

PREENCHIMENTO JUDICIAL DE LACUNA JURÍDICA: ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PARA A INCLUSÃO DO SOBRENOME DOS PAIS DE CRIAÇÃO (SÓCIO-AFETIVOS) INDEPENDENTEMENTE DE ADOÇÃO

Eduardo Cambi*

Àlvaro dos Santos Maciel**

RESUMO

O artigo investiga a possibilidade do pai/mãe sócio-afetivo optar pela não adoção, porém, representando ou assistindo a criança ou o adolescente incapazes, em pedido de alteração de seu registro civil, para adicionar o seu sobrenome, como marca distintiva da paternidade/maternidade construída pelo afeto. O problema tem sido abordado de forma contraditória pela jurisprudência pátria, não havendo, ainda, firme orientação sobre o assunto. É apresentada, a necessidade da superação do positivismo jurídico centrado na legalidade estrita. A aplicação do neopositivismo viabiliza a nova hermenêutica, uma vez que procura reabilitar a argumentação jurídica e redefine a relação dos princípios com os valores e com as regras, erigidos pelos esforços comuns da Filosofia e do Direito. Ademais, constata-se que um dos mais importantes desafios do antropocentrismo jurídico, é retirar o patrimônio do centro do ordenamento jurídico, para dar ênfase à dignidade humana buscando a regulamentação jurídica necessária à construção de um direito geral de personalidade.

PALAVRAS CHAVES

LACUNA JURÍDICA; SOBRENOME SÓCIO AFETIVO; NEOPOSITIVISMO.

ABSTRACT

*Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Professor da FUNDINOPI. Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

**Aluno especial do Mestrado da FUNDINOPI. Pós-graduado pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da UNIFIL. Advogado.

The article investigates the possibility of the social affective parent to opt not to adopt, however, representing or attending a legally incapable child or adolescent, in order to modify their civil register, to add their foster parent's last name, as distinctive mark of the paternity/maternity constructed by the affection. The problem has been boarded in a contradictory form for the native jurisprudence, not having, still, consolidated orientation about the subject. It is presented, the necessity of the overcoming of the centered legal positivism in the strict legality. The application of the new positivism makes possible the new hermeneutics, since that it looks to rehabilitate the legal argument and it redefines the relation of the principles with the values and the rules, erected for the common efforts of the Philosophy and the Right. Therefore, there are evidences that one of the most important challenges is to remove the patrimony of the center of the legal system, to give emphasis to the dignity of the human being searching the necessary legal regulation for the construction of a general right of personality.

KEYWORDS

LEGAL GAP; LAST NAME SOCIAL AFFECTIVE; NEW POSITIVISM.

INTRODUÇÃO

A Lei 6.015, de 31.12.1973 (Lei de Registros Públicos), não prevê (arts. 50-66), expressamente, a possibilidade de se incluir o sobrenome dos pais de criação (sócio-afetivos) no registro civil de crianças e de adolescentes, havendo verdadeira lacuna no sistema jurídico.¹

¹ São hipóteses legais em que se admitem a alteração do *prenome* no direito brasileiro: i) retificação em caso de erro gráfico evidente (que decorre do direito à própria identificação correta; art. 16/CC); ii) retificação para evitar que o portador seja exposto ao ridículo (art. 55, par. ún., Lei 6.015/73); iii) adoção de apelido público e notório, em substituição ao prenome ou em acréscimo ao nome (art. 58 da Lei 6.015/73); iv) na adoção, com a alteração completa do prenome e a inclusão do nome dos pais adotantes e dos novos avós (art. 47, par. 5º, do ECA e art. 1.627/CC); v) na tradução do nome estrangeiro, quando estiver comprovadamente errado, tiver sentido pejorativo, expondo o seu titular ao ridículo ou for de pronúncia ou compreensão difíceis (art. 43, da Lei 6.015/73); vi) no caso de vítimas ou de testemunhas de crime, com substituição de seu prenome para evitar que sofram coação ou perseguição indevida (art. 57, par. 7º, da lei 6.015/73). Em contrapartida, a alteração de outros componentes do nome é, expressamente, possível: a) pelo interessado, após completar 18 (dezoito) anos, para acrescentar ou retirar certos dados, desde que não prejudique apelidos de família (art. 56 da Lei 6.015/73); b) na adoção (como já referido); c) com o casamento (art. 1.565, par. 1º, CC); d) na separação e no divórcio (salvo na hipótese de culpa, nos termos do art. 1.578/CC); e) à companheira, após cinco anos de convivência ou quando houver prole comum (cfr. o art. 57, par. 2º e 3º, da Lei 6.015/73). Cfr. Euclides de Oliveira. Direito ao

Contém, tão-somente, previsões gerais, no caput dos artigos 57 e 109, onde se verificam:

- a) Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa;
- b) Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

Questão que se coloca é a situação das crianças e adolescentes que possuem pais biológicos certos, mas, em decorrência de separação dos genitores, independentemente se estavam ou não casados (ou vivendo em união estável), passam a viver com apenas um dos genitores que, posteriormente, contraem núpcias ou constituem união estável com outro parceiro. Nesta situação, especialmente quando os vínculos com o pai biológico são apenas formais (a filiação se resume ao registro civil), quem, efetivamente, exerce os poderes-deveres de criar, educar, ter em companhia e guarda (art. 1.634, inc. I e II, CC), é o pai sócio-afetivo.

Neste mesmo exemplo, imagina-se que a mãe desta criança, ao se casar ou constituir união estável, passe a adotar o nome do novo marido ou companheiro, ficando o sobrenome da criança diferente da sua genitora. Acrescenta-se, também, a situação do casal ter outro filho que passará a utilizar o sobrenome dos dois, estabelecendo-se diferença entre o patronímico dos irmãos. Suponha-se, por último, que o primeiro filho receba, por parte do pai afetivo (“padrasto”), todos os cuidados que dispensa ao segundo filho (biológico), crescendo e sendo reconhecido, no seio familiar, na escola, no clube etc., como se fosse filho deste “pai de criação” (sócio-afetivo).

Então, questiona-se: seria possível, nestas circunstâncias, admitir que o registro civil fosse alterado para que, mesmo sem a discordância do pai biológico, fosse incluído o sobrenome do padrasto?

