

A PATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gabriel Carvalho Manzini¹
Paula Rafaela Bastos Chaves²
Lúcia Vaz de Campos Moreira³

RESUMO

O presente estudo visa analisar a paternidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto foi utilizado como método a análise documental. Para tanto foram considerados os documentos que integram o ordenamento jurídico brasileiro, tais como a Constituição Federal de 1988; Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que trata do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil; Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar; Lei n.º 10406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil e Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que trata da guarda compartilhada. Constatou-se que muito se avançou no Brasil com relação à Filiação, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Paternidade; ordenamento jurídico; direito de filiação; família; direito parental.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a paternidade no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será feita uma revisão de literatura sobre a paternidade nos contextos nacional e internacional, bem como um levantamento e análise das normas brasileiras de Direito que tratam da paternidade e do Direito de Filiação.

Pouco discutível na seara jurídica, o Direito de Filiação vem sofrendo inúmeras mudanças ao longo do tempo, desde o Código Civil brasileiro de 1916 ao advento do Código Civil de 2002 e até a promulgação de leis ordinárias posteriores, não codificadas, mas que

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSal, é bolsista de Iniciação Científica da FAPESB/UCSal. E-mail: gabriel.manzini@hotmail.com. (autor)

² Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSal, é bolsista de Iniciação Científica da FAPESB/UCSal. E-mail: paularbchaves@gmail.com. (co-autora)

³ Doutora em Psicologia (USP). Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Família na Sociedade Contemporânea (UCSal). E-mail: lucia.moreira@ucsal.br (orientadora)

tratam da matéria. Assim, considerando a prerrogativa de que o Direito de Família brasileiro tem como característica o paternalismo, originário de uma sociedade civil fundada no Patriarcado, a relevância de estudos nessa área se mostra pertinente. Uma vez que compete ao operador do Direito suprimir as lacunas deixadas pelo legislador, como intérprete das leis, de modo que possa atuar no funcionamento regular da sociedade e na promoção e administração da justiça.

Ao positivar na nossa Carta Magna a família como base da sociedade, conferindo a ela proteção especial pelo Estado, o legislador ratifica o importante papel exercido pelo Estado na tutela do Direito de Família, como instituidor das suas diretrizes e princípios fundamentais e regulador das normas em exercício pelos cidadãos que naquele território encontram-se inseridos. Assim, o Direito de Família surge no Direito brasileiro com a finalidade de dispor sobre esse bem, abarcando em seus troncos doutrinários o Direito Paternal e o de Filiação.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Paternidade

Tradicionalmente, a figura do pai no Brasil estava ligada principalmente ao fato de ser o homem o provedor e o chefe da família, enquanto a mulher era a responsável pelos afazeres domésticos e o cuidado, educação e afeto para com os filhos. Estas características de uma sociedade patriarcal refletiram no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que as normas jurídicas existem para regular os costumes e práticas usuais de uma determinada sociedade. Apesar de que a primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, ainda no período imperialista adotado no País, não tratava do tema do Direito de Família, muito menos sobre a paternidade. Apenas em 1891, em uma nova Constituição passou a constar, em apenas um artigo, o casamento civil como a única forma de se constituir uma família.

A partir da segunda metade do século XX, o perfil da família brasileira começou a passar por grandes mudanças influenciadas por diversos fatores, tais como: a urbanização das cidades, os avanços tecnológicos e, principalmente, a grande inserção da mulher no mercado de trabalho. Com isso, passou-se a discutir a igualdade de gênero, requerida pelas mulheres

que buscavam ter os mesmos direitos dos homens, não apenas no mercado de trabalho, mas também no âmbito familiar.

Atualmente, com a desvalorização do patriarcalismo nas famílias brasileiras, amparado inclusive com os avanços alcançados pela legislação brasileira, mais especificamente no ramo do Direito de Família, os homens deixaram de ser apenas o provedor da família e, pouco a pouco, dividem as tarefas familiares com as mulheres, especialmente as voltadas para os filhos, como a educação e os cuidados para com eles.

