

GIOVANA REIS

**A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA ENQUANTO INSTRUMENTO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**CURITIBA
2008**

GIOVANA REIS

**A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA ENQUANTO INSTRUMENTO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Professora Ana Carla Harmatiuk Matos

**CURITIBA
2008**

À Minha mãe Denise pelo apoio incondicional.

SUMÁRIO

RESUMO.....	VI
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. FAMÍLIA.....	3
2.1 Sistema clássico.....	4
2.2 Sistema contemporâneo.....	10
3. O PAPEL DO AFETO NO CONTEXTO FAMILIAR CONTEMPORÂNEO.....	17
3.1 A nova função da família	17
3.2 Novos contornos do Direito de Família.....	22
3.3 Diretrizes estabelecidas pela nova ordem constitucional.....	25
4. FAMÍLIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	29
4.1 A influência da família no desenvolvimento da personalidade de seus membros.....	29
4.2 A família eudemonista enquanto elemento concretizador da dignidade da pessoa humana.....	35
5. FILIAÇÃO.....	41
5.1 A tríplice dimensão da filiação: jurídica, biológica e afetiva.....	42
5.1.1 A dimensão jurídica.....	42
5.1.2 A dimensão biológica.....	47
5.2 Filiação socioafetiva.....	55
5.2.1 Paternidade homoparental.....	65
5.2.2 Famílias reconstruídas.....	70
5.2.3 Inseminação assistida heteróloga.....	72

5.2.4 Adoção.....	75
5.2.5 Famílias monoparentais.....	78
5.2.6 Famílias simultâneas.....	80
5.3 Conflito entre filiações e o princípio do melhor interesse da criança.....	82
6. CONCLUSÕES.....	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	92

RESUMO

O presente estudo trata-se de análise acerca de uma das facetas da filiação: a filiação socioafetiva. A família constitui peça fundamental na formação dos indivíduos e, conseqüentemente, na sociedade. As relações de filiação podem ser estabelecidas através de um dado jurídico (filiação jurídica), um dado biológico (filiação biológica) ou construídas por laços de afeto (filiação socioafetiva). Os novos rumos traçados pelo Direito de Família tornaram-no mais humano e solidário, atento aos anseios dos integrantes da família, preocupando-se mais com o ser humano e menos com os aspectos patrimoniais. A filiação socioafetiva, fundada no afeto e voltada ao desenvolvimento do ser humano, encontra albergue nessa nova mentalidade, com respaldo constitucional a partir da Constituição Federal de 1988. Essa nova dinâmica das relações familiares fomenta a promoção da dignidade da pessoa humana, agora centro da atuação familiar e de todo o sistema jurídico.

Palavras-chave: filiação socioafetiva – dignidade da pessoa humana

1. INTRODUÇÃO

A família é um organismo social que desempenha papel inigualável na vida das pessoas e, conseqüentemente, na sociedade.

As relações familiares transformam-se continuamente para que sejam atendidas as necessidades dos membros que a compõem, ou ainda, para atender necessidades externas ao seu âmago, como ocorria na família clássica.

Na família clássica, essencialmente patriarcal, hierarquizada, heterossexual, matrimonializada, não havia preocupação com o bem-estar dos seus integrantes, as atenções voltavam-se ao patrimônio e à continuidade da família-instituição, mentalidade contida no Código Civil de 1916.

A ausência de zelo com o ser humano contida nesse sistema levou à sua defasagem, posto que inúmeras transformações sociais fizeram com que as necessidades existenciais dos integrantes das famílias passassem a ocupar o foco familiar.

A família contemporânea, marcada pela pluralidade, igualdade e democracia, tem seu alicerce em novos valores que ensejam uma releitura das relações familiares.

Na nova família, o afeto é identificador das relações familiares, revelando-se um amálgama para tais núcleos, é elemento que promove a união e desunião das pessoas.

O afeto ultrapassou os limites do sentimento, que inicialmente dizia respeito tão somente as pessoas que o sentiam, e passou a ter relevância jurídica, sendo reconhecido como valor a ser tutelado pelo sistema jurídico.

