



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

BRUNA SILVEIRA DE SOUZA

**A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS POSSIBILIDADES DE SEU
RECONHECIMENTO**

Palhoça

2010

BRUNA SILVEIRA DE SOUZA

**A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS POSSIBILIDADES DE SEU
RECONHECIMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Msc. Patrícia Fontanella,

Palhoça

2010

BRUNA SILVEIRA DE SOUZA

**A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS POSSIBILIDADES DE SEU
RECONHECIMENTO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 14 de junho de 2010.

Prof^a. Msc. e orientadora Patrícia Fontanella,
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS POSSIBILIDADES DE SEU RECONHECIMENTO

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 14 de junho de 2010.

BRUNA SILVEIRA DE SOUZA

Dedico este trabalho aos meus pais, por todo esforço e dedicação que sempre tiveram comigo e com meus irmãos, exemplos de fé e esperança.

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por iluminar meu caminho e por me dar força para enfrentar todos os obstáculos desta caminhada.

Aos meus pais, Lúcio Silveira de Souza e Maria Renita I. S. S. de Souza, exemplos de luta e perseverança, sempre demonstrando que tudo é possível com fé em Deus, trabalho e estudo.

Aos meus irmãos, Luciano e Karoliny, pela amizade e carinho dedicado.

Ao meu namorado, Luiz Augusto Zacchi Spricigo, que esteve comigo em todos os momentos, me ajudando e apoiando com seu amor.

Aos professores, pelo apoio e incentivo, e, principalmente, a professora Patrícia Fontanella, por me orientar nesta pesquisa.

Aos amigos do Ministério Público de São José, em especial ao Dr. Álvaro Luiz Martins Veiga e Dr. Raul de Araujo Santos Neto, Promotores de Justiça, que muito me ensinaram.

Aos meus amigos de faculdade, pelos momentos felizes que me proporcionaram e que muito sentirei falta.

A todos que me ajudaram e me incentivaram nesta caminhada em busca do conhecimento.

“Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”. (Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

Trata-se de pesquisa monográfica desenvolvida sobre a filiação socioafetiva, mais especificamente sobre as possibilidades de seu reconhecimento. O presente estudo se fez necessário, pois, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ocorreu uma importante modificação no Direito de família com a introdução do princípio da igualdade da filiação, que proibiu qualquer classificação discriminatória entre eles, igualando também seus direitos. Além disto, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma mudança de valores nas relações familiares que influenciou na determinação de uma nova filiação, baseada no afeto e na convivência familiar, objeto de estudo deste trabalho. Diante disso, faz-se necessário uma análise do tema evidenciando-se as possibilidades de seu reconhecimento. Ressalta-se, ainda, que a presente pesquisa apresenta alguns exemplos de filiação socioafetiva citados pela doutrina e jurisprudência que acabam auxiliando na compreensão da problemática discutida e na formação de uma opinião acerca do tema.

Palavras-chave: Igualdade. Filiação. Afeto. Direito.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A FILIAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL.....	12
2.1 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.2 A CRFB/88 E A MUDANÇA DO PARADIGMA FAMILIAR	16
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	25
3 DO INSTITUTO DA FILIAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AFETIVIDADE	29
3.1 CONCEITO	29
3.3 PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE E RECONHECIMENTO DOS FILHOS.....	33
3.4 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AFETIVIDADE	36
4 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS POSSIBILIDADES DE SEU RECONHECIMENTO.....	43
4.1 A DENOMINADA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	43
4.2 A POSSE DO ESTADO DE FILHO	46
4.3 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS DO SUL DO PAIS.....	51
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

“Revelar a riqueza escondida sob a aparente pobreza do cotidiano, descobrir a profundidade sobre a trivialidade, atingir o extraordinário do ordinário, esse é o desafio”.
(Lefébvre)

O presente trabalho é parte dos requisitos exigidos para obtenção do título em Bacharel em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL/SC.

O tema do presente estudo é a filiação socioafetiva e as possibilidades de seu reconhecimento. Seu objetivo é demonstrar como, nos dias de hoje, o afeto é importante na formação dos vínculos familiares, mais especificamente no que concerne à filiação, assim como sobre as maneiras que os tribunais vêm entendendo o assunto.

O estudo do tema se faz necessário frente às transformações ocorridas na entidade familiar, cabendo ao Direito se adequar as mudanças ocorridas na sociedade. Ressalta-se que a maior preocupação deste ramo do Direito é o bem-estar dos filhos, sendo primordial o que é melhor para eles.

Assim, o Direito de Família é caracterizado pelo princípio da prioridade e prevalência do interesse dos filhos, entre outros, como paternidade responsável, dignidade da pessoa humana e igualdade entre os filhos.

Ocorreu de fato uma verdadeira revolução na família. Atualmente elas não mais se caracterizam pelo domínio de posse, pelo poder supremo do pai e até então o único gestor da família, e sim pelos laços afetivos do amor, de carinho e comunhão desenvolvidos em família.

Pode-se afirmar que uma das maiores conquistas obtidas no ramo do Direito de Família, até então, consiste na igualdade entre os filhos, consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esse princípio retira os adjetivos acrescentados à palavra “filho”, como legítimo, ilegítimo, adulterino, incestuoso, adotivo entre outros, tornando esses termos inconstitucionais de acordo com o art. 227, §6º, da CRFB/88, onde filhos são apenas filhos, não cabendo nenhuma designação discriminatória sobre eles.

Essa intensa modificação ocorrida na filiação, valorizando e incluindo o afeto nessas relações, criou uma nova forma de filiação, a qual será abordada no presente trabalho, a filiação socioafetiva.

A filiação socioafetiva, deriva da efetiva convivência familiar, com características de afeto, respeito e demais direitos e deveres inerentes a esse tipo de vínculo.

Para essa nova definição de paternidade, pai e mãe não são apenas aqueles que geraram tal criança e que têm um vínculo genético com ela. Pois ser pai e mãe é muito mais do que isso, é criar, educar, dar amor, carinho, proteção, dignidade, enfim, exercer as funções inerentes aos pais, preservando e garantindo o melhor interesse da criança.

Vislumbra-se que o afeto não decorre da herança genética que recebe dos pais, o que nos faz concluir que o afeto não deriva do sangue e sim da convivência familiar.

Por conta disto, se faz necessário analisar-se as possibilidades de reconhecimento da filiação socioafetiva, justamente por sua presença constante em nossa sociedade.

Desta maneira, salienta-se que o presente trabalho foi dividido em cinco capítulos. O primeiro é a presente introdução, capítulo de abertura reservado para apresentação do tema, dos objetivos, justificativa do trabalho e dos procedimentos metodológicos utilizados na construção da pesquisa.

O segundo trata da filiação, em que será feito um breve histórico evolutivo da filiação no Direito Brasileiro, e para tanto também será analisado as mudanças dos paradigmas familiares frente a CRFB/88 e os principais princípios ligados ao tema, que causaram diretamente uma modificação no conceito de filiação.

No terceiro capítulo estudar-se-á o instituto da filiação e os princípios da dignidade da pessoa humana e afetividade.

No quarto capítulo, adentrar-se-á no ponto nodal do presente trabalho, onde será analisada a filiação socioafetiva, como se constitui e quais seus requisitos, para então se fazer uma análise das decisões dos Tribunais do sul do país, notadamente, Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul e, também do Superior Tribunal de Justiça, a respeito do assunto.

No quinto e último capítulo, ter-se-á a conclusão acerca da pesquisa realizada.

Para relatar os resultados da pesquisa, empregou-se o método de abordagem dedutivo e também o método de procedimento monográfico, tendo em vista algumas divergências decorrentes do assunto. Será realizada a técnica de documentação indireta, mediante levantamento bibliográfico, pesquisas jurisprudenciais e em textos legais.

2 A FILIAÇÃO NO CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL

*“A verdadeira família é aquela unida pelo espírito e não pelo sangue”.
(Luiz Gasparetto)*

Para análise do tema principal proposto para esta pesquisa monográfica de conclusão de curso, inicialmente, considera-se importante analisar o instituto jurídico da filiação no contexto jurídico nacional.

Dessa maneira, no presente capítulo, apresenta-se um breve esboço histórico do Direito de Família e da Filiação no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção à mudança de paradigma familiar verificada com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88.

2.1 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Compulsando os registros históricos da humanidade, denota-se que “entre os vários organismos sociais e jurídicos, a família foi, sem sombra de dúvida, uma das principais organizações que se alteraram no curso do tempo e da história (AKEL, 2008, p. 3).

Maria Berenice Dias (2007, p. 27), nesse contexto, leciona sobre a relação dos vínculos afetivos e o surgimento dos agrupamentos humanos:

Vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O **acasalamento** sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do **instinto de perpetuação da espécie**, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à **solidão**. Tanto é assim que se considera natural a idéia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso [grifo no original].

Contudo, sublinha-se que a família patriarcal, durante um longo tempo da história do Direito de Família, ocupou um lugar de relevante destaque na sociedade.

Nesse sentido, afirma a doutrina que “em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**” (DIAS, 2007, p. 27-28) [grifo no original].

Acerca do tema, Flávio Guimarães Lauria (2003) aduz que:

O modelo de família patriarcal adotado pelo Código Civil adequava-se perfeitamente às necessidades de uma determinada conjuntura que inspirou a atividade legislativa. Tratava-se do modelo da tradicional família brasileira do século XIX, eminentemente **rural** (daí a exagerada preocupação com a disciplina dos bens imóveis), cujas características essenciais eram: a família como **unidade de produção** (exploração de agricultura e pecuária); como tal exigia uma **chefia centralizada**; grande número de membros (cada filho um par de braços para impulsionar a produção); chefia exercida pelo **pai** (daí a classificação de “família patriarcal”); mulher e filhos em posição de **inferioridade**; interesse dos membros em segundo plano; família fundada exclusivamente no **matrimônio**, e protegida pela disciplina da **legitimidade** da filiação (aspecto social ignorado; biológico em segundo plano); vínculo indissolúvel; caráter **patrimonial** (a família como “fluxo de propriedades”) [grifo no original].

Assim, no início do século XX, fundada nos pilares do ordenamento jurídico romano, a família brasileira apresentava o modelo “[...] aristocrático estruturado no patriarcalismo, na exclusão, na matrimonialização, no patrimonialismo e na legitimidade dos filhos, merecendo ser tutelada transpessoalmente ainda que em detrimento de seus partícipes” (GAMA, 2008, p. 331).

Luiz Roberto Assumpção (2004, p. 3-4), por sua vez, sublinha que “a família era matrimonializada e patriarcal, com o predomínio do homem, na qualidade de chefe da família, com um férreo poder marital, e a subordinação total da mulher”. E, quanto à filiação, “o princípio da indiscutível paternidade do marido da mãe era garantido pelo domínio total sobre a mulher, que deveria ser casta e fiel a ele, podendo apenas permanecer no lar”.

A família jurídica estruturada pelo Código de 1916 demonstrava o reconhecimento legal somente da família baseada no casamento, ainda que se estivesse desfeita de fato por eventual separação de corpus dos cônjuges, ou então, se um dos cônjuges tivesse tido filhos fora do casamento, o que impedia a entrada de tal filho na entidade familiar nos termos dos arts. 358 e 364, ambos do revogado Código Civil de 1916 (GAMA, 2008, p. 331).

Nesse sentido, leciona Silvo de Salvo Venosa (2006, p. 228):

O Código Civil de 1916 centrava suas normas e dava proeminência à família legítima, isto é, aquela derivada do casamento, de justas núpcias. Elaborado em época histórica de valores essencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado marginalizou a família não provinda do casamento e simplesmente ignorou direitos dos filhos que proviessem de relações não matrimoniais, fechando os olhos a uma situação social que sempre existiu, especialmente em nosso país de miscigenação natural e incentivada.

No que se refere à filiação, frisa-se que, durante muito tempo, esse ramo do Direito de Família permaneceu refém de preceitos e classificações discriminatórias, colocando os filhos em situações desiguais perante a sociedade brasileira.

Silvana Maria Carbonera (1999, p. 489), nesse quadrante, leciona sobre a condição dos filhos na família patriarcal:

Os filhos também sentiam o poder paterno na direção de suas vidas. Uma vez que os integrantes da família patriarcal atuavam e dirigiam suas vidas em função da proteção dos interesses dela. [...] A esfera do exercício de poderes do pai restringia-se, juridicamente, à família legítima, construída por meio do matrimônio válido. Filhos ilegítimos não encontravam abrigo na original família codificada.

De acordo com Maria Berenice Dias (2007, p. 318).

A necessidade de preservação do núcleo familiar – leia-se, preservação do patrimônio da família – autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel. Fazendo uso de uma terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Desta maneira, registra-se que, no Código Civil de 1916, filho legítimo era aquele oriundo do matrimônio, ao passo que o filho ilegítimo era aquele derivado de uma relação extraconjugal, o filho civil era o filho adotivo, ou seja, aquele decorrente de uma adoção. Referente à filiação ilegítima, havia subdivisão entre o filho natural, que era o filho extramatrimonial de pessoas entre as quais não havia impedimento matrimonial na época da sua concepção (eram solteiros ou viúvos), e o filho espúrio que era aquele havido fora do casamento, contudo havia impedimento entre os pais para se casarem validamente, que era o caso dos adúlteros quando um ou ambos os genitores eram casados, ou incestuosos quando os pais não podiam casar em virtude de um impedimento (RODRIGUES, 2008, p. 297-298).

