



A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS IMPACTOS NAS DECISÕES DE RECONHECIMENTO DA PLURIPARENTALIDADE

THE CONSTITUTIONALIZATION OF FAMILY RIGHTS AND CHILDREN'S AND ADOLESCENTS RIGHTS AND ITS IMPACTS ON THE RECOGNITION OF MULTI-PARENTHOOD

Rita de Cássia Barros de Menezes ¹
Gabriela de Menezes Santos ²

Artigo recebido em 02/10/2018
Aceito em 06/05/2019

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade discutir a aplicabilidade dos princípios constitucionais e do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto no ECA, em decisões de reconhecimento da pluriparentalidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Para tanto, necessário se faz abordar a recepção do princípio pelo ordenamento jurídico brasileiro através da abertura constitucional conferida pela Carta de 88 aos tratados internacionais. Também cabe refletir sobre as transformações do Direito de Família contemporâneo e a conceituação de família em seus novos arranjos. Por fim, analisa-se a utilização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em decisões do STJ que envolvem direitos infanto-juvenis, sobretudo naquelas relacionadas ao registro de mais de um pai ou de uma mãe na certidão de nascimento do indivíduo, colocando em relevo seu impacto no reconhecimento dos direitos de crianças e adolescentes, bem como o fundamento de formações familiares contemporâneas.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais; Melhor Interesse da Criança; Pluriparentalidade.

ABSTRACT

This work aims to discuss the applicability of the constitutional principles and the best interests of the child and adolescent, provided by the Statute of the Child and Adolescent (ECA), concerning the recognition of multi-parenthood within the scope of the Superior Court of Justice (STJ). Therefore, it is necessary to address the reception of that principle by the Brazilian legal system through the constitutional opening conferred by the 1988 Federal Constitution on the international treaties. Furthermore, it is important to reflect on the changes in Family law and the concept of family in its current arrangements. Finally, it analyses the principle of the best interests of the child and adolescent in decisions of STJ, regarding children's and adolescents rights, especially those related to the registration of more than one father or mother on the birth certificate, emphasizing its impact on the recognition of children's and adolescents rights, as the fundamentals of contemporary families.

Keywords: Constitutional Principles; Best Interests of the Child; Multi-Parenthood.

¹ Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/ SP. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Professora da graduação da Universidade Tiradentes (UNIT/SE).

² Graduanda em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT/SE). Aluna da iniciação científica PROBIC/UNIT.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 3 O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A ABERTURA CONSTITUCIONAL 4 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SEU CONTEXTO ATUAL A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL 5 A PLURIPARENTALIDADE A PARTIR DA VALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO 6 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA EM DECISÕES JUDICIAIS SOBRE PLURIPARENTALIDADE 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Através da nova forma de interpretação da Constituição Federal, que permite a valorização dos Princípios Constitucionais, denominada por alguns doutrinadores de neoconstitucionalismo, novos arranjos familiares passaram a ser reconhecidos, e o direito de família deixou de pertencer exclusivamente ao direito privado e passou a ser estudado também pelo direito público, tendo em vista o interesse do Estado na Instituição Familiar, é o que se denomina constitucionalização do Direito Civil e do Direito de Família.

Desta forma, com a constitucionalização do Direito Civil, a família, que até então era normatizada pelo direito privado, passou a sofrer a interferência do Estado, com direitos reconhecidos e interpretados à luz da Constituição, restaurando a unidade daquilo que chamamos de sistema jurídico.

Assim, a Carta Magna permitiu alterações nas relações entre o Estado e sociedade, dando preponderância aos Princípios Constitucionais, a exemplo da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Liberdade e do Afeto, que, embora não seja explícito na Constituição Federal, está diretamente relacionado ao da Dignidade da Pessoa Humana, que, por sua vez, rege todas as relações na sociedade.

A partir desta perspectiva, discutem-se os princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente, tendo como aspecto fundamental o melhor interesse destes indivíduos vulneráveis, carentes de proteção integral, reunindo-se e harmonizando-se com todos os demais princípios em um conjunto.