A filiação socioafetiva, nesse sentido, ganha especial relevo, posto que fundada no afeto e em valores condizentes com a nova tábua de valores delineados pela Constituição Federal de 1988.

A filiação, sob esse prisma, poderá apresentar diversos enfoques: jurídico, biológico e afetivo. Quando essas vertentes apontam em direções diversas e geram conflitos o Direito é chamado a intervir e deverá fazê-lo buscando o melhor interesse da criança.

Na filiação socioafetiva, cujo reconhecimento está em franca expansão, existe o detrimento da importância atribuída ao dado biológico em função do

construído diariamente, nas relações entre pais e filhos, nos pequenos cuidados, na preocupação com a febre, com a instrução, com o banho.

Essas relações possuem um novo foco, voltado ao desenvolvimento da personalidade de cada membro que compõe a família e ao alcance da felicidade de cada um.

Os preceitos contidos na filiação socioafetiva, a qual está voltada à valorização do ser humano, guardam íntima relação com a preservação da dignidade da pessoa humana, que se constitui o centro irradiador de todo o sistema jurídico.

A família constitui-se ambiente propício para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, haja vista fornecer as bases para que o indivíduo possa se estruturar, construindo sua personalidade.

A filiação socioafetiva, nas mais diversas formas em que possa se manifestar, está voltada à essência da família, uma opção em favor da filiação que merece proteção jurídica.

2. FAMÍLIA

O tema família atrai a atenção de incomensuráveis saberes humanos. Não é por acaso, já que se trata da célula básica da sociedade¹ e dela brota, fundamentalmente, o desenvolvimento dos indivíduos, em toda a sua complexidade.

A compreensão, o conceito² e a extensão de família geram interpretações oscilantes no curso do tempo; ainda que ocorresse simultaneidade de arquétipos³ familiares, alguns obtiveram maior relevância, ante seu reconhecimento político, jurídico, social ou religioso.

“O modo pelo qual o Direito demarca as relações familiares naturais, atribuindo-lhes relevância jurídica, se mostra diverso em cada momento histórico. Não obstante essa diversidade, é possível dizer-se, de um modo geral, que a família ocupa uma posição central na história social, captada pela ordem jurídica”.⁴

¹ Conforme Art. 226 da Constituição Federal. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

² A expressão família possui multiplicidade de conceitos, conforme explicita Pontes de Miranda: “Ora significa o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, (...) ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido e mulher e parentes sucessíveis de um ou de outra”. Miranda, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado de Direito de Família. Campinas: Bookseller, 2001, v.1., p.59.

³ É notório que não existe tão somente um único modelo familiar, pois conforme discorre Paulo Luiz Netto Lôbo, “são unidades de vivência encontradas na experiência brasileira atual, entre outras: a. par andrógina, sob regime de casamento, com filhos biológicos; b. par andrógino, sob regime de casamento, com filhos biológicos e filhos adotivos, ou somente com filhos adotivos, em que sobrelevam laços de afetividade; c. par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos; d. par andrógino, sem casamento, com filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos; e. pai ou mãe e filhos biológicos; f. pai ou mãe biológicos e adotivos ou apenas adotivos; g. união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após o falecimento ou abandono dos pais; h. pessoas sem laços de parentesco que passam a viver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica; i. uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual; j. uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos; l. comunidade afetiva formada com filhos de criação, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular”. (LÔBO, P. L. N. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em 09 julho de 2008. p.1-2.

⁴ FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992. p.19.

A construção da família preexistiu à estruturação jurídica da sociedade. Assim, ao Direito caberia apenas reconhecer a existência da família, e não lhe conferir forma. Todavia, em nome da segurança jurídica, o Estado, único capaz de legislar e criar modelos de conduta, estabeleceu o monismo familiar, ao qual todos deveriam se adequar, sob pena de exclusão social e jurídica.