Saliente-se, ainda, que a questão se coloca independentemente de adoção (art. 47, par. 1º, ECA), pois, para isto, seria necessário ou que o pai fosse desconhecido ou, sendo conhecido, que perdesse o poder familiar (arts. 1.635 e 1638/CC). Em alguns

nome. In: *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Editora Método, 2004. Pág. 82-4.

casos, o genitor se distancia, parcialmente, do filho, não caracterizando o abandono. Estando esta criança ou adolescente sendo cuidada por um dos pais biológicos, juntamente com seu parceiro, que é quem lhe está, no dia-a-dia, educando, sustentando e tomando todos os cuidados necessários ao seu desenvolvimento físico e emocional, é razoável perguntar se é possível a alteração no registro civil, para incluir o patronímico dos pais afetivos, sem desconstituir o vínculo com o genitor biológico.

Aliás, a inclusão desse sobrenome, por integrar estar abrangido pelo direito personalíssimo, deverá ser tratado de forma autônoma aos direitos patrimoniais, não havendo exclusão de um pelo outro.

Com efeito, há de se buscar a solução que melhor atenda aos interesses da pessoa humana, dando-se tratamento diferenciado à criança e ao adolescente, face à doutrina da proteção integral (arts. 227 da CF e 4º do ECA).

Desta forma, o que se pretende discutir é a possibilidade do pai/mãe sócio-afetivo optar por não adotá-lo, representando ou assistindo a criança ou o adolescente incapazes, em pedido de alteração de seu registro civil, para adicionar o seu sobrenome, como marca distintiva da paternidade/maternidade construída pelo afeto.

1 A SUPERACÃO DA SOLUÇÃO POSITIVISTA

O problema tem sido abordado de forma contraditória pela jurisprudência pátria, não havendo, ainda, firme orientação sobre o assunto. Contudo, deve ser rechaçada, de início, a posição que nega à alteração do registro civil pela ausência de lei específica.

A propósito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a possibilidade de alteração do registro civil, para a inclusão do patronímico do companheiro da mãe biológica da criança, considerando haver carência de ação (impossibilidade jurídica do pedido), como se depreende do seguinte julgado:

“Apelação Cível. Alteração do registro civil para inclusão do nome de infante, do patronímico do companheiro de sua mãe. Alegação de ‘adoção’ pelos requerentes, em confronto com os dados constantes do assento de nascimento do menor que apontam a apelante como sua mãe biológica. Processo extinto por impossibilidade jurídica do pedido. Negaram provimento à apelação. Unânime. (Segredo de Justiça)”²

² Cfr. TJ/RS - Apelação Cível nº 70009240409 – 7ª Câmara Cível – rel. Walda Maria Melo Pierrô – j. 15.12.2004.

As situações que ensejam a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido são excepcionais, como ocorre com a cobrança judicial das dívidas de jogo (art. 814/CC) e a irrevogabilidade da adoção (art. 48/ECA).

Malgrado o artigo 267, inc. IV, do Código de Processo Civil continue a considerar a impossibilidade jurídica do pedido como uma condição da ação, do ponto de vista histórico, a sua sobrevivência é questionável. O legislador brasileiro incluiu a impossibilidade jurídica do pedido como condição da ação por influência de Enrico Tullio Liebman. Ocorre que o jurista mudou de posicionamento, deixando de lado tal categoria após a aprovação da Lei 898, de 1º/12/1970, que veio a permitir o divórcio na Itália, mesmo antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro.

Enfim, a impossibilidade jurídica do pedido é uma condição da ação desacreditada, podendo ser inserida no próprio interesse processual³, além do que as condições da ação, conforme o modelo liebmaniano, valem somente *para que o processo não se desenvolva inutilmente*. Em outras palavras, a impossibilidade jurídica do pedido ou qualquer outra condição da ação, quando não possa ser rechaçada pela *simples afirmação do autor*, mas dependa de argumentos e provas, deve ser analisada pelo juiz quando do julgamento do mérito.⁴

³ “A possibilidade jurídica do pedido (...) quer dizer que o autor não pode formular um pedido juridicamente impossível. Pedido juridicamente impossível é aquele que não é viável, seja por estar expressamente proibido por uma norma, seja por estar obstaculizado pelo sistema jurídico. Como já foi lembrado, Liebman deixou essa categoria de lado, ao escrever uma nova edição do seu *Manuale*, um pouco antes da aprovação do CPC de 1973. Liebman tomou esta posição quando se instituiu o divórcio na Itália, mediante a aprovação da Lei 898, de 1º de dezembro de 1970. Como a edição da nova lei não havia mais como se dizer que o divórcio era juridicamente impossível, e esse era o seu exemplo de impossibilidade jurídica do pedido, Liebman entendeu por bem abandonar tal categoria, a qual, também no direito brasileiro, não tem muita razão de ser, pois o exemplo dado pela doutrina para exemplificá-lo, isto é, o da cobrança de dívida de jogo, certamente poderia ser pensado como ausência de interesse de agir” (Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2006. Pág. 173-4).

⁴ Mais uma vez, Luiz Guilherme Marinoni explica que, “quando se entende que as condições têm sua função ligada ao princípio da economia processual – ou precisamente com a necessidade de impedir o desenvolvimento do processo quando o juiz não pode julgar o mérito por faltar uma das condições da ação (de forma inútil) -, não há qualquer lógica em admitir que o juiz declare a ausência de uma condição da ação ao final do processo, pois nesse caso se estará admitindo a sua inutilidade após dois ou três anos do seu início. É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na **afirmação** do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a **afirmação** do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que é problema de mérito. Melhor explicando: a legitimidade para ação de reivindicação deve ser aferida segundo o que é afirmado na petição inicial, mas, quando as provas e os argumentos trazidos ao processo demonstram que o autor não é proprietário, o seu pedido deve ser julgado improcedente” (*Teoria geral do processo*. Cit. Pág. 181).

A *ausência de lei específica* para julgar o caso não é motivo para a extinção do processo sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

Caso contrário, sem sentido ficariam as regras do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657/1942)⁵ e do artigo 126 do Código de Processo Civil⁶, ao permitirem que, diante da lacuna na lei, o juiz julgasse com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Os processos de integração de lacunas, adotados nos dispositivos citados, são *intra-sistemáticos* e referidos em ordem hierárquica. Cabe ao juiz buscar, em primeiro lugar, a analogia, depois os costumes e, por último, os princípios gerais de direito.

