo; princípios gerais e direitos da criança e do adolescente; órgão de controle e constituição do Comitê para os Direitos da Criança; procedimentos de ratificações, adesões, reservas e emendas.

jurídica sobre os direitos, deveres e obrigações dos filhos. Será constituído o instituto da guarda: a) quando houver ruptura marital entre os genitores, seja no casamento ou na união estável; b) nos casos em que os genitores não convivem juntos (namoro; relacionamento afetivo esporádico; ou nenhum relacionamento afetivo); c) nas situações em que a criança ou adolescente está em situação de risco, no qual aplica-se a guarda consoante as prescrições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Código Civil de 1916 a guarda era prevista, em caso de ruptura (separação ou desquite, antes da Lei do Divórcio de 1977; após isso, separação de corpos, fática, judicial ou divórcio entre os genitores), para um dos genitores, posto que somente havia previsão para a guarda unilateral. No texto original do Código a preferência era da guarda conferida ao pai, visto que a esposa-mãe era considerada relativamente incapaz, e, portanto, na maioria dos casos, incapaz de exercer a guarda dos filhos.

Em outros casos, a mãe ficava como guardiã fática dos filhos, seja por abandono do marido-pai do lar, ou por desaparecimento deste. A guarda jurídica somente era dada à mãe em caso de falecimento do marido.

A evolução legislativa demonstra que, principalmente com a conquista dos direitos das mulheres, e a gradual proteção jurídica à infância, no que tange à guarda de filhos, o critério passou a ser muito mais do afeto que propriamente da segurança jurídica ou financeira da prole. A cultura da guarda materna estabeleceu-se, por se verificar que efetivamente a mãe era mais apta a exercer os cuidados com os filhos, já que o papel do pai, ou ofício da paternidade, passou a ser visualizado apenas como provedor do sustento dos filhos. A educação, o afeto, o acompanhamento dos filhos por toda a vida cabia à mãe, e dita situação muitas vezes era referendada pelo Judiciário por vontade e consentimento dos próprios pais.

Uma primeira alteração do Código se deu com a guarda alternada, a qual previa a possibilidade de alternância da responsabilidade jurídica pelos filhos por períodos de tempo ou por tempo determinado. A guarda alternada demonstrou sua inaplicabilidade ao perceber-se, na prática, que seu exercício não era possível, em função da absoluta confusão para com a rotina dos filhos, os quais muitas vezes desconheciam quem era o seu verdadeiro guardião.

A guarda compartilhada (*shared parenting*⁷⁵), na verdade, decorre não somente de uma evolução significativa dos direitos da criança e do adolescente, mas igualmente de um movimento social de “redescoberta da paternidade”, que vem crescendo desde meados dos anos 2000, no qual se verifica a busca cada vez maior, por parte dos pais genitores, de um convívio mais assíduo com os filhos, e de uma assunção, por igual, das responsabilidades parentais. De certa maneira, pode-se dizer que a guarda compartilhada “quebra o mito” da guarda maternal, e busca como finalidade última manter o mesmo poder parental, para o ex-casal, que existia durante o vínculo marital, também como uma forma de minimizar os prejuízos da ruptura marital em relação aos filhos.

No que tange á guarda compartilhada no Código Civil, este sofreu duas alterações legislativas significativas. A primeira alteração, ocorrida em 2008, pela Lei nº 11.698, inaugurava a guarda compartilhada no Código Civil. O conceito de guarda compartilhada, introduzido pela referida lei, no §1º do art. 1.583, dispõe, *in verbis*: “Compreende-se [...] por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.

A Lei de 2008 também previa, além do compartilhamento das responsabilidades e deveres para com os filhos, a aplicação da guarda compartilhada nas ações judiciais litigiosas entre os genitores, e, mediante a expressão “*sempre que possível*” do §2º do art. 1.584, orientava o julgador a aplicar este instituto da guarda *somente nos casos em que houvesse um mínimo de consenso entre os pais*. De certa forma, com essa redação legal, o Código ainda mantinha como “regra” a guarda unilateral, posto que a guarda compartilhada somente seria aplicada na hipótese de consenso entre os genitores. Inexistindo consenso, ou diálogo, aplicar-se-ia a guarda unilateral, porém, com um tempo maior de convivência (a regra é a convivência livre) por parte do genitor não-guardião.

Uma nova alteração legislativa mudou o sistema jurídico da guarda estabelecido em 2008. Em 2014, a Lei 13.058 modificou o regime da guarda compartilhada, inserindo novos elementos para sua constituição, efetivação e

⁷⁵ A expressão em inglês demonstra que os primeiros exercícios e práticas judiciais de guarda compartilhada ocorreram nos Estados Unidos, principalmente nos casos em que as partes conseguiam, por meio de um processo colaborativo, chegar a um consenso acerca do melhor regime de cuidado para com os filhos. Neste sentido, a excelente obra coletiva organizada por FOLBERG, Jay. *Joint Custody and Shared Parenting*. London, The Guilford Press, 1991.

deferimento pelo juiz, como a previsão legal de equipe multidisciplinar e perícia psicológica em casos envolvendo violência. Além disso, modificou a redação do parágrafo segundo do já citado art. 1.584, determinando que, mesmo na hipótese de *ausência de consenso* entre os genitores, o juiz *deverá aplicar a guarda compartilhada*, quase que necessariamente.

A primeira vista, pode-se afirmar que a nova redação legal buscou, sim, implementar uma cultura mais forte da guarda compartilhada, instituindo-a como regra, em lugar da unilateral, ainda mais quando refere que a guarda exclusiva somente será deferida quando o genitor expressamente afirmar, perante o juiz, que não deseja exercer dita guarda. A lei tem sua razão, e seu fundamento: a guarda compartilhada tem se mostrado o melhor para os interesses dos filhos, pois exige muito mais de seus pais, do que um regime de guarda unilateral, com direito de convivência.

Ambos os pais são impulsionados a colocarem seus filhos como prioridade, e fazerem um esforço para superar suas desavenças (o que não quer dizer instituir uma “amizade”, mas a simples tolerância já é vista como algo favorável), pois precisam decidir juntos aspectos fundamentais da vida da criança e do adolescente, e, se existe amor dos genitores para com sua prole, conseguirão, sim, ultrapassar estes obstáculos. Com um mínimo de diálogo, é possível aprender a viver e exercer uma guarda compartilhada.

Contudo, não se pode afirmar, de forma categórica, que a guarda compartilhada, a partir da alteração legislativa de 2014, é uma regra no Brasil. Toda questão jurídica familiar, mesmo que tenha força impositiva pela lei, e carga de norma de ordem pública, requer a interpretação e a razoabilidade do julgador, no enfrentamento e aplicação daquela mesma regra do caso concreto analisado.

A guarda compartilhada, em princípio, é o melhor para os interesses dos filhos, pelo seu mecanismo, e pela sua finalidade; mas não necessariamente será o melhor para determinada família, em um caso concreto particular. Nestes casos, o Judiciário tem recorrido ao instrumento da mediação, na qual pode-se, inclusive, estimular uma dada família a viver o diálogo e exercer o compartilhamento da guarda, num verdadeiro esforço pedagógico.

A guarda compartilhada pode ser deferida por decisão interlocutória (tutela de urgência) pelo juiz ou no ato sentencial. Pode, igualmente, exigir estudo social interdisciplinar e perícia psicológica, principalmente nos casos onde existir

evidências de condutas de alienação parental ou de qualquer forma de violência contra os filhos.

O trabalho pedagógico prévio sobre a guarda compartilhada também pode ser feito extrajudicialmente, por meio dos advogados e outros profissionais que trabalham com conflitos familiares (psicólogos, assistentes sociais, médicos, muitas vezes o próprio pediatra dos filhos, etc.). No caso dos advogados, poderão fazê-lo mediante mediação extrajudicial e por práticas colaborativas.

IV – Do aparente conflito entre leis e decisões judiciais: estudo de caso concreto sobre a Convenção Interamericana de Restituição de Menores

Dentro de uma prática jurídica e jurisdicional de incentivo e aplicação da guarda compartilhada, pode-se cotejar este instituto com os princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e com a Convenção Interamericana de Restituição de Menores (aprovada em 15 de julho de 1989, e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 1.212, de 03 de agosto de 1994) referente à medida liminar de restituição de menores, a qual traduz uma exceção à regra pátria da guarda compartilhada. A restituição de menores, como visto, é medida excepcional e grave a ser deferida, posto que se trata de situação ilícita em que um dos genitores retira a criança ou adolescente do país onde nasceu e tem domicílio, sem a comunicação ou anuência do outro genitor. Dita medida busca não somente evitar abusos por parte de um dos genitores no exercício do poder parental, como também não permitir a possível prática de tráfico internacional de menores ou de sequestro dos mesmos, com o seu conseqüente desaparecimento⁷⁶.

A restituição de menores, prevista na Convenção Interamericana, no art. 11, prevê que os menores somente não serão restituídos no país de origem em duas hipóteses: 1) em caso de anuência do outro genitor; 2) em caso de ameaça ou violência com relação aos menores, por parte de um dos genitores. Ainda assim, a Convenção confere à autoridade do país onde se encontram os menores a discricionariedade, nestes casos, de restituir, ou não, os filhos ao genitor, no país de origem.

⁷⁶ SIFUENTES, Monica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haia de 1980. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 25, 2009, p.136.

O caso concreto no qual este texto se embasa trata de uma situação real⁷⁷. O pai colombiano casou-se com a mãe brasileira, na Colômbia. Seus dois filhos nasceram na Colômbia. A família residia em Bogotá, até o momento em que as desavenças entre o casal iniciaram.

O genitor percebeu que a mãe dos seus filhos passou a viajar constantemente para o Brasil, afirmando ter como intuito visitar sua família. No entanto, a mãe das crianças já estava realizando a sua mudança para a cidade de Florianópolis, local de residência de sua família, e, na última viagem ao Brasil, que tinha a passagem de retorno já comprada e emitida pelo pai dos menores, ela decidiu ficar e não retornou à Colômbia com os filhos.

A partir deste momento, o genitor não pode mais ver seus filhos. Ao viajar para Florianópolis, para ver as crianças, deparou-se com uma medida de afastamento da genitora, por violência doméstica (Maria da Penha), e não pode aproximar-se dos seus filhos, pois não havia autorização nem pela medida liminar de afastamento, nem pela própria ex-mulher.

Retornando à Colômbia, ligava todos os dias para a genitora para falar com seus filhos, e esta não autorizava nenhum contato. O pai, então, decidiu por invocar os preceitos da Convenção Internacional, e requereu, via Ministério das Relações Exteriores, o pedido administrativo de restituição dos filhos, por fundamento no sequestro dos mesmos.