Quando houve o reconhecimento jurídico da família, a relação familiar transformou-se também em relação jurídica, passando, então, a gerar efeitos de ordem prática. Isso porque quando há “o abrigo jurídico de determinada concepção de família, o Direito organiza as relações internas de seus membros, e da mesma forma com o mundo que lhe é exterior”⁵.

A família é, portanto, uma realidade cultural e histórica: cultural porque se baseia em regras instituídas pela atividade humana, que podem ser quebradas ou modificadas; histórica porque sofreu influências externas em sua estrutura e função.

Um longo caminho e com inúmeros percalços foi trilhado pela família para que as bases coloniais herdadas fossem rompidas e houvesse um direcionamento no sentido de reconhecimento de novos tipos de relações interpessoais como núcleo familiar, albergados diversificadamente na Constituição Federal de 1988.

Não obstante essa gama de conquistas, ainda há muito por fazer para que o texto constitucional seja francamente aplicado e efetive os novos valores em que se baseiam as famílias, dentre os quais se destaca o afeto.

A filiação socioafetiva representa toda a importância que a família do século XXI atribui ao afeto, verdadeiro amálgama das relações interpessoais, e que gera desafios aos profissionais da área jurídica, os quais prescindem de maior sensibilidade na solução do caso concreto.

2.1 Sistema Clássico

Informada por um conjunto de valores marcados pela exclusão e discriminação, a família clássica é caracterizada fundamentalmente pela patriarcalidade, hierarquia e matrimonialização, bases herdadas do quadro familiar da colônia.

⁵ FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. *Op Cit.* p.19.

Sob esse prisma, o conceito de família restringia-se tão somente ao grupo social de sangue com origem no casamento, a chamada família legítima, que se constituía imperativamente pelo matrimônio válido.

A família legítima, essencialmente monogâmica, parental, heterossexual, patriarcal e patrimonial, era a única passível de proteção legal, estabelecendo-se como base da sociedade.

“A família possuía um sentido transpessoal, institucionalizado, como se dotada de vida própria, existindo em função de um interesse familiar superior, sobreposto às vontades individuais. (...) Servia aos interesses da sociedade, e como tal, somente poderia ser estabelecida através de um contrato de casamento, sendo essencialmente matrimonializada”.⁶

Não existia, assim, qualquer preocupação com a individualidade dos membros da família, os quais estavam submissos à continuidade e integridade da instituição.

Além disso, buscou o Código hierarquizar as relações entre pais e filhos, atribuindo acentuada importância ao pai e tornando a realidade familiar essencialmente patriarcal.

Esse modelo familiar legítimo monopolizou a representação social e utilizava uma estruturação hierárquica e funcional para que o marido/pai possuísse amplos poderes de disposição no que concerne aos bens e membros componentes da família.

“A mulher e os filhos, no modelo clássico, encontram-se em posição hierarquicamente inferior. Edificada sobre os alicerces da crença em uma ‘natural’ condição de superioridade masculina por razões de autoridade e força física, a história reservou um espaço de inferioridade à mulher”.⁷

A família clássica era a mais essencial instituição social, um modelo que representava a sociedade, “a unidade básica de produção, consumo, direito de propriedade, sociabilização, apoio moral e assistência mútua”.⁸

⁶ CARDOSO, S. T. Do contrato parental à socioafetividade. *In*: Estudos de Direito Civil Constitucional. Org. Ricardo Arone. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33.

⁷ MATOS, A. C. H. União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.9.

⁸ CAMPOS, D. L. A nova família. *In*: Direitos da família e do menor. Inovações e tendências – doutrina e jurisprudência. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 3ª Ed. p.17.

Sendo uma unidade de produção, uma de suas funções primordiais é a procriação, posto que a família deveria ser numerosa para facilitar o trabalho e a produção.

A função assistencial exercida pela família clássica também era essencial, vez que “na doença, na invalidez, no desemprego, em todas as contingências da vida, podiam contar só quase com os seus familiares”⁹.