A analogia parte da existência de dois casos semelhantes, sendo que a previsão de regra jurídica para um deles pode ser estendida à situação omissa, já que, apesar das diferenças entre eles, o *núcleo fundamental* (ou a razão jurídica) da regra é comum para as duas hipóteses.

Descartada a possibilidade da utilização da analogia, deve o juiz recorrer aos costumes *praeter legem*, isto é, aqueles que não contrariam a lei, mas que vão além dela, tendo por objeto matéria que a regra jurídica não dispõe. Percebe-se claramente que o legislador brasileiro, adotando posição atrelada ao positivismo jurídico, deu prevalência à lei em relação ao costume, afirmando a sua utilidade, tão somente, quando houvesse lacuna na lei, sem reconhecê-lo como uma fonte autônoma do direito.⁷

A mesma crítica também se aplica à posição dada ao legislador aos princípios jurídicos como último recurso para a colmatação de lacunas.

Em verdade, os princípios não derivam da lei nem da jurisprudência, estando *subjacentes* a ambos, na medida que se encontram em posição intermediária entre os valores e as regras. Embora sem ter a precisão de conteúdo da regra, os princípios, por integrarem o ordenamento jurídico, têm *força normativa*. Aplicam-se independentemente de terem sido ulteriormente concretizados pelas regras jurídicas,

⁵ Art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁶ Art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

⁷ Interessante notar a Lei da Boa Razão, do Marquês de Pombal, afirmava que o consume somente poderia ser utilizado se: i) estivesse em conformidade com a boa razão; ii) não contrariasse as leis; iii) tivesse mais de 100 anos. Cfr. José de Oliveira Ascensão. *O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 251.

impondo a realização do direito dentro da *reserva* (fática e jurídica) do possível.⁸ Têm validade por si só, não estando subordinados às regras, auxiliando o intérprete na solução dos casos omissos.⁹

A superação do positivismo jurídico centrado na legalidade estrita, movimento iniciado a partir da primeira metade do século XX com a derrocada do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, ainda é um dos maiores desafios do tempo presente.

Sem negar a importância da lei e também sem recorrer aos postulados metafísicos do direito natural, o *pós-positivismo* busca formular uma nova hermenêutica. O *pós-positivismo* procura, ainda, reabilitar a argumentação jurídica e redefine a relação dos princípios com os valores e com as regras, aproximando o Direito da Filosofia.¹⁰

2 O ANTROPROCENTRISMO COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO

⁸ “**Princípios** são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática e jurídica” (José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina: Coimbra, 2003. Pág. 1255).

⁹ Ao caracterizar os princípios gerais do direito, José de Oliveira Ascensão explica: “*elas são tendencialmente aplicáveis mesmo a hipóteses não directamente reguladas: porque os princípios pertencem à própria ordem jurídica, e têm por isso o mesmo carácter vinculativo que os restantes elementos desta. Devem pois aplicar-se directamente e dar solução aos casos omissos. Simplesmente, essa aplicação não é cega. Caso por caso se verificará se não há razões que a levem a excluir justamente na situação em causa, à luz da ratio, da fundamentação última do princípio enunciado; ou se outros princípios, também presentes na ordem jurídica, não se impõem nesse caso e marcam outra solução. O que quer dizer que também aqui a actividade do jurista não é meramente lógica, antes exige um trabalho complexo de valoração, uma conjugação de elementos provenientes de quadrantes muito diversos da ordem jurídica. Mas nada tem na realidade de estranho que uma actividade, sensível ao aspecto valorativo logo no momento da interpretação dos dados primários, o seja também na fase de conciliação dos princípios detectados*” (Op. Cit. Pág. 407-8).

¹⁰ “A superação histórica do *jusnaturalismo* e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia” (Luís Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 nov. 2005).

O *pós-positivismo* é um fenômeno, recente e, por isto, ainda em construção. Novos paradigmas precisam ser construídos para que o direito não seja uma *mera forma de domínio* dos detentores do poder, um mecanismo para o desenvolvimento do capitalismo, projetado para a defesa da propriedade e de seus privilégios.¹¹

Retirar o patrimônio do centro do ordenamento jurídico, para dar ênfase à dignidade humana é um dos mais importantes desafios do *antropocentrismo jurídico*.

A gênese dos direitos da pessoa é tributário do cristianismo que, ao afirmar que o homem é a imagem e a semelhança de Deus, passou a considerá-lo como sujeito portador de valores.¹² O reconhecimento da identidade e da diferença de cada homem permitiu a construção do conceito de *pessoa*. Ao separar o homem da natureza, o cristianismo reconhece, no homem, um ser individual, autônomo e animado por motivações específicas.

Superou-se, destarte, a compreensão grega de que o homem devia ser considerado como um uma “emanação do cosmos”.¹³ Para os gregos, a cidade era auto-suficiente, sendo que o homem, por estar submetido à *polis*, não existia fora da ordem da cidade. Caso atentasse contra a *res publica* deixaria de estar protegido, merecendo o *ostracismo*. Só eram indivíduos “singulares” os homens que, pela sua posição social, exerciam um domínio sobre a sociedade: por exemplo, o herói-grego, dotado de qualidades singulares, era endeusado, elevado à “semi-deus”.

O cristianismo, pela afirmação de que o homem é a imagem e semelhança de Deus, passou a considerar *pessoa* todo e qualquer ser humano criado por Deus, independentemente da sua posição sócio-econômica, da sua origem, do seu gênero e da sua nacionalidade.¹⁴ Ao considerar todos iguais (homens, mulheres, crianças, escravos, estrangeiros etc), reforçou a necessidade de cada pessoa ser tratada como um ser único merecedor de proteção.

O humanismo cristão mudou, também, a relação do homem com Deus, abrindo a possibilidade de compreensão racional da religião. Deus está no homem, que está em Deus. Logo, o homem, ao buscar a Deus em si mesmo, não precisa recorrer ao Cosmos

¹¹ Cfr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2005. Pág. 117-135.

¹² Cfr. Diogo Leite de Campos. Lições de direito da personalidade. 2ª ed. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXVI – Separata, 1995. Pág. 12.