A esse respeito ensina Washignton de Barros Monteiro (2009, p. 354) que, na legislação civil de 1916, havia uma nítida diferenciação entre os filhos ditos legítimos e aqueles denominados ilegítimos. Logo, “filhos legítimos eram os nascidos de casal unido pelos laços do casamento. Quando os filhos não procedessem de justas núpcias, isto é, quando não houvesse casamento entre os genitores, se diziam ilegítimos”.

Por oportuno, anota-se a seguinte explicação quanto ao tratamento discriminatório dispensado à filiação pelo Código Civil de 1916:

A história legislativa do reconhecimento judicial da paternidade denota a crise do sistema clássico esculpido no Código Civil de 1916, que distinguia, de forma discriminatória e injustificada, os filhos “legítimos” dos “ilegítimos”, categorizando a filiação e imprimindo proteção superior aos filhos havidos na constância do casamento, valendo acrescentar que, no plano das conseqüências, a discriminação refletia-se, de um lado, no resguardo da filiação decorrente da união matrimonializada dos pais, e de outro, em matéria de reconhecimento (voluntário ou judicial) da paternidade ilegítima (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 14-15).

Ocorria, de fato, uma total exclusão dos filhos ilegítimos, sendo inclusive vedado ao pai reconhecê-los enquanto estivesse casado, o que demonstrava a flagrante discriminação realizada, haja vista que diversas crianças permaneciam sem pai declarado.

Fabio Ulhoa Coelho (2009, p. 145) destaca que havia uma hierarquia entre os filhos, considerando-se como filho verdadeiro apenas aquele decorrente do matrimônio, ou seja, o filho biológico do casal.

No que se referia aos filhos ilegítimos, o art. 358 do Código Civil de 1916 proibia o reconhecimento dos filhos espúrios (adulterinos e incestuosos), limitando o reconhecimento somente aos filhos legítimos e naturais, que poderia proceder de forma voluntária ou mediante investigação de paternidade/maternidade, sendo os filhos espúrios excluídos de qualquer proteção.

Com o advento da Lei 4.737 de 24.09.1942 e, posteriormente, da Lei 4.883 de 21.10.1949, possibilitou-se o reconhecimento dos filhos adulterinos, desde que dissolvida a sociedade conjugal até então mantida pelo genitor que era casado.

Ocorre que, até 1977, os filhos adulterinos que eram reconhecidos na forma supramencionada não possuíam os mesmos direitos sucessórios concedidos aos ditos filhos legítimos. Os filhos adotados, por sua vez, também não recebiam o

mesmo tratamento dos filhos legítimos, pois tinham direito somente a metade da quota destes na herança (COELHO, 2009, p. 145).

Por conseguinte, a lei do divórcio (Lei 6.515/77) fez cessar a discriminação existente em relação aos filhos ilegítimos, admitindo o reconhecimento do filho adúltero, por meio do testamento cerrado, equiparando o seu direito sucessório aos dos chamados filhos legítimos.

No entanto, cumpre observar que o grande divisor de águas, no que tange ao Direito de Família e, especialmente, ao instituto da filiação, é o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, “[...] resultado de profundas mudanças das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais, tais como a Revolução Industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina”, etc. (BOEIRA, 1999, p. 22).

Desta feita, analisa-se, no tópico seguinte, a mudança do paradigma familiar proveniente do surgimento da nova ordem constitucional.

2.2 A CRFB/88 E A MUDANÇA DO PARADIGMA FAMILIAR

No século XX algumas mudanças na sociedade brasileira acabaram por repercutir nas relações jurídicas do Direito de Família, acarretando, neste início do século XXI, inovações fundamentais. Com isso, foi possível ultrapassar o período extremamente conservador e autoritário da família tradicional, formada pelo casamento, hierarquizado e elitizado, alcançando-se, no período contemporâneo, a família plural, humanizada e destinada ao atendimento da dignidade da pessoa humana dos componentes da família (LÔBO, 2008, p. 01).

A esse respeito, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 58-59) elenca algumas transformações sentidas por toda a sociedade:

Diversas mudanças de função, de natureza, de composição e concepção da família sucederam-se durante o derradeiro século, especialmente após o advento do Estado Social, sendo marcante a progressiva tutela constitucional da família. Atualmente, devido à preocupação da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, as situações patrimoniais são funcionalizadas em prol daquelas existenciais, e com isso inclui o Direito de Família. A anterior concepção patrimonialista deste, vigente no Código Civil de 1916 e ainda forte no diploma civilístico atual, resultava e

ainda resulta em uma normatização maciça das relações e dos bens jurídicos patrimoniais em detrimento daqueles extrapatrimoniais. Entretanto, no curso do último século, alguns fenômenos ocorridos implicaram a evolução do Direito de Família: (a) a estatização; (b) a substituição do modelo da família extensa, do tipo patriarcal, pelo modelo de família nuclear, constituída do pai, da mãe e dos filhos menores (retratação); (c) a despatrimonialização; (d) a democratização; (e) a repersonalização e a desencarnação; (f) a dessacralização do casamento, a admissão do companheirismo como realidade jurídico - familiar e a indistinção entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais.

Destaca-se que mencionadas alterações constituiriam importantes fatores para a construção da atual conjuntura familiar, capaz de garantir direitos e deveres, a todos os membros do grupo.

Entretanto, nenhum fator foi tão significativo para o desenvolvimento do Direito de Família nos últimos tempos como a entrada em vigor da nova ordem constitucional, no ano de 1988. A partir de então, passou-se, inclusive, a denominar-se o Direito de Família como “Novo Direito de Família Constitucionalizado”.

Nesse norte, destaca-se que a CRFB/88, em seu art. 226, caput, declarou que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Ademais, salienta a doutrina que “[...] raras vezes uma Constituição consegue produzir tão significativas transformações na sociedade e na própria vida das pessoas como o fez a Constituição Brasileira de 1988” (DIAS, 2004, p. 19).

Sublinha-se a lição da doutrina:

O movimento de constitucionalização do Direito Civil demonstrou ser imperativa a releitura dos institutos do direito privado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido na Constituição de 1988, em seu art. 1º, inciso III, com eficácia irresistível sobre todo o ordenamento jurídico nacional em razão da supremacia das normas constitucionais. Sob esse ponto de vista, faz-se necessário funcionalizar os pilares fundamentais da vida privada – família, contratos e propriedade – de forma a garantir a sua atuação como instrumentos de realização da pessoa humana, valor hierarquicamente superior. Uma vez que a pessoa humana é reconduzida ao núcleo do sistema jurídico, como valor máximo, não com o matiz liberal do indivíduo-centrismo do século XVIII, cunhado a partir da figura abstrata do burguês, mas sim sob a perspectiva concreta da sua dignidade, não podemos deixar de dedicar especial atenção a esta gama primeira de conflituabilidade que envolve a pessoa, ainda antes de nascer, com relevantes reflexos no desenvolvimento de sua personalidade (LAURIA, 2003, p. 2).

Para Maria Berenice Dias a CRFB/88 “[...] num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou **a igualdade entre o homem e a mulher** e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros” (DIAS, 2007, p. 30-31) [grifo no original].

Nessa esteira, registra-se que o art. 226 da CRFB/88 estampa essa mudança de paradigma da família brasileira, reconhecendo as diversas formas de constituição familiar, diversa daquela estruturada pelo casamento:

Art. 226. A família base da sociedade tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

A liberdade e a igualdade garantem a felicidade nos lares, para que a relação conjugal se desenvolva com harmonia e respeito. Diante disso, verifica-se que não havia mais motivos para que fossem mantidas desigualdades baseadas puramente no fator sexo e também tratamento diferenciado a filhos não advindos da relação conjugal (OLIVEIRA, 2002, p. 81).

Então, a família constitucionalizada inverteu o modelo autoritário do antigo Código Civil, sendo fundamento desta mudança à solidariedade, o respeito e a dignidade da pessoa humana, assim como o consenso, conforme está disposto nos arts. 226 a 230 da Constituição Federal de 1988 (LÔBO, 2008, p. 05).

José Bernardo Ramos Boeira (2004, p. 133) dispõe que:

A sociedade contemporânea, em razão da liberação dos costumes, e, influenciada por novos paradigmas, impostos pelo avanço científico e pela tecnologia da informação, tem experimentado uma mutabilidade constante que determinou profundas alterações na família tradicional, descortinando uma noção de família nova, espelhando a realidade sociológica de sua configuração atual, afastada do conceito clássico, a qual se caracterizava por ser patriarcal, hierarquizada e matrimonializada.

Percebe-se, dessa maneira, que, de fato ocorreu, no que tange ao reconhecimento do pluralismo familiar, uma grande evolução no âmbito familiar, pois houve uma desconstituição do pensamento arraigado de gerações e, ao mesmo tempo, respondeu aos anseios da sociedade, concedendo mais igualdade aos integrantes da família.

A Constituição inovou, pois reconheceu não apenas a entidade matrimonializada, fundada no casamento, mas também a união estável e a família monoparental, permitindo ainda, uma interpretação extensiva, incluindo as demais entidades familiares (LÔBO, 2008, p. 6).

Denota-se que, antes da atual Constituição de 1988, apenas a família embasada no matrimônio era legitimada, sendo as demais excluídas da proteção do ordenamento jurídico brasileiro. No momento, diante da atual Carta Magna, vislumbra-se o reconhecimento de três espécies de constituição familiar, quais sejam: a família matrimonial; aquela formada pela união estável e, ainda, a chamada família monoparental.

A família matrimonial, como base do antigo sistema, não carece de maiores esclarecimentos, haja vista constituir aquela espécie de família baseada nos laços do matrimônio.

A união estável, de outra sorte, sempre esteve presente no meio social brasileiro, todavia não era reconhecida pelo ordenamento jurídico, sendo então discriminada por não estar enquadrada nos parâmetros delineados pela legislação vigente.

José Sebastião de Oliveira (2002, p. 8) destaca:

Parte da sociedade há muito tempo optava por um novo modelo de constituição familiar que não o casamento. Buscava-se maior liberdade e fugia-se do formalismo próprio do matrimônio. Eram as uniões estáveis, uma realidade que, embora negada pelos setores conservadores da sociedade, ganhava a cada dia mais adeptos.

Com efeito, diante das mudanças sociais, tornou-se necessário a adequação da legislação, com o conseqüente reconhecimento dos direitos das pessoas que viviam sob o manto da chamada união estável.

Ressalta-se que esse tipo de união sempre existiu, contudo, diante do conservadorismo e disciplinados por uma legislação (CC) editada no início do século XX, sob influencia dos valores do século XIX, que reconhecia apenas o casamento

como meio de constituição familiar, rejeitando qualquer outro tipo de família diversa desta, e por conta disso, marcou uma luta de muitas décadas por aqueles que sofriam as consequências discriminatórias da opção por esta espécie de família (OLIVEIRA, 2002, p. 143).

A vigente Constituição da República de 1988 constitui um marco de grandes mudanças no âmbito do direito de família, reconhecendo a união estável como entidade familiar, conforme dispõe o seu art. 226, § 7º, fato de suma importância jurídica e sociológica.

Nesse passo, ressalta-se que a união estável é uma entidade familiar constituída por um homem e uma mulher que convivem como se casados fossem, 'exercendo as mesmas funções e apresentando as mesmas características do matrimônio, como por exemplo, a formação de patrimônio comum, filhos e dever de sustento (MONTEIRO, 2009, p. 31).

Fabio Ulhoa Coelho (2009, p. 121-122) apresenta um breve histórico sobre a união estável:

Com a revolução dos costumes nos anos 1960, muitos jovens de classe média e alta passaram a constituir famílias sem se casar. Não havia impedimento nenhum ao casamento deles; poderiam casar-se, se quisessem; mas não queriam. O casamento era visto por eles como apenas uma simples folha de papel, absolutamente dispensável quando percebida a essência da relação conjugal no afeto, respeito mútuo e companheirismo. O matrimônio não garantia minimamente esses fatores essenciais da comunhão de vida, e podia até mesmo atrapalhá-los. A sociedade, de início estranhou a novidade, mas aos poucos aceitou, deixando de discriminar as uniões de homem e mulher que podiam casar-se, mas não viam sentido nisso.

A visão daqueles jovens de classe média ou rica que optarem por se unir sem casar estava equivocada. O casamento não era apenas uma folha de papel, mas ato que derivavam consequências jurídicas preciosas. Quando o enlace não frutificava, era muito mais difícil a justa e equilibrada composição dos interesses, tanto pessoais (guarda do filho, visitas) como patrimoniais (divisão dos bens adquiridos pelo esforço comum).

Assim, verifica-se que a união estável se funda no companheirismo, ou seja, na relação afetiva entre homem e mulher, na convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família, aparentemente muito semelhante ao casamento, contudo, livre do formalismo que este requer.

Outro modelo familiar que se tornou, ao longo do tempo, mais presente no meio social é aquela família formada por pais separados e divorciados e seus filhos,

apresentando um núcleo familiar diverso do casamento (OLIVEIRA, 2002, p. 215-216).

Essa família chama-se monoparental e ocorre quando o genitor ou a genitora cria sozinho seu filho, por ser viúvo, separado, divorciado, por não mais conviver em união estável ou até mesmo por escolha própria (OLIVEIRA, 2002, p. 215).

A monoparentalidade se fez presente em nossa sociedade nas últimas três décadas, principalmente nos últimos vinte anos, tendo em vista ser o período com o maior número de divórcios, uma das causas de tal fenômeno. Contudo, em uma análise mais profunda, sublinha-se que a monoparentalidade sempre existiu, assim como o concubinato, vez que sempre existiram mães solteiras, mulheres e crianças abandonadas. Entretanto, tal acontecimento não era percebido pelo legislador, haja vista que tal assunto permaneceu por décadas às margens do mundo jurídico (LEITE, 2003, p. 21).