O trâmite administrativo transcorreu com razoável rapidez e eficácia e, ao ser remetido à Justiça Federal de Santa Catarina, foi recebido pelo julgador que, liminarmente, deferiu a restituição dos filhos ao pai, e designou audiência de conciliação entre as partes. Ocorre que o julgador não teve conhecimento, nos autos, que existia uma medida liminar de deferimento de guarda unilateral em favor da genitora das crianças, concedida por juiz estadual, em sede de ação de divórcio.

Ainda que tenha sido dada guarda unilateral pelo juiz estadual, o certo é que as prescrições da Convenção Internacional devem se sobrepor à lei interna. Primeiro, por uma questão de hierarquia entre normas: o *status* constitucional da Convenção prevalece sobre o Código Civil, e, portanto, deve esta decisão ser cumprida em lugar daquela. O segundo argumento reside na jurisdição: ainda que a decisão concedida pelo juiz estadual tenha sido anterior à do juiz

⁷⁷ A nacionalidade e alguns dados informados foram alterados, de modo a preservar o segredo de justiça das partes.

federal, não há que se falar em prevenção do juízo, visto que o pedido administrativo de restituição de menores é a título Ministerial, com cunho Estatal (decorrente do poder de Estado-Nação), no qual existe direto interesse do Estado Brasileiro na devolução das crianças ao seu país de origem, sendo, portanto, de matéria de ordem pública e internacional que prevalece sobre a regra processual da prevenção do juízo.

Contudo, a aplicação do princípio do superior interesse da criança pode justificar uma medida contrária por parte do juiz. Muitas vezes, a criança já está tão adaptada ao lugar em que vive, à escola, ao país em que se estabeleceu, que o julgador pode considerar que uma mudança brusca de país e de meio familiar pode ser prejudicial à sua integridade psicossocial e mantê-la onde está (talvez, inclusive, junto do genitor que a sequestrou, segundo a nomenclatura da Convenção).

Por essa razão, a Convenção Interamericana, com muita prudência, prevê rapidez na medida liminar de restituição, a fim de evitar com que o tempo exerça um papel prescricional no ato de violência do genitor, que retirou a criança do seu meio social, ou do seu lar, e a levou para outro ambiente, de forma arbitrária e unilateral. Ainda assim, como se trata de um conflito familiar, a análise deve ser caso a caso, sempre levando em conta o que for melhor para a integridade pessoal da criança, colocada em situação de constrangimento contra a sua própria vontade.

V – Considerações finais

Os avanços na proteção internacional dos direitos da criança continuam, mas ainda não são o bastante. Lamentavelmente, até hoje observam-se violentos atentados aos direitos da criança, tanto em zonas de guerra (na Faixa de Gaza, na Síria, em Aleppo) como nas grandes cidades, nas esquinas, embaixo das marquises de nossos condomínios urbanos. Pode-se afirmar, em linguagem coloquial, que existe “muita violência contra criança para pouca política pública de combate”.

Os casos de restituição de menores, como o que foi exposto neste trabalho, incrivelmente são frequentes na Justiça Federal brasileira. Isso pode significar várias situações concretas, das quais pode-se apontar duas, mais marcantes: violência contra a mulher, e contra as crianças (de modo a justificar a saída ou fuga do país de origem); ou sequestro por um dos genitores, que,

descontente com a crise ou conflito conjugal, toma posse dos filhos unilateralmente e afasta as crianças da sua residência habitual.

Ainda que não seja o objeto deste trabalho, é necessário dizer que os juízes têm se mostrado muito sensíveis à situação da criança e de como ela está melhor atendida e acolhida, e pouco dogmáticos ou “automáticos” na pura e simples aplicação das prescrições da Convenção Interamericana. Contudo, é assente para qualquer juiz federal que não se pode relativizar a circunstância delituosa do sequestro, sendo também do superior interesse da criança o retorno ao seu lar de origem, do qual também tinha uma vida de acolhida e de pleno desenvolvimento. Assim, a melhor solução é a razoabilidade no caso concreto, que exigirá, para o julgador, o conhecimento profundo de questões de conflito familiar como também de proteção internacional dos direitos da criança.

Bibliografia

1. Referências bibliográficas

FOLBERG, Jay. *Joint Custody and Shared Parenting*. London, The Guilford Press, 1991.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *A proteção da criança e a Convenção da Haia de 1980*. Palestra proferida na abertura do III Congresso de Direito de Família do IBDFAM/SP, em 27.08.2009.

SIFUENTES, Monica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haia de 1980. *Revista da SJRJ, Rio de Janeiro*, n. 25, 2009, p.136.

2. Obras consultadas

DE OLIVEIRA LOPES, Rachel; FONTOURA COSTA, José Augusto. Análise das Convenções sobre Restituição Internacional de Crianças Indevidamente Transportadas ou Retidas à Luz da Teoria dos Regimes Internacionais. *Revista Seqüência*, v. 37, n. 42, 2016.

GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme. Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor? *Meritum - Revista de Direito da Universidade FUMEC*, v. 8, n. 1, 2013.

LOPES, Rosanne Christine da Silva Bastos. Seqüestro internacional de crianças: análise e estudo do caso do menino Sean. 2010. Presente em <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/223/3/20574964.pdf>, acesso em 28.06.2017.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SIFUENTES, Mônica. Pedido de restituição x direito de guarda—análise do art. 16 da Convenção de Haia de 1980. *Revista CEJ*, 2012.

OS EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

THE SOCIAL EFFECTS OF SOCIO-AFFECTIVE AFFILIATION

Silvia Fernandes Chaves

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP.
Mestre em Direito da Sociedade da Informação e Pós-Graduada com título de Especialista em Direito Civil pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.
Graduada em Direito pela Universidade Paulista – UNIP. Professora Doutora de Direito Civil nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Presidente da Comissão de Relações Acadêmicas da Associação de Direito de Família e Sucessões – ADFAS na Região de ABCDMRR. Advogada. Autora de obras e artigos jurídicos.

Resumo: O artigo em apreço analisa a nova modalidade de filiação socioafetiva que se contrapõe ao direito previdenciário, especialmente nos benefícios de pensão por morte, trazendo uma nova categoria de dependentes de primeira classe, em absoluto contraste ao que se vem pregando em tempos de reforma da previdência e ainda destacando os efeitos nefastos aos cofres previdenciários.

Palavras-chave: Filiação socioafetiva. Pensão por morte. Efeitos previdenciários. Fraudes na previdência social.

Abstract: *This article analyzes the new modality of socio-affective affiliation that is opposed to social security law, especially in the benefits of death pension, bringing a new category of first-class dependents, in absolute contrast to what has been preached in times of pension reform and highlighting the harmful effects on the social security coffers.*

Keywords: *Socio-affective affiliation. Pension for death. Social security effects. Fraud in social security.*

Sumário: Introdução. 1. Do problema; 2. A pensão por morte; 3. A filiação socioafetiva; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

Introdução

A profunda inquietação que o tema causa não se revela como uma simples insatisfação, mas sim como uma verdadeira desconstrução de todo um modelo de benefício previdenciário instituído pela Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a saber, a pensão por morte.

A entrada em vigor do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, na Seção II, tratou erroneamente da paternidade socioafetiva, já que no art. 10 trata do reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva, deveria trazer como título da seção a expressão “filiação socioafetiva”, e não como fez constar, “Da Paternidade Socioafetiva”. A ideia do título da seção é de paternidade socioafetiva, como se o CNJ tivesse regulamentado tão somente o reconhecimento voluntário da paternidade, mas também regulamentou o reconhecimento voluntário da maternidade socioafetiva.

Enquanto o tema era tratado pelo Poder Judiciário, a filiação socioafetiva não apresentava grandes riscos ao modelo previdenciário vigente no benefício de pensão por morte. Mas a partir do momento em que a questão passou a ser tratada extrajudicialmente, por intermédio dos oficiais de registro civil das pessoas naturais, a questão vulnerabilizou a Previdência Social, por meio do benefício previdenciário da pensão por morte. É sobre o que se tratará neste artigo.

1. O problema

A possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva diretamente em cartório facilita fraudes, a falsidade, a má-fé, o vício de vontade ou a simulação sobre o estado de posse de filho e, por conseguinte, gera prejuízo aos cofres da Previdência Social. Além, evidentemente, da criação de uma nova classe de dependentes do segurado, a saber, os filhos socioafetivos, que são equiparados a filhos biológicos.

Não obstante, em tendo o dependente dois pais ou duas mães, este terá o direito de receber até quatro benefícios de pensão por morte, uma vez que o art. 124, VI, da Lei n. 8.213/91 dispõe:

“Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social: (...) VI – mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa”.

Como se pode verificar, referido dispositivo legal só veda o recebimento conjunto de benefício de pensão por morte quando o dependente se trata de cônjuge ou companheiro, motivo pelo qual, em ocorrendo a morte dos pais biológicos, bem como dos pais socioafetivos, ao filho menor de 21 anos ou incapaz fica resguardado o direito ao recebimento de até quatro pensões por morte. Isso porque a dependência econômica do filho é presumida, ou seja, independe de prova; sendo a filiação socioafetiva ou biológica, a condição de filho é que lhe garante o direito de presunção da dependência econômica do genitor falecido.

A solidariedade social é um princípio basilar da seguridade social e garante a proteção de todas as contingências defendidas. No entanto, com base no princípio da essencialidade da Previdência Social, levar toda a coletividade ao risco de pagar quatro benefícios de pensão por morte a um único dependente, em razão de um provimento do CNJ, que facilita o reconhecimento de filiação socioafetiva, em outras palavras, que facilita a “fraude” no reconhecimento da filiação socioafetiva, parece contrariar o princípio da essencialidade da Previdência Social. Na lição de Wladimir Novaes Martinez:

A Previdência Social não tem por fim suprir todas as necessidades do trabalhador, nem substituir, por inteiro, os seus meios de subsistência. O fato de quedar-se alguém dessa aparente pretensão, reservando parte da proteção à iniciativa particular e dando apenas o essencial, constitui o princípio básico da essencialidade. Isso não se deve à acidental incapacidade de assumir encargos, mas está dentro de superior diretriz do seguro social: consiste em oferecer prestações capazes de satisfazer necessidades ⁷⁸.

⁷⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 78.