O princípio do Melhor Interesse da Criança surgiu, originalmente, no texto da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os direitos da criança em 1989, apresentando as obrigações dos Estados para com a infância, determinando o mínimo que cada Nação deveria garantir às suas crianças e adolescentes.

Nesse contexto, ocorreram diversas modificações na Família, que, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser protegida pelo Estado, e, juntamente com a sociedade, passaram a ser responsáveis pela proteção da criança e do adolescente, assim, fazendo-se necessário discutir os interesses destes seres vulneráveis frente às diversidades que surgem na sociedade contemporânea em defesa dos Princípios Constitucionais e do Melhor Interesse da Criança e do adolescente como imperativos categóricos.

Este trabalho traz contribuições para o direito de família e para o direito da criança e do adolescente, bem como para o direito constitucional, em defesa do reconhecimento da pluriparentalidade como preceito da dignidade da pessoa humana, utilizando-se como metodologia uma abordagem dialética, analisando o conceito de pluriparentalidade e seu fundamento a partir da constitucionalização do Direito Civil e do Direito de Família no ordenamento jurídico pátrio.

A pesquisa bibliográfica tem como principais fontes de pesquisa sites do Governo Federal, livros, periódicos e redes eletrônicas, identificando os Princípios Constitucionais como forma de interpretação das lacunas existentes na lei, bem como a discussão acerca da evolução do conceito de família, até os modelos contemporâneos.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

É inegável que a Constituição Federal de 1988 alterou, significativamente, o tratamento jurídico dispensado às crianças e adolescentes e, conseqüentemente, às famílias. Não por acaso, fala-se em um genuíno processo de constitucionalização do Direito de Família, e igualmente do Direito da Criança e do Adolescente.

Adotando posição defendida por Karyna Batista Sposato (2011, p. 654), a constitucionalização do Direito da Criança funda-se em dois aspectos principais: “o quantitativo, relacionado à positivação de direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes, que se somam aos demais direitos fundamentais dos adultos; e o qualitativo, relacionado à estruturação peculiar do direito material de crianças e adolescentes”.

Logo, deparamo-nos com princípios constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente, cujo ponto de partida é a proteção integral, figurando como linha mestra que reúne e harmoniza todos os demais princípios em um conjunto.

Assim também ocorre com o princípio do Melhor Interesse da Criança, que aparece, originalmente, no texto da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da

Criança, quando, em 1989, apresentou as obrigações dos Estados para com a infância, determinando o mínimo que cada Nação deveria garantir às suas crianças e adolescentes.

Ainda conforme as lições de Sposato:

A mudança de paradigma e a introdução de um novo direito da criança e do adolescente no ordenamento brasileiro encontra suas origens na ratificação da Convenção internacional das Nações Unidas sobre os direitos da criança em 1989, na campanha criança e constituinte e logo na entrada em vigor da própria Constituição. Este processo de alteração jurídica e social possui um enorme significado, o qual Emílio Garcia Méndez definiu como a conjunção de três coordenadas fundamentais: infância, lei e democracia. (SPOSATO, 2010. p. 47)

Também leciona Gonçalves que a Convenção Internacional dos Direitos da Criança “é impositiva no sentido do cumprimento de um conjunto de deveres e obrigações, inclusive, a tomada de medidas de políticas públicas para promovê-los” (GONÇALVES, 2002, p. 143).

Neste sentido, resalte-se o artigo 3º da referida Convenção:

Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial **os interesses superiores da criança**. (grifo nosso)

Sua ressonância no direito brasileiro encontra-se espelhada pelo teor dos artigos 3º e 100, parágrafo único, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente (respectivamente):

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, 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.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

IV - **interesse superior da criança e do adolescente**: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) (grifo nosso)

Em que pese o artigo 100 versar sobre a aplicação de medidas de proteção, a introdução expressa do princípio do Melhor Interesse da Criança pela recente lei 12.010/2009 demarca a finalidade do legislador em ressaltar a importância e abrangência do princípio, sempre que presente qualquer situação ou relação jurídica na qual figure uma criança ou adolescente como parte.