Com isso, o instituto do “pátrio poder” que existia no Código Civil de 1916 e que garantia ao homem, o cargo de chefia na família, já não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, o legislador responsável pelo novo Código Civil de 2002 recebeu críticas dos doutrinadores e operadores do direito, pois apesar de ele ter alterado o nome do instituto para “Poder Familiar”, ele teria perdido uma grande chance de retirar a expressão “Poder”, uma vez que a palavra “Dever” seria melhor empregado no caso, afinal, a lei não concede um poder para os pais exercerem sobre seus filhos e sua respectiva família, mas sim um dever de cuidar, dar afeto, educação e prestar os suprimentos necessários para uma vida digna. No entanto, cabe destacar que também são assegurados direitos aos genitores, como o de conviver com seus filhos. Sendo assim, “dever” não contemplaria a totalidade dos fatores em questão.

Desse modo, o tornar-se pai é uma decisão que deve ser motivada pelo desejo de exercer a paternidade, vivenciar o amor, o carinho, a possibilidade de criar outro ser humano influenciado pelos seus valores e deixar descendência, porém o seu exercício é mais abrangente. A paternidade é uma relação pessoal e social complexa, vai para além do fato de criar um ser humano, compreende outras dimensões como o prover o sustento econômico, o exercício da autoridade, a proteção, a formação e transmissão de valores e saberes de pais para filhos. Além disso, a participação dos homens na educação e cuidado dos filhos é um aspecto que também é considerado central no exercício da parentalidade quando se estendem os valores democráticos à família e se procura alcançar uma maior igualdade de gênero (VELASQUEZ, 2006).

2.2 Ordenamento jurídico brasileiro

Para se falar do ordenamento jurídico, necessário se faz esclarecer a dicotomia que há entre “Direito”, “lei jurídica” e “norma jurídica”. Assim, em sumárias palavras, pode-se sustentar que o “Direito”, enquanto compreendido como ciência, caracteriza-se pelo “conjunto de regras dotadas de coatividade e emanadas do poder constituído” (FERRAZ JR, 2003, p. 30); e “Direito”, no sentido subjetivo, dito em sua essência, consiste em “uma intenção firme e constante de dar a cada um o que é seu, não lesar os outros, realizar justiça” (FERRAZ JR, 2003, p. 29), assim, a partir de uma tentativa conceitual, Direito é uma ciência que estuda o direito enquanto fenômeno jurídico (FERRAZ JR, 2003).

No tocante à lei jurídica, cabe asseverar que esta comporta divisões, a saber: (a) lei jurídica natural, e (b) lei jurídica positiva (MONTESQUIEU, 1996). Assim, em termos gerais, lei jurídica é aquela que incorpora tanto a lei moral quanto a ética para regulamentar as relações de convívio em uma sociedade (SANTOS, 2001), uma vez que tudo aquilo que é “jurídico é também moral, embora a recíproca não seja verdadeira, porque a moral abrange uma área de regulação muito mais ampla que o Direito” (SANTOS, 2001, p. 148). Nesta seara, partindo do pressuposto de que o homem precede o estabelecimento das sociedades, e que as leis da natureza são aquelas que “derivam unicamente do nosso ser” (MONTESQUIEU, 1996, p. 13), lei jurídica natural é aquela cuja razão é descoberta, derivada e imposta pela própria natureza do homem, não sendo, portanto, coercitiva ou voluntária (SANTOS, 2001). Por outro lado, lei jurídica positiva é aquela legitimada por autoridade competente, imposta pelo legislador a todos os seus subordinados. É, portanto, um dever ser imposto à sociedade de modo a regulamentar a conduta dos sujeitos como membros dessa sociedade (MONTESQUIEU, 1996).

Já a norma jurídica, para Ferraz Jr (2003) é tida como um fenômeno complexo, uma vez que comporta distinções tanto no campo da zetetica jurídica, quanto no âmbito da sua dogmática. Contudo, diz-se que “a norma jurídica, da qual fala o jurista, é, portanto, verdadeira construção teórica da própria ciência jurídica, em que os diferentes mecanismos estabilizadores manifestam, idealmente, uma congruência consistente” (FERRAZ JR, 2003, p. 108). Nesta esteira, norma é “aquilo que se estabelece como fundamento ou termo para a execução de qualquer coisa; é preceito legal, regulamento, modelo” (SANTOS, 2001, p.168).