Atualmente, para inserir filhos de companheiros e cônjuges nos convênios médicos de empresas, as ações de guarda e tutela são as mais utilizadas, em que a guarda ou a tutela são atribuídas ao companheiro ou cônjuge do genitor do menor, com a finalidade de incluir o filho do cônjuge ou companheiro como dependente no convênio médico empresarial. Por conseguinte, temos pessoas que buscam o Poder Judiciário para obter um convênio médico. Certamente, haverá reconhecimentos voluntários de paternidade e maternidade socioafetiva com a finalidade exclusiva de buscar a dependência na pensão por morte.

Todos os dias, pessoas morrem. Todos os dias, pessoas são diagnosticadas com doenças fatais. E a partir do Provimento CNJ n. 63/2017, cada vez mais haverá reconhecimentos espontâneos de paternidade e maternidade, principalmente por ocasião da descoberta de uma doença fatal.

2. A pensão por morte

O benefício previdenciário da pensão por morte está disciplinado no art. 74, I a III, da Lei n. 8.213/91, que dispõe:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: I – do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste; II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; III – da decisão judicial, no caso de morte presumida

Quando o *caput* do art. 74 da Lei n. 8.213/91 trata do conjunto de dependentes, destaca-se que a dependência é relacionada à dependência econômica, bem como ao vínculo parental com o segurado, sendo necessário tratar de quem seriam os dependentes previstos na referida legislação legitimados a receber o benefício previdenciário da pensão por morte. Então, encontra-se o respaldo legal no art. 16 da mesma lei, que dispõe:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental

ou deficiência grave; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada”.

Por conseguinte, com a possibilidade de reconhecimento voluntário extrajudicialmente do filho socioafetivo, nos termos do art. 16, I, da Lei n. 8.213/91, este receberá a pensão por morte em detrimento dos pais do segurado, e de seus irmãos, ainda que inválido ou portador de deficiência. Não há mal algum no reconhecimento da filiação socioafetiva. A questão que se põe diz respeito aos efeitos dessa filiação.

Em contraponto, Roberto Dromi aponta que:

Los sacrificios sociales deben ser compartidos. La solidaridad, lo repetimos, es el *nuevo nombre de la igualdad*. La *seguridad de los débiles* es también seguridad jurídica. El Estado que administra la riqueza común, debe distribuirla con reglas de justicia social, basadas en la estabilidad y el crecimiento social para facilitar la pronta realización solidaria. El desarrollo predica exigencias y reglas para el Derecho nuevo a fin de disfrutar de la democracia solidaria, la única compatible con el Estado de justicia. La solidaridad *no es un abstracto*, es el socorro oportuno y tangible; es la empresa común de trabajo y capital; es la asistencia fraterna personal e institucional; es la acción de dar y hacer para el todo y sus partes; es un camino de caridad en las circunstancias ordinarias de la ruta del progreso; es la vía para construir una civilización humanitaria desde la ‘nueva igualdad’: la solidaridad es el verdadero camino hacia la paz y hacia el desarrollo⁷⁹.

⁷⁹ DROMI, Roberto. *El Derecho público en la hipermodernidad*. Madrid: Hispania Libros, 2005. p. 64-65.

Assim, não parece que a legislação correlata aos Direitos Sociais busque dividir os sacrifícios sociais por meio do pagamento das contribuições, para distribuir benefícios previdenciários que ultrapassam as necessidades essenciais do indivíduo, assim como múltiplas pensões por morte ao mesmo dependente em decorrência do óbito de seus pais socioafetivos e biológicos. Aliás, o poder público, como administrador dos recursos arrecadados de toda a sociedade por meio das contribuições, não pode realizar a distribuição desses recursos sem observar as regras de justiça social.

3. A filiação socioafetiva

A constante evolução da sociedade e a concretização do afeto como valor jurídico denotam a necessidade de uma nova formação familiar. Segundo Edward Shorter:

Há três aspectos diferentes da vida familiar que evoluem. Um destes aspectos é o corte definitivo das linhas que conduzem da geração mais jovem à mais velha – uma indiferença dos adolescentes em relação à identidade da família, àquilo que ela representa, que se revela na descontinuidade de valores de pais para filhos. Um segundo aspecto é a nova instabilidade da vida do casal, a qual se reflecte na subida em flecha das taxas de divórcio. Um terceiro é a demolição sistemática da ‘noção de ninho’ da vida da família nuclear que uma nova libertação significou para as mulheres: para grande parte da população feminina do mundo ocidental, começa a revelar-se que, afinal, o ninho não é ‘o melhor cantinho’⁸⁰.

No caso da filiação socioafetiva, entende-se que a instabilidade da vida do casal, que eleva o número dos divórcios, aliada à demolição sistemática da noção de ninho, que com efeito liberta as mulheres, impôs o reconhecimento do valor jurídico do afeto, pois a família passou a apresentar-se de outras formas, que não a tradicional.

Na evidente existência de novas formas de relações familiares, os vínculos de afeto, respeito, educação, solidariedade também passaram a compor

⁸⁰ SHORTER, Edward. *A formação da família moderna*. Lisboa: Terramar, 1975. p. 286.

esse novo cenário familiar, e, diante das evidentes transformações da família, a filiação socioafetiva encontrou seu refúgio.

Edward Shorter aponta para a ruína da estrutura familiar, talvez direcionada pelo capitalismo:

Referimo-nos convencionalmente a este complexo de mudança na vida erótica do casal, na experiência da adolescência e na probabilidade de as esposas trabalharem denominando-o 'libertação da mulher'. Mas eu penso que as coisas são muito mais complexas do que o simples 'desejo de ser livre' que surge de repente do nada na consciência dos milhões e milhões de mulheres anônimas acerca de quem este livro foi fundamentalmente escrito. Nas décadas de 1960-1969 e 1970-1979, toda a estrutura da família começou a alterar-se. A família nuclear está a ruir – julgo eu que para ser substituída pelo casal flutuante, uma díade conjugal sujeita a cisões e fusões dramáticas e sem os satélites orbitais dos filhos púberes, amigos íntimos ou vizinhos... Apenas os familiares pairando em fundo, de sorriso amigo no rosto⁸¹.

Entretanto, os efeitos do reconhecimento dessa estrutura moderna de família têm sido nefastos ao Direito de Família tradicional, bem como a todo o arcabouço jurídico, vez que há mudanças em bases estruturais, assim como na filiação. Ao definir família, Paolo Cendon leciona:

Comunemente per famiglia si intende un gruppo di persone legato da un vincolo coniugale, di parentela o di affinità. La famiglia rappresenta un'articolazione della società fondata su unioni e relazioni d'amore, di affetto e di solidarietà⁸².

Referido autor realça a situação da família moderna e a sua confluência com a família matrimonial:

“Nell'esperienza recente il rapporto biunivoco famiglia-matrimonio è andato consistentemente sgretolandosi con l'emergere di differenti modelli di famiglia che propongono, in alternativa alla famiglia legittima, la 'famiglia degli affetti’⁸³.

⁸¹ SHORTER, Edward. *A formação da família moderna*. Lisboa: Terramar, 1975. p. 298-299.

⁸² CENDON, Paolo. *Il diritto delle relazioni affettive*. Padova: Cedam, 2005. p. 480.

⁸³ CENDON, Paolo. *Il diritto delle relazioni affettive*. Padova: Cedam, 2005. p. 483.

Com efeito, a existência de novos modelos familiares impõe uma adequação de todo o arcabouço jurídico. Contudo, não é o que está ocorrendo, já que o Provimento CNJ n. 63/2017 vigora em todo o país e traz os mais nefastos efeitos à Previdência Social, tanto no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) como no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

No tradicional Direito de Família, trazido por Maria do Carmo Medina,

A filiação é a relação jurídica que se estabelece entre cada pessoa e seus progenitores, como os demais direitos familiares, é de natureza intercorrente e recíproca e estabelece-se entre alguém e aquele homem e aquela mulher que o conceberam⁸⁴.

A palavra “filiação” vem do termo latino *filiatio*, que tem sua raiz na palavra *filius*, da qual derivou “filho”, motivo pelo qual é incontroverso que a expressão “filiação socioafetiva” confira a condição jurídica de filho à relação de afeto.

Clóvis Beviláqua assim não entendia, uma vez que conceituava a filiação como “a relação que existe entre uma pessoa (o filho) e as que a geraram (o pai e a mãe). É o vínculo que a geração cria entre o filho e os progenitores”⁸⁵. Sob a ótica de Clóvis Beviláqua, impossível seria o reconhecimento do termo “filiação” quando se trata de filho socioafetivo.

No entanto, no moderno Direito de Família, além da filiação biológica, os vínculos afetivos recebem *status* de filiação, denominada filiação socioafetiva, definida por Christiano Cassettari como “o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”⁸⁶.

Maria do Carmo Medina, por sua vez, bem destaca que

Ao filho é deferido o *status* de filho *ex tunc*, pois a causa jurídica da filiação deriva do facto natural da procriação e do nascimento com a vida. Sendo assim, uma vez verificadas a

⁸⁴ MEDINA, Maria do Carmo. *Direito de Família*. Lisboa: Escolar, 2011. p. 99.

⁸⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. ed. histórica. Fortaleza: Paulo de Azevedo Editora, 1940. v. I. p. 775.

⁸⁶ CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva – efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 17.

maternidade e a paternidade, a relação jurídica entre o filho e os seus progenitores considera-se iniciada a partir do momento do seu nascimento”⁸⁷.

Assim, se houver o reconhecimento espontâneo da filiação socioafetiva, os efeitos dessa filiação serão *ex tunc* e passam a vigorar desde o nascimento. Uma vez que estabelecida a filiação, socioafetiva ou não, ao filho é garantido o reconhecimento de todos os direitos e deveres dessa condição de filho, com efeitos de natureza pessoal, patrimonial e moral.

Em contrapartida, o Provimento CNJ n. 63/2017 entrou em vigor, dispondo, na Seção II, sobre a paternidade socioafetiva: “Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais”. Além do art. 10, referido provimento dispõe sobre as regras do reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva em cartórios de registro civil, inclusive estatuiu sobre a irrevogabilidade, a maioridade, a diferença de 16 anos entre o pai socioafetivo e o filho socioafetivo, a forma como deve constar a filiação no registro de nascimento, a necessidade de anuência dos genitores biológicos, o consentimento da criança maior de 12 anos no ato, bem como sobre a possibilidade de reconhecimento de filiação por instrumento público ou particular, entre outros.

Alguns enunciados regulam a situação jurídica da filiação socioafetiva. Entre eles o Enunciado n. 256 do Conselho da Justiça Federal (CJF), que afirma: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. No mesmo sentido, o Enunciado n. 6 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): “Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”.