Ademais, adotando a compreensão de que o melhor interesse da criança possui status de princípio, isto lhe confere caráter primordial a reger todas as normas e decisões em relação a crianças e adolescentes.

Para melhor compreender o impacto de um princípio no ordenamento jurídico e sua irradiação para todo o sistema, valemo-nos das lições de Robert Alexy (2011, p. 90), segundo o qual:

Os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Logo, emerge o “caráter *prima facie*” dos princípios, ou seja, “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] contêm razões que indicam uma direção” (ALEXY, 2001, p. 104).

Dessa forma, o princípio do Melhor Interesse da Criança tornou-se um referencial orientador, tanto para o legislador como para o aplicador da norma jurídica, já que determina a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação do Direito, ou mesmo como parâmetro de elaboração de futuras iniciativas legislativas.

Segundo Rossato (2012, p. 80), “o interesse superior da criança e do adolescente é valor recorrentemente enunciado, principalmente, na ordem jurídica internacional, quando por vezes, veste a roupagem de “maior”, “melhor” ou “superior” interesse da criança”.

Desta forma, adquire caráter obrigatório, incidindo sobre o modo como um direito concreto da criança e do adolescente deva ser efetivado, e estabelecendo-se como princípio geral em relação a outras normas. Nesta direção, pondera Humberto Ávila:

Os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. A violação deles consiste na não interpretação de acordo com sua estruturação [...] os postulados, de um lado não impõem a promoção de um fim, mas em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem imediatamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. (ÁVILA, 2007, p. 121-124).

Assim sendo, na qualidade de postulado normativo do melhor interesse da criança, deverá sempre ser aplicado como referência em quaisquer situações ou relações jurídicas que incidam sobre crianças e adolescentes.

3 O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A ABERTURA CONSTITUCIONAL

A chamada abertura constitucional, consagrada pela Carta Política de 1988, está prevista no artigo 5º, parágrafo 2º, abrindo um leque de interpretações acerca dos direitos fundamentais que não estão tipificados no texto constitucional.

Diz o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A abertura do sistema constitucional pátrio é, portanto, um dos elementos centrais da dinâmica constitucional adotada, operando efeitos significativos na hermenêutica constitucional.

Para Carvalho,

A interpretação da Constituição consiste na interpretação de seu próprio texto em relação aos seus princípios e regras, da busca do significado e sentido de suas normas, tendo em vista a harmonização do sistema, bem como à sua aplicação no plano fático. Ela auxilia na manutenção do ordenamento jurídico, pois é com fundamento na Constituição que os demais atos normativos são editados. A interpretação torna o direito constitucional operativo, dinâmico (CARVALHO, 1997, p. 57).

Tal dinâmica se caracteriza pelo constante ajuste e busca de adequação ao desenvolvimento da sociedade e à evolução de novas situações que surgem carentes de decisão, sendo esse o papel do direito, adequar-se às necessidades sociais, pois, se assim não for, corre o risco de tornar-se letra morta. Para Latour:

Se os fatos não ocuparem o lugar ao mesmo tempo marginal e sagrado que nossas adorações reservam para eles, imediatamente são reduzidos a meras contingências locais e míseras negociatas. Contudo não estamos falando do contexto social e dos interesses do poder, mas sim, de seu envolvimento nos coletivos e nos objetos (LATOURE, 1994, p. 10).

Confirmamos, então, a importância que o direito representa na sociedade e a sua evolução juntamente com o contexto social.

A evolução do Direito como processo de adaptação social é exemplificada por Paulo Nader nos seguintes termos:

A relação entre a sociedade e o Direito apresenta um duplo sentido de adaptação: de um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio; de outro, o Direito estabelecido cria a necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência (NADER, 2012, p. 19).

Daí a estrutura aberta do texto constitucional como condição de diálogo e acompanhamento das mudanças sociais e culturais, aprimorando seu conteúdo e garantindo

sua aplicabilidade e importância. No entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 1.145), a Constituição pode ser vista como “um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça”.

A abertura constitucional proporciona uma interpretação extensiva das situações que surgem na sociedade, fruto de sua evolução e modernização.