Nesse contexto, aduz-se que o ordenamento jurídico, ou ordem jurídica, são “todas as normas relativas ao Direito [diga-se à Ciência do Direito], conjunto harmônico de bases jurídicas impostas pela nação para estruturar as relações das pessoas em sociedade” (SANTOS, 2001, p.175). Assim sendo, ordenamento jurídico brasileiro é o conjunto de todos os seus elementos normativos e não-normativos, é um sistema complexo, um conjunto de regras que determinam as relações entre os sujeitos como parte da sociedade (FERRAZ JR, 2003).

3 MÉTODO

3.1 Análise documental

Segundo Ludke e André (1986), para realizar uma pesquisa é necessário realizar um confronto entre os dados, as evidências, as informações coletadas sobre determinado assunto e o conhecimento teórico acumulado a respeito dele. Trata-se de elaborar uma porção do saber. Esse conhecimento não só é fruto da curiosidade, da inquietação, da inteligência e da atividade investigativa do pesquisador, mas também da continuação do que foi elaborado e sistematizado pelos que já trabalharam o assunto anteriormente.

Nesta pesquisa foi adotada como metodologia a análise documental que, segundo Oliveira (2007), consiste na busca de informações em documentos como relatórios, reportagens de jornais, revistas, cartas, filmes, gravações, fotografias, entre outras matérias de divulgação.

No presente estudo foi realizada uma análise histórica dos dispositivos legais, como por exemplo o antigo Código Civil de 1916, bem como do atual código promulgado no ano de 2002, além do estudo do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere à paternidade, família e filiação. Além disso, foi analisada a Constituição Federal de 1988, mais especificamente, nos dispositivos que tratam sobre o Direito de Família, sem esquecer de abordar novas leis que entraram em vigor recentemente, como a Lei da Guarda Compartilhada, entre outras.

4 RESULTADOS

4.1 Do Pátrio Poder ao Poder Familiar

A partir de uma análise comparativa entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, registra-se que o primeiro aspecto a ser destacado incide na alteração da pessoa responsável pelo exercício de direitos e deveres sobre a pessoa dos filhos. Tal alteração é evidente com a substituição do “pátrio poder”, disposto no capítulo VI, do CC/16, por “poder familiar”, com previsão no capítulo V, do CC/02.

Cabe destacar que essa substituição não trouxe apenas uma alteração de nomenclatura, mas uma equiparação de direitos entre os genitores com relação ao cuidado da prole, visto que com a adoção do poder familiar pelo Código Civil de 2002, o exercício de direitos e deveres passou a ser compartilhado por ambos os pais com relação aos seus filhos, o que permite depreender que o “poder familiar” pressupõe autoridade parental, que se difere de autoridade paternal.

Assim, é importante esclarecer que, de acordo com o Código Civil de 1916, o exercício do “pátrio poder” competia ao *pater*, hierarquicamente colocado como o chefe da sociedade conjugal, cuja representação legal da família lhe competia, enquanto que a mulher era considerada apenas uma colaboradora quanto aos interesses comuns do casal e dos filhos. Deste modo, tal situação era evidente na hipótese de divergência entre os genitores quanto ao exercício de direitos inerentes ao pátrio poder, uma vez que o legislador impôs predileção à decisão do pai/marido, cuja condição de chefe da sociedade conjugal detinha, conforme se extrai dos versos do art. 380, parágrafo único do CC/16.

Assim sendo, assevera-se que, em síntese, caberia, no CC/16, principalmente ao pai e, no CC/02, a ambos os genitores, as seguintes atribuições com relação aos direitos e deveres para com os filhos: (a) criá-los e educá-los em sua companhia e guarda; (b) tê-los em sua companhia e guarda; e (c) representá-los e assistí-los legalmente. Por outro lado, têm como direitos serem obedecidos e respeitados por suas crianças/adolescentes. Assim como também têm o direito da convivência com os filhos.

Outro aspecto importante, verificado em tais códigos, diz respeito à guarda dos filhos menores pós-divórcio. Uma vez que, enquanto o CC/16 optou pelo instituto da guarda

unilateral, outorgada à mãe, o CC/02 adotou o instituto da guarda compartilhada, que não exige o outro cônjuge do exercício do poder familiar, cabendo-lhe, ainda, a fiscalização da manutenção e educação dos filhos, podendo visitá-los e tê-los em sua companhia.