Dos referidos enunciados, entende-se que todos os aspectos relacionados à filiação biológica, sejam pessoais, patrimoniais e morais, aplicam-se à filiação socioafetiva.

4. Conclusão

⁸⁷ MEDINA, Maria do Carmo. *Direito de Família*. Lisboa: Escolar, 2011. p. 133.

As ponderações relativas ao benefício previdenciário denominado pensão por morte, bem como os princípios da solidariedade e da essencialidade demonstram que a finalidade de todos que se sacrificam com o custeio dos benefícios previdenciários não corresponde à hipótese referente à filiação socioafetiva, que garante ao filho afetivo a possibilidade de recebimento de até quatro benefícios previdenciários de pensão por morte, que dissipa os cofres previdenciários, e, pior, garante alto padrão de vida ao dependente socioafetivo, o que não se coaduna com o princípio da essencialidade.

A fluidez das relações familiares, comprovada pelas altas taxas de divórcio, demonstra que a filiação socioafetiva, seja nos moldes que o Judiciário a realiza, seja nos moldes extrajudiciais, é fato real, e a sociedade já a vivencia no seu dia a dia.

O Provimento CNJ n. 63/2017, que tinha por finalidade tão somente regulamentar a possibilidade de reconhecimento espontâneo de filiação socioafetiva no âmbito extrajudicial, por não ter passado sob o crivo do Poder Legislativo, acabou por trazer consequências jurídicas nefastas aos cofres da Previdência Social.

Com a entrada em vigor do provimento, a situação posta implica algumas possibilidades:

a) Deixa-se que os cofres da Previdência Social absorvam todos os custos das fraudes, simulações e situações de filiação socioafetiva verdadeiras, ignorando o princípio da essencialidade.

b) Volta-se contra o Provimento CNJ n. 63/2017, que legisla acerca de matéria que não é de sua competência, esbarrando em direitos estabelecidos na Constituição Federal.

c) Busca-se uma adequação legislativa na Lei n. 8.213/91, para que seja incluída, no art. 124, VI, a expressão “filho”, além de cônjuge, no texto legal.

Por fim, com exceção da possibilidade prevista na letra *a*, *supra*, entende-se pela urgente necessidade de demonstrar que o CNJ está afastando da apreciação do Poder Legislativo tema de grande relevância para o Direito de Família, visto que as disposições do Provimento CNJ n. 63/2017 extrapolam em muito a sua competência, prevista no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal. Além disso, há a distribuição dos recursos da Previdência Social sem observar o princípio da essencialidade.

Para evitar a distribuição de recursos da Previdência Social, sem a observância do princípio da essencialidade, ainda que o instituto jurídico da filiação socioafetiva seja realizado somente por meio de ação judicial, está-se diante, sem dúvida, de um novo modelo de dependentes de primeira classe, motivo pelo qual há a necessidade de adequação legislativa da Lei n. 8.213/91, no sentido de incorporar à redação do art. 124, VI, a expressão “filho”, ainda que deixe de vigorar o Provimento CNJ n. 63/2017.

5. Referências

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. ed. histórica. Fortaleza: Paulo de Azevedo Editora, 1940. v. I.
- CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva – efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- CENDON, Paolo. *Il diritto delle relazioni affettive*. Padova: Cedam, 2005.
- DROMI, Roberto. *El Derecho público en la hipermodernidad*. Madrid: Hispania Libros, 2005.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- MEDINA, Maria do Carmo. *Direito de Família*. Lisboa: Escolar, 2011.
- SHORTER, Edward. *A formação da família moderna*. Lisboa: Terramar, 1975.

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 18 • out.-dez. / 2018

DOCTRINA ESTRANGEIRA

FILIACIÓN EN ARGENTINA. LA MONOPARENTALIDAD MATRIMONIAL

FILIATION IN ARGENTINA. THE MARRIAGE SINGLE PARENTHOOD

Martín Andrés Flores

Mariano José Frulla

Resumen: El propósito de este artículo es poner en evidencia una problemática que sufre el actual estatuto positivo filial argentino, en particular, en lo que respecta a la determinación de la filiación matrimonial, presumida por ley, de las personas nacidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Para ello, en primer lugar, analizaremos la filiación presumida del hijo matrimonial y de fuente natural, para luego centrarnos en aquella que se deriva de la utilización de dichas técnicas. Paso seguido, presentaremos un caso claro de incompletitud e inconsistencia del sistema normativo argentino, destacando el peligro de sus efectos y la necesidad de dar una respuesta urgente. Como conclusión, presentaremos algunas propuestas de posibles soluciones, no solo de *lege lata*, sino también de *lege ferenda*.

Palabras claves: Filiación. Determinación. Presunción. TRHA. Matrimonio.

Abstract: *The purpose of this article is to shed light into a problem that regards the Argentinian filial statute, in particular, the determination of filiation by marriage of people born through assisted human reproduction techniques (AHRT) -which is currently presumed by law-. In order to do that, firstly we will analyze the presumed filiation of children born of natural origin from a married couple, and then we will analyze the filiation of those engendered through those techniques. Secondly, we will present an evident case of incompleteness and inconsistency of the Argentinian law system, emphasizing the dangers of its effects and the need to give an urgent answer to these flaws. As a conclusion, we will present some proposals of possible solutions, not only regarding the current law but a possible future one.*

Keywords: *Filiation. Determination. Presumption. ARTH. Marriage.*

Sumario: 1. Intrucción. 2. Presunción de la filiación matrimonial en Argentina antes de la ley 26.994. 3. Presunción de la filiación matrimonial en Argentina antes de la ley 26.994. 4. Un proyecto de parentalidad unilateral bajo un “proyecto de vida en común”. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

Introducción

El presente artículo tiene como fin poner en consideración de la comunidad científico-académica una patología sistémica-normativa, de incompletitud e inconsistencia, que se encuentra sufriendo el actual derecho positivo argentino, en particular, en su estatuto filiatorio.

Previamente, es dable aclarar, la especial responsabilidad que pesa sobre nosotros conforme al tema que hemos decidido abordar, esto se debe a que creemos que dentro del derecho de familia *stricto sensu*, el estatuto normativo filial lleva consigo, de manera intrínseca, la mayor de las exigencias en el proceso de constitución, declaración, aplicación e interpretación de los derechos subjetivos familiares, exigencia que necesariamente se traslada a los diversos operadores jurídicos que intervienen en dichos actos. Esto es así, ya que por su objeto de regulación, “la filiación”, requiere la mayor de las protecciones por parte del Estado, donde debe imperar el orden público por sobre la autonomía plena de la voluntad; donde el legislador constitucional debe reglar de la manera más precisa y específica el reconocimiento y atribución de las potestades jurídicas; donde deben ser reflejados con plenitud los principios fundantes y de mayor peso que propone esta institución, con mandatos esenciales de optimización ya incorporados en la regla positiva, y no, como sucede en Argentina, ser de aplicación delegada al ámbito de la *poiesis* pretoriana, teñida de discrecionalidad, provocando así, sin lugar a dudas, el riesgo de innumerables daños, que por los bienes jurídicos implicados, pueden adquirir los caracteres de irreversibilidad e irreparabilidad.

Sin perjuicio de ello, y conforme el carácter dinámico del derecho y la imposibilidad de autosuficiencia plena de todo sistema normativo, es que el magistrado debe ejercer su jurisdicción al caso en concreto, dentro de los límites constitucionales impuestos, imperando, sobre la base de un adecuado control de convencionalidad, la aplicación de los principios que informan la filiación, la cual se desarrolla en un campo donde debe primar la subsunción por sobre la ponderación.

Así, evitaríamos que la identidad, la veracidad biológica y el emplazamiento filial, con sus derivadas responsabilidades, sean objeto de un negocio jurídico basado exclusivamente en conveniencias individuales, en libertades desmedidas, con poder de decisión sobre la vida o la muerte de las personas concebidas, y en facultades privativas y unilaterales aún bajo un proyecto de vida en común. Actualmente el derecho a la identidad ha sido objeto de un asombroso y astuto fraccionamiento de fuente doctrinaria, a los fines de justificar la inserción de algo que le es esencialmente extraño, impropio e incluso evidentemente incompatible, como lo es el anonimato. Hoy, como resultado de la contractualización y mercantilización de los vínculos filiales, el anonimato forma parte de la identidad de las personas humanas en Argentina.

Realizada esta aclaración previa, y como ya lo hemos adelantado, intentaremos a través de este artículo, poner en evidencia una problemática que adolece el estatuto positivo filial argentino, en particular, sobre la determinación de la filiación matrimonial, presumida por la ley, de las personas nacidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida (*TRHA*). Para ello, en primer lugar, analizaremos la filiación presumida del hijo matrimonial y de fuente natural, para luego centrarnos en aquella que se deriva de la utilización de dichas técnicas. Paso seguido, presentaremos un caso claro de incompletitud e inconsistencia del sistema normativo argentino, destacando el peligro de sus efectos y la necesidad de dar una respuesta urgente. Como conclusión, presentaremos algunas propuestas de posibles soluciones, no solo de *lege lata*, sino también de *lege ferenda*.

A los fines del análisis del presente tema, utilizaremos como mojón cronológico-normativo la entrada en vigencia de la ley 26.994/2015⁸⁸, con una extensión hacia el pasado desde la sanción de la ley 340/1871 y hacia el futuro: la actualidad...

Presunción de la filiación matrimonial en Argentina antes de la ley 26.994

Al momento de la sanción del Código Civil *velezano*, en el año 1871, el matrimonio configuraba la causa privilegiada determinante de los vínculos paterno-filiales, a través de una presunción de paternidad de carácter *iure et de iure*,

⁸⁸ Ley sancionada en el año 2014, por medio de la cual se aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación y, a su vez, se derogan los Códigos Civil, de Comercio y legislación complementaria.-

la cual hasta podía provocar el desplazamiento del nexo biológico. Es decir, el elemento base sobre el cual el legislador asentaba la paternidad era el vínculo conyugal. Por otra parte, se encontraban las filiaciones ajenas al matrimonio, que daban origen a hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos, todas categorías que se hallaban en una posición jurídica de inferioridad frente a los hijos matrimoniales. En estos contextos, el reconocimiento, como acto jurídico de asunción de la paternidad fundado en la existencia -presunta- de un nexo biológico, se erigía en el medio a través del cual se adjudicaba la calidad de padre legal.