O Direito, como ciência humana, modifica-se, reinventa-se, assim como o homem, ser social em constante evolução, nas palavras de Latour (1994, p. 10), “A cada vez, tanto o contexto quanto a pessoa humana encontram-se redefinidos”.

É neste sentido que a abertura constitucional proposta no artigo 5º, parágrafo 2º ganha especial importância ante a tarefa de constante adequação e ajuste da ordem constitucional à vida social e, de igual maneira, como suporte metodológico de fundamentação desta intrincada relação entre a vida constitucional e a vida social. Conforme pondera Flávia Piovesan:

A Constituição, ao deixar conscientemente por regular certas tarefas (incompletude material), ao optar por uma técnica legislativa de normas abertas, princípios e cláusulas (estrutura aberta de normas constitucionais) e ao aceitar a mudança ou mutação constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional (abertura ao tempo), converte-se em instrumento democrático, possibilitador de confrontações e decisões políticas (PIOVESAN, 2003, p. 25).

Da combinação entre a previsão literal do princípio do melhor interesse da criança no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme já explicitado pela recente adoção da lei 12.010/2009, e o texto da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, depreende-se a inequívoca compreensão de que o melhor interesse da criança é princípio recepcionado pelo ordenamento jurídico nacional e internacional, incluído, conforme Pereira (2008), entre os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo sistema jurídico brasileiro.

Assim sendo, o princípio do melhor interesse da criança exige o desenvolvimento de uma hermenêutica protetiva da criança e adolescente, para ampliar o espectro de proteção, assegurando o cumprimento dos seus direitos, também em matéria de Direito de Família.

Para Latour (1994, p. 36), “Como para qualquer constituição, é preciso medir as garantias que ela oferece [...] não são os homens que fazem a natureza, ela existe desde sempre e sempre esteve presente, tudo que fazemos é descobrir seus segredos”.

A criança, por se constituir em um ser vulnerável, deve ter essa condição reconhecida e garantida por lei, embora nem sempre tenha sido dessa forma, mas, hoje, esse direito é incontestável e se faz presente através do princípio do melhor interesse da criança.

4 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SEU CONTEXTO ATUAL A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O tipo de família constituído pelo modelo patriarcal, ou seja, o homem detentor do pátrio poder, como o provedor, foi o modelo que serviu de fundamento e estrutura para a formação da família durante muitos anos. Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, tal situação, que já vinha sofrendo alterações pela legislação infraconstitucional, assume definitivamente um novo paradigma.

A família tinha por referência o homem como o chefe da família, aquele a quem cabia todas as decisões, tanto em relação à administração do patrimônio, como em relação à criação dos filhos, modelo este que encontrava amparo na lei, através do Código Civil de 1916, segundo o qual, em seu artigo 233, “o marido é o chefe da sociedade conjugal”. Neste arranjo familiar, o homem era solenemente tratado como provedor, defensor de sua prole e de sua esposa, e a esta, por sua vez, cabia o papel de cuidar da casa e dos filhos.

Na mesma direção, corroborava o artigo 240 do mesmo diploma legal; “A mulher assume pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”.

Em que pese o Estatuto da mulher casada, Lei nº. 4.121, promulgada em 1962, trazer importantes avanços referentes à igualdade da mulher nas relações conjugais, uma vez que deixou de ter incapacidade jurídica em relação ao marido, foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 226, que emergiu a igualdade entre cônjuges e entre os membros da família.

Uma Constituição Cidadã que entrou em vigor, em um contexto social onde os indivíduos clamavam por igualdade de direito e reconhecimento de várias situações que necessitavam de reconhecimento jurídico, uma Constituição que foi fruto da luta social, nas palavras de Bourdieu (1991):

Também é necessário recordar que o campo jurídico é um lugar de lutas, mas de lutas que, inclusive quando tratam de transformar as regras do direito, de operar uma revolução jurídica (como é o caso do âmbito do direito empresarial), têm que produzir-se segundo as regras.