Existem duas classificações para a monoparentalidade, a paternal e a maternal. A primeira é a entidade familiar formada pelo pai e seus descendentes, já a segunda é aquela formada pela mãe e seus descendentes, sendo estatisticamente comprovado que as famílias monoparentais maternas são verificadas em maior número na sociedade (COELHO, 2009, p. 133).

Washington de Barros Monteiro (2009, p. 05) evidencia que:

Na evolução do direito de família verifica-se que, além de ser havida como célula básica da sociedade, presentes os interesses do Estado, a família passou a ser tratada como centro de preservação do ser humano, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares.

Na atual conjuntura, especialmente em face dos dispositivos da CRFB/88, portanto busca-se a preservação do bem-estar, da dignidade das pessoas, sendo necessário, para isso, promover a proteção dos diversos tipos de entidades familiares, como bem diz José Afonso da Silva:

A família é afirmada como base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que integram e criação de mecanismos de coibir a violência no âmbito de suas relações. Não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar. Entende-se também como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito de proteção do estado, também, a união estável entre homem e mulher, cumprindo a lei facilitar sua conversão em casamento (CF. Lei. 9.278, de 10.596). Em qualquer desses casos, os

direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, especificando aqui o direito de igualdade entre ambos, já consignado no art. 5º, I (art. 226) (SILVA, 2009, p. 850).

Assim, a tendência é de que a família se funde na afetividade, que nutra uma afeição mútua entre seus entes, deixando de ser organizada e hierarquizada.

José Sebastião de Oliveira (2002, p. 229) nesse sentido, argumenta:

Jamais perdemos de vista a diferenciação própria que o constituinte procurou dar a cada espécie familiar. Contudo, é inegável que todas as espécies de família são faces de uma mesma realidade. A mudança reclamada pela sociedade não ocorreu de maneira separada para cada uma delas. Ao contrário, as diversas maneiras pelas quais homens, mulheres e filhos desenvolviam os laços afetivos faziam parte de uma mesma realidade cercada por características comuns que não suportavam mais a estrutura patriarcal enraizada nos setores conservadores de nossa sociedade e prevista numa legislação que estava em completa desarmonia com a realidade nacional.

Percebe-se que as entidades familiares se simplificaram e ao mesmo tempo se pluralizaram, levando-se em conta o que há de mais importante, ou seja, os laços que unem pessoas e não a forma como elas se unem juridicamente.

De acordo com a doutrina “como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade” (LÔBO, 2008, p. 1).

Assim, com base nos fundamentos apresentados, não se pode mais ter em mente o modelo único de família, sobre isso disserta Maria Berenice Dias (2007, p. 38):

Pensar em família ainda traz a mente o modelo convencional: um homem uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou, daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório.

Por conseguinte, ressalta-se que, além das transformações supramencionadas sentidas no âmbito das entidades familiares, a nova Carta Magna também provou relevantes transformações na seara do instituto jurídico da filiação.

Assim, percebe-se que a CRFB/88 estabeleceu uma nova ordem jurídica, priorizando a dignidade da pessoa humana, impedindo qualquer conceituação discriminatória relativa à filiação e, com isso, garantindo os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (DIAS, 2007, p. 337).

Nesse contexto, constituindo um grande passo para a evolução do direito brasileiro, em seu art. 227, § 6º, a CRFB/88 assegurou o denominado princípio da igualdade entre os filhos:

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.

[...]

§ 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 (BRASIL, 1988).

Com efeito, a partir da nova Constituição verifica-se que todos são apenas filhos, havidos ou não dentro da constância do casamento, com direitos e qualificações iguais. Esse princípio da igualdade dos filhos, de igual sorte, encontra-se determinado também no art. 1596 do Código Civil, “*os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designação discriminatórias relativas à filiação*” (GONÇALVES, 2009, p. 286) [grifos no original].

Ressalta Silvo de Salvo Venosa (2006, p. 255) que “a igualdade de direitos dos filhos, independente de sua origem, tal como fixada na atual ordem constitucional, representa o último estágio da problemática e traduz a tendência universal”.

Para complementar a transformação do Direito brasileiro, no que tange à filiação, entrou em vigor a lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que trata do reconhecimento e da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Preceitua o art. 1º desta legislação que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e poderá ser feito nos seguintes moldes: a) no registro de nascimento, mediante comparecimento dos pais; b) por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; c) por testamento, ainda

que incidentalmente manifestado; d) por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. É importante lembrar que tal dispositivo foi acrescentado ao Código Civil de 2002, em seu art. 1609, com a mesma redação (BRASIL, 2002).

Atualmente, a paternidade começou a ser vista como uma relação psicoafetiva, derivada da convivência duradoura e presente no seio da sociedade. Essa nova tendência assegura ao filho não só um nome de família, mas também afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial, indicativo de uma convivência paterno-filial que, por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade (BOEIRA, 2004, p. 138).

Para Maria Berenice Dias (2007, p. 32):

Todas essas mudanças refletem-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando o surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Ditas expressões nada mais significam do que a consagração, também no campo da parentalidade, do novo elemento estruturante do direito das famílias.

Vê-se, então, que a criança passou a ser tratada como sujeito de direito, devendo ter sua dignidade preservada, bem como que a relação de filiação não depende mais exclusivamente da relação biológica entre o pai e o filho.

Assevera Maria Berenice Dias (2007) que a atual ordem jurídica consagrou como essencial o direito à convivência familiar, seguindo a doutrina da proteção integral, tornando a criança em sujeito de direito, dando prioridade à dignidade da pessoa humana e abolindo a feição patrimonialista da família tida até então. Assegurou, também, os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias no âmbito do instituto.

Observa-se, por fim, que a paternidade não fica restrita à carga genética do indivíduo e sim ligado ao lado afetivo de seus entes, podendo a paternidade socioafetiva ter sua origem biológica ou não.

Essas mudanças aconteceram com o fim de adequar às alterações ocorridas na sociedade às transformações sentidas no paradigma familiar, abarcando direitos e garantindo a isonomia de seus entes.

Com isso, a família brasileira passou a ser vista de uma outra maneira, com uma nova concepção, não mais se restringindo ao modelo matrimonial, reconhecendo-se dessa forma, o pluralismo familiar existente na sociedade, assim como a igualdade dos filhos.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, a seguir, apresentam-se alguns dos principais princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios consagrados na Carta Magna da República constituem verdadeiros mandados de otimização e pilares do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, Maria Berenice Dias (2006, p. 47) afirma que “todo um novo modo de ver o direito emerge da Constituição Federal, verdadeira **carta de princípios**, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CF 5.º § 1.º)” [grifo no original].

Acerca do conceito de princípio, anota-se a seguinte definição extraída do dicionário:

s.m. Começo, origem, fonte. / Física. Lei de caráter geral que rege um conjunto de fenômenos verificados pela exatidão de suas conseqüências: princípio da equivalência. / &151; S.m.pl. Regra da conduta, maneira de ver. / Regras fundamentais admitidas como base de uma ciência (FERREIRA, 2010).

Para Miguel Reale (1997, p. 61):

Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de distinção e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.

Dessa maneira, pode-se considerar os princípios como regra fundamental ou norma de conduta que, no caso específico do direito de família, garantiu uma

série de direitos. Nesse contexto, Paulo Bonavides (2002, p. 265) explica a função dos princípios da seguinte forma:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, o grau de normas das normas, de fontes das fontes. São qualitativamente a viga – mestre do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

A citação acima demonstra a flagrante importância dos princípios frente à atual norma constitucional, assim como para toda a sociedade contemporânea e para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Ademais, trouxe a nova Carta Magna princípios expressos, atinentes ao Direito de Família, garantidores da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros, igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando sua origem e sua modalidade de vínculo, bem como o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (VENOSA, 2006, p. 7-8).

Desta feita, julga-se relevante, destacar alguns aspectos dos principais princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família, relevantes para o presente estudo.

O princípio da isonomia entre os filhos encontra respaldo legal no art. 227, § 6º, da CRFB/88, que findou com o período de exclusão e de tratamento diferenciado, sendo, atualmente, irrelevante o tipo de vínculo. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que também encontra fundamento no art. 227, em um grande passo tornou o filho sujeito de direitos, em processo peculiar de desenvolvimento físico e psíquico, por esse motivo merecedor de tratamento diferenciado (GAMA, 2008, p. 81-90).

Menciona-se, também, o princípio da solidariedade familiar que, em analogia ao princípio da solidariedade social, disposto no art. 3º, I, da CRFB/88, que prevê a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, declarou que a solidariedade também deve existir nas relações familiares, inclusive como pressuposto fundamental para o estabelecimento do dever de prestar alimentos. Ressalta-se, nesse viés, que a solidariedade não é somente patrimonial, sendo também afetiva e psicológica (TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 31-32).

O princípio da convivência familiar, por seu turno, visa assegurar a relação afetiva duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude dos laços de parentesco ou não. Tal princípio menciona o espaço físico, a casa, o lar, um ambiente onde a família se sinta acolhida, sendo essa atmosfera intocável e imprescindível para que a convivência familiar se construa de maneira estável. Pode-se encontrar os fundamentos legais deste princípio no inciso XI, do art. 5º, da CFRB/88 que estabelece que a casa “é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”, estando explícito no art. 227 da Carta Constitucional (LÔBO, 2008, p. 52).

Um outro princípio que garantiu mudanças frente ao universo familiar foi à igualdade jurídica entre os cônjuges, presente na Constituição de 1988 em seu art. 5º, I, que declara que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, bem como em seu art. 226, § 5º, que afirma que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, restando claro a não prevalência de direitos entre os cônjuges, devendo a entidade familiar ser conduzida por ambos (PEREIRA, 2003, p. 67).

O princípio do maior interesse da criança e do adolescente, conforme é preceituado no art. 227, *caput*, da CRFBB/1988 que “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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão”, tal proteção é assegurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 38).

A esse respeito comentam Flavio Tartuce e José Fernando Simão (2008, p. 39):

Também complementando o que consta no Texto Maior, o art. 4º do ECA diz que: “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 a convivência familiar e comunitária”.

Percebe-se, assim, que os princípios acima mencionados acabaram harmonizando a relação familiar, trazendo a tona situações existentes na sociedade e que, até então, permaneciam não vislumbradas pelo legislador pátrio.

É com base nesses preceitos que, a seguir, analisar-se-ão os modelos de filiação existentes na sociedade, especialmente aqueles decorrentes das novas espécies de entidade familiar, abordando-se inclusive as presunções de paternidade e as formas de reconhecimento dos filhos, assim como os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

3 DO INSTITUTO DA FILIAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AFETIVIDADE

“Cada criança, ao nascer, traz-nos a mensagem de que Deus ainda não perdeu a esperança no homem”.
(Rabindranath Tagore)

Considerando os novos paradigmas que embasam o Direito de Família e o instituto da Filiação, salienta-se que o presente capítulo tem como objetivo principal analisar o conceito e a classificação da filiação; as presunções de paternidade e as possibilidades de reconhecimento dos filhos, assim como os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, corolários das relações paterno-filiais.

3.1 CONCEITO

Preambularmente, vale conceituar a filiação como sendo uma relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa naquelas que a geraram, ou nas que a receberam como se tivesse gerado, e, com essa relação de parentesco, criam-se efeitos jurídicos (RODRIGUES, 2008, p. 297).

Edmilson Villaron Franceschinelli (1997, p. 13) afirma que a palavra filiação, que deriva do latim *filiatio*, “[...] é a relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filhos, na linha reta gerando o estado de filho, decorrente de vínculo consanguíneo ou civil, criando inúmeras conseqüências jurídicas”.

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2008, p. 316), a filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau.

Nesse contexto, relevante a definição apresentada por Paulo Lôbo (2008, p. 192):

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou mediante posse do estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.

Tal conceito revela as diferentes modalidades pelas quais se constituem a filiação, não levando em consideração apenas a forma biológica ou por adoção.

Nessa mesma linha de raciocínio, a doutrina atual vem afirmando que “[...] a filiação pode ser encarada sob sua ótica natural, jurídica e afetiva” (BOSCARO, 2002, p. 16).

Maria Helena Diniz (2008, p. 442- 443), por sua vez, define filiação como o vínculo presente nas relações entre filhos e pais. Para a doutrinadora, refere-se ao liame de ligação de parentesco de sangue “[...] em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga”.

Em que pese a apresentação das diversas conceituações acima, sublinha-se que se trata de um tema de difícil definição, especialmente em face dos diferentes vértices que o instituto da filiação apresenta atualmente. Contudo, em resumo, pode-se entender como filiação o elo que une as pessoas envolvidas na relação paterno/materno-filial, independentemente do fator biológico.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DA FILIAÇÃO

É comum a existência, nas obras doutrinárias de Direito, de classificações para os mais diversos institutos jurídicos, independente do ramo jurídico estudado. No caso do Instituto da Filiação, não é diferente. Entretanto, cumpre destacar que, em face do princípio constitucional da igualdade de filiação, consagrado da CRFB/88, a classificação que será apresentada a seguir tem objetivos meramente didáticos, não possibilitando a realização de qualquer espécie de diferenciação entre os filhos.

Nesse viés, a doutrina declara que as classificações de filiação atualmente existentes apresentam “[...] compreensão essencialmente técnica e não mais discriminatória. Inevitável, contudo, que seja mantida a diferença terminológica e conceitual para compreensão dos respectivos efeitos” (VENOSA, 2007, p. 208).