A este sistema que regulaba los efectos de la filiación tomando como base la relación existente entre los padres, lo que generaba discriminaciones inaceptables entre los hijos, se sumaría una nueva fuente filiatoria en el año 1948, mediante *ley 13.252* modificada posteriormente por *ley 19.134*: la adopción. Con ella se receptó una nueva forma de recrear el vínculo paterno-filial, no ya sobre la base del matrimonio o el componente biológico, sino a partir de la asunción voluntaria de la maternidad/paternidad por parte del o los adoptantes. Es decir, la voluntad adoptiva o adopcional se convierte en un elemento adjudicante de la filiación. Este esquema presupone, por un lado, la imposibilidad de los padres biológicos de asumir el cuidado del niño y, por el otro, la intervención del estado procurando evitar que sea objeto de intercambios económicos y garantizar la idoneidad de los adoptantes. Ello significó una mutación en el sistema de determinación de la filiación, pero conteste con la función y el fundamento de dicho instituto: el aseguramiento de un emplazamiento filial cierto y seguro en resguardo de la identidad del niño.

Hasta ese entonces, el contexto en el que el niño nacía definía el estatus de derechos que le correspondía; por lo que, en algún punto, la decisión de los padres de relacionarse sexualmente, con la consecuente eventualidad de la procreación, tenía consecuencias en el espectro de derechos de los que iba a gozar en vida el engendrado.

El camino hacia la igualdad de las filiaciones, comenzó legislativamente en el año 1954 mediante *ley 14.367*, la que suprimió las clases de hijos extramatrimoniales, igualándolos en una nueva categoría de "ilegítimos" que, vale decir, seguía en un plano de desigualdad respecto a los legítimos o matrimoniales. Sin embargo, al legislador argentino le llevaría más de treinta años acabar con las discriminaciones e injusticias que generaba esa realidad jurídica imperante. Así, en el año 1985 con la *ley 23.264*, se consagró la equiparación de

todas las filiaciones, independientemente de las circunstancias de la concepción y nacimiento del niño.

Frente a la recepción del principio de igualación de las filiaciones, la matrimonialidad o no del hijo pasó a ocupar un lugar secundario, teniendo sólo relevancia a los fines de precisar qué régimen de determinación y acciones filiatorias resultaba aplicable a uno u otro caso; lo que en modo alguno implicaba una discriminación, sino más bien refleja la regulación particular de dos situaciones fáctico-jurídicas diferentes.

Después de haber comprendido que las decisiones y circunstancias en que los progenitores conciben al niño no debían predestinar su estatus de derechos, ya que todas las filiaciones gozaban ahora de los mismos efectos, al legislador le restaba dar un último paso en esa dirección. Esto es, el reconocimiento de que el niño nacido en el seno de un matrimonio podía no estar vinculado biológicamente con el cónyuge de su madre. En efecto, llegamos a la flexibilización de la presunción de paternidad, en el año 1987 mediante ley 23.515, la que pasó a ser *iuris tamtun*, por ende, susceptible de derribarse por prueba en contrario. Ello, sumado al desarrollo científico de las pruebas genéticas, terminó por consolidar la exclusividad del elemento biológico como determinante de certeza de la filiación y, consecuentemente, relativizar la potencia del vínculo conyugal para cristalizar un estado filiatorio que no se correspondiera con la realidad biológica.

Por último, llegamos a la sanción de la ley 26.618, del año 2010, conocida como la “ley de matrimonio igualitario”, la cual incorporó el matrimonio de personas del mismo sexo, asegurando su aplicación universal a través de su artículo 42, el cual nos dice que *“toda referencia a la institución del matrimonio que contiene el ordenamiento jurídico argentino, se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo o diferente sexo”*. Cambio legislativo que, en principio, tendría incidencia en la presunción de filiación matrimonial, pero esta ley no incorporó una nueva fuente filial, y hasta ese momento en la República Argentina, teníamos un sistema de doble fuente, admitiéndose solo la natural y la adoptiva, por lo que la presunción conservaba su categoría de heteronorma.

Bajo este marco de antecedentes filiales-normativos, a continuación, nos centraremos exclusivamente en el análisis de la presunción de la paternidad matrimonial, persiguiendo vislumbrar cuál era su fundamento o razón legal

presumida con anterioridad a la sanción de la *ley 26.994*, y determinar si, con posterioridad a ella, sigue vigente aquél fundamento.

En épocas del Código de Vélez⁸⁹, dentro de los efectos personales del matrimonio, encontrábamos con categoría de deberes jurídicos de orden público, a la *fidelidad* y a la *cohabitación*, receptados normativamente en los artículos 198 y 199 respectivamente.

El deber de fidelidad comprendía en su aspecto negativo, dos facetas: una *material*, representada por el deber de abstenerse de mantener relaciones carnales con terceros, y una *moral*, prohibición de realizar comportamientos, que sin llegar al trato sexual con un tercero, sean aptos para afectar los sentimientos o lesionar la reputación del otro consorte. Mientras que el deber de cohabitación se refería a que *“cohabitar, vivir -o habitar- juntos, implicaba respecto de los cónyuges la obligación de convivir en una misma casa”*⁹⁰.

A su vez, dichos deberes normativos y jurídicos, se encontraban en conexión esencial con la norma que preveía las causales subjetivas de separación personal y divorcio vincular, artículo 202 del *Código de Vélez*, en particular en sus incisos 1° (adulterio); 4° (injurias graves) y 5° (abandono voluntario y malicioso). Por lo que la violación de cualquiera de estos deberes traía aparejada la sanción de separación de cuerpos o extinción del vínculo matrimonial como también otro tipo de sanciones previstas en artículos como el 218, 3574 y 9° de la *ley 18.248*, entre otros.

Asimismo, ambos deberes, otorgaban sustento y fundamento a la presunción de la paternidad matrimonial, receptada en el plexo normativo *velezano* en su artículo 243⁹¹. Que conforme nos enseñaba la Maestra de Maestros, Méndez Costa: *“La presunción de paternidad descansa sobre dos suposiciones-antecedentes que responden al comportamiento regular de los esposos: a) el marido ha cohabitado con su esposa durante la época de la concepción, y b) la mujer no ha tenido relaciones sexuales con otro hombre durante dicho período. Estas son*

⁸⁹ Expresión con la cual referenciamos la estructura normativa inmediata anterior a la sanción de la *ley 26.994/2015*.-

⁹⁰ BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 6ª ed. actualizada, Astrea, Bs. As., 2004, p. 207.-

⁹¹ *Código Civil Argentino (Ley 340/1869 vigente hasta el 31/07/2015)*. Artículo 243: *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario”* (Artículo sustituido por art. 2° de la *Ley N° 23.515 B.O. 12/6/1987*).-

probabilidades del normal comportamiento de los cónyuges derivado de los deberes emergentes de matrimonio, como son la cohabitación y la fidelidad”⁹².

En comunión nos explicaba el Dr. Belluscio: “*La presunción de paternidad del marido de la madre se funda en lo que es habitual y lógico: que la mujer casada mantenga relaciones sexuales exclusivamente con su cónyuge*”⁹³.

Entendiendo entonces, a la presunción legal en términos de Couture⁹⁴, como aquella que considera como presumiblemente cierto un hecho, basado en un indicio o hecho conocido y conectado por un razonamiento legal. Sería presumir la paternidad, si el niño nace durante el matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos; entendiendo así que la concepción se dio dentro de matrimonio y cohabitación.

En consecuencia, es que la ficción que realiza la ley reposaba sobre el matrimonio, es el poder de esta institución la que justificaba presumir que el niño nacido es hijo del cónyuge de la mujer que lo ha dado a luz. Y el poder de esta institución estaba dado, no solo por su carácter monogámico, sino por sus deberes de fidelidad y cohabitación, también de orden público y de inobjetable carácter jurídico fundado en las consecuencias que traían aparejada sus inobservancias.

Presunción de la filiación matrimonial en Argentina con posterioridad a la ley 26.994

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que se encuentra vigente desde el 01 de Agosto del año 2015, en lo relativo a la cuestión que nos encuentra convocados, realiza una serie modificaciones sustanciales, que a continuación enumeraremos y analizaremos.

Incorpora un divorcio incausado, lo que produce la supresión de las sanciones por incumplimiento de los deberes de fidelidad y cohabitación pero

⁹² MENDEZ COSA, María Josefa, *Derecho de familia t.II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, p. 15.-*

⁹³ BELLUSCIO, Augusto C., “¿Acción de desconocimiento de la paternidad entablada por el propio hijo?”, LL 1979-B-246.-

⁹⁴ COUTURE, en Ferreyra de de la Rúa – González de la Vega de Opl, *Medios de prueba. Ed. Advocatus, Córdoba, 2003, p. 182.-*

manteniendo su enunciación en el artículo 431⁹⁵. A lo que los codificadores nos explican: “Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”⁹⁶.

Por consiguiente, lo deducido por los codificadores sería, que al eliminarse el divorcio causado, y en particular el culpable, se eliminan las sanciones por incumplimiento de los deberes de fidelidad y cohabitación, lo que produce entonces que frente a la falta de amenaza de sanción o coercibilidad por parte del estado, dejen de ser jurídicos. Lo que en términos de silogismo lógico:

Si hay deber jurídico, entonces hay amenaza de sanción.

No hay amenaza de sanción.

Por lo tanto, no hay deber jurídico.

Partiremos de presumir como verdadera la premisa 1)⁹⁷, bajo la idea central de la concepción kelseniana, por la cual existe un deber jurídico de realizar determinado comportamiento, cuando el comportamiento contrario, es condición de la sanción establecida en la norma jurídica y dirigida en contra del sujeto. Así pues, sólo existe deber jurídico si existe norma jurídica que estatuye la sanción.⁹⁸

Por lo tanto, al no existir *norma primaria*, en términos de Kelsen, la fidelidad y la cohabitación han dejado de ser deberes jurídicos inherentes al matrimonio.

El novel código, a los fines de darle efectivamente operatividad real a la igualdad perseguida por la *ley 26.618*, es que incorpora una tercera fuente filial, a través de las técnicas de reproducción humana asistida. Personas de igual o diferente sexo, matrimonializadas o no, pueden someterse a esta técnica, ya sea de tipo homóloga (cuando los gametos son de ambos progenitores) o heteróloga (cuando ambos o alguno de los gametos provienen de un tercer donante anónimo),

⁹⁵ Artículo 431 CCyCN: *Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.-*

⁹⁶ Fundamentos del Anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Bs. As., Diciembre 2012.-

⁹⁷ Debido a que no es objeto de investigación para el presente trabajo.-

⁹⁸ KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945 (trad. esp. Eduardo García Máynez, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995). Pág. 69.-

quedando determinado el emplazamiento materno por medio del parto y el consentimiento previo, informado, libre, formal y unilateral debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (*voluntad procreacional*), mientras que para el otro progenitor será sólo la voluntad procreacional.