Ainda de acordo com tal dispositivo constitucional, os filhos passaram a ter igualdade de direitos, independente de terem sido concebidos pelo casamento ou por outras formas de famílias, a exemplo daquelas formadas pela união estável entre homem e mulher ou a monoparental, aquela formada só por um dos pais e seus filhos.

Destaque-se que todas estas entidades familiares passaram, então, a ser abraçadas pela sociedade brasileira e, dentro deste contexto histórico, a família ganhou uma nova posição no direito privado, passando a ter efetiva proteção do Estado, configurando-se, assim, a também chamada constitucionalização do Direito de Família.

Vale dizer que o Código Civil de 2002 recebeu *in totum* todas as relações familiares previstas no texto constitucional. Na atual perspectiva, o que passa a identificar a família são os laços afetivos entre seus entes, e não o casamento. Diante desta nova realidade, é o afeto que passa a ser reconhecido e surge como princípio básico do Direito de Família.

O afeto é reconhecido como um dos princípios do Direito de Família, conforme destaca Maria Helena Diniz (2011, p. 19): “Princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”.

As transformações sociais e culturais são paulatinamente recepcionadas pelo Direito e, também, pela moralidade social, conforme destacado por Dias:

Desde o século passado, meados da década de 60 e início dos anos 70, houve o aumento da visibilidade de diversas formas de expressão da sexualidade. O movimento da liberação desfraldou suas bandeiras, buscando mudar a conceituação, tanto social como individual, das relações homoafetivas (DIAS, 2009, p. 42).

O exemplo dos casais homoafetivos reflete um novo modelo de família eudemonista, ou seja, aquela que tem como alicerce a busca da felicidade, do amor e da solidariedade, ou seja, um modelo inovador, que atende ao anseio dos indivíduos da sociedade pela busca do prazer, da alegria, daquilo que lhe faz bem.

5 A PLURIPARENTALIDADE A PARTIR DA VALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Por se tratar de situação nova, que surge a partir dos novos modelos de entidade familiar, fundamentados na afetividade e pluralidade, necessário se faz conceituar a pluriparentalidade.

Para Carneiro (2009), “Pluriparentalidade significa, pela própria etimologia das palavras pluri (mais de um, vários) e parentalidade (relação entre pais e filhos), a

possibilidade de reconhecimento jurídico de dois pais ou duas mães: um biológico e outro afetivo”.

A possibilidade de a criança ter em sua Certidão de Nascimento o registro de mais de um pai ou de uma mãe, fundamentadas, de um lado, no vínculo biológico e, de outro, no vínculo afetivo, ou seja, a pluriparentalidade baseia-se nos novos modelos de família, pautados em novos valores, mais democráticos e abertos, tendo o afeto como princípio indispensável, como forma de preservação e obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, os novos arranjos familiares implicam novas questões a serem reconhecidas juridicamente, no que tange, principalmente, aos filhos. A Constituição Federal veda qualquer distinção entre a origem da filiação, em seu artigo 227, § 6º “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Desta forma, convivem no mesmo sistema jurídico atual o critério biológico e o afetivo, para fins de reconhecimento da paternidade. Nas palavras de Carneiro (2009): “pode-se levar em conta a possibilidade de adição de critérios de reconhecimento de paternidade (critério biológico e afetivo), e não a exclusão de um deles para que o outro possa ser reconhecido”.

Importante destacar que a família pluriparental resulta da pluralidade de relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento ou término da união estável, ou, ainda, das uniões homoafetivas.

De acordo com Ferreira e Rorhmann (2006, p. 258):

As famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias.

No que se refere ao “interesse da criança”, tanto nos casos em que envolvem a guarda, conforme exemplo dado por Bourdieu, como em qualquer situação jurídica que envolva o interesse de uma criança ou adolescente, observa-se que:

O problema que se apresenta aos possuidores do caráter de experts jurídicos é de formular um veredicto que seja preditivo do que irá ocorrer e que contribua com aquilo que irá ocorrer: se confio a criança à mãe e não ao pai é em nome do “interesse da criança”, e portanto, isso é uma predição acerca da pessoa mais capaz de cuidar da criança, predição que supõe a intervenção de um expert, da ciência. O problema das relações entre direito e ciência aparece aí de um modo inteiramente concreto. Trata-se dos princípios de legitimação diferentes, que irão encontrar-se em complementaridade e em

concorrência, ao ser a racionalização uma nova arma da legitimidade (BOURDIEU, 1991).