¹³ Cfr. Diogo Leite de Campos. Op. Cit. Pág. 14-5.

¹⁴ Cfr. Diogo Leite de Campos. Op. Cit. Pág. 21.

(natureza). Com isto, o mundo deixa de ser uma realidade natural, não problemática, transformando-se em uma criação complexa.

O cristianismo reconheceu em cada homem um livre arbítrio, quando retirou a natureza divina dos imperadores, ao afirmar que o Estado é composto de indivíduos todos criados igualmente pelo mesmo Deus.¹⁵ Isto ocorreu também quando o cristianismo asseverou que as coisas deste mundo não são importantes por si só, mas em relação à salvação a ser buscada individualmente. O homem deixa de ser considerado objeto de sujeição à natureza, para ter a sua própria liberdade ético-religiosa. Para além da responsabilidade pela salvação de sua alma, cada pessoa – considerada como um ser autônomo e capaz de auto-organização (em relação a si e aos outros) – tornar-se senhor da sua vida, da sua história, do direito, da sociedade e do Estado.

Foi, contudo, no Iluminismo que foram lançadas novas bases racionais para a compreensão do homem no espaço político. Essa nova forma de pensar pregou a separação do Estado da Igreja. Preocupou-se não com a salvação da alma, mas com o homem que está no mundo. O Estado Liberal, embora reconheça a liberdade religiosa, desloca a base dos direitos de Deus para a própria razão humana. Ao submeter, pela teoria do contrato social, a vontade individual à coletiva, acredita-se na lei como expressão da vontade da maioria. Sujeitando-se o indivíduo à lei, o Estado Moderno restringe a sua liberdade ao direito de fazer o que a lei permite.

Importa destacar, ainda, que o humanismo renascentista promoveu o desenvolvimento das liberdades públicas, reforçando a autonomia privada como expressão da personalidade jurídica e da função criativa da pessoa.

Assim, os direitos fundamentais – dentre os quais se encontram os direitos da personalidade – condicionam e limitam à atuação da lei, impedindo que a vontade da maioria restrinja, indevidamente, direitos das minorias, a ponto de negá-los. Caso contrário, estar-se-ia negando os princípios da igualdade e da não discriminação, senão com base no que é justo e razoável, tão caros aos regimes democráticos.

Com efeito, o *princípio da maioria* continua deixando em aberto a pergunta acerca dos *princípios éticos* do direito, seja porque o mecanismo representativo – ao

¹⁵ “Santo Agostinho parece entender que o Estado se compõe de indivíduos, cuja igualdade acentua: Deus não quis que a criatura dotada de razão e feita à sua imagem e semelhança exerça o seu domínio sobre outras criaturas pra além das que estão desprovidas de razão. Não situou o homem acima do homem, mas sim o homem sobre os animais. Assim, fez os primeiros homens pastores de rebanhos, e não reis de homens” (Diogo Leite de Campos. Lições de direito da personalidade. Cit. Pág. 21).

delegar a determinados representantes do povo os instrumentos de formação da vontade democrática - não é capaz de traduzir a vontade da maioria, seja porque as maiorias podem ser cegas ou injustas.¹⁶ Não se trata de um mero retorno ao direito natural, na medida em que os ordenamentos jurídicos modernos apresentam diversas declarações de direitos humanos que os retiram do *jogo das maiorias*.¹⁷

A crítica ao racionalismo iluminista que moldou o positivismo jurídico decorre da coincidência do direito com a lei. Aquele não está reduzido a esta, que é apenas uma de suas manifestações, não podendo ser considerado direito as regras que contrariam os princípios ético-jurídicos – como o da dignidade da pessoa humana – que se encontram no alicerce do próprio direito e do Estado contemporâneos.¹⁸

Portanto, pode-se concluir que há *valores em si* que decorrem da *essência do ser humano* e, por isto, o Estado merece dar primazia a eles.

É, a partir da colocação do homem no centro do ordenamento jurídico, que se deve partir para enfrentar a complexidade do fenômeno humano e buscar a regulamentação jurídica necessária à construção de um direito geral de personalidade, como bem adverte Radindranath V. A. Capelo de Souza:

Dir-se-á que a pessoa é homem, que este constitui necessariamente o fundo básico da emergência da tutela geral de personalidade e que, mesmo de um ponto de vista jurídico, é dele que deve partir o pensar jurídico da tutela geral de personalidade, é nele que se deverá basear a juridicidade e o sentido de uma tal tutela e será para ele que se preordenará a regulamentação jurídica da tutela geral da personalidade. Simplesmente, o homem – e cada homem -, na sua natureza, nas suas circunstâncias e no seu devir, é ainda um desconhecido (repetindo Aléxis Carrel), por mais prenhe de conseqüências que se venha revelando a sábia máxima délfico-sobrática do 'conhece-te a ti mesmo', só aparentemente contraditória, dada a complexidade do fenômeno humano. Por isso mesmo, restam sempre as velhas questões: o que é homem? O real do corpo humano? A consciência problemática do seu próprio ser homem? A idéia de homem? Cada homem concreto, existencial? O homem socialmente integrado? O homem *in fieri*? O que é, biológica e socialmente, ser homem? Também é homem o seu desejo de felicidade e amor? Qual então a medida e a eficácia da sua tutela? Qual a esperança de ser humano? Haverá um sentido na caminhada humana?¹⁹

¹⁶ Cfr. Eduardo Cambi. O caráter universal do direito moderno e os desafios fundamentais impostos pelo biodireito. In: *Biodireito e dignidade da pessoa humana – diálogo entre a ciência e o direito*. Coord. Elidia Ap. Corrêa, Gilberto Giacoia e Marcelo Conrado. Curitiba: Juruá, 2006.

¹⁷ A Constituição brasileira, ao instituir as *cláusulas pétreas*, no artigo 60, par. 4o., impede que o constituinte-reformador altere a essência da Lei Fundamental, onde se coloca os direitos e garantias individuais (inc. IV).

¹⁸ Cfr. Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 286-7.

¹⁹ Cfr. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra editora, 1995. Pág. 15.