Por último, mantiene la presunción de filiación matrimonial, con un agregado en su *segundo párrafo* el cual prevé el supuesto de niños concebidos por medio de la tercera fuente filiatoria (*TRHA*), produciéndose así, aparentemente, la eliminación del carácter de *heteronorma*, pero reposando sobre la misma institución que le da sentido, el *matrimonio*.

De manera que, el actual orden jurídico civil-normativo argentino reguló la presunción, bajo el título “determinación de la filiación matrimonial”, disponiendo:

“Artículo 566 - Presunción de filiación.- Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”.

Es entonces, y de acuerdo a las modificaciones enumeradas, que nos preguntamos: ¿Cuál es el actual fundamento de la presunción legal de la filiación matrimonial? En su caso, ¿Subsiste? ¿Qué incidencia tiene el matrimonio en la determinación de la filiación matrimonial?

Si intentamos contestar estas preguntas bajo un análisis a *prima facie*, podríamos deducir que se torna inaplicable la presunción legal, debido a que aunque se produzca el hecho cierto (nacimiento del hijo), no podríamos conectarlo por medio de un razonamiento de tipo legal con el hecho presumido, debido a que, la institución jurídica matrimonial argentina, en la actualidad, no exige dentro de sus derechos-deberes a la fidelidad y a la cohabitación.

Es entonces que todo sistema normativo que prevea la presunción legal matrimonial ¿necesariamente debe incluir estos deberes?

Respuesta que sin lugar a dudas nos lleva a echar mano mínimamente al método comparatista. Es por ello que a este interrogante le daremos, por el momento, forma de *tertium comparationi*. En nuestro recorrido por el

derecho comparado, encontramos por ejemplo, el *sistema peruano*, el cual en su Código Civil recepta la fidelidad en el artículo 288, atribuyéndole el carácter de deber jurídico ya que su incumplimiento es causal de disolución del vínculo (artículo 349) con efectos disvaliosos para el cónyuge infiel, a saber, pérdida de gananciales (artículo 324 y 352), responsabilidad civil por daño moral (artículo 351), entre otros. Asimismo, en su artículo 361 recepta la presunción de paternidad matrimonial, bajo un sistema “*cerradísimo*”, en términos de RODRIGUEZ ZAMORA⁹⁹, a los efectos de impugnarla. Similar es el caso de la *República Federativa de Brasil*, la cual en su codificación civil de fondo, dispone un matrimonio con deberes jurídicos de fidelidad y cohabitación (artículo 1566) y la filiación presumida en el artículo 1597.

Migrando a los regímenes europeos, en particular, el que ha sido base de toda la codificación civil latinoamericana, como lo es el *francés*, su Código Civil sostiene el deber jurídico de fidelidad en su artículo 212, el cual si es violado por uno de los cónyuges es causal de divorcio vincular por “falta” (artículos 241 a 246), con las correspondientes consecuencias negativas para el cónyuge culpable (artículos 266 y 270) y preceptuando en el artículo 312 que “*El hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido. No obstante, éste podrá denegarlo en juicio, si justificará hechos aptos para demostrar que no puede ser el padre*”.

Es entonces que en una prematura conclusión nos cuestionamos lo siguiente, ¿o nuestro sistema es realmente contradictorio, o estamos frente a una norma (artículo 566 del CCyCN) inútil, inaplicable y de naturaleza quimérica? -rasgo este último que compartiría con el artículo 431 del CCyCN, de acuerdo a como lo presentan los codificadores-

Pero es entonces, cuando decidimos consultar el *sistema jurídico alemán*. La República Federal de Alemania en su codificación civil dispone la presunción de la paternidad (artículo 1592 y 1593) pero no incluye el deber de fidelidad ni cohabitación en el matrimonio. Por lo que es aquí donde nos encontramos con una nueva disyuntiva; o ¿la presunción legal admite otro fundamento?; o ¿será que los sistemas alemán y argentino comparten la misma patología?

⁹⁹ RODRIGUEZ ZAMORA, José Miguel, “La filiación y el derecho comparado”, *Revista de Ciencia Jurídica* N° 77, Universidad de Costa Rica, 1994, p. 77.-

Por el límite que prevé este artículo, decidimos tomar el primero de los caminos que nos propone la disyuntiva planteada. Para esto, recurriremos, como ya lo hemos hecho en el presente artículo, a los fundamentos de los codificadores, es decir a las palabras de aquellos que decidieron mantener la presunción y de igual manera vaciar de contenido axiológico a la institución matrimonial.

En materia de filiación los codificadores se justifican diciendo: *“El Título de la filiación contiene grandes modificaciones. El Anteproyecto sigue de cerca diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: 1) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); (...) 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella”*. Nos siguen explicando: *“En el ámbito de la filiación matrimonial, en total consonancia con el derecho de los niños de estar inscriptos inmediatamente después de haber nacido y tener vínculo filial, se extiende la presunción de filiación del cónyuge de la mujer que da a luz, con independencia de ser matrimonio heterosexual u homosexual”*¹⁰⁰.

Sobre estos fundamentos, que parecerían novedosos, nos advierte con especial claridad nuestra querida Maestra García de Solavagione, y a los fines de evitarnos un estado de falsa creencia, que aquí no se haya novedad alguna, ya que: a) El principio del interés superior del niño (arts. 3º C.D.N. y 3º ley 26.061) adquirió vigencia legislativa en nuestro país desde la sanción de la ley 23.264; b) El principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales, ya en vigor desde 1985 por la ley referida; c) El derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7º y 8º C.D.N. y art. 11 ley 26.061), de uso corriente desde la época citada, y en la normativa descripta; d) El acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica ha sido de vasta aplicación en nuestro país desde la sanción de la ley 23.264 de 1985, con motivo de los juicios por desaparición de niños, durante la dictadura de 1976 a 1983 y la supresión de identidad de los menores por parte de los apropiadores; y e) Derecho a

¹⁰⁰ Fundamentos del Anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Bs. As., diciembre 2012.-

fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella. Establecido en el art. 17 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que se reitera, ahora, ante la creación del matrimonio entre personas de igual sexo. Incluye el derecho constitucional a no formarla como caras de una misma moneda, ambos derechos son igualmente importantes, y como derechos constitucionales son irrenunciables¹⁰¹.

En especial, sobre la presunción de filiación matrimonial, y bajo una avenencia debida, parte de la doctrina que participó en la elaboración del proyecto de ley de la 26.994, en oportunidad de comentar el artículo 566, sostuvo: *“En términos generales y desde el punto de vista constitucional-internacional, la presunción de paternidad del marido de la madre cumple con el objetivo de que todo niño ni bien nazca tenga doble vínculo filial y esté inmediatamente inscripto con esa doble filiación. Este modo de determinar la filiación de carácter legal respeta el derecho a la identidad que prevén los artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño y que reafirma el artículo 11 de la ley 26.061”*¹⁰².

Parecería que el nuevo fundamento de la presunción es de corte *paidocéntrico*, en respeto exclusivamente a los principios constitucionales de:

- Interés superior del niño
- Derecho a la identidad
- Doble emplazamiento filiatorio inmediato.
- Unidad de las filiaciones.

Pero, es dable recordar que nos encontramos frente a una presunción de fuente legal exclusiva al orden matrimonial. Por lo que nos preguntamos entonces, ¿Qué función cumple el matrimonio aquí?

Partiendo de las palabras de García de Solavagione, al referirse a los efectos personales del matrimonio, nos dice: *“la asistencia conyugal exige proceder activos de ayuda corpórea, que se traducen en frases consagradas por la sabiduría popular como ‘poner el hombro’, ‘darle una mano’, ‘ser el brazo derecho’ y hasta ‘parir entre ambos’. El profundo contenido de estos conceptos, implica la idea de compromiso personal y perceptible del cónyuge, hasta tal punto que: ‘aquello que la moral hace esperar de los amigos íntimos, el derecho lo manda*

¹⁰¹ GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia C., *Derecho de Familia, Adocatus*, Córdoba, 2016, p. 628.

¹⁰² HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “comentario al artículo 566”, *Tratado de Derecho de Familia, t.II, Dir. Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 603.-*

entre cónyuges. Esto es lo que se llama coyunda -la soga con que se unen los bueyes al yugo para que tiren juntos-, locución española que, en lenguaje figurativo, significa unión conyugal¹⁰³”.

Es entonces que creemos que la respuesta se encuentra en el *proyecto de vida en común*, como lo dispone el artículo 431 del Código Civil y Comercial argentino. Es allí donde encuentra fuerza dicha presunción, proyecto del cual sin lugar a dudas puede presumirse un proyecto de parentalidad común de los cónyuges. Como sostiene la gran jurista argentina BASSET: *“el proyecto de vida en común aparece como una totalidad, como un conjunto englobante que abarca todos los deberes sobre los que versa el consentimiento. Evoca el antiguo consortium omnis vitae que el derecho acompaña desde el derecho romano, que encierra en sí todo lo que se deriva de los fines matrimoniales y permite así aflorar a través del derecho, las expectativas de tantos jóvenes y no tan jóvenes contrayentes. Cuántas personas anhelan compartir con el máximo compromiso pensable sus años serenos, cuántos jóvenes depositan en el día de sus nupcias la esperanza de una vida feliz. Proyectos de vida en común que a veces fallan, pero que el derecho sabiamente reconoce, cuando sabe leer los anhelos de felicidad”¹⁰⁴.*

En suma, podríamos concluir que el actual artículo 566 del CCyCN, posee un fin esencialmente protectorio sobre la base de un modelo *paidocentrico*, y cuya presunción, justifica el hecho presumido (filiación) con el hecho conocido (nacimiento del niño dentro del matrimonio o en los plazos previstos) a través del razonamiento jurídico de que ha sido parte del proyecto de parentalidad de los cónyuges, inferido del proyecto de vida en común inherente a la institución matrimonial.