Verifica-se, então, que, para detectar-se o melhor interesse da criança, necessário se faz um trabalho conjunto com uma equipe interdisciplinar, formada por assistentes sociais e psicólogos, que auxiliam o Magistrado a formar uma decisão mais justa aos interesses da criança e do adolescente.

Pois a conjugação da recepção do princípio do Melhor Interesse da Criança pelo Direito brasileiro, associada à valorização do princípio do afeto em Direito de Família, faz emergir um conjunto de novas situações carentes de decisão e de respostas hermeneuticamente adequadas. A análise de decisões adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça na matéria fornece algumas chaves de leitura acerca deste desafiante processo, que é a adequação do Direito às contemporâneas demandas sociais.

6 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA EM DECISÕES JUDICIAIS SOBRE PLURIPARENTALIDADE

Como se procurou explicitar, os novos modelos que definem a família brasileira na contemporaneidade estão fundamentados em uma perspectiva constitucional do amparo ao melhor interesse da criança, da solidariedade, do afeto, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, dado o caráter “*prima facie*” de tais princípios.

Logo, com a constitucionalização do Direito Civil, deve o julgador interpretar a lei sob uma perspectiva geral e adequada à Constituição Federal, reconhecendo a criança e o adolescente como seres em desenvolvimento, que, embora vulneráveis e carecedores de atenção do Estado, são titulares de direitos fundamentais, como forma de garantia dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, em sua primazia.

Nas palavras de Morais, “é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se” (MORAIS, 2006, p. 118). Não há como pensar em dignidade da pessoa sem considerar as vulnerabilidades humanas, passando a nova ordem constitucional a dar precedência aos direitos e às prerrogativas “de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei” (MORAIS, *Ibidem*), no caso em apreço, as crianças e adolescentes.

Dentro deste contexto, a criança e o adolescente adquirirão visibilidade, passando a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, pessoas em desenvolvimento, com prioridade absoluta, revolucionando-se conceitos e práticas até então incorporadas pelo mundo adulto, que os tratavam como objetos de seus pais, indivíduos em situação irregular. A mudança

paradigmática exige compromisso e vontade dos três poderes estatais: Legislativo, Executivo, em suas três esferas de governo, e o Judiciário.

Um dos casos em análise refere-se a um Recurso de decisão que afastou o reconhecimento de filiação socioafetiva. A ação originária, declaratória de maternidade socioafetiva, cumulada com retificação de assento de nascimento, julgada parcialmente procedente, apenas para incluir, no assento de nascimento do requerente, o patronímico da coautora, foi apelada visando à preservação da maternidade biológica em respeito à memória da mãe que faleceu no parto (SALDANHA, 2012). Os autores apelaram da decisão, que teve parecer favorável da Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo.

A decisão do presente recurso foi fundamentada em julgados do Superior Tribunal de Justiça: “Por isso o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de adoção por duas mulheres, diante da existência de ‘fortes vínculos afetivos’ e, assim, da mesma forma, no caso específico, não se pode negar a pretensão, de reconhecimento da maternidade socioafetiva, preservando-se a maternidade biológica” (SALOMÃO, 2010).

Fundamenta-se, ainda, em que o mesmo Tribunal Superior tem entendido que: “a filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade” (ANDRIGHI, 2011) e que “não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico” (ANDRIGHI, 2011).

Por não se evidenciar qualquer tipo de reprovação social, deu-se provimento ao recurso, para declarar-se a maternidade socioafetiva, devendo esta constar no assento do nascimento sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica.

Verifica-se que, no caso em análise, da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o princípio do melhor interesse da criança não foi sequer invocado, fundamentando-se a decisão na possibilidade de reconhecimento da filiação socioafetiva e na falta de proibição legal para tal reconhecimento.