Pelo antropocentrismo jurídico, a pessoa humana é o pilar axiológico do direito, sendo anterior ao próprio Estado. Assim, os direitos da personalidade não dependem de consagração legislativa, estando na própria constituição material do Estado Democrático de Direito e, por isto, existem mesmo sem consagração formal.²⁰ Aliás, esta compreensão é importante para reconhecer, no Direito Brasileiro, um *direito geral de personalidade*²¹, o qual não se resume à síntese dos artigos 11 a 21 do Código Civil. A *constitucionalização dos direitos da personalidade* proporciona uma leitura ampliada, tomando como ponto de partida o artigo 1º, inc. III, da CF, e ganhando amplitude com o vasto elenco do artigo 5º, especialmente com as válvulas de abertura contidas nos seus parágrafos 1º e 3º (este adicionado pela Emenda Constitucional 45/2004).

Aliás, são características do fenômeno conhecido por *neoconstitucionalismo*²², tanto a constitucionalização dos direitos infraconstitucionais, quanto a força normativa dos princípios jurídicos, provocando, como consequência, a expansão da jurisdição constitucional. Surge, desta forma, a necessidade de fundar o *neoprocessualismo*²³, reformulando conceitos clássicos, como o de jurisdição²⁴, para que o Poder Judiciário dê cada vez mais efetividade aos direitos da personalidade.

Nessa direção, o receio de um juiz livre, para criar direitos a partir dos valores éticos e dos princípios jurídicos, é uma marca importante a ser superada em nosso ordenamento processual. Por exemplo, o artigo 127 do Código de Processo Civil, ao

²⁰ “Os direitos da personalidade são direitos naturais. São expressão e tutela jurídicas da estrutura e das funções da pessoa, do seu ser e da sua maneira-de-ser. O Direito tem um fundamento axiológico (que é a sua justificação, e sem o qual se transforma em instrumento da opressão) que é imposto pela pessoa humana – o Direito é produto do homem e feito para o homem. A primeira e principal tarefa do jurista é reconhecer e descrever os direitos da pessoa. A pessoa humana é ‘anterior’ e superior a sociedade. Impõe-se, portanto, ao Direito. Este tem de se limitar a reconhecer a pessoa humana e a declarar os seus direitos. Aquela e estes existem ‘juridicamente’ mesmo sem consagração jurídico-formal. Devem considerar-se inseridos na Constituição material de cada Estado” (Diogo Leite de Campos. Op. Cit. Pág. 38).

²¹ A *dignidade humana* (art. 1º, inc. III, CF) pode ser considerada *cláusula geral* de proteção dos direitos da personalidade no Brasil. Cfr. Elimar Szaniawski. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005. Pág. 137-143.

²² Cfr. Luís Roberto Barroso. Op. Cit.

²³ Cfr. Eduardo Cambi. Neoconstitucionalismo e neopositivismo. In: *Constituição e Processo. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

²⁴ “Como função da soberania, a jurisdição tem a mesma extensão dela. Mas, pois que a jurisdição é atuação de lei, não pode haver **sujeição à jurisdição** senão onde pode haver **sujeição à lei**; e, vice-versa, **em regra**, onde há sujeição à lei, aí há sujeição à jurisdição” (Giuseppe Chiovenda. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1943. Pág. 55).

prever que o “juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”, está preso às amarras positivistas, calcado na visão do magistrado do antigo Estado Liberal, onde a legislação refletia a proteção da autonomia da vontade, não estando o Estado-juiz autorizado a ir além do texto da lei.²⁵

Ora, julgar por equidade é buscar, nas circunstâncias do caso concreto, a decisão que seja mais justa. Por isto, a equidade é o mais significativo processo *extra-sistemático* de colmatação de lacunas. O artigo 127 do CPC somente reconhece estas lacunas, isto é, as situações onde o legislador já previu uma situação como juridicamente relevante, mas não disciplinou os efeitos jurídicos correspondentes.²⁶ No entanto, as lacunas de estatuição não são verdadeiras lacunas jurídicas, porque o legislador, ao prever a situação como juridicamente relevante, já se pronunciou sobre a sua natureza jurídica.²⁷

Negar as *lacunas de previsão* é entender que o ordenamento jurídico é pleno, que o sistema contém potencialmente solução para todos os casos, já que a ausência de disposição normativa específica ensejaria apenas uma *aparente lacuna*, podendo a regra jurídica ser obtida no próprio sistema, mediante o recurso à analogia.

O juízo de equidade, ao contrário do receio consagrado no artigo 127 do CPC, da mesma forma que a obtenção da norma a partir dos princípios jurídicos, não implica a autorização para o juiz legislar nem para proferir *decisões discricionárias*.

O juiz, quando preenche uma lacuna, não cria lei. A lacuna continuará existindo no sistema jurídico, porque a decisão judicial deve estar circunscrita ao pedido (arts. 128 e 460 do CPC) e somente serve para o caso concreto, diferentemente da regra jurídica que é geral e abstrata.

²⁵ “O Estado de Direito Liberal, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do **ancien regime**. A administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei” (Luiz Guilherme Marinoni. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. Pág. 13).

²⁶ “Para indagar da existência da lacuna, perguntamos se o caso, **encarado pelo ponto de vista da solução normativa que se pretende**, respeita à ordem jurídica ou a qualquer outra ordem normativa. É pois necessário, na própria fase de determinação da lacuna, encarar o caso de harmonia com uma consequência jurídica que lhe estaria eventualmente associada” (José de Oliveira Ascensão. Op. Cit. Pág. 424).

²⁷ Cfr. José de Oliveira Ascensão. Op. Cit. Pág. 423.

Portanto, o importante é ressaltar que o juiz, quando preenche a lacuna, ainda que tenha margem de liberdade, deve buscar o *sentido da justiça*, nos princípios e regras presentes no ordenamento jurídico, impondo critérios objetivos, e, destarte, não arbitrários. Logo, ainda que eleja critérios não coincidentes com os Tribunais, não terá errado, pois, desde que tenha motivado corretamente a sua decisão, a solução eleita em nada comprometerá a segurança jurídica, cuja preocupação deve estar relegada ao plano da uniformização da jurisprudência.