Luiz Edson Fachin (1999 apud VENOSA, 2007, p. 208), corroborando com esse entendimento, declara que “há um resíduo diferenciador sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar”.

Existem diversos modelos de filiação na atualidade, sendo necessário realizar-se algumas diferenciações. Quando o filho porta a herança genética do pai e da mãe a filiação é biológica, sendo natural se provir de relações sexuais mantidas por seus genitores. Também se classifica como biológica a filiação concebida *in vitro*, desde que, o material tenha sido fornecido pelos pais registrais, ainda que a gestação tenha sido feita em outra mulher, é o caso da doadora temporária de útero. Nos demais casos, o filho não carrega a herança genética de seus pais, sendo esta filiação denominada de não biológica, é o caso da filiação onde apenas os gametas de um dos pais participam da concepção; a filiação por substituição, que é o caso da reprodução assistida heteróloga; a filiação socioafetiva que provém da relação de afeto; e, por fim a filiação adotiva, decorrente da adoção, ou seja, resultado de um processo judicial em que uma pessoa aceita outra como filho (COELHO, 2009, p. 146-147).

Na filiação biológica, as pessoas que são qualificadas como pais no registro de nascimento de uma criança são aquelas que a geraram, ou seja, fornecedores do material necessário para sua concepção, que pode ter ocorrido de forma natural, ou *in vitro* (COELHO, 2009, p. 148).

Assim, o vínculo biológico nada mais é do que a identidade genética que une dois indivíduos pelos laços do parentesco, ou seja, uma relação genética ou consangüínea entre os pais e os filhos (JATOBÁ, 2009).

Ainda no que diz respeito à classificação da filiação, tem-se aquela decorrente do matrimônio, ou seja, os chamados filhos matrimoniais, que significa dizer que o parto e o decorrente nascimento com vida da criança, ocorreram durante o matrimônio, levando-se a presumir que o marido em questão é o pai. E os filhos extramatrimoniais, que são aqueles que não nasceram na constância do casamento e dependem do reconhecimento espontâneo ou judicial no que tange à linha paterna. Sendo importante salientar, nesse passo, que a classificação em questão

pode ser aproveitada quando o filho for adotivo, no caso dos adotantes serem casados ou viverem em companheirismo (GAMA, 2008, p. 340-341).

Salienta-se, ainda, a classificação que diferencia os filhos, tendo os resultantes de procriação carnal ou de reprodução assistida. O elemento fundamental desta distinção é a presença de relação sexual no caso da filiação decorrente da procriação carnal, ou ausência desta na filiação decorrente da reprodução medicamente assistida (GAMA, 2008, p. 341).

A inseminação artificial, ou reprodução assistida, pode ser realizada de duas formas: a) inseminação homóloga, onde se pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro, sendo necessário tal procedimento, pois embora ambos os cônjuges sejam férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual; b) inseminação heteróloga, que ocorre quando o sêmen é de um doador que não o marido. Essa modalidade é geralmente aplicada por esterilidade do marido, incompatibilidade do fator de Rh, alguma moléstia grave transmissível pelo cônjuge varão, entre outras hipóteses (VENOSA, 2006, p. 243).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 346) comenta:

Finalmente, diante do reconhecimento da diversidade de fontes ou de pilares da filiação, em termos de sistematização e em coerência com os fenômenos da biologização – em determinados caso – e, ao mesmo tempo, de desbiologização – em outras hipóteses – da filiação, é oportuno consignar a existência da quarta classificação que leva em conta critério da fonte do instituto jurídico da filiação. Assim, dependendo do critério eleito no ordenamento jurídico, poder-se-á encontrar filiação legal (jurídica) – relacionada à ficção jurídica criada na lei -, filiação biológica – vinculada na verdade biológica – e a filiação afetiva – atinente à verdade socioafetiva que prevalece, em determinados casos, sobre as duas anteriores, na adoção, por exemplo.

Nesse passo, importante realizar um breve comentário a respeito da filiação jurídica ou legal, muito embora não se relacione diretamente ao assunto principal deste trabalho, eis que é aquela que estava vinculada diretamente ao casamento como valor absoluto, onde a relação de paternidade filiação era imposta independente do fator biológico, já que não se poderia presumir que o filho da mulher casada não fosse de seu marido. Assim, ainda que faltasse pertinência biológica, a lei impunha a filiação jurídica, dessa maneira ressaltando somente alguns casos determinados e em prazos bem limitados, resguardando dessa

maneira o interesse do marido, sem qualquer atenção a criança. O argumento para tal previsão era a preservação da paz doméstica que não poderia ser abalada, o que fazia com que muitas vezes o marido reconhecesse tal criança como sua (GAMA, 2008, p. 346).

Finalmente, registra-se, ainda na classificação da filiação, a presença da chamada filiação socioafetiva, definida como aquela “[...] na qual o amor e o carinho recíprocos entre os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social” (VENOSA, 2007, p. 208). Entretanto, deixa-se de aprofundar o tema, haja vista constituir o objeto de estudo do próximo capítulo desta monografia.

3.3 PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE E RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Com o casamento ocorre a presunção da paternidade, denominada – *pater is est quem nuptiae demonstrant*¹. Desta feita, por haver coabitação e dever de fidelidade, a lei presume a existência de relações sexuais entre os cônjuges e, assim, que a paternidade pertence ao marido (MONTEIRO, 2009, p. 359).

Essa presunção encontra respaldo no art. 1.597 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2008, p. 449-452), à luz do dispositivo acima mencionado, explica todas as presunções de paternidade enumeradas pelo Código Civil da seguinte maneira:

¹ *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, quer dizer: “É pai aquele que as núpcias legítimas indicam. Tal regra é de origem antiqüíssima, já constando no Digesto, fragmento de Paulo (II, 4, fr. 5)” (VELOSO, 1997, p. 52).

1) Os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e não do dia da celebração do ato nupcial, porque há casos de casamento por procuração. Assim, se a criança nasceu 6 meses após o casamento, presume-se ser filha do casal; se veio à luz antes desse prazo, não há qualquer presunção de sua filiação. Mas não se pode elidir a presunção da paternidade, nem contestar a filiação do nascido antes de 180 dias, exceto o marido, que tem o direito de contestar a paternidade de filho nascido de sua mulher (CC, art. 1.601)

2) Os filhos nascidos dentro dos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação, nulidade ou anulação, porque a gestação humana não vai além desse prazo.

Salvo prova em contrário, se a mulher, antes do prazo de 10 meses, vier a contrair novas núpcias, pois está viúva ou seu primeiro casamento foi invalidado, e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos 300 dias a contar da data do falecimento deste, e do segundo se o nascimento se der após esse período e já decorrido o prazo de 180 dias depois de estabelecida a convivência conjugal (CC, art. 1.598). Essa presunção de paternidade de filho nascido de binuba é *júris tantum*, logo cederá, mediante prova em contrário (p. ex., teste de DNA), efetuada em ação ordinária provocada pelo interessado.

3) Os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Assim, o filho concebido *post mortem* terá, por ficção jurídica, um lar, possibilitando a sua integração familiar e social, tendo em vista que a família monoparental é protegida constitucionalmente. Mas, por outro lado, o uso do material fertilizante depende de anuência prévia do doador, uma vez que tem propriedade sobre as partes destacadas de seu corpo.

4) Os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários (Lei n. 11.105/2005, arts. 5º, I e II, §§ 1º e 2º, e 6º, III, regulamentada pelo Decreto n. 5.591/2005, arts. 3º, XIII, XIV, XV, 63 a 67), decorrentes de concepção artificial homóloga, isto é, dos componentes genéticos advindos do marido e da mulher. Aqui também é preciso anuência expressa do casal após esclarecimento da técnica de reprodução assistida *in vitro* a que se submeterão.

5) Os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido, reforçando a natureza socioafetiva do parentesco.

Portanto, o filho havido pela mulher casada presume-se de seu marido. Assim, se houver casamento, presume-se a paternidade, ao menos que esta seja contestada. Entretanto, igual situação não ocorre na filiação havida fora do casamento, pois, nesse caso, não há presunção legal (RODRIGUES, 2008, p. 318).

Utiliza-se a presunção da concepção do filho a qualquer entidade familiar, haja vista que a convivência conjugal, na lei, deve ser entendida como abrangente da convivência em união estável. Contudo, enquanto no casamento presume-se a convivência a partir da celebração, na união estável deve ser comprovado o início de sua constituição, vez que esta não depende de ato ou declaração (LÔBO, 2008, p. 202).

Quanto ao reconhecimento dos filhos, ressalta-se que, antes do atual Código Civil, tal matéria era disciplinada pela Lei 8.560/1992 (Lei da investigação da

Paternidade), norma que ainda continua parcialmente em vigor, principalmente no que tange à matéria processual. O reconhecimento dos filhos está disposto no atual Código Civil, em seus arts. 1.607 a 1.617 (TARTUCE; SIMÃO 2008, p. 334).

Silvio Rodrigues (2008, p. 318) ensina:

O que juridicamente estabelece o parentesco entre pai, mãe e o filho assim concebido é o reconhecimento. Esse ato, espontâneo ou forçado, é que, criando a relação de parentesco entre pais e filhos, gera toda uma série de conseqüências na órbita do direito. Antes do reconhecimento não há, em rigor, parentesco, dentro da esfera do direito. Desde o momento do reconhecimento válido, a filiação fica proclamada, dela defluindo os efeitos permitidos em lei.

O art. 1609 do Código Civil (BRASIL, 2002), por seu turno, prevê as hipóteses de reconhecimento voluntário dos filhos, assim como segue:

[...].

I- no registro de nascimento;

II- por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III- por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV- por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

O reconhecimento espontâneo é um ato solene, pelo qual alguém declara que determinada pessoa é seu filho, e o reconhecimento judicial, ou forçado é aquele que decorre de sentença havida em ação de investigação de paternidade, onde é declarado que o requerente é filho do investigado (RODRIGUES, 2008, p. 319).

Caso o filho havido fora do casamento seja registrado sem menção do nome do pai, este poderá voluntariamente registrá-lo por intermédio de escritura pública, ou escrito particular (COELHO, 2009, p. 172).

O testamento também é uma maneira de reconhecimento voluntário da paternidade, e muito utilizado, pois não compromete a “paz familiar” e ao mesmo tempo não deixa de realizar o reconhecimento do filho (DIAS, 2007, p. 342).

O reconhecimento judicial, por sua vez, opera-se mediante ação de investigação de paternidade ou da maternidade na forma como já mencionado. (MONTEIRO, 2009, p. 372). Sobre o tema, ensina Washington de Barros Monteiro (2009, p. 375):

Investigação de paternidade - Como se viu, a lei faculta aos pais diversas oportunidades para o reconhecimento voluntário dos filhos não havidos de casamento: a) no próprio termo de nascimento do filho, ao ser registrado; b) por escritura pública; c) por testamento; d) por escrito particular; e) por manifestação perante o juiz. Quanto ao reconhecimento judicial, processa-se este de acordo com os arts. 1.606, 1615 e 1616 do Código Civil de 2002.

Então, observa-se que, caso não seja realizado o reconhecimento voluntário, a lei possibilita a realização de investigação de paternidade, o que atualmente tem trazido grande precisão e certeza por conta do teste de DNA.

Após essas breves ponderações acerca da presunção de paternidade e do reconhecimento dos filhos, passa-se, no item seguinte, à análise do princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

3.4 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA AFETIVIDADE

A CFRB 1988, como já mencionado, elencou diversos princípios que fundamentam atualmente todo o Direito de Família. Assim, verifica-se que a norma constitucional consagra alguns importantes axiomas, transformando-os em direito positivo, com o objetivo de aplicá-los ao caso concreto (DIAS, 2007, p. 57).

No entanto, diversos princípios, a exemplo da solidariedade familiar e da igualdade dos cônjuges, já foram abordados no Capítulo anterior, razão pela qual, nesse momento, emprega-se especial atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana e a da afetividade por estarem os mesmos intimamente relacionados à filiação socioafetiva, tema principal do próximo capítulo monográfico.

Para Alexandre de Moraes (2006, p. 16):

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, consistindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A esse respeito assevera Patrícia Fontanella (2006, p. 42):

Figura como princípio básico de convivência dos seres humanos em uma sociedade politicamente organizada. Assim, não se permite a redução do homem à condição de objeto, quer pelo Estado, quer por outros indivíduos. Trata-se de valor fundamental da ordem jurídica brasileira, pois repudia qualquer maneira de instrumentalização do homem e rebate toda forma de sua desconsideração como sujeito de direitos.

Paulo Lôbo (2008, p. 38) faz um breve histórico sobre a dignidade da pessoa humana e sua evolução frente às famílias brasileiras:

Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade não poderia ser a mesma. O espaço privado familiar estava vedado de intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular resistente. No que se respeita à dignidade da pessoa da criança, o art. 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico *bill of righth*, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

Com a implementação do mencionado princípio assegurou-se direitos a todos os entes da família, em especial a criança e ao adolescente, acarretando uma verdadeira transformação familiar através da garantia de uma vida digna a todos os membros pertencentes ao grupo.

O artigo 1º, inciso III, da CRFB 1988, fundamenta o princípio em comento, assim como segue:

Art. 1º 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 (BRASIL, 1988).

Não é tarefa fácil estabelecer uma conceituação exata do que venha a ser a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a amplitude do assunto. A esse respeito comentam Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2008, p. 26):

Ora, não há no ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma clausula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes interpretações.