Destarte, não se pode olvidar a importante alteração trazida com o CC/02, ratificando, assim, direitos fundamentais da pessoa humana advindos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo no que concerne à filiação, uma vez que a equiparação de direitos entre os filhos havidos fora do casamento pôs termo à classificação e distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, previstas no CC/16. Nesta seara, uma inovação cumpre de ser anotada quanto à presunção da filiação, que é a inserção dos incisos III, IV e V, ao art. 1597, que dispõe sobre a inseminação artificial homóloga e heteróloga, cujo Código Civil de 1916 era silente quanto à possibilidade.

No tocante à paternidade adotiva, o CC/02 também comporta mudanças em detrimento ao Código Civil anterior ao conferir tal possibilidade a partir dos 18 anos de idade, e suprimir o critério temporal de 5 (cinco) anos após o casamento para a formalização da adoção pelo casal. Atualmente, basta a prova de estabilidade da família para que se formalize a adoção. Ademais, cumpre enaltecer a permissiva da lei civil em vigor no tocante à adoção do enteado(a) pelo padrasto/madrasta, e, ainda, a ampliação do grau de parentesco do adotado, que transcende o vínculo do adotante aos seus descendentes e todos os parentes. Ao tratar do instituto em testilha, o CC/16 limitou o parentesco ao adotante e ao adotado.

4.2 Igualdade de deveres na sociedade conjugal na Constituição Federal de 1988

Historicamente, a mulher sempre foi tratada como inferior ao homem no Brasil, inclusive a legislação brasileira sempre fez questão de expor e retratar tal fato. É possível notar tal inferioridade inclusive nas Ordenações Filipinas, que vigorava como uma espécie de Constituição Federal, na época em que o Brasil ainda era colônia de Portugal, pois ela previa que a mulher precisava de tutela permanente pelo fato de ter “fraqueza de entendimento”. O marido podia inclusive castigar sua esposa ou até mesmo matá-la em caso de adultério, mas o inverso não era permitido. Cabe destacar que resquícios de tais preconceitos e desigualdades se perpetuaram ao longo de anos na legislação pátria.

Entretanto, a Carta Magna de 88 por ter sido promulgada após um longo período de ditadura militar, onde os direitos básicos, individuais, fundamentais e a democracia não eram observados, surgiu justamente para garantir que tais direitos sejam sempre respeitados, garantindo sua imutabilidade por serem consideradas cláusulas pétreas. Dentre estes direitos individuais se encontra a isonomia entre o homem e a mulher, previsto no seu artigo 5º que diz: Art. 5º “[...] I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Dessa forma, a atual Constituição Federal é considerada um grande avanço para as mulheres que tanto lutaram ao longo do tempo para que se dissolvessem as antigas características de uma sociedade patriarcal que sempre privilegiava os homens. Como se já não bastasse tal garantia, o constituinte resolveu ser mais específica ainda e, no capítulo reservado ao Direito de Família, ele incluiu no artigo 226, parágrafo 5º, que diz respeito à igualdade na sociedade conjugal, vejamos: Art. 226. “[...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Além da Carta Magna, as legislações infraconstitucionais brasileiras também já reconhecem a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges, como por exemplo o Código Civil de 2002, que ao contrário do que constava no de 1916, prevê que o poder familiar será exercido tanto pelo homem quanto pela mulher, devendo ambos ser responsáveis solidariamente pelo cuidado dos filhos e das obrigações familiares.

4.3 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8. 069, de 13 de Julho de 1990)

Não resta dúvida que foi por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente que o Direito de Filiação avançou consideravelmente. Nestas linhas, o ECA (ECA, art. 27) tornou a ação investigatória de paternidade uma postulação imprescritível, personalíssima e indisponível, cuja legitimidade ativa transcende a figura paterna e recai sobre os herdeiros, ressalvado, para tanto, o segredo da justiça.

Neste enfoque, merece destaque os importantes princípios balizados pelo ECA, no que toca à dignidade da pessoa humana, na condição de criança e adolescente, compreendido no capítulo II (do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade) e capítulo III (do direito à Convivência Familiar e Comunitária).

Também é relevante a doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, que conferiu ao instituto da adoção mudanças basilares, reduzindo-se a idade para hábil para que o adotante seja legitimado ao processo de adoção, entre outras conquistas.