Além disso, existiam funções religiosas a serem cumpridas, haja vista que a religião influenciava decisivamente na família, que possuía caráter sagrado e era considerada célula básica da Igreja.

A Igreja encarregou-se, ainda, da propagação do ideal de que o casamento deveria ser considerado a única forma válida de legítima união entre os sexos, numa evidente moralização das relações sexuais.

Além das funções religiosa, produtiva e de assistência, existiam outras funções, tais como defesa, transmissão da ciência, das técnicas e dos valores, funções posteriormente assumidas pelo Estado.

Ante a influência da família na sociedade civil, buscou-se sua incorporação a outras instituições, tal como Estado e Religião. Dessa forma, a família passou a servir fins claramente externos ao âmago de sua existência.

“A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas”.¹⁰

Por seu turno, as famílias ilegítimas, nas quais não havia matrimônio válido, eram menosprezadas pela lei e, conseqüentemente, os filhos advindos dessas relações eram tidos por ilegítimos e não possuíam qualquer proteção legal.

Tal distinção, discriminatória e injustificada, visava o resguardo da filiação decorrente do casamento, havendo, ainda, classificação dos filhos gerados fora do casamento, segundo a possibilidade de reconhecimento posterior, em filhos naturais e os espúrios.

⁹CAMPOS, D. L.. *Idem*. p.16.

¹⁰ FACHIN, R. A. G. Em busca da família do novo milênio (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.08.

Os filhos naturais eram aqueles cujos pais não estavam ligados pelo vínculo matrimonial, mas não eram impedidos de se casar à época da concepção, podendo ser legitimados pelo casamento posterior dos pais.

Já os chamados filhos espúrios eram os decorrentes de adultério e incesto. Os adúlteros eram filhos de pessoas que não eram casadas entre si à época de sua concepção, pois havia vínculo matrimonial de um ou ambos genitores com terceiro. Os incestuosos eram filhos de pessoas que não eram casadas à época de sua concepção, em virtude de impedimentos matrimoniais dispostos na legislação¹¹.

Assim, em defesa da família matrimonializada e da supremacia da autoridade paternal, colocou-se em plano inferior a filiação havida de relações extramatrimoniais, impedindo o reconhecimento dos filhos denominados espúrios e adúlteros¹² e permitindo que inúmeras crianças fossem estigmatizadas e postas às margens da sociedade¹³.

“A família codificada existia para cumprir certas atribuições para com o Estado e a sociedade. Estava incluída no ordenamento jurídico como representação da ‘tríade formada pelo liberalismo, individualismo e pelo patrimonialismo’, devendo espelhar tais valores”.¹⁴

A presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* desempenhava relevante papel nesse sentido, pois afastava eventuais ameaças à legitimidade dos

¹¹ Art. 183 do Código Civil de 1916. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil;

II - os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo;

III - o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376);

IV - os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não, e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376);

¹² Art. 358 do Código Civil de 1916. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

¹³ Essa discriminação infundada perdurou até ser extinta pela Constituição Federal de 1988, tendo sido amenizada por legislações infraconstitucionais: o Decreto-Lei nº 3200, de 1941, determinava em seu artigo 14 que não houvesse menção, nas certidões de registro civil, sobre a origem da filiação, se legítima ou ilegítima, exceto se assim o interessado requeresse ou em virtude de decisão judicial; o Decreto-Lei nº 4737, que vigorou de 1942 a 1949, dispôs que o filho gerado pelo cônjuge fora do matrimônio, o chamado filho ilegítimo, poderia ser reconhecido após o desquite; em 1949, a Lei 883, que revogou o Decreto-Lei nº 4737, permitiu que qualquer dos cônjuges, quando da dissolução da sociedade conjugal, pudesse reconhecer filho havido fora do matrimônio, bem como a ação para que o filho demandasse sua filiação; abrandando, assim, o rigorismo do artigo 358 do Código Civil, que impedia tal reconhecimento.

¹⁴ CARDOSO, S. T. *Op. Cit.* p.42.

filhos oriundos do casamento, e, unida à indissolubilidade do vínculo matrimonial, garantia a proteção do patrimônio familiar.