3 A MELHOR SOLUÇÃO ÉTICA E JURÍDICA

Segundo Radindranath V. A. Capelo de Sousa, a caracterização do percurso e do futuro histórico dos direitos da personalidade passam por *duas linhas de forças antagônicas*: de um lado, marcadas pelas relações de *dominação pessoal* mais que por laços de solidariedade social, levando a várias discriminações de estatuto jurídico ao nível do “ser” e profundas desigualdades na aquisição e na detenção de todas as espécies de bens, no quadro do “ter”; por outro lado, há *vetores de libertação e igualação* entre os homens decorrentes de posturas diversas – como a revolta ou o amor – face ao real processo histórico, forças estas que se vão reinscrevendo, gradualmente, na consciência cultural e jurídica da comunidade.²⁸

Esta segunda vertente demonstra que a ética é parte integrante do complexo mundo dos valores. Busca-se, pela ética, o que é bom e justo, sendo que a sua compreensão depende não só do raciocínio, mas de sensibilidade emocional, de indignação, de vergonha, de ternura e compaixão.²⁹

O *neopositivismo*, ao atribuir força normativa aos princípios, procura transformar os valores éticos (p. ex., boa-fé, justiça etc) em jurídicos. Na medida em que, pela aplicação dos princípios, efetivam-se as bases axiológicas do ordenamento jurídico, o direito deixa de ser pura técnica e se transforma também em *arte*.³⁰ Logo,

²⁸ Op. Cit. Pág. 28.

²⁹ Nas exatas palavras de Fábio Konder Comparato, “a ética é parte integrante do complexo mundo dos valores, bem distinto do mundo das realidades puramente biológicas, ou fisicoquímicas. Todos hoje concordam em que os valores não podem ser apreendidos unicamente pelo raciocínio; a sua compreensão exige, sempre, um mínimo de sensibilidade emocional, que por sua vez comanda a vontade do agente. O juízo ético não é feito puramente de razão, mas também de indignação e vergonha, de ternura e compaixão” (*Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Pág. 507).

³⁰ Conforme Julius Hermann v. Kirchmann, citado por Arthur Kaufmann, “o direito não está apenas no saber, mas também no sentimento, o objecto não tem a sua sede apenas na cabeça, mas

tanto as regras jurídicas quanto às decisões judiciais que contrariam o sentido ético, inerente a carga axiológica dos princípios, não merece ser considerado direito.

Na busca da decisão justa, não se pode deixar de pensar no conceito de *jurisprudência*, separando a palavra nas suas duas partes: “juris” e “prudência”. Nenhuma decisão judicial, por melhor que seja, é, uniformemente, boa ou má para todas as partes envolvidas. Ao contrário, toda decisão produz resultados bons e maus, a depender do ângulo da análise dos interesses disputados no processo. Porém, a decisão judicial deve ser considerada *eticamente justificável* quando *prudente*, isto é, quando preveja, da forma mais exata possível, a extensão e a intensidade dos bons e dos maus efeitos que produz, segundo uma determinada hierarquia de valores, na qual, por ordem de importância se colocam: i) a dignidade da pessoa humana; ii) a verdade, a justiça e o amor; iii) a liberdade, a igualdade, a segurança e a solidariedade.³¹

Todos os princípios éticos se fundam na dignidade da pessoa humana como *paradigma supremo de toda a vida social*.³² Nas relações familiares, interessa sublinhar o valor da *afetividade*. Sob o aspecto ético, essa afetividade deve ser considerada sob o aspecto altruísta, no sentido do bem comum da entidade familiar. Trata-se do amor pelo outro, despido de caráter egoístico, e, por isto, implica renúncia e sacrifício, embora este amor ao próximo também não seja despido de certo grau de reciprocidade³³, quando analisado em conjunto com a justiça.

A grande *função social do amor* é servir para *aperfeiçoar a justiça*, dando a cada um o que é seu, na medida em que a *consciência ética* entende devido.³⁴

A conjugação do amor com a justiça está refletida no valor da *solidariedade* que, ao lado do afeto, está no núcleo da família *eudemonista* pós-moderna. Por esta

também no peito do homem” (*Filosofia do direito*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Pág. 97).

³¹ Cfr. Fábio Konder Comparato. Op. Cit. Pág. 499.

³² Cfr. Fábio Konder Comparato. Op. Cit. Pág. 520.

³³ Mesmo o sentido bíblico do amor ao próximo, contido no Livro do Levítico, capítulo 19,1 versículo 18 (“*Amar teu próximo como a ti mesmo*”), não é uma completa doação, como argumenta o Papa Bento XVI: “*o ser humano também não pode viver, exclusivamente, no amor oblato, descendente. Não pode limitar-se sempre a dar, deve também receber. Quem quer amor, deve ele mesmo recebe-lo em dom. Certamente, o ser humano pode – como nos diz o Senhor – tornar-se uma fonte de onde correm rios de água viva (cf. Jô 7,37-38); mas, para tornar-se semelhante fonte, deve ele mesmo beber, incessantemente, da fonte primeira e originária que é Jesus Cristo, de cujo coração trespassado brota o amor de Deus (cf. Jô 19,34)*” (*Carta Encíclica Deus Caritas est*. São Paulo: Paulinas, 2006. Pág. 17).

³⁴ “*A função social do amor consiste, na verdade, em atuar como fator de permanente aperfeiçoamento da justiça. É o impulso constante no sentido de uma não-acomodação com as formas de justiça já existentes; a procura de uma ampliação ilimitada do princípio de dar a todos e a cada um o que a consciência ética sente como devido*” (Fábio Konder Comparato. Op. Cit. Pág. 534).

concepção, a família deve ser concebida como o lugar mais importante para a realização do ser humano, porque é, principalmente dentro do grupo familiar, que os eventos da vida individual, que parecem pertencer a natureza, recebem o seu significado e através desses significados passam a fazer parte da experiência individual da pessoa como o nascer, o morrer, o crescer, o envelhecer, a sexualidade e a procriação.³⁵

Tutelar juridicamente a família é, antes, assegurar os direitos do ser humano, uma vez que é, pela proteção à família, enquanto organismo social, que o Estado deve proteger a pessoa humana, dando-lhe dignidade e possibilitando o pleno desenvolvimento de suas virtudes.³⁶ Assim, a pessoa passa a ter valor pelo que ela é, como ser (individual), não como um dado normativo ou sujeito abstrato de direitos a ser subordinado ou oprimido pelo grupo social. Com efeito, o principal papel da família moderna é dar suporte emocional³⁷ à pessoa humana, promovendo-lhe o seu desenvolvimento e realizando seus interesses afetivos e existenciais.