4.4. Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar

Planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, sendo que tal definição consta no art. 2º da Lei nº 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar).

Com a promulgação dessa lei, o Estado brasileiro visa orientar as famílias sobre os meios contraceptivos e conceptivos, além de abordar como o próprio governo deve tratar de tais questões no que diz respeito à prestação destes métodos.

No entanto, cabe frisar a importância da liberdade dos cônjuges acerca do planejamento familiar e a relevância do princípio da paternidade responsável, evidenciando a interferência mínima do Estado no leito familiar.

4.5. Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que trata da guarda compartilhada

Tanto a Constituição Federal de 1988, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente prezam pelos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente bem como o da proteção integral. Com isso, quando houver uma situação de decisão no campo prático deve-se sempre primar pelo que seja mais benéfico para criança e o adolescente em detrimento de outros interesses. Desse modo, a Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/14) que entrou em vigor no dia 22 de dezembro de 2014 surgiu justamente para resguardar e botar em prática tais princípios, pois segundo prevê o artigo 2º dessa lei:

Lei nº 13.058/2014.

Art. 2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Assim, tal lei foi considerada, pelos operadores do direito, um grande avanço principalmente para a criança que por muitas vezes se sente melhor tendo a companhia e o cuidado de ambos os pais e não apenas de um deles, garantindo, assim, o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente.

Com esta lei ambos os pais ficam responsáveis por garantir o sustento do filho bem como decidir sobre questões de interesse dele como escola, plano de saúde, entre outros. Eles terão que dividir também de maneira equilibrada o tempo de convívio e permanência com o filho e, caso algum dos pais decida mudar de cidade, a base de moradia da criança será a que melhor atender o interesse dela.

É importante ressaltar que a guarda compartilhada não pode ser confundida com uma guarda alternada onde a criança fica alternando entre a casa de um genitor e do outro, uma vez que isso seria extremamente prejudicial e cansativo para criança. Dessa forma, a lei fixa a residência dela na casa de um dos pais e o outro fica com o direito de convivência.

5 DISCUSSÃO

No que se refere à análise da paternidade no ordenamento jurídico brasileiro, é indubitável a contribuição da Constituição Federal de 1988 como propulsora das mais relevantes mudanças refletidas nos principais conjuntos normativos do Direito brasileiro. Isso se dá pelo fato de a Constituição de um Estado ser o “organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da força do governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder” (BULOS, 2014, p. 100). Partindo deste princípio, cabe sustentar que a Constituição é posta em grau de Supremacia em uma ordem jurídica, sendo, deste modo, considerada a *lex legum* –rainha das leis ou lei das leis (BULOS, 2014).

Ante o exposto, depreende-se da análise que, com a consagração de alguns princípios fundamentais constitucionalizados em nossa Carta Maior, tais como a igualdade de gênero, a igualdade jurídica entre os cônjuges, a supremacia da dignidade da pessoa humana, a afetividade, a liberdade e a vedação de distinções entre filhos, biológicas e não biológicas, a adequação das leis à nova norma estrutural do Estado foi latente, refletindo nas demais normas infraconstitucionais como um efeito cascata.

Assim, vieram as mudanças, de forma progressiva, como se observa a partir do estudo. A primeira adequação à lei das leis pode ser observada com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, no ano de 1990. O princípio da proteção integral da criança e do adolescente, enquanto pessoa humana, fez vir a xequê distinções e discriminações entre filhos biológicos e não biológicos, sendo ratificado, posteriormente, já no ano de 2002, com o advento do Código Civil de 2002.

Como visto, o Código Civil brasileiro também comportou modificações, de modo a adequar seu texto aos ditames constitucionais. Assim, com a constitucionalização da família, o Novo *Codex Civile*, conferiu às famílias maior dignidade da pessoa humana, igualdade (entre os filhos e os cônjuges), solidariedade. A afetividade, também pode ser observada, uma vez que, conferiu direitos aos filhos socioafetivos, quando trata da posse do estado de filiação face à veracidade biológica. A par disso, assevera-se que “a paternidade *múnus*, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos da pessoa em formação” (LOBO, 2006, p. 796).