Con gran entusiasmo de haber encontrado, presumiblemente, el fundamento y por lo tanto, la aparente aplicabilidad del dispositivo previsto en el artículo 566, es que realizamos una nueva lectura del mismo. Y es allí donde, al releer su segundo párrafo¹⁰⁵, sentimos de manera inmediata un fuerte golpe, a

¹⁰³ GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia C., “Matrimonio, Relaciones personales entre cónyuges”, *Ciclo de conferencias de derecho privado, Agrupación TREJO, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Recuperado el 17 de octubre de 2008.*-

¹⁰⁴ BASSET, Ursula C., “El proyecto de vida en común como deber matrimonial englobante en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista La Ley, Derecho de Familia y de las Personas, N° 10., L.L., Bs. As., 2014, p. 90.*-

¹⁰⁵ Artículo 566, segundo párrafo, del CCyCN: “La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”.-

contracorriente, que nos deposita nuevamente a nuestro estado de incertidumbre preliminar. Esto se debe a que, de acuerdo reza la norma en su parte referenciada, en el caso de niños concebidos por medio de la tercera fuente filiatoria (*TRHA*), no es procedente la presunción si no medió el consentimiento previo, informado, libre, formal e unilateral del cónyuge. Disposición que de manera clara impone el modo de determinación de fuente voluntaria por sobre la legal (presunción). Incluso, si adelantamos en la lectura del Código, el artículo 569, sobre formas de determinación, dispone: “*La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas; b) por sentencia firme en juicio de filiación; c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*”.

De ambas disposiciones podemos concluir lo siguiente, la presunción va a operar si el cónyuge, que no ha dado a luz, prestó el correspondiente consentimiento previo requerido para las *TRHA*, y la filiación quedará determinada, como dispone el inc. c) del artículo 569, con la inscripción del mismo en el registro, sin necesidad de la prueba del matrimonio. Por lo tanto, partiendo de la base de que una presunción de carácter legal, es aquella que por imperio de la ley impone el resultado normativo, y no depende de la voluntad de las partes, nos cuestionamos, ¿qué presume la ley en el caso de los hijos nacidos por medio de las *TRHA* durante el matrimonio o en los plazos previstos por la norma? La respuesta brota de manera inmediata, y es claramente “*nada*”. No hay nada que presumir, no hay ficción de fuerza legal alguna, el modo y forma de determinación, como su fuente, se encuentra en un consentimiento unilateral de carácter previo al sometimiento de las técnicas. Es entonces que se produce, en este caso, la manifiesta inaplicabilidad de la presunción, por la simple razón de que no hay nada que presumir. Estamos frente a una certeza, materializada por la expresión de voluntad *unilateral* de ambos progenitores, y que dicha filiación, creemos, será matrimonial, si el nacimiento opera dentro de los límites temporales previstos en el primer párrafo del 566. Cuestión no exigida por el artículo 569, ya que su inciso c) no requiere la prueba del matrimonio. Igualmente este sería un efecto irrelevante bajo el principio de la *unidad de las filiaciones*, sumado a la limitación de todas las acciones

filiatorias que prevé el Código para el caso de hijos nacidos por medios de estas técnicas y cuando haya existido el previo consentimiento de sus progenitores.

Sin embargo, esta certeza disfrazada de presunción, no solo nos lleva a cuestionarnos de cuál sería la distinción en el modo y forma de determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial de hijos concebidos por medio de las técnicas de reproducción, ¿serían todos hijos extramatrimoniales?, ¿qué función ocupa el matrimonio en la determinación de esta fuente filial?; sino también, y que es lo más preocupante, ¿qué sucede con el fundamento de la presunción? es decir, con los principios constitucionales (interés superior del niño, derecho a la identidad; al doble emplazamiento filiatorio inmediato al nacimiento, etc.) y el proyecto de vida en común inherente al matrimonio. O será que todo esto pasó a un segundo plano, y se subordinó por intención legislativa y de orden infraconstitucional, a la voluntad unilateral de la persona humana.

Con su usual claridad, García de Solavagione sostiene: *“Sobre las inconsistencias que se presentan en las técnicas de reproducción humana asistida, con material genético heterólogo, no tenemos todas las respuestas, porque desconozco cuál es la motivación cierta de la legislación, pero se ha instaurado una concepción adultocéntrica de crear niños a la carta. Lacan, el creador del psicoanálisis, sostenía: ‘Cuando la economía libre de mercado va de la mano de la ciencia, se produce la peor de las dictaduras¹⁰⁶’.*

En la misma línea, BASSET nos ilumina diciendo: *“El Título de filiación es probablemente el más novedoso de toda la regulación. Implica un giro copernicano en los principios que hasta ahora regían el estado de familia. Se pasa de un eje paidocéntrico (centrado en los derechos del niño), a la predominancia del deseo adulto respecto de tener un hijo. Del derecho a la identidad, al derecho a la filiación. Paradójicamente, ese giro copernicano se reviste de un giro lexicográfico antitético: el capítulo ya no se determina más la maternidad o la paternidad, sino que se determina la filiación. Vale decir que mientras que el cambio lexicográfico pareciera indicar un giro paidocéntrico, se trata solo de palabras. La merma sufrida por los niños en sus derechos es palpable: en gran cantidad de casos pierden legitimación activa y derechos para establecer su estado de familia. La posesión de*

¹⁰⁶ GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia C., *Derecho de Familia, Adocatus, Córdoba, 2016, p. 609 y 610.*

*estado no significa nada, y la estabilidad de los vínculos adoptivos y biológicos se debilita*¹⁰⁷.

Es entonces, claro y manifiesto, que esta incorporación que la *ley* 26.994 realiza a la filiación presumida, en particular a través del segundo párrafo del artículo 566, subyace el interés del niño a la autonomía plena y unilateral de las personas humanas, siendo de aplicación solo el primer párrafo de la norma bajo análisis y por lo tanto con el mantenimiento de su carácter de heteronorma, porque solo encontraría sentido en el supuesto de filiación por naturaleza.

Diferente sería el caso, si se hubiese regulado la presunción sin sustraer, de los efectos propios de la misma, a la tercera fuente filiatoria, como lo ha hecho, por ejemplo, el sistema normativo de *Québec*, el cual en el artículo 538.3º de su Código Civil dispone: *"Se presume que el niño nacido por reproducción asistida de un proyecto parental entre los esposos o convivientes de una unión civil, que nació durante su unión o dentro de trescientos días después de su disolución o anulación, tiene por otro progenitor a la pareja de la mujer que dio a luz (...)".* O como manifiesta la jurista FAMÁ¹⁰⁸, diciendo que en la misma línea podemos encontrar la secc. 42 de la *"Human Fertilisation and Embryology Act"* de 2008 de *Gran Bretaña* que prevé *"que si al tiempo de la implantación del embrión fecundado, o del esperma y óvulos, o de su fertilización asistida, la mujer es miembro de una unión civil, el miembro restante será considerada como progenitora ("parent") del niño, a menos que se demuestre que no consintió el emplazamiento del embrión, o del esperma y óvulos, o la fertilización asistida de su compañera"*. Como así también, en un precedente de la *Corte Suprema de California* frente a un reclamo de alimentos iniciado por una mujer contra su ex pareja del mismo sexo, con quien había tenido hijos fruto de un proyecto parental común. El tribunal, en este caso, sostuvo que *"Elisa es madre presunta de los mellizos"*, presunción que no puede refutarse *"con la prueba de que ella no es la madre biológica de los niños, porque la misma participó activamente en lograr que los niños fueran concebidos con el entendimiento de que criaría a los niños como propios junto con la madre de nacimiento, aceptó voluntariamente los derechos y obligaciones de maternidad luego*

¹⁰⁷ BASSET, Úrsula. C., *"Filiación: consideraciones generales"*. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial* 2012, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 291.-

¹⁰⁸ FAMÁ, María Victoria, *"La presunción de la filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación"*, publicado en SJA 19/08/2015. Cita on line: AP/DOC/434/2015.-

de que nacieran los niños, y no existe otra demanda que compita respecto a que ella es segunda madre/padre".

Por lo tanto, en referencia a nuestra normativa filial, concluye la jurista citada que *“de una lectura integral de las normas en juego se infiere claramente que, frente a la utilización de TRHA, la presunción legal de filiación pasa a un segundo plano, en tanto, al igual que ocurre en la filiación extramatrimonial, la real fuente filial está dada por la voluntad procreacional, expresada mediante el consentimiento informado previo que reúna los requisitos exigidos por la ley”.*

Sobre la base de lo manifestado precedentemente es que concluimos que para todos los casos de hijos nacidos por medio de técnicas de reproducción humana asistida y cuyos progenitores se encuentren unidos por un vínculo matrimonial, quedará determinada la filiación, con el cónyuge que no ha dado a luz, únicamente por medio del consentimiento previo, informado, libre, formal y unilateral debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin considerar presunción legal alguna ni la existencia de un proyecto de vida en común inherente al matrimonio.

Es entonces que se prima el deseo de los progenitores, por sobre el derecho a la identidad, al doble emplazamiento filiatorio inmediato, al derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella, y al principio de igualdad jurídica de las filiaciones.

La vulneración del último principio de orden constitucional, surge de manera manifiesta, ya que la presunción de filiación matrimonial resulta aplicable sólo a los hijos nacidos de fuente natural y por lo tanto de matrimonios heterosexuales. Mientras que la vulneración de los demás resulta menos evidente pero de un peligro real que a continuación explicaremos.

Un proyecto de parentalidad unilateral bajo un “proyecto de vida en común”

Siguiendo en la línea de los argumentos desarrollados, y partiendo de la base de que la presunción no es aplicable a los casos de los hijos nacidos por medio de las TRHA, es que planteamos un caso de tipo ideal, que creemos es el único previsto por el legislador, en donde no se vulnerarían los derechos que resguarda y sustentan la presunción.

Sería el caso de que un matrimonio, donde ambos deciden procrear (proyecto de vida y parentalidad común) por medio de una *TRHA* heteróloga, prestan, cada uno el consentimiento previo, informado, libre y formal, por lo tanto, nace el niño deseado, ambos inscriben de manera inmediata cada uno de los consentimientos, -que deben poseer necesariamente el carácter de infalibilidad en el tiempo, forma y voluntad- en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas. El niño queda emplazado por ambos padres, con doble vínculo filial, ambos materializaron su proyecto de vida y parentalidad común y por lo tanto ninguno fue discriminado en su acceso a la familia de tipo matrimonial.

Sin perjuicio de la quimera prevista por los legisladores, es que en el plano de la realidad puede no darse alguna de estas circunstancias, y es ahí donde comienzan a surgir las vulneraciones a la manda constitucional, y que, conforme el eje *adulto-céntrico* propuesto por los legisladores, el primero en recibir los ataques es el niño, incluso durante su concepción, donde tiene total estado de indefensión, siendo sus derechos esclavos de la voluntad de los adultos.