A nova concepção da família resulta, enfim, da substituição do princípio da autoridade pelo da compreensão e do amor.³⁸

A Constituição Federal de 1988 não ignora a afetividade como um *valor nuclear* para a conceituação de família, como pode se extrair dos seguintes dispositivos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º); d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).

Desta forma, a Constituição Federal não tipificou as entidades familiares de modo a excluir outras realidades não expressamente mencionadas pelo constituinte. Ao contrário, tendo reconhecido o valor da afetividade como essência da família, pode-se

³⁵ Cfr. Chiara Saraceno. *Sociologia della famiglia*. Bologna: Il Mulino, 1988. Pág. 8.

³⁶ “As pessoas são tuteladas, pelo Direito, dentro da família, porque esta é um organismo destinado a garantir a dignidade da pessoa e o pleno desenvolvimento de todas as suas virtudes, ou seja, lugar da tutela da vida e da pessoa” (Cfr. Antônio Cezar Peluso. *A culpa na separação e no divórcio*. Contribuição para uma Revisão Legislativa. In: *Seleções jurídicas COAD-ADV*, Out.-nov./96, pág. 43).

³⁷ Cfr. Teresa Arruda Alvim Wambier. Um novo conceito de família – Reflexos doutrinários e análise da jurisprudência. In: *Direitos de Família e do Menor*. 3ª ed. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. Pág. 83.

³⁸ Cfr. Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pág. 19.

concluir, com Paulo Luiz Netto Lôbo, que onde há uma relação ou comunidade de pessoas unidas, de forma originária e final, por laços de afetividade, haverá família.³⁹

O Código Civil brasileiro, apesar de não ter reconhecido *expressamente* o estado de filho afetivo, não excluiu a filiação sócio-afetiva, que pode ser admitida com base nos seguintes artigos: a) 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou *outra origem*”. Esta outra origem é justamente a sócio-afetiva⁴⁰; b) 1.596: reafirma o artigo 227, par. 6º, da CF, que trata da igualdade entre a filiação; c) 1.597, inc. V: na medida em que o reconhecimento voluntário da paternidade na *inseminação artificial heteróloga* não é de filho biológico, mas sim de sócio-afetivo, já que o *material genético não é do pai, mas, sim, de terceiro*.

Logo, a relação afetiva entre filhos não biológicos e pais de criação, mesmo que não seja formalizada pela via da adoção, pode ser considerada *entidade familiar*, para fins de tutelar direitos da pessoa em desenvolvimento, em especial da criança e do adolescente.

Essa solução é a que melhor atende o valor ético-jurídico da *dignidade da pessoa humana*, dando-se efetividade: a) ao artigo 1º da Constituição Federal que prescreve: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).III – a dignidade da pessoa humana”; b) ao artigo 3º, inc. IV, que, ao traçar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

³⁹ “Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. A fortiori, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu seja os que foram livremente escolhidos. Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares. A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família” (Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em:  13 out. 2005.).

⁴⁰ A propósito, na Jornada de Direito Civil, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, nos dias 11 a 13 de junho de 2002, aprovou-se proposição no sentido de que “no fato jurídico do nascimento, mencionado no artigo 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também sócio-afetiva”.

dispõe: “IV — promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idades e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV).

Ademais, no tocante aos Direitos da Criança e do Adolescente, que são os seres mais vulneráveis no grupo familiar e social, a solução jurídica a ser buscada deve ser a que melhor atenda os seus interesses, como prevêm:

a) o artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direito da Criança, da ONU, de 1989, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 99.710, de 22 de novembro de 1990, que dispõe:

Art. 3.1 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 maior interesse da criança;

b) a Constituição Federal, em seu artigo 227, estabelece, de forma expressa, a prevalência dos direitos da criança e do adolescente, ao dispor:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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;

c) e, ainda, o artigo 4º, do ECA (Lei 8.069/90) elenca:

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.

À luz do valor ético-jurídico da dignidade da pessoa humana, com o valor da afetividade, que está no núcleo do conceito de família, é possível construir o *princípio do melhor interesse das pessoas humanas que integram as entidade familiares*.⁴¹

Se a essência da família é dar e receber amor, e o Direito de Família tenta regular esses vínculos⁴², os *filhos de criação* – mesmo não se inserindo no instituto da adoção – podem ser considerados e tutelados sob a proteção do conceito de paternidade

⁴¹ “A proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o locus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana” (Paulo Luiz Netto Lôbo. Op. Cit.).

⁴² Cfr. Rodrigo da Cunha Pereira. A vitória da ética sobre a moral. *Revista Jurídica*, vol. 8, pág. 11.

sócio-afetiva. Desta maneira, a família *não é mais um núcleo econômico e de reprodução*, mas sim o espaço do amor e do afeto.

Além disso, o conceito de *responsabilidade responsável*, previsto no artigo 227, par. 7º, da Constituição Federal, também deve se inserir nos valores éticos do *amor* e do *afeto*. Portanto, “pai” é aquele que, mais que colocar alguém no mundo (isto é, ter laços sanguíneos), é aquele que, amando, ensinando valores éticos e dando-lhe oportunidades, permite que a criança cresça e se desenvolva, como uma pessoa digna e feliz.

Acresce, ainda, que o direito à identidade – tal como a vida/integridade física, imagem e intimidade - é um *direito da personalidade*, isto é, inerente à pessoa e à sua dignidade.