Contudo, verifica-se que, embora grande parte da doutrina venha se posicionando a favor destes novos modelos de família, existindo, inclusive, decisão favorável a respeito, o tema encontra resistência em diferentes Tribunais do País, a exemplo do Tribunal de Justiça de Rondônia, que, ao julgar um recurso interposto pelo Ministério Público da Comarca de Ariquemes/RO, acerca do processo nº 05041-07.2010.9.22.002, decidiu favorável ao pedido.

Tratava-se de ação anulatória de registro civil, cumulada com investigação de paternidade proposta pelo pai biológico em face do pai socioafetivo.

O Ministério Público da Comarca interpôs recurso de apelação para que, no registro de nascimento, constasse o duplo reconhecimento por pais diferentes, com fundamento legal no art. 105, inc. III, a e c, da CF, alegando que o julgado de fls. 81/82 contrariou os artigos 3º, 25, parágrafo único e 27 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como dissentiu de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, por assim posicionar-se. O Ministério Público, em suas razões, invocou o princípio do melhor interesse da criança, nos termos:

Alega o Ministério Público que deve ser reconhecido o parentesco socioafetivo entre o infante D. M. e R. C. considerando o princípio do melhor interesse do filho, e a garantia à criança da existência registral de dois pais: o biológico e o afetivo, sem necessariamente lhe ser excluído o afetivo para constar apenas o biológico, como constou na sentença recorrida. Pede a reforma parcial da sentença (TJRO, 2011).

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia proferiu a seguinte decisão acerca do pedido elaborado pelo Ministério Público:

1 - Proc. nº: 00050410720108220002 Apelação. Paternidade afetiva e biológica. DUPLO reconhecimento. Pais diferentes. Ausência de previsão legal. A convivência familiar e a afetividade constroem e consolidam o estado de filiação, independentemente de provimento judicial. A configuração do estado de filiação ocorre quando o menor se coloca na posição de filho, em face daquele que assume o papel de pai, não importando a natureza do vínculo existente, se biológico ou de fato. Se não há previsão legal para o reconhecimento concomitante e averbação no REGISTRO de NASCIMENTO de dupla paternidade, a afetiva e a biológica, o recurso do Ministério Público deve ser desprovido.

Diante dos dois casos expostos, verifica-se que o reconhecimento da pluriparentalidade, embora atenda ao princípio do melhor interesse da criança, ainda pode encontrar certa resistência ao seu reconhecimento, colocando em xeque a efetivação do princípio em voga e sua utilização como fundamento das decisões.

Tal situação pode vir a causar certo desconforto às famílias com crianças que necessitam do reconhecimento da pluriparentalidade, tendo em vista, em alguns casos, esse interesse do menor não estar sendo levado em consideração em alguns Tribunais brasileiros.

Nas palavras de Bordieu (1991):

Os juristas, como guardiões hipócritas da crença no universal, detêm uma força social extremamente grande. Mas eles estão presos ao seu próprio jogo e suas construções, com a ambição da universalidade, um espaço de possíveis, por conseguinte de impossíveis, que se impõe a eles, que os violenta ou não, tanto quanto propõe-se permanecer no campo jurídico.

Verifica-se a necessidade de que os aplicadores da lei, quer sejam juízes, promotores ou advogados, estejam abertos à evolução social e às consequências jurídicas que vêm com ela.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho procurou-se demonstrar que o processo de constitucionalização do Direito de Família e, igualmente, do Direito da Criança e do Adolescente, atrelado ao modelo constitucional brasileiro, que admite, mediante cláusula de abertura aos tratados internacionais, a recepção do Princípio do Melhor Interesse da Criança, e a recente valorização do princípio do afeto em matéria de Direito de Família, contribuem para a solução de novas demandas e situações jurídicas contemporâneas carentes de decisão.

Nas famílias pluriparentais, entendidas como aquelas cuja estrutura é complexa e decorre da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e diferentes arranjos de convivência, formam-se laços de afeto diferenciados. Tal vínculo de afeto, que surge no convívio diário, dá origem à chamada filiação socioafetiva, que, em concomitância com a filiação biológica, deve ser reconhecida de forma saudável e benéfica, buscando atender, sempre e com primazia, o princípio do Melhor interesse da criança e do Adolescente.