Concatenado ao disposto retro, adverte-se que qualquer discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos foi abolida do nosso ordenamento, restando apenas como caráter ilustrativo, a classificação de filhos para mera delimitação conceitual (COELHO, 2010), assim, a filiação distingue-se em: “biológica e não biológica, sendo esta última subdividida em filiação por substituição, socioafetiva e adotiva” (COELHO, 2010, p. 331)

Para Coelho (2010), a filiação biológica é aquela natural, na qual pai e filho guardam consanguinidade, havendo, portanto, herança genética entre pais e filhos; enquanto que a filiação por substituição é oriunda da concepção *in vitro*, por meio da técnica de reprodução assistida heteróloga; por fim, a filiação socioafetiva é aquela proveniente da relação de afeto paterno/materno filial, não havendo o vínculo biológico entre pai, mãe e filho, como ocorre na filiação biológica.

A partir do exposto, importante se faz destacar o impasse doutrinário que envolve a fecundação artificial homóloga, quando se refere à fertilização *in vitro post mortem*, objeto de lacunas no nosso Direito Sucessório. A dúvida invocada diz respeito à capacidade do embrião pré-implantatório como sujeito de direitos, ou seja, se tem esse embrião direito de personalidade e direito à sucessão. Como se sabe, a transmissão da herança se dá com a

morte, onde se opera, desde logo, os efeitos da *saisine* (CC/02, art. 1.784); ao passo que a capacidade para suceder é regulamentada pela lei vigente à época da abertura da sucessão, sendo legitimadas somente as pessoas nascidas e concebidas no momento da abertura da sucessão, resguardados os direitos do nascituro (CC/02, art. 1.798 c/c art. 2º). Assim, longe de ser pacífica essa questão, resolve-se por disposição testamentária, desde que, para tanto, o filho fruto de reprodução assistida nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC/02, art. 1.800). Neste sentido, cumpre aclarar:

De qualquer sorte, há a possibilidade de ser contemplado mediante testamento o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido (CC 1.799, I), contando que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800) (DIAS, 2007, p. 331).

A partir do presente estudo verificou-se que, no que toca aos vínculos de parentalidade, o CC/02 privilegiou a verdade biológica ao tornar a ação negatória de paternidade/maternidade imprescritível (CC/02, art. 1.601), percorrendo caminho contrário à Constituição Federal de 1988, por exemplo, que adotou o critério da afetividade adotado em grau de sobreposição à verdade presumida e à verdade biológica. Sobre o assunto, destacam-se as informações de Lobo (2004):

O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla, que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não-biológica. Daí, é de se repelir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros, de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigando generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre outro.

Na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, embora derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos. Portanto, não pode haver conflito com outro que ainda não se constituiu (LOBO, 2004, p.48).

A igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal, emanada da Constituição, fez extinguir o “pátrio poder” do Código Civil de 1916. A nova nomenclatura denominada “poder familiar” conferiu aos pais uma divisão de direitos e deveres relacionados à criação, cuidado e guarda da sua prole. Assim, “o poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores”

(DIAS, 2007, p. 379). Para Gonçalves (2012, p. 290) “o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante a pessoa dos filhos menores”. Assim, “para ser titular do poder familiar não basta a condição de genitor, de fornecedor de gametas. É necessário ser pai ou mãe. Se o genitor não reconhece o filho, não tem nenhum poder sobre ele (CC, art.1633)” (COELHO, 2010, p. 415). Logo, assevera-se que:

O poder familiar é titulado pelo pai e mãe, em conjunto, e a ele se submete o filho, enquanto menor.

Trata-se de poder indelegável – exceto parcialmente entre os que o titulam - que a lei concede aos pais para que possam dispor de instrumentos para o adequado cumprimento de sua importante tarefa de proteger o filho para a vida (COELHO, 2010, p. 417).