Embora constitua um princípio capaz de ser empregado em diversas situações, na hipótese de sua conceituação à luz do bem estar da pessoa humana e ainda do ambiente familiar, pode-se fazer uso da idéia de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 114):

Especificamente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, sua absoluta intangibilidade deve ser buscada em outra esfera. Com efeito, na medida em que a dignidade é algo inerente à essência do ser humano e que o qualifica como tal, sustenta-se que a dignidade a pessoa humana é algo do qual nem este pode livremente dispor, sendo, portanto, irrenunciável, inalienável e intangível. Pode afirmar-se, portanto, à luz do exposto, que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo e, nesse sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas.

Assim, a dignidade é algo que não se pode dispor, é inerente ao ser humano, como uma barreira intocável e intransponível, que deve ser sempre garantida e preservada.

A atual Constituição da República, como mencionado, firmou como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana”. No que refere à família, tal princípio baseia as normas que sedimentam a emancipação de seus membros, o que se pode observar nos arts. 226, §7º, 227, *caput*, e 230, onde a família protegida pela Constituição prioriza o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2008, p. 39).

Todos os dispositivos Constitucionais que se referem à família estão ligados implicitamente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Como exemplo tem-se o artigo 226, *caput*, que dispõe sobre a proteção de todas as espécies de família; o artigo 226, parágrafos 3º e 4º, que trata do reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar, como a família monoparental e as uniões estáveis; o artigo 5º, *caput*, I, e artigo 226, parágrafo 5º, que renova a

relação do patrimônio familiar, passando a chefia familiar a ser do casal e não mais exclusiva do pai; o artigo 226, parágrafo 6º, que reconhece como preceito constitucional a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial; o artigo 226, parágrafo 5º, que traduz a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável; o artigo 226, parágrafo 8º, que institui a assistência do Estado a todas as espécies de família; e também no artigo 227, *caput* e seus incisos, que declara ser dever da família, sociedade e Estado a garantia à criança e ao adolescente dos direitos inerentes a sua personalidade.

Nesse norte, ensina José Sebastião de Oliveira (2002, p. 273):

São princípios constitucionais do Direito de Família previstos na atual Constituição Federal: proteção de todas as espécies de família (art. 226, *caput*, CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º, CF); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, *caput*, I, e art. 226, § 5º, CF); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º, CF); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º, CF); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º, CF); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes a sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, CF); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, §6º, CF); respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles de assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

Pode-se observar que a dignidade da pessoa humana tem sido muito ressaltada no âmbito do direito de família, sendo uma série de direitos e prerrogativas dela decorrentes.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 71) afirma que:

De se notar que, à luz do art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana deve ser acompanhada da necessidade de que as demais pessoas e a comunidade respeitem sua liberdade e os seus direitos, de modo a permitir o resguardo e a promoção dos bens indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade humana. Na esfera da entidade familiar, incumbe a todos os seus integrantes promover o respeito e a igual consideração de todos os demais familiares, de modo a propiciar uma existência digna para todos e de vida em comunhão de cada familiar com os demais.

Por fim, conclui Luiz Roberto de Assumpção (2004, p. 41):

Assim, a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a personalidade constituem elemento unificador do sistema, visto que apontam o caminho a ser por ele seguido. Observa-se uma reordenação de prioridades de tutela e o sujeito passa a ser o centro das preocupações jurídicas.

Já a afetividade, segundo a doutrina, consubstanciada no “respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual” (OLIVEIRA, 2002, p. 233).

Por isso, um princípio que se encontra bastante evidenciado atualmente e que possui imensurável importância nas relações familiares é o da afetividade, que recebeu grande impulso com a CRFB/1988, caracterizando-se, inclusive, como consectário do axioma da dignidade da pessoa humana.

Através do afeto a família restaurou sua função, voltando a ser um grupo unido pelos laços afetivos e interesses comuns, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade fez surgir à igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos respeitando seus direitos fundamentais, emergindo a chamada solidariedade recíproca, que deve ser sempre preservada, mesmo que em detrimento de interesses patrimoniais. O que é um avanço, à frente da pessoa humana nas relações (LÔBO, 2008, p. 48).

Conforme Luiz Roberto Assumpção (2004, p. 49):

A existência de comunhão valoriza o afeto, que passa também a informar as relações de parentesco, não mais se limitando aos vínculos consangüíneos ou formais. O afeto, nesses termos, exerce papel de construtor e promotor das relações filiais.

Pode-se encontrar o princípio da afetividade implícito na CFRB/1988, a exemplo dos seguintes dispositivos: a) todos os filhos são iguais independente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção alcançou o plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, tendo a mesma dignidade e sendo constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) a convivência familiar e não a origem biológica é prioridade absoluta à criança e ao adolescente (art. 227) (LÔBO, 2008, p. 48).

Afirmam Rafaelle Ferreira Rocha e Gleick Meira Oliveira, (2008):

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional. Não é rogativa de princípio, nem episódio excepcionalmente sociológico ou psicológico. No que tange aos filhos, o progresso dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. A declaração da natureza da família como grupo social instituído fundamentalmente nos laços de afetividade, projetou-se no campo jurídico-constitucional.

Na Carta Magna é possível encontrar três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa exasperada evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX: todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º) e; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).

Para Maria Berenice Dias (2007) o afeto é apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto, na Constituição Federal, como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

Conforme José Sebastião de Oliveira (2002, p. 233):

Os integrantes das famílias, não obstante a intensa liberdade com que mantêm seus relacionamentos buscam cada dia mais o fortalecimento da reciprocidade dos seus sentimentos. Essa amálgama dos laços familiares é representado pela afetividade. Essa razão não vem de nenhuma estrutura legislativa codificada.

Assim, o afeto nasce do convívio diário, fundado no respeito, e é na família que os laços de afetividade tornam-se mais fortes e sustentam o relacionamento familiar. Não cabe ao Direito criar o afeto, pois esses sentimentos não derivam de legislação (OLIVEIRA, 2002, p. 233).

Paulo Luiz Netto Lôbo (2004) enfatiza:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do quantum despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações.

Ademais, assevera Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral (2010):

Uma família constitucionalizada faz surgir uma visão democrática, em que o princípio da igualdade prestigia todos os seus membros. O pátrio poder cede espaço ao poder familiar, passa a existir absoluta isonomia entre os

descendentes e todos passam a conviver sob o vínculo da parentalidade, quebrando a hierarquização que até então se impunha.

Nessa perspectiva, a afetividade passa a ser um axioma, em busca da igualdade substancial, e não mais formal, efetivando o respeito às diferenças individuais, desempenhando importante papel para a construção ou a reestruturação da personalidade de cada um. Quando o respeito à pessoa, à sua identidade, à sua individualidade e às suas aspirações começa a ser observado, gera uma preocupação não somente de desejar, mas de promover o bem-estar dos entes familiares.

A afetividade, então, se torna uma máxima nas relações familiares, garantindo a igualdade entre seus entes, proporcionando bem estar e uma condição favorável para a construção da personalidade de cada integrante da família.

Nelsina Elizena Damo Comel (2006, p. 89), por sua vez, afirma que:

O pai se constitui no laço de união entre as gerações. Realizando um ato expreso de vontade frente a uma criança, ele adota o filho, recebendo-o como tal, seja o filho biológico ou o adotivo. Dentro da aludida visão, da para entender que a paternidade é a mesma frente a um filho, natural ou adotivo.

Vê-se, por isso, que a afetividade tem constituído não só as famílias atuais, como também têm baseado a filiação, fazendo com que esse vínculo, lastreado unicamente no afeto, constitua direitos e ainda crie vínculos jurídicos.

Consoante os ensinamentos da doutrina acima mencionados, percebe-se a relevância do princípio da afetividade com valor fundante e norteador de todo o Direito de Família, especialmente no que tange à filiação. Dessa maneira, adentra-se, no próximo capítulo, no estudo do tema principal proposto para essa monografia, qual seja: “A filiação socioafetiva e as possibilidades de seu reconhecimento”.

4 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E AS POSSIBILIDADES DE SEU RECONHECIMENTO

“Pai é alguém que, por causa do filho, tem sua vida inteira mudada de forma inexorável. Isso não é verdadeiro do pai biológico. É fácil demais ser pai biológico. Pai biológico não precisa ter alma. Um pai biológico se faz num momento. Mas há um pai que é um ser na eternidade; aquele cujo coração caminha por caminhos fora do seu corpo. Pulsa, secretamente, no corpo do seu filho (muito embora o filho não saiba disto)”.
(Rubem Alves)

4.1 A DENOMINADA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A entidade familiar transformou-se em um espaço de realização da afetividade humana, com isso, marcou o deslocamento da função econômica – política - religiosa - procracional para essa nova função. Tal tendência pode ser denominada de repersonalização das relações civis, que evidencia o interesse da pessoa humana mais do que as relações patrimoniais, ressaltando sua dignidade. Assim a família passou a ser o espaço da repersonalização do direito (LÔBO, 2008, p. 11).

Com as mudanças ocorridas na entidade familiar, como já referido anteriormente, legitimou-se o afeto, passando este a merecer a tutela jurídica para o reconhecimento dos vínculos oriundos da filiação. A afetividade começou a ser vista como um elemento identificador da família, identificando também os elos existentes entre pais e filhos.

A presente família reencontrou seu fundamento na afetividade, independentemente do modelo em que pertence. Um dos últimos acontecimentos que reafirmou a importância do afeto e o reconhecimento deste consiste na Lei nº 11.924, de 24 de abril de 2009, que alterou o art. 57 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta, o que comprova a mudança da estrutura familiar, quando os vínculos afetivos não derivam mais do fator sanguíneo.

Trata-se da denominada filiação socioafetiva, quando aquele novo integrante da família (padrasto ou madrasta) cumpre a função social que seria delegado ao pai ou mãe que se encontra ausente, construindo dessa forma vínculos afetivos baseados na convivência familiar.

Assim, denota-se que, além das modalidades de filiação já mencionadas no capítulo anterior, existe, também, a filiação denominada socioafetiva, derivada do afeto paternal ou maternal e de uma convivência duradoura, sendo que, nessa relação, somente o amor gera direitos e obrigações. Assim como a filiação adotiva que, por sua vez, é resultado de um processo judicial em que um adulto aceita outra pessoa como seu filho (COELHO, 2009, p. 147).

A esse respeito, Fabio Ulhoa Coelho (2009, p. 146) afirma que:

[...] pode-se distinguir a filiação em biológica e não biológica, sendo essa última subdividida em filiação por substituição, sócio-afetiva e adotiva. Na filiação não biológica, ocorre a perfilação, isto é, os pais declaram, expressa ou implicitamente, a vontade de ter certa pessoa como filha.

Vale ressaltar, nesse passo, o motivo que leva a utilização, no presente trabalho, do termo “socioafetiva” (sem acento e sem hífen) e não “sócio-afetiva” (com acento e hífen), na forma do entendimento de Belmiro Pedro Welter (2002):

A doutrina (BARROS, Fabrício Silveira. O interesse superior da criança como paradigma da filiação sócio-afetiva. In: O direito de família descobrindo novos caminhos. Maria Cláudia Crespo Brauner (org.). Canoas: Ed. La Sale, 2001. p. 249) e a jurisprudência (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Relator: Luís Felipe Brasil Santos. AI 599 296 654 - 7ª C. Cív. - Unânime – ago.1999) utilizam as expressões filiação sócio-afetiva (com acento e hífen) e socioafetiva (sem acento e sem hífen) para designar a filiação que não é biológica, mas, sim, afetiva. Gramaticalmente, o termo correto é sócio-afetiva (com acento e hífen). Contudo, entendo que a interpretação sincrônica recomenda o uso do termo filiação socioafetiva (sem acento e sem hífen), por várias razões: a primeira, o hífen causa uma ruptura gráfica, retirando a identidade do termo, estando ainda apegado à idéia de cisão cartesiana; a segunda, socioafetivo dá a entender unidade de filiação, isto é, igualdade entre filhos biológicos e sociológicos, cujo pensamento está-se enraizando no plenário jurídico e social não só brasileiro, mas em vários países; a terceira, socioafetivo denota a existência de um pai, e não o pai (biológico), já que, para a filiação, modernamente, não importa tanto a biologia, mas, sim, a afetividade; a quarta, a grafia socioafetivo dá a idéia de sagrado, que pertence ao espírito, que não pertence unicamente à perfilhação biológica, a qual, aliás, também deve ser afetiva; a quinta, ao aplicar a grafia socioafetivo estar-se-á aplicando uma interpretação originária do contexto social; a sexta, a convenção da gramática, no caso do termo sócio-afetivo, causa cisão do social, do espírito, da alma, do sacro, pelo que, para se manter a unidade da perfilhação biológica e sociológica, que reclama o tratamento de pai, sem

discriminação entre biológico ou sociológico, deve ser empregada apenas a expressão filiação socioafetiva.

Assim, ante a controvérsia existente a respeito do termo, será utilizado a forma “socioafetiva” (sem acento e sem hífen) pelas mesmas razões elencadas pelo autor acima mencionado.

Sobre o assunto, comenta Maria Berenice Dias (2008):

Para a biologia, pai sempre foi unicamente quem, por meio de uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá a luz um filho. O Direito, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural da procriação para referendar o que hoje se poderia chamar de “posse de estado de filho” ou filiação “socioafetiva”. Assim a desbiologização da paternidade, ainda que pareça ser um tema atual, já era consagrada há muito tempo, desde a época dos romanos, pelo aforismo *pater is est is quem nuptiae demonstrat*.