A propósito da tutela jurídica da identidade, pode-se afirmar que *cada ser humano é um ser em si mesmo e só igual a si mesmo*.⁴³ A identidade é um bem jurídico na medida em que, cada ser humano, conhecendo-se e amando-se a si mesmo, assume a sua identidade, que permite a harmonia e a afirmação sociais, bem como serve de repositório de forças com vista ao desenvolvimento próprio, o amor pelos outros e o progresso social.⁴⁴ Considerando, pois, cada ser humano como um *centro autônomo de interesses*, a tutela da identidade abrange tanto a *configuração somático-psíquica* de cada indivíduo – como a sua imagem física, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral – quanto a sua *inserção sócio-ambiental* – onde se encontra a proteção da sua imagem de vida, da sua história pessoal, do seu decoro, da sua reputação ou bom nome, do seu crédito, da sua identidade sexual, familiar, racial, lingüística, política, religiosa e cultural.⁴⁵

Solução diversa também violaria o direito ao nome, sobretudo se a mãe ou o pai biológico, contraindo novas núpcias ou estabelecendo união estável, alterasse o seu nome de solteira (o), com evidente prejuízo para o filho. E tal situação seria, ainda mais grave, se o casal viesse a ter novos filhos, cujos nomes fossem diferentes daquele irmão concebido antes da alteração do sobrenome de sua genitora ou genitor biológico.⁴⁶

⁴³ Cfr. Radinbranath V. A. Capelo de Souza. Op. Cit. Pág. 244.

⁴⁴ Cfr. Radinbranath V. A. Capelo de Souza. Op. Cit. Pág. 245.

⁴⁵ Cfr. Radinbranath V. A. Capelo de Souza. Op. Cit. Pág. 246-8.

⁴⁶ Neste sentido, vale mencionar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Retificação de registro de nascimento de menor, em virtude de sua genitora ter convolado núpcias com o próprio pai da requerente, tendo aquela adotado o patronímico do marido. Sentença que, sem a intimação e oitiva do membro do Parquet, indefere a petição inicial, sob o fundamento de ausência de interesse de agir, pois não haveria prejuízo para a menor no fato de constar em seu registro de

CONCLUSÃO

Porquanto se a prova dos autos demonstrar que a pessoa, desde criança, é conhecida na escola, no clube, no plano de saúde, em razão da sua correspondência etc., como filha do pai ou da mãe afetivas, sempre foi tratada e educada como filha deles, se ela é reconhecida por todos (pais, parentes, vizinhos e sociedade em geral) como sendo filha (afetiva), seria amesquinhar o conceito de família, desprezar os princípios da afetividade e do melhor interesse da pessoa humana no seio da entidade familiar (e, especificamente, do maior interesse da criança ou do adolescente), além de ignorar o seu direito personalíssimo à identidade – seja na sua *configuração somático-psíquica*, seja na sua *inserção sócio-ambiental* – e ao bom nome deixar de acolher o pedido de inclusão do sobrenome do pai ou da mãe afetivos. Seria, ainda, pretender que o registro civil deva ignorar a realidade da vida da pessoa, em detrimento de seus direitos personalíssimos.⁴⁷

Para finalizar, dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, na “*aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”. Isto posto, não obstante a Lei dos Registros Públicos não disponha expressamente sobre o assunto, caberá ao juiz, pelo artigo 126 do Código de Processo Civil, recorrer aos princípios éticos e jurídicos, erigidos pelos esforços comuns da Filosofia e do Direito, para preencher as lacunas da lei.⁴⁸

nascimento o nome de solteira da genitora. 1. "Não se declara nulidade, por falta de audiência do Ministério Público, se o interesse dos menores se acha preservado, posto que vitoriosos na demanda". (EDcl no REsp 26898). 2. Pretensão que só pode ser tutelada judicialmente, por isso mesmo presente o interesse de agir. Jurisdição necessária. Doutrina. 3. Incidência do artigo 515, par. 3., do CPC. 4. Permissão de alteração do registro de nascimento em razão de casamento posterior da genitora. Prejuízo que adviria da imutabilidade do registro nesse caso. Iterativa jurisprudência. 5. Artigo 557, par. 1.-A, do CPC" (Ap. Civ. 2006.001.04872 – 7ª C.C. – rel. Desa. Helda Lima Meireles – j. 13.03.2006).

⁴⁷ A propósito, merece elogios, pela sensibilidade e coragem, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “*Civil. Registro Público. Nome Civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação suficiente. Permissão legal. Lei 6.015/1973, art. 57. Hermenêutica. Evolução da doutrina e da jurisprudência. Recurso provido. I – O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono pelo pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. II – A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a ‘lógica do razoável’, tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individuação da pessoa à família e à sociedade” (STJ – REsp. 66.643-SP – 4ª T. – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 21.10.1997 – pub. DJU 09.12.1997, pág. 64.707).*

⁴⁸ A jurisprudência, em situações excepcionais, motivadas e que não implicam prejuízo à terceiro, nem tampouco seja fruto de mero capricho do requerente (cfr., por exemplo, REsp. n. 729.429-MG – 3ª T. – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 10.11.2005 – pub. DJU 28.11.2005), tem admitido a mudança do registro civil, com base no artigo 57, *caput*, da Lei de Registros Públicos, como, por exemplo, para evitar homonímia, permitindo o acréscimo de outro sobrenome e, mais recentemente, para mudar o prenome de

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 11ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 nov. 2005

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neopositivismo. In: *Constituição e Processo. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

_____. O caráter universal do direito moderno e os desafios fundamentais impostos pelo biodireito. In: *Biodireito e dignidade da pessoa humana – diálogo entre a ciência e o direito*. Coord. Elidia Ap. Corrêa, Gilberto Giacoia e Marcelo Conrado. Curitiba: Juruá, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direito da personalidade. 2ª ed. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXVI – Separata, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Almedina: Coimbra, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1943.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

transexuais. Para os fins que mais interessam ao objeto deste artigo, vale ressaltar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça que, embora não se trate da situação tratada no texto (que não envolve só a aplicação do artigo 57 da Lei 6.015/73, mas principalmente a situação dos direitos personalíssimos da criança e/ou adolescente), muito se aproxima: “Nome. Alteração. Patronímico do padrasto. O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no artigo 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o nome usado pela mãe e pelo marido dela” (REsp. 220.059-SP – 2ª Seção – j. 22.11.2000 – pub. DJU 12.02.2001, pág. 92). De lege ferenda, há que se permitir a alteração do artigo 57 da Lei de Registros Públicos, pois, à luz dos direitos da personalidades tratados no texto, não é justo nem razoável permitir que a criança ou o adolescente somente venha a incluir o nome de seus pais afetivos após completar 18 (dezoito) anos, depois de ter transcorrido um período significativo de sua vida.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. Direito ao nome. In: *Questões controvertidas no Novo Código Civil*. Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Editora Método, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

SOUZA, Radindranath V. A. Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra editora, 1995.