Ahora sí, pensemos en dos personas unidas por un vínculo matrimonial, en pleno desarrollo de su proyecto de vida en común, donde una de ellas, necesariamente de sexo femenino, decide someterse a una *TRHA* heteróloga, sin comunicárselo previamente a su cónyuge, ya que la ley argentina, además de no requerir el sometimiento conjunto en caso de matrimonio (a diferencia de la adopción), no exige ni mínimamente a las clínicas intervinientes el consentimiento, ni asentimiento, ni comunicación al cónyuge de la solicitante. Por lo que la mujer, en una conducta legalmente permitida, presta unilateralmente el doble¹⁰⁹ consentimiento previo, informado y libre ante el centro de salud donde realizará el procedimiento de fecundación, el cual luego protocolizará ante escribano público o certificará ante la autoridad sanitaria correspondiente a su jurisdicción (artículos 560 y 561 del CCyCN). Posteriormente el cónyuge omitido advierte tal circunstancia, la cual, para el caso de personas del mismo sexo o de diferente, pero con imposibilidad de procreación conocida, no solo será el embarazo sino también la existencia previa

¹⁰⁹ De la normativa Argentina implícitamente se infiere la necesidad de dos consentimientos, uno primero, al momento de someterse a la técnica de reproducción medicamente asistida (consentimiento informado como toda intervención médica de complejidad), y uno segundo al momento de la utilización de los gametos o embriones. El primero posee la posibilidad de ser revocado, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (artículo 561 del CCyCN). Supuesto este último, de manifiesta ilegalidad en nuestro ordenamiento, ya que el acto de revocación en el caso de un embrión ya concebido, es un acto de objeto prohibido, conforme los dispone el artículo 279 del CCyCN.

de una *TRHA* o de una infidelidad; mientras que para el caso de un matrimonio heterosexual, con aptitud física para procrear, quedará en la franqueza de la mujer, donde puede llegar al supuesto de que opere la presunción, se lo emplace al niño y posteriormente se impugne la filiación paterna o directamente al momento de la inscripción ante el registro surja que es un niño concebido por medio de una *TRHA* y el cónyuge de la madre se encuentre imposibilitado para emplazarlo.

Si bien el caso planteado, sería una filiación extramatrimonial de una mujer casada -como también puede ocurrir en el supuesto de hijo de filiación por naturaleza producto de una infidelidad, pero donde si existe protección a los principios constitucionales de orden *paidocéntrico*-, nos preguntamos, la procreación, el derecho a la identidad y al doble emplazamiento filial de los niños nacidos por medio de técnica de reproducción humana asistida ¿es una facultad privativa y exclusiva de la mujer-madre aun mediando un proyecto de vida en común?

Es necesario aclarar en este punto que para el emplazamiento de los hijos extramatrimoniales nacidos por medio de las técnicas, se requiere de igual manera, el consentimiento previo, informado, libre, formal y unilateral del progenitor que no ha dado a luz.

Pero, siguiendo en el supuesto de análisis, que sucede si el progenitor omitido decide emplazar al niño, es decir, reconocer que ha sido parte de su proyecto de vida en común y por lo tanto de parentalidad. ¿Por qué el proyecto de vida en común no tiene la misma fuerza y efecto en este caso? ¿La tercera fuente filial bloquea los efectos personales del matrimonio? En una suerte de análisis de ponderación, ¿la autonomía de la voluntad individual está por sobre el derecho a la identidad, el doble emplazamiento filial, la igualdad jurídica de las filiaciones, el derecho a fundar una familia y no ser discriminado en el acceso a ella?

Si aplicamos nuestro ordenamiento jurídico, tal como está, obtendríamos como consecuencia, por un lado, a un niño condenado a un solo emplazamiento filial por decisión unilateral de la madre e incluso privado de conocer sus orígenes biológicos por la protección al donante anónimo, y por el otro, a un cónyuge-victima, al cual la ley, no lo contemplo dentro del proyecto de parentalidad, aun siendo parte de un proyecto de vida en común, vulnerándose así, su derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

Cuestión que claramente sería diferente si se encontrase debidamente regulada -en respeto a los principios constitucionales- no solo la presunción de filiación matrimonial para las *TRHA*, sino la fuente filiatoria en sí.

Conforme el caso testigo planteado *ut-supra*, proponemos las siguientes soluciones tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*.

De *lege lata*: el progenitor omitido, con voluntad procreacional informal, carácter este último por una conducta inculpable, tendrá como vía exclusiva someterse a un proceso judicial a los fines de solicitar la adopción por integración o de tipo integrativa, la cual, al igual que los casos de la adopción simple es de posible revocación. Quedando la madre como progenitora del niño y su cónyuge como padre adoptivo. Cabe aclarar que de igual manera, la decisión la mantendrá la cónyuge-madre, ya que podrá evitar la adopción disolviendo el vínculo matrimonial con el pretense adoptante.

De *lege ferenda*: proponemos la modificación del artículo 567 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, el cual actualmente dispone:

Artículo 567. Situación especial en la separación de hecho. “Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial”.

Nuestra propuesta de redacción:

Artículo 567. Situaciones especiales. Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso en que no resulte aplicable la presunción de filiación por falta del consentimiento previsto en el segundo párrafo del artículo precedente, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento ulterior de él o la cónyuge que no lo hubiera prestado en forma previa. Para este consentimiento serán aplicables los artículos 571, 572 y 573 primer párrafo del presente Código”.

En consecuencia de esta modificación del articulado, deberán realizarse agregados al inciso c) del artículo 569 y al artículo 589, los cuales quedarían redactados de la siguiente manera:

Artículo 569.- Formas de determinación. “La filiación matrimonial quedará determinada legalmente y se prueba: (...) inciso c): en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas *y, en su caso, por el consentimiento previsto en el artículo 567*” (lo destacado nos pertenece).

Artículo 589.- Impugnación de la filiación presumida por la ley. “El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre *o el consentimiento previsto en el artículo 567*, con independencia de quienes hayan aportado los gametos” (el destacado nos pertenece).

Conclusiones

En conclusión creemos que con la solución de *lege ferenda* planteada, se subsanaría la inaplicabilidad de la presunción de la filiación matrimonial para los casos de hijos nacidos por medio de las *TRHA*, y por lo tanto se respetarían los principios constitucionales incorporados en nuestra ley fundamental, en particular: a) el principio de igualación jurídicas de las filiaciones y unidad de las mismas, ya que el artículo 566 dejaría de ser una heteronorma de aplicación exclusiva a los hijos de fuente natural; b) el derecho a la identidad y al doble emplazamiento filiar, pues al operar la presunción con un consentimiento ulterior, el niño se presumiría parte de un proyecto de parentalidad común, inherente a al

proyecto de vida matrimonial conforme el artículo 431 del CCyCN, y por lo tanto, ese niño tendrá un doble emplazamiento filial inmediato; c) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella, para el caso de los progenitores omitidos, los cuales son parte de un proyecto de vida en común en plena vigencia; c) el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, expresamente establecido en el dispositivo civil y comercial en su artículo 402, que nos dice: “*Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo*”. Del cual inferimos que la procreación dentro del matrimonio no es una facultad privativa de la mujer-madre.

Debe existir una re-valorización y re-humanización del matrimonio, sobre la base del proyecto de vida en común asumido por los cónyuges al momento celebrarlo. La parentalidad es parte del mismo y, por lo tanto, todo proyecto de monoparentalidad cesa en el preciso instante en que los contrayentes deciden emprender un proyecto de vida común; este, por medio de su poder, transforma el interés individual en un interés común, al ser egoísta en un ser solidario.

Bajo nuestro sistema actual las patologías normativas seguirán aflorando, las desigualdades seguirán intentando imponerse, lo individual y el egoísmo por momentos nos tomarán ventaja, pero sin lugar a dudas, enfáticamente podemos sostener que a las soluciones siempre vamos a arribar, y esto es por la simple razón de que tenemos en claro a dónde buscarlas. Ellas yacen en el magma volcánico de la solidaridad, la cual forma parte, sin hesitación, de la *homeostasis iusfamiliar*, solo queda en nosotros lograr estimularla.

Referencias bibliográficas

BASSET, U. C. El proyecto de vida en común como deber matrimonial englobante en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista La Ley, Derecho de Familia y de las Personas*, N° 10, L.L., 2014; Filiación: consideraciones generales. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: Ed. El Derecho. 2012.

BELLUSCIO, A. C. ¿Acción de desconocimiento de la paternidad entablada por el propio hijo? *La Ley*. 1979.

- BOSSERT, G. A. y ZANNONI, E. A. *Manual de derecho de familia*. 6ª ed. Actualizada. Buenos Aires: Astrea. 2004.
- COUTURE, E. J., en: Ferreyra de De la Rúa – González de la Vega de Opl. *Medios de prueba*. Córdoba: Ed. Advocatus. 2003
- FAMÁ, M. V. La presunción de la filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación. SJA 19/08/2015. Cita on line: AP/DOC/434/2015.-
- GARCÍA DE SOLAVAGIONE, A. C. *Derecho de Familia*. Córdoba: Adocatus. 2016; Matrimonio, Relaciones personales entre cónyuges. *Ciclo de conferencias de derecho privado*, Agrupación TREJO, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Recuperado el 17 de octubre de 2008.-
- HERRERA, M. y LAMM, E. Comentario al artículo 566, *Tratado de Derecho de Familia*. T.II. Dir. Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni. 2014.
- KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press. 1945 (trad. esp. Eduardo García Máynez, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1995).
- MENDEZ COSA, M. J. *Derecho de familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 1990.
- RODRIGUEZ ZAMORA, J. M. La filiación y el derecho comparado. *Revista de Ciencia Jurídica*, N° 77. Universidad de Costa Rica. 1994.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Requisitos para publicação:

- (a) de artigos: titulação mínima de mestrando (estar matriculado em curso de pós-graduação em nível de mestrado);
- (b) de comentários jurisprudenciais: titulação mínima de graduado;
- (c) os textos deverão ser inéditos.

Regras de formatação:

- (a) tamanho do papel: A4;
- (b) tamanho do texto: mínimo de 10 e máximo de 40 páginas;
- (c) margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) alinhamento: justificado;
- (e) fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 – título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 – notas de rodapé;
- (f) espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) citações: entre aspas e com recuo;
- (i) as citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I);
- (j) as referências devem constar na nota de rodapé (não usar sistema autor-data);
- (k) título do artigo em português e em inglês;
- (l) resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços;
- (m) lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (n) sumário.

Folha de rosto:

(a) deve vir em arquivo à parte;

(a) nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

Todos os artigos são submetidos ao processo Blind Peer Review, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos devem ser enviados para: rdfas@adfas.org.br