A filiação socioafetiva, por sua vez, constitui-se com o relacionamento afetivo de um adulto com uma criança ou adolescente, onde aparentemente aquela relação existente entre eles muito se parece com a vivida entre pai-mãe e filho (COELHO, 2009, p. 160).

Esse tipo de filiação pode ocorrer devido à adoção judicial, aos filhos de criação, pela adoção à brasileira ou inseminação artificial heteróloga.

A adoção judicial é conceituada como “[...] um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada a chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade – maternidade – filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica” (DIAS, 2007 p. 426).

Sobre o assunto explica Paulo Lôbo (2008, p. 247):

No Brasil, após a Constituição de 1988, não há mais filho adotivo, mas adoção, entendida como meio para filiação, que é única. A partir do momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho.

Os filhos de criação, por sua vez, são aqueles em que “mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção” (WELTER, 2002, p. 133). Assim não há nenhum tipo de vínculo entre os pais e aquela pessoa a não ser o afeto.

A adoção à brasileira, como popularmente é conhecida “dá-se com declaração falsa e consciente de paternidade e maternidade de criança nascida de

outra mulher, casada ou não, sem observância das exigências legais para adoção” (LÔBO, 2008, p.225). Ou seja, embora esteja ciente de não ser o genitor daquela criança, o registra como tal, sem realizar o processo de adoção.

Em última hipótese, menciona-se a inseminação artificial heteróloga, que é esclarecida por Paulo Lôbo (2008, p. 200):

[...] a inseminação artificial heteróloga, que se dá quando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher. A lei não exige que o marido seja estéril ou por qualquer razão física ou psíquica, não possa procriar. A única exigência é que tenha o marido previamente autorizado a utilização de sêmen estranho ao seu. A lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja “prévia”, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal.

O que fica evidenciado no direito brasileiro é que a filiação pode ser biológica ou não biológica, pois a verdade é que a filiação é uma construção cultural que se origina da convivência familiar e da afetividade existente, sendo considerado um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica que antes detinha exclusividade (LÔBO, 2008, p. 192).

Então, o que realmente se mostra importante na filiação é a convivência familiar, ou seja, os laços de afetividade que são construídos e consolidados ao longo do tempo entre os indivíduos envolvidos.

Dessa forma, conclui-se que a filiação biológica se refere ao laço genético que liga os pais aos filhos, que pode ser conferida através do exame DNA, que a jurídica decorre do registro civil; e ainda que a filiação socioafetiva é aquela oriunda dos vínculos da afetividade que envolvem os pais e os filhos.

Por fim, para melhor compreensão da filiação socioafetiva, entende-se necessário estudar no tópico seguinte, a posse do estado de filho.

4.2 A POSSE DO ESTADO DE FILHO

A posse do estado de filho nada mais é do que “a exteriorização da convivência familiar e da afetividade” (LÔBO, 2003, p. 138).

Nesse contexto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 399) conceitua a chamada posse do estado de filho da seguinte forma:

Trata-se de espécie de filiação socioafetiva. Costuma-se conceituar a posse do estado de filho como a paternidade encarada como relação psicoafetiva existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas sobretudo afeto, dedicação, cuidado e abrigo assistencial.

Quando uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação à outra pessoa, não dependendo que esta situação seja condizente com a realidade legal, o que é suficiente para estabelecer um parentesco e constituir a posse do estado de filho (LÔBO, 2008, p. 211).

José Carlos Teixeira Giorgis (2007) conceitua e ainda descreve como ocorre a filiação baseada unicamente no afeto:

Na paternidade sociológica releva-se a posse do estado de filho, concebida como a exteriorização da condição de descendente reconhecida pela sociedade; e que a doutrina romana entendia sedimentar-se no nome, no tratamento público e na fama, todos apontando que a pessoa pertence a um núcleo familiar; e que não representa menoscabo à biologização, mas travessia para novos paradigmas derivados da instituição das entidades familiares.

Prevalece nela à visibilidade das relações, mostrando vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, um momento permanente de comportamento afetuoso recíproco, com tal densidade que torna indiscutível a filiação e a paternidade.

Costuma-se até sublinhar que a posse do estado de filho observa o princípio da aparência, oriunda do exercício das faculdades inerentes à linhagem, sustentada pela convicção de publicidade.

O fato é bastante comum, bastando referir os filhos de criação, onde, mesmo ausente algum elo biológico ou jurídico, os pais abrigam, criam, sustentam e educam criança ou adolescente, destinando-lhes carinho e amor, mesmo sem buscar a adoção.

Dessa forma, cruzam-se duas verdades, de um lado a verdade biológica, onde o filho não porta a herança genética do pai ou da mãe. Noutra norte, existe a verdade socioafetiva, fundada na intimidade da família, nas relações sociais e o mais importante, na relação existente do adulto com a criança ou adolescente (COELHO, 2009, p. 160).

Verifica-se que esse estado de filho está ligado com a relação que o filho mantém com o pai, bem como aos sentimentos que este nutre pelo filho, o que pode ser observado quando existir preocupação com seu bem estar, sua educação,

saúde, etc. São atos inerentes ao dia-a-dia que configuram a relação de filiação baseada na afetividade (LÔBO, 2008, p. 212).

Observa-se que o estado de filiação compreende um conjunto de acontecimentos que baseiam a presunção da existência de relação com os pais, ou pai e mãe, e filho, capaz de suprir o registro de nascimento, ou seja, a prova de filiação se dá pela certidão de registro de nascimento ou pela situação de fato (LÔBO, 2008, p. 211).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, citando Heloiza Helena Barboza, afirma que:

A filiação afetiva, fundamentalmente, só era concebida no âmbito da adoção e, em alguns casos limitados, à posse do estado de filho. Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filho e pais - ou entre filho e apenas um deles - tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles: "melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo" (BARBOZA, 1999 apud GAMA, 2008, p. 347).

Demonstra-se que a relação paternal não é apenas o vínculo biológico que une pai e filho, mas a afetividade que os envolve, essa relação de companheirismo e amizade vai além das características naturais ligadas à paternidade.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 138) afirma que no direito anterior a posse do estado de filiação só era admitida para comprovar e suprir o registro civil se os pais fossem casados e a filiação fosse legítima. Ocorre que, após a CFRB/88, outras entidades familiares passaram também a servir de fundamento para a posse do estado de filiação.

Ao confirmar a importância desse tipo de filiação, Washington de Barros Monteiro (2009, p. 396) exemplifica:

Por exemplo, aquela do marido ou companheiro da mãe, que não registra como seu o filho desta mulher, mas vive com ela e acompanha a formação e o desenvolvimento da criança, criando-se vínculo afetivo entre ele e o menor, fazendo, aquele homem, em várias situações, às vezes do pai, até porque o pai biológico é omissos nos cuidados de que a criança precisa. Se esse homem separa-se daquela mulher, teria ele o direito de continuar ver a criança, mesmo que a mãe não queira, já que se desentendeu com o ex-marido ou ex-companheiro?
É na expressão "outra origem" que se encontra o apoio legal para diversas situações em que não existe relação biológica ou consangüínea entre o filho e o pai, mas em face do tratamento dado por um homem a uma criança e

da afetividade entre eles existentes, podem ser reconhecidos direitos e deveres oriundos da verdadeira relação de paternidade.

Aliás, com a paternidade ou maternidade socioafetiva, ou seja, aquela pessoa que cria uma criança como se filha fosse, para o direito passa a ser seu pai ou mãe, cessando de vez o fundamento biológico (COELHO, 2009, p. 12).

Inclusive, em alguns casos, a criança é registrada diretamente pelo marido ou companheiro da mãe, sem que ocorra o devido processo legal, uma vez que, se não é o pai biológico e o queira como filho, deveria adotar tal criança, o que não ocorre, sendo então realizada a chamada adoção à brasileira. Assim, a criança é registrada ao nascer em nome dos pais afetivos, como se estes fossem biológicos.

Essa prática é muito comum no Brasil, razão pela qual recebeu o nome de adoção à brasileira pela jurisprudência. E, embora agir dessa maneira constitua crime contra o estado de filiação (CP 242), não têm ocorrido condenações pela motivação afetiva que envolve essa conduta (DIAS, 2007, p. 436).

Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 160), por seu turno, declara que:

Se o marido ou companheiro da mãe sabe não ser o genitor do filho dela, mas o trata como se fosse o pai, do vínculo de afeto surge o da filiação. Igualmente, se a esposa acolhe o filho que o cônjuge teve em relacionamento extraconjugal e o cria e educa como dela, vira mãe do rebento. Muitas vezes, nessas situações e noutras típicas de filiação sócio-afetiva, não há discrepância entre o contido no registro de nascimento do filho e a situação de fato. O marido ou o companheiro da mãe declara-se o pai no registro de nascimento.

E condizendo este registro com a realidade fática, não cabe desconstituição posterior. Nesse contexto, afirma Maria Berenice Dias (2007, p. 436):

Em muitos casos, rompido o vínculo afetivo dos genitores e findo o convívio com o filho, em face da obrigatoriedade de arcar com os alimentos, o pai busca a desconstituição do registro por meio de ação anulatória ou negatória de paternidade. A jurisprudência, reconhecendo a voluntariedade do ato levado a efeito de modo espontâneo, por meio da expressão “adoção a brasileira”, passou a não admitir a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível.

Então, se não houve erro, dolo ou coação, não há que se falar em anulação do registro de nascimento, pois se realizou um reconhecimento espontâneo de filho, embora soubesse não ser seu, assumiu o pai afetivo tal filiação.

Para a caracterização da posse do estado de filho são apontados três elementos identificadores da paternidade/maternidade daí decorrente: (a) *nomen* – quando a criança ou o adolescente usa o sobrenome dos pais; (b) *fama* – ser reconhecida pela comunidade onde mora e pela família como filha do pai afetivo; (c) *tractus* – ser tratada e cuidada como filha, assim como trata daqueles que cuidam como se fossem seus pais (GAMA, 2008, p. 400).

A aparência do estado de filiação demonstra-se pela convivência familiar, e também pelo efetivo cumprimento das obrigações a ele inerentes, como guarda educação, sustento, relacionamento afetivo, o que se identifica pelos elementos já citados acima. O *tractus*, que é o comportamento dos parentes aparentes, ou seja, é tratado como se filho fosse, o *nomen*, quando porta o nome da família dos pais, e a *fama*, quando é reconhecido por fazer parte de tal família. Importante lembrar, contudo, que essas características não necessitam estar presentes conjuntamente, vez que, não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido em caso de dúvida (LÔBO, 2008, p. 212).

A esse respeito complementa Paulo Lôbo (2008, p. 212):

Qualquer meio de prova pode ser utilizado, desde que admitido em direito, para o convencimento do juiz, não tendo a lei estabelecido restrições ou primazias. São validas as provas documentais, testemunhais, periciais entre outras. Todavia essas provas são complementares de dois requisitos alternativos que a lei prevê: a existência de começo de prova por escrito, proveniente dos pais, ou presunções veementes da filiação resultante de fatos já certos. Entendemos que, para alcançar a finalidade da lei, em conformidade com a Constituição, que estabelece a prioridade absoluta da convivência familiar afetiva (art. 227) para a criança e o adolescente, basta um dos requisitos na falta de outro. Considera-se no começo de prova por escrito, proveniente dos pais qualquer documentos que revelem a filiação, como cartas, autorizações para atos em benefícios dos filhos, declaração de filiação para fins de imposto de renda ou previdência social, anotações dando conta do nascimento do filho.

Assim, na prática serão analisados os três elementos identificadores da posse do estado de filho, o *nomen*, a *fama* e o *tractus*, não sendo necessário a presença de todos juntos. Contudo pode-se classificar o *tractus* como o requisito mais importante, eis que é considerado o elemento formador da filiação socioafetiva.

A proteção da posse do estado de filho envolve os casos conhecidos como “filhos de criação”, onde apesar de não haver vínculo biológico, acaba ocorrendo à paternidade socioafetiva. A posse do estado de filho consolida somente os vínculos socioafetivos, o que impede dessa forma a investigação de paternidade

fundada em prova genética, visto que, tal filiação não se funda no dado biológico (GAMA, 2008, p. 400).

Em suma, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 411) faz um apanhado geral a respeito da posse do estado de filho:

É espécie de filiação socioafetiva (ex: “filho de criação”), sendo a paternidade encarada como relação psicoafetiva existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas sobretudo afeto, dedicação, cuidado e abrigo assistencial. Não houve expressa disposição normativa que cuide da posse do estado de filho, mas a noção da parentalidade e de filiação socioafetiva se fundamenta em princípios constitucionais, notadamente o da afetividade, a permitir o reconhecimento da posse do estado de filho implicitamente (arts. 1.593, 1605 e 1606, CC). Como situação de fato, fundada na teoria da aparência, faz-se necessária formalização da relação jurídica através do registro civil, conferindo-se certeza quanto às relações de parentesco. Há três elementos da posse do estado de filho: (a) *nomen* – a criança ou o adolescente usa o sobrenome dos pais; (b) *fama* – a reputação como filho em relação a comunidade onde se encontra inserida; (c) *tractus* – tratamento ou comportamento como parentes, eis que a criança é tratada e cuidada ostensivamente como filha, bem como trata daqueles que cuidam dela como seus pais. A “adoção à brasileira”, associada à convivência familiar duradoura e baseada na socioafetividade, se transforma na posse do estado de filho e, assim, será irrelevante a falsidade da declaração original quanto à paternidade, à maternidade e à filiação. A ação do estado de filiação não se sujeita a prazo decadencial ou extintivo, podendo ser ajuizada a qualquer tempo e não se confundindo com a investigatória de paternidade/maternidade.