Imperioso se faz destacar a correlação que há entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que diz respeito à tutela de princípios protetivos à pessoa dos filhos. Uma vez que “não só a lei civil (CC 1.630 a 1.638), mas também o ECA trata do poder familiar, quando fala do direito à convivência familiar e comunitária (ECA 21 a 24) e da perda e suspensão do poder familiar (ECA 155 a 163)” (DIAS, 2007, p. 379)

Neste interim, o ECA ao introduzir no ordenamento jurídico pátrio o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, chancelou aos menores uma maior proteção proveniente do Estado com relação aos direitos e interesses da criança e do adolescente, legitimando, ainda, a dignidade da pessoa humana. A partir disso, a opção pelo legislador em privilegiar o instituto da guarda compartilhada, em caso de divórcio dos pais, fez valer, embora o ECA preceder o CC/02, a manutenção do poder familiar a ambos os cônjuges independente do *locus* familiar, posto que a autoridade parental não se encerra com o divórcio. Nesta perspectiva, afirma-se que “no relacionamento entre pais e filhos, a ordem jurídica deve se inspirar em valores que fomentem um ambiente familiar sadio e equilibrado” (FACHIN, 2004, p. 11). Essa premissa é importante ser observada, pois os restos do amor que vão à justiça, quando não denotam o ódio, observado em situações de divórcio, são nós que precisam ser cuidadosamente desatados pelo legislador, de modo a coibir subterfúgios jurídicos para afastar o filho do convívio com o seu genitor, subtraindo-lhe o direito de ser pai/mãe e filho (FACHIN, 2004).

Logo, “uma das grandes tarefas dos processos de terminação do vínculo, quer seja socioafetivo, quer seja apenas formal para uniões matrimonializadas, é evidenciar que, se os pais se separam, os pais não devem se separar dos filhos” (FACHIN, 2004, p. 12)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o fato propulsor responsável pela reestruturação do Direito de Filiação no Brasil teve como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que tal Carta, que ocupa posição de supremacia no ordenamento jurídico brasileiro, constitucionalizou o Direito de Família, e instituiu princípios fundamentais à Dignidade da Pessoa Humana, colocando em grau de igualdade os cônjuges na sociedade conjugal, abolindo a distinção entre filhos biológicos e não-biológicos, reconhecendo, inclusive, a filiação socioafetiva em detrimento à verdade biológica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ratificou as mudanças oriundas da CF/88, incluindo no ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, que fundamentou à *posteriori* a substituição do Pátrio Poder por Poder Familiar abarcado pelo Código Civil de 2002. O ECA também avançou quanto ao instituto da adoção. Porém, caminhou em contrário aos ditames constitucionais ao privilegiar a verdade biológica em detrimento aos vínculos socioafetivo, originário a partir da posse do estado de filiação pelo pai afetivo, observado na indispensabilidade da ação investigatória de paternidade pelo Ministério Público quando a paternidade da criança esteja indefinida.

Com relação ao Direito Civil, a principal mudança foi observada na substituição do Pátrio Poder (CC/16) por Poder Familiar (CC/02), que conferiu autoridade parental ao exercício e tutela dos interesses e direitos dos filhos. Com o poder familiar, as obrigações atinentes ao cuidado e administração dos interesses e direitos da prole passaram a ser repartida entre os genitores, enquanto que no Código Civil de 1916, tal obrigação estava concentrada na figura do *pater*. Reconheceu-se, também, no novo Código a filiação socioafetiva e a filiação por reprodução assistida, abolindo, todavia, qualquer discriminação

entre filhos, ao contrário do CC/16, que classificou os filhos em legítimos e ilegítimos, atribuindo-lhes direitos distintos de acordo com a origem da prole.

Por fim, cabe destacar que o ordenamento jurídico foi acompanhando as mudanças ocorridas na sociedade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Poder familiar nas famílias recompostas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de; LEÃO, Wânia Lúcia Machado. Paternidade biológica e afetiva no direito brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13309&revista_caderno=14>. Acesso em 05 nov. 2014.

BRASIL. **Lei n. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em 12 jun. 2015.

_____. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 12 jun. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12 jun. 2015.

_____. **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 jun. 2015.

_____. **Lei n.º 10.046, de 10 de janeiro de 2002**, Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 12 jun. 2015.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em 12 jun. 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em 01 abr. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro –Intermitências da vida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – as famílias na perspectiva constitucional**. vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, vol. 6, 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: uma distinção necessária**. **CEJ**, Brasília, n.27, p. 47-58, out/dez. 2004.

D E, enga; ND , arli E D : a ordagens qualitativas São Paulo: EPU, 1

OLIVEIRA, M. M. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2007.
Velásquez, Lejandra Salguero. **Identidad, responsabilidad familiar y ejercicio de la paternidad en varones del Estado de xico** vol. 12, núm. 48, abr/jun 2006, p. 155-179.