A análise de decisões adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na matéria fornece algumas chaves de leitura acerca deste desafiante processo que é a adequação do Direito às contemporâneas demandas sociais.

Os dois casos analisados, contudo, evidenciam a fragilidade com a qual o princípio do Melhor Interesse é tratado, muitas vezes ausente da fundamentação de decisões que enfraquecem a reflexão crítica, tornando-se repetitivas das teorias já existentes.

A questão de pluriparentalidade é, portanto, mais uma questão contemporânea que desafia a adequada interpretação do direito, na busca de respostas hermeneuticamente adequadas e seguras, sem que se fechem os caminhos para as famílias que procuram a felicidade e o afeto, com fundamento nos princípios constitucionais e no melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 121-124.

BRASIL. *Constituição*. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.069*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. *Lei nº 10.406*. Institui o Código Civil. 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. 21 de novembro de 1990. Brasília, DF: Senado Federal.

BOURDIEU, P. Disponível em <http://direitosociedadecultura.blogspot.com.br/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia.html>. 1991. Acesso em: 25 set.2018.

BOURDIEU, P. Lês Juristes, Gardiens de l'hyprocrisie Collective. In: CHAZEL, F. ET COMMAILLE, J. *Normes Juridiques et regulation sociale*. Paris: Librairie générale de droit ET de jurisprudence, 1991. Disponível em: <http://direitosociedadecultura.blogspot.com.br/2011/03/os-juristas-guardiaes-da-hipocrisia.html>. Acesso em: 25 set.2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARNEIRO, Aline Barradas. A Possibilidade Jurídica da Pluriparentalidade. *Bahia Notícias*. Artigos. Jun. 2009. Disponível em: <http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/8,a-possibilidade-juridica-da-pluriparentalidade.html>. Acesso em: 10 dez. 2012.

CARVALHO, Marcia Haydée Porto. *Hermenêutica Constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação*. Florianópolis: Obra jurídica, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26. edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 19-38.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. *Proteção integral: paradigma multidisciplinar do Direito Pós-Moderno*. Porto Alegre: Alcance, 2002.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. As Famílias Pluriparentais ou Mosaico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

LATOUR, Bruno. *Jamais Fomos Modernos*. Trad. Carlos Ireneu da Costa. 34. ed. 1994.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ROSSATO Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8069/1990, artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SPOSATO, Karyna Batista. A criança no neoconstitucionalismo Brasil. In: *Direitos Fundamentais em construção: Estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Brito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. A Constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente como Barreira à Redução da Idade Penal. In: *Doutrinas Essenciais, Direitos Humanos – Grupos Vulneráveis - Vol. IV*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº. 889852/RS*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: L.M.B.G.. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA. Brasília, 27 de abril de 2010. DJe 10/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602091374&pv=000000000000>. Acesso em 24 jun. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº. 450566/RS*. Recorrente: G.B.B. e Outros. Recorrido: M.B.F.. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 03 de maio de 2011. DJe 11/05/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200920203&pv=000000000000>. Acesso em 24 jun. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp nº. 1189663/RS*. Recorrente: G.B.B. e Outros. Recorrido: M.B.F.. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 06 de setembro de 2011. DJe 15/09/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200920203&pv=000000000000>. Acesso em 24 jun. 2013.

TJRO - *Apelação nº 0005041-07.2010.8.22.0002*. Rel. Sansão Saldanha. DJe. 26/07/2011.

Tribunal de Justiça São Paulo. *Apelação Cível nº 2012.0000400337*. Processo nº. 0006422-26.2011.8.26.0286. Apelantes: V. M. guardião e outro. Apelado Juízo da Comarca de Itu. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. São Paulo, 14 de Agosto de 2012. DJe. 10/10/2012. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=000642226.2011&foroNumeroUnificado=0286&dePesquisaNuUnificado=0006422-26.2011.8.26.0286&dePesquisa=>. Acesso em: 24 jun. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.