Na análise no atual Código Civil, em seu art. 1593, percebe-se que a expressão “outra origem” foi utilizada de uma maneira extremamente nova, visto que abarca outros gêneros de parentesco, além do consangüíneo e do civil ou por adoção. Essa regra compreende a filiação socioafetiva, onde o vínculo está baseado no afeto, e não no laço sangüíneo e ou pela adoção (MONTEIRO, 2009, p. 390).

A seguir será analisado como os tribunais do sul do país vêm entendendo e reconhecendo essa filiação baseada unicamente nos laços de afeto.

4.3 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS DO SUL DO PAIS

O ponto nodal do presente trabalho versa sobre as possibilidades do reconhecimento da filiação socioafetiva. Para tanto, serão analisados alguns

julgados dos tribunais do sul do país, notadamente Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul e, também do Superior Tribunal de Justiça, onde serão colhidos tais entendimentos, aplicando-se ao caso prático o que foi exposto nos capítulos anteriores. A escolha destas Cortes, dentre tantas que merecem destaque, deve-se a uma tentativa de centralizar essa pesquisa, mantendo-se um foco nos Tribunais da região em que a autora reside.

Nesse primeiro julgado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proferiu significativa decisão, negando provimento a um recurso de apelação de uma ação negatória de paternidade, fundamentando-a na filiação socioafetiva:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O REGISTRO DECORREU DE ERRO DE CONSENTIMENTO. VERDADE REGISTRAL QUE DEVE PREVALECER SOBRE A VERDADE BIOLÓGICA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO.

O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho, ambas situações ausentes no recurso em exame.

Ausente prova da ocorrência de erro de consentimento na elaboração do registro do réu, assim como demonstrada nos autos a filiação socioafetiva estabelecida entre autor e réu, o princípio da paternidade socioafetiva impera sobre a verdade biológica. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

No caso em questão, o apelante manteve um relacionamento de mais de oito anos, e como frutos desta união nasceram dois filhos. Muito embora houvesse comentários de que sua então companheira tivesse relacionamentos amorosos com outros homens e que o filho que ela estivesse esperando não fosse seu, o apelante o registrou como tal e assim o criou, até o término de seu relacionamento. Contudo, com o fim da união, ingressou com uma negatória de paternidade visando realizar o exame de DNA e, com a negativa deste, a anulação do registro civil e conseqüentemente o cancelamento dos alimentos por ele devidos.

No entanto, o exame comprovou que apenas um, no caso o mais novo, era seu filho biológico. Diante disso, requereu o apelante a procedência da ação, o que lhe foi negado em primeiro grau e ratificado em apelação com o fundamento da já mencionada filiação socioafetiva, tendo em vista ter ele criado a criança como se

seu filho fosse, durante os seis anos que com ele conviveu, restando assim solidificados os laços do afeto.

Do corpo do acórdão extraí-se:

O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, segundo o art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil, somente se admitindo seu cancelamento em situações excepcionais, mediante comprovação cabal de vício de consentimento, a exemplo do erro, dolo, coação, simulação ou fraude (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Assim, verifica-se que não ficou configurado um motivo plausível para anulação deste registro, ante a caracterização da filiação socioafetiva. Essa paternidade que se assenta “[...] no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, na cooperação, na amizade e cumplicidade”, deve ser evidenciada, valorando muito mais essas características inerentes a filiação do que somente o sangue (ASSUMPÇÃO, 2004, p. 53).

A esse respeito comenta Fábio Ulhoa Coelho (2009, p.161):

O pai deixa de ter direito à negatória de paternidade fundada na inexistência de transmissão de herança genética. Se, sabendo não ser o genitor, cuidou de alguém como se fosse seu filho, não pode renegá-lo fundado na verdade biológica. O conceito de filiação sócio-afetiva tem sido adotado, na jurisprudência brasileira, predominantemente com o objetivo de impedir que o homem, depois de anos se portando como pai de alguém, por razões que normalmente não dizem respeito direto ao relacionamento paterno (rompimento com a mãe, novo casamento ou união estável etc.), pretenda se exonerar de responsabilidades patrimoniais.

Observa-se, então, que, em casos dessa natureza, não se pode simplesmente desconstituir este vínculo de filiação unicamente com o objetivo de se exonerar de responsabilidades patrimoniais.

De forma semelhante decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL - PARCIAL PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU - INSURGÊNCIA DO INVESTIGADO AGRAVO RETIDO - CERCEAMENTO DE DEFESA - RENOVAÇÃO DA PERÍCIA GENÉTICA - AFASTAMENTO - LAUDO REGULAR - PROVIMENTO NEGADO - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE - INACOLHIMENTO - EXAME DNA QUE EXCLUIU A PATERNIDADE PROVA SEGURA - APELO IMPROVIDO - ANULAÇÃO DO REGISTRO CIVIL - ANÁLISE EX OFFICIO - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO - ATO IRREVOGÁVEL - FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA QUE EXCLUI A BIOLÓGICA - REGISTRO DE NASCIMENTO MANTIDO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA (SANTA CATARINA, 2009a).

Colhe-se do julgado acima:

Desta feita, tratando o estado de filiação de matéria de direito público e absoluto, deve a questão ser conhecida, independentemente da vontade das partes.

Na situação sub judice, é incontroverso que R. W. não é o pai biológico do menor R. R. da S. W., eis que consta nos autos exame DNA que excluiu a sua paternidade genética (fls. 107/108).

Por outro lado, consoante noticiado na inicial (fl. 03) e na peça contestatória (fls. 22/24), também é fato inconteste que R. W. registrou o menor R. R. da S. W. como seu filho, de forma livre e espontânea, quando o menor possuía apenas cinco meses de vida, conforme se extrai da certidão de nascimento de fl. 06.

Diante dos fatos relatados, infere-se que, ao contrário do que considerou o douto magistrado, a ausência de liame genético entre o requerido R. W. e o menor R. R. da S. W. não é suficiente para gerar a anulação do registro civil.

O reconhecimento voluntário da filiação configura típica adoção, a chamada adoção à brasileira, ato que é irrevogável a teor dos arts. 48 do ECA, art. 1º da Lei n. 8.560/92 e arts. 1.609 e 1.610 do CC.

Conforme leciona Washington de Barros Monteiro, "O reconhecimento é perpétuo e irrevogável. No máximo, poderá vir a ser eventualmente anulado por inobservância das formalidades legais, ou, então, se eivado estiver de algum dos defeitos dos atos jurídicos" (Curso de Direito Civil, 28ª edição, vol. II, São Paulo, Saraiva, pág. 253).

Na hipótese dos autos, restou evidenciada a inexistência de vício material ou formal hábil a macular o registro civil do menor R. R. da S. W.

O requerido R. W. tinha pleno conhecimento de que o menor não era o seu filho biológico quando efetuou o registro, declarando a paternidade como fruto de amor e carinho em relação à criança, filho de sua companheira.

Assim, o registro civil realizado espontaneamente por R. W., apesar de não revelar a paternidade genética, expressa a paternidade socioafetiva entre a criança e o pai adotivo e, por isso, não pode ser desconstituído.

O parentesco socioafetivo, amparado nos princípios do moderno direito de família, tais como o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade familiar e o da afetividade, prepondera sobre os laços parentais biológicos [...] (SANTA CATARINA, 2009a).

Verifica-se que na decisão acima mencionada o magistrado ponderou as principais questões que permeiam o tema ora debatido, quais sejam: a importância do afeto e da convivência familiar nessas relações, sobrepondo tais questões sobre a verdade biológica.

Nesse viés, acrescenta-se ainda, esse interessante julgado do mesmo tribunal, juntamente com sua rica explicação a respeito do assunto:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO SENTENÇA TERMINATIVA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DECRETADA EM FACE DA AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO ESCRITA DEMONSTRANDO O INTERESSE DOS PAIS DE CRIAÇÃO EM ADOTAR.

RECURSO DA AUTORA COM O FITO DE VER RECONHECIDA A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO MANEJO DA AÇÃO SUBSISTÊNCIA PEDIDO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO QUE TEM AMPARO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RECURSO PROVIDO.

1- A tendência atual do Direito, e mais especificamente do Direito de Família, é a de gradativamente abandonar as formas jurídicas rígidas e em confronto com a realidade social em nome da satisfação da plena liberdade de desenvolvimento dos cidadãos no seio social.

2- Longe das antigas fórmulas de caráter patrimonialista onde os casamentos eram ajustados pelo patriarca, e as mulheres estavam submetidas ao alvedrio do pai ou marido, após as conquistas feministas e a regulamentação do divórcio, há algumas décadas a família baseia-se na livre vontade dos parceiros em manter laços de cunho afetivo. Essa nova realidade, por mais que não esteja completamente consolidada em nossa legislação positiva, não pode ser desprezada pelo intérprete do Direito. A função do Poder Judiciário, nesses casos, é a de resguardar a liberdade dos cidadãos de agruparem-se conforme seus interesses afetivos, conferindo-lhes a proteção jurídica (e porque não patrimonial) digna, tal qual lhes seria igualmente conferida se o agrupamento (a família) pudesse ser enquadrado na forma tradicional.

3- Em 1988 a novel Constituição deu um primeiro passo na seara do reconhecimento jurídico das entidades familiares estabelecidas tão-somente com base no afeto ao emprestar a devida proteção do Direito à União Estável. A partir de então houve um deslocamento do conceito jurídico de família para a união de pessoas decorrente do vínculo de afeto, e não simplesmente na união jurídica advinda do ato formal representado pelo casamento. Com base nesta inovação legal e engendrada pela Constituição, combinada com a aplicação prática do Princípio da Dignidade Humana, plenamente possível emprestar caráter oficial ao Estado de Filiação nascido e desenvolvido simplesmente com base no afeto.

4- É inexorável o reconhecimento judicial de que a família na sociedade contemporânea é fruto muito mais do afeto e do sentimento de humanidade do que do DNA (SANTA CATARINA, 2010).

A título exemplificativo, menciona-se o entendimento do Tribunal de Justiça do estado do Paraná que comprova a homogeneidade dos entendimentos de questões dessa natureza:

DECISÃO: DECIDE o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por sua Décima Segunda Câmara Cível, à unanimidade de votos, negar provimento ao apelo, nos termos da fundamentação. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - IMPROCEDÊNCIA - RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO - PROVAS DOCUMENTAL E ORAL ROBUSTAS -INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES - IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO - SENTENÇA CONFIRMADA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. "O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação

sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido." (STJ - RESP 200600862840 - (878941 DF) - 3ª T. - Relª. Min. Nancy Andrighi - DJU 17.09.2007 - p. 00267) (PARANÁ, 2008).

A corroborar com esses entendimentos, importante se faz mencionar a notícia divulgada recentemente no *site* do Superior Tribunal de Justiça, em 31 de maio de 2010, que se refere a uma decisão inédita do STJ que reconheceu a maternidade socioafetiva:

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida, mesmo no caso em que a mãe tenha registrado filha de outra pessoa como sua. "Não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que, um dia, declarou perante a sociedade ser mãe da criança, valendo-se da verdade socialmente construída com base no afeto", afirmou em seu voto a ministra Nancy Andrighi, relatora do caso.

A história começou em São Paulo, em 1980, quando uma imigrante austríaca de 56 anos, que já tinha um casal de filhos, resolveu pegar uma menina recém-nascida para criar e registrou-a como sua, sem seguir os procedimentos legais da adoção – a chamada "adoção à brasileira". A mulher morreu nove anos depois e, em testamento, deixou 66% de seus bens para a menina, então com nove anos.

Inconformada, a irmã mais velha iniciou um processo judicial na tentativa de anular o registro de nascimento da criança, sustentando ser um caso de falsidade ideológica cometida pela própria mãe. Para ela, o registro seria um ato jurídico nulo por ter objeto ilícito e não se revestir da forma prescrita em lei, correspondendo a uma "declaração falsa de maternidade". O Tribunal de Justiça de São Paulo foi contrário à anulação do registro e a irmã mais velha recorreu ao STJ.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, se a atitude da mãe foi uma manifestação livre de vontade, sem vício de consentimento e não havendo prova de má-fé, a filiação socioafetiva, ainda que em descompasso com a verdade biológica, deve prevalecer, como mais uma forma de proteção integral à criança. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea – com base no afeto – deve ter guarida no Direito de Família, como os demais vínculos de filiação.

"Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares" disse a ministra em seu voto, acompanhado pelos demais integrantes da Terceira Turma (BRASIL, 2010).

Ocorre que, nos casos mencionados, foi realizado a famosa "adoção à brasileira", "[...] por tratar-se de reconhecimento voluntário da paternidade, quando

não existe vínculo biológico, que se aproxima da paternidade adotiva, embora não se submeta ao devido processo legal” (COELHO, 2009, p. 390). Nesses casos, a desconstituição desses vínculos tem se decidido de maneira quase que unânime, valorando sempre a convivência familiar e levando em conta essa manifestação de vontade demonstrada à época em que foi realizado o registro.

Em descompasso a essas decisões, quando se fala dos “filhos de criação”, ou seja, aqueles que não foram registrados por seus pais afetivos, mas foram criados como tal, os tribunais têm entendido que não houve uma manifestação de vontade em ter aquela pessoa como filha e, assim, vêm negando esses reconhecimentos. Diante disso, vislumbra-se o porquê que o debate do presente assunto ainda se faz necessário, frente aos entraves impostos por alguns julgadores ao visualizar de uma forma conservadora a tão debatida filiação socioafetiva.

A esse respeito, anota-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA POSITIVA DE FILIAÇÃO POR ADOÇÃO - RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE PÓSTUMA POR VÍNCULO AFETIVO - POSSE DO ESTADO DE FILHO - SITUAÇÃO DE FATO - ELEMENTOS CARACTERIZADORES - *NOMINATIO*, *TRATACTUS* E *REPUTATIO* - FILHO DE CRIAÇÃO - AUXÍLIO MATERIAL - AUSÊNCIA DO TRATAMENTO AFETIVO DISPENSADO AOS FILHOS BIOLÓGICOS - FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NÃO DEMONSTRADA - PEDIDO IMPROCEDENTE - SENTENÇA IRREPROCHÁVEL - RECURSO DESPROVIDO.

A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, pressupõe a existência de três elementos caracterizadores: o *nomem* - utilização do sobrenome paterno; o *tratactus* - pessoa deve ser tratada e educada como filho; e a *reputatio* - o reconhecimento pela sociedade e pela família da condição de filho. A ausência de um desses elementos conduz à improcedência do pedido de reconhecimento da paternidade póstuma por vínculo afetivo (SANTA CATARINA, 2009b).

No caso vertente, o requerente ajuizou ação declaratória positiva de filiação por adoção pleiteando o reconhecimento da paternidade socioafetiva, vez que foi criado desde os cinco anos de idade como se filho fosse, pois após a morte de sua genitora, seu então “pai afetivo”, que era juiz da Vara da Infância e Juventude, o acolheu em casa dando-lhe carinho e apoio material, lhe tratando como filho, e como era ainda muito pequeno habituou-se a tal situação, chegando inclusive a pensar em ser este seu verdadeiro pai, o que lhe foi revelado quando alcançou a maioridade. Na contestação, os requeridos deixam claro que ele jamais

fora tido como filho e sim como filho de criação, portanto não caberia tal reconhecimento. Assim, também entendeu o juízo de primeiro grau, o que foi ratificado em apelação, negando-lhe o reconhecimento.

Extrai-se do presente julgado, parte da contestação: “Destacou que o autor sempre teve ciência de que não era filho biológico de seus pais. Acrescentou que ele era tratado como filho de criação, na forma dos costumes da época e da região, e que recebeu, tão somente, auxílio material” (SANTA CATARINA, 2009b).

Contudo, ao verificar a constatação de que era ele tido como filho de criação, talvez já estivesse aí a comprovação do vínculo socioafetivo e a declaração de vontade que é requerida.

Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 161) entende que: “A filiação sócio-afetiva constitui-se pela manifestação do afeto e cuidados próprios das demais espécies de filiação entre aquele que sabidamente não é o genitor ou genitora e a pessoa tratada como se fosse seu filho”.

Denota-se que esse entendimento não se restringe apenas ao Tribunal de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. HIPÓTESE TÍPICA DE “FILHO DE CRIAÇÃO”, NÃO ADOTADO QUANDO AINDA EM VIDA PELOS “PAIS DE CRIAÇÃO”. DECLARAÇÃO PARA FIM EXCLUSIVO AO DIREITO SUCESSÓRIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARÊNCIA DA AÇÃO INTERPOSTA. Criança que, com pouco mais de um ano de idade foi dada para criação em outra família, desvinculando-se da família biológica. A condição de “filho de criação” não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabiliza o reconhecimento de adoção de fato. O vínculo afetivo só pode conferir efeito jurídico quando espontâneo e voluntariamente assumido. Hipótese não ocorrida no caso dos autos, em que autora busca ver reconhecida a filiação sócio-afetiva em relação aos falecidos pais de criação com o intuito exclusivamente patrimonial (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Neste caso, a apelante era registrada por seus pais biológicos, contudo, foi criada por seus “pais afetivos” desde quando tinha apenas um ano e cinco meses de idade, deixando de com eles residir apenas quando se casou. Seu pedido foi negado, com fundamento na atual orientação do STJ que será abordada mais a frente que, em breve síntese, diz que a relação socioafetiva só gera efeitos jurídicos se for voluntariamente assumida; no caso em tela, como não foi realizada uma adoção ou tenham eles manifestado sua vontade para isso, seu pedido não pode prosperar.

Extrai-se do corpo do acórdão:

Com efeito, a relação sócio-afetiva só gera efeitos jurídicos se espontânea, voluntariamente assumida. Tomar a posse do estado de filho como apta a constituir o vínculo jurídico é dar um passo não autorizado pelo nosso ordenamento jurídico.

Ou seja, não há como o Judiciário atribuir a apelante a condição de filha, porque seus pais de criação poderiam tê-la adotado formalmente e não o fizeram, ou seja, se os *de cujus* pretendessem reconhecê-la como filha certamente teriam promovido sua adoção ou lavrado algum instrumento público neste sentido, o que não fizeram.

O vínculo de filiação somente pode ter origem no fato biológico ou na vontade livre e consciente. A hipótese dos autos, entretanto, reveste-se na situação típica de “filho de criação”, não adotado pelo casal, quando ainda em vida.

A filiação sócio-afetiva pode ser reconhecida no ordenamento jurídico, porque as relações de afetos crescem de importância a cada dia.

Todavia, no caso, entendo que a condição de “filho de criação” não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato, até porque nenhum ato neste sentido foi tomado pelos falecidos, quando em vida (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Importante, nesse contexto, trazer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, retirado de um julgado do ano de 2007:

O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido (BRASIL, 2007).

Desta feita, percebe-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça vem corroborando com os julgados apresentados. Estabelecendo que deve haver um consenso de vontades para se estabelecer a chamada filiação socioafetiva.

Embora não seja um entendimento unânime, e constante nas jurisprudências, é pertinente trazer a baila uma significativa decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul que já reconheceu a possibilidade de ingressar com ação de reconhecimento de paternidade, mesmo quando não há registro. A decisão que possibilita a ação de declaratória de paternidade é bastante inovadora, merecendo destaque (TARTUCE; SIMÃO, 2008, p. 348):

AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO.

A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares.

Uma de suas formas é a “posse do estado de filho”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública.

Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente.

Isso ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse.

O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários (TJRS, Apelação provida por maioria. Apelação Cível 70008795775, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, 23.06.2004).

Verifica-se, portanto, que, mais do que qualquer vontade formalizada, ou expressada, não há nada que melhor comprove esse desejo de ter alguém como filho do que o trato que a ele é dispensado. Fica extremante difícil compreender como uma pessoa cria alguém desde que ele mesmo não possa exprimir sua vontade, e a ele dedique horas de seu dia, lhe dando carinho, amor, apoio material e não se possa aquele que pensou em ser seu se considerar seu, pois faltou uma manifestação de vontade em tê-lo formalmente e lhe garantir direitos e preservar a igualdade entre os demais filhos.

O amor atrai deveres e para tanto não seria plausível tirar totalmente a identidade daquela criança que se tornou um adulto com suas raízes absolutamente fincadas naquela base familiar que sequer pode se incluir como um integrante. Antoine de Saint-Exupéry em famosa frase já anotou: “Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”.

Por fim, com base na citação supramencionada, finaliza-se esse trabalho ressaltando-se a importância que o afeto gera nas relações paterno-filiais e, assim, a

responsabilidade que assume aquele que cria como seu o filho de outrem, fazendo às vezes de pai/mãe.

5 CONCLUSÃO

*“Todos que têm o Direito como projeto de vida e a justiça por ideal não podem deixar de ver que o afeto é um bem jurídico digno de tutela”.
(Maria Berenice Dias)*

Através dos estudos realizados para a elaboração deste trabalho, denota-se que a família sofreu inúmeras mudanças em sua conceituação, deixando de ser constituída apenas pelo matrimônio, o que resultou em um pluralismo familiar, passando esta a se formar de diversas formas, pela união estável, pela comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, mas, sobretudo, constituída pelo afeto. Assim, a entidade familiar transformou-se em um espaço de realização da afetividade humana.

Observou-se que o modelo hierarquizado da família ao longo do tempo passou por uma profunda metamorfose, mudando sua estrutura. O que foi consagrado com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o princípio da igualdade entre os cônjuges, onde os direitos e deveres dentro da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Outro princípio de suma importância é o da igualdade de filiação, que garantiu a isonomia entre os filhos, não importando o tipo de vínculo, e proibindo qualquer classificação discriminatória sobre eles. Assim não se pode denominar os filhos de legítimos, ilegítimos, espúrios, adulterinos ou qualquer outra classificação, devendo-os chamar de apenas filhos.

Essa mudança de valores introduzida no ordenamento jurídico nacional acabou por influenciar na determinação de uma nova espécie de filiação, baseada no afeto e na convivência familiar, objeto de análise do presente trabalho.

Esse tipo de filiação pode ocorrer devido à adoção judicial, aos filhos de criação, pela adoção à brasileira ou inseminação artificial heteróloga.

O que se pode concluir é que a filiação não é um dado puramente genético, e sim uma função na qual se inclui o tratamento, a convivência familiar e visa propiciar aos filhos um desenvolvimento sadio, preservando sua dignidade.

Em pesquisa aos julgados dos Tribunais do Sul do país, pode-se observar que no que concerne à adoção à brasileira o entendimento desses tribunais está bem homogêneo no sentido de só desconstituir tal filiação se comprovado erro, dolo ou coação, e, conforme foi demonstrado, a maioria dos casos em que os pais entram em juízo com a negatória de paternidade é com o intuito de se eximirem de responsabilidades patrimoniais.

O ponto crítico encontra-se nos chamados filhos de criação, onde entre os pais e os filhos não há nenhum vínculo legal, somente o afeto, e para tanto os tribunais não tem reconhecido essa filiação, alegando falta de manifestação desses pais em ter tais pessoas como filhas.

Diante de tantas histórias da vida real encontradas nesses julgados, casos em que pessoas tiveram suas vidas estabelecidas em famílias que hoje lhe negam esse reconhecimento e os tribunais que exigem uma manifestação de vontade superior a àquela em que se pode notar de forma cristalina nesses casos, onde pessoas criam crianças desde muito pequenas quando ainda necessitam daqueles cuidados especiais que requerem trabalho, tempo e, mais do que isso, amor.

Esses pais, que durante grande parte da trajetória dessas pessoas se fazem presentes figurando em um dos papéis mais importantes na vida de uma pessoa, a de um pai e de uma mãe, pontos principais de referência.

É sabido que ninguém pode ser forçado a desempenhar uma função que não quer; ninguém pode ser pai ou mãe de alguém que não é seu filho. Contudo, se assim decidiu ser, e se desempenhou tal função, nada mais justo que o reconhecimento dessa filiação.

Por fim, espera-se que o presente estudo possa auxiliar na concretização de uma nova maneira de visualizar o instituto da filiação, onde se possa reconhecer e para tanto garantir os direitos dessas pessoas que se vinculam com seus pais unicamente pelos laços de afeto.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** São Paulo: Atlas, 2008.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da paternidade no novo código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Filiação e solução de conflitos de paternidade (com base na posse de estado de filho- paternidade sócio-afetiva). In: FREITAS, Douglas Phillips (Coord.). **Curso de direito de família.** Florianópolis: VoxLegem, 2004.

_____. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho – paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2010.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Maternidade socioafetiva é reconhecida em julgamento inédito no STJ.** 2010. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97469>. Acesso em: 11 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial-878941/DF**. Rel. Min. Nancy Andrighi. T3 - Terceira Turma. Julgado em 28 de agosto de 2007. Disponível: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jun. 2010.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. 2010. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=596>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando o direito de família**. Belo Horizonte: OAB/MG/IBDFAM, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. **Paternidade responsável**. Curitiba: Juruá, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. _____. 4. ed., rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Quem é o pai?**. 2008. Disponível em: <www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 01 mar. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. rev., atual. e ampli. de acordo com a reforma do CPC e com o projeto de lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2010. Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

FONTANELLA, Patrícia. **União homossexual no direito brasileiro**: enfoque a partir do garantirismo jurídico. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de paternidade**. São Paulo: LTr, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A investigação da paternidade socioafetiva**. 2007. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=304>>. Acesso em: 03 mai. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. VI.

JATOBÁ, Clever. **Filiação socioafetiva**: os novos paradigmas de filiação. 2009. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 09 mai. 2010.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira de. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 19, 2003.

_____. _____. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752&p=2>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

_____. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington do Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 39. ed. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 03544350**, de Barracão. Relator: Des. Marcos S. Galliano Daros. Julgado em: 30/04/2008. Disponível: <www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 11 jun. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70028442630**. Rel. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 22 de julho de 2009. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 11 jun. 2010.

_____. **Apelação cível nº 70034083360**. Rel. André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 12 de maio de 2010. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 11 jun. 2010.

ROCHA, Rafaela Ferreira; OLIVEIRA, Gleick Meira. **Paternidade sócio-afetiva: o afeto faz apelo à paternidade**. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=451>>. Acesso em: 09 mai. 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 2006.018279-5**, de Porto União. Relator: Desa. Subst. Denise Volpato. Julgado em: 18/03/2010. Disponível: <www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2010.

_____. **Apelação cível nº 2007.032780-4**, de Caçador. Relator: Des. Monteiro Rocha. Julgado em: 30/11/2009a. Disponível: <www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2010.

_____. _____. **Apelação cível nº 2009.025737-6**, de Lages. Relator: Des. Fernando Carioni. Julgado em: 10/12/2009b. Disponível: <www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. _____. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WELTER, Belmiro Pedro. **Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial**. Disponível em: <www.mundojuridico.com.br>. Acesso em: 06 mai. 2010.