Pois, conforme explicita Michelle Perrot, “a família, como rede de pessoas e conjunto de bens, é um nome, um sangue, um patrimônio material e simbólico, herdado e transmitido. A família é fluxo de propriedade que depende primeiramente da lei”¹⁵.

Essa rígida moldura em nada refletia a realidade social da maioria das famílias, tampouco suas aspirações, posto que tal modelo atendia apenas às intenções da elite minoritária e refratária.

Foi esse tipo de mentalidade excludente que serviu de base ao sistema originário do Código Civil Brasileiro de 1916, o qual se tornou lei fundamental a respeito da matéria, visto que a Constituição Federal de 1891 praticamente era silente a respeito do Direito de Família.

“A influência religiosa (legada pela Igreja), o modelo sócio-político (transplantado de Portugal) e a política legislativa importada da França (vis Código Civil) geraram o Código Civil, de cunho acentualmente patriarcal, tradicional, que divide as funções entre homem e mulher na família e que impõe esquemas de comportamento próprio a cada membro familiar e que, certamente, discrimina todos os filhos oriundos de relações não necessariamente vinculadas ao casamento. Ou seja, a posição do filho depende diretamente do estado dos pais”.¹⁶

Assim, tendo o Código Civil de 1916 optado por um conceito matrimonializado de família, visava primordialmente a proteção do patrimônio familiar, posto que o casamento servia de fonte de legitimidade aos filhos.

É cristalina a postura do sistema clássico no sentido de preservar a instituição familiar fundada no matrimônio, sem se preocupar com os membros que a compõem, pois a atenção do legislador voltou-se no sentido de garantir a estabilidade e a organização da família legítima.

“O conceito de paternidade dos filhos tidos dentro do casamento é um conceito aprisionado, firme no enclausuramento que a segurança jurídica se propõe a conferir às relações sociais, de um modo geral, e às relações

¹⁵ PERROT, M.. Funções da família. *In*: História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 4, p. 105.

¹⁶ LEITE, E. O. Tratado de Direito de Família. Curitiba: Juruá, 1991, v. 1, p.56.

matrimoniais, em especial. Não raro essa certeza jurídica não passa paradoxalmente de uma ficção”.¹⁷

Aliado a isso, a contestação da paternidade era realizada somente através de um sistema de causas determinadas¹⁸ e com legitimidade exclusiva do marido¹⁹ para contestação, em prazos exíguos²⁰, privilegiando a presunção *pater is est quem justae demonstrant*, segundo a qual o marido é tido como o pai do filho concebido durante o matrimônio, a qual prevalecendo sobre a verdadeira paternidade do ponto de vista biológico.

Essa verdade jurídica causava situações esdrúxulas, conforme se constata no seguinte exemplo, contido na obra Estabelecimento da filiação e paternidade presumida, de Luiz Edson Fachin:

“(...) Na hipótese de mulher casada, separada de fato há longos anos do marido, vivendo com outro homem em relação estável e que tenha filho deste companheiro, com a incidência da presunção *pater is est* – pois ainda existe formalmente o vínculo matrimonial - presume-se ser do marido o filho tido com outro homem. A improbabilidade da paternidade do marido é manifesta, mas se este não contesta a paternidade por via daquela ação específica, incide a presunção *pater is est*”.²¹

Assim, tal modelo de família servia de instrumento para reprodução e manutenção da ordem vigente: a autoridade paterna assegurava que os futuros cidadãos não contestassem a realidade posta; a indissolubilidade do matrimônio gerava segurança, pois impedia o desfazimento pela vontade dos sujeitos; e, por fim, a defesa da família matrimonializada servia de proteção ao patrimônio.

¹⁷ FACHIN, L. E. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.34.

¹⁸ Art. 340 do Código Civil de 1916. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal, só se pode contestar, provando-se:

I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho;

II - que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

¹⁹ Art. 344 do Código Civil de 1916. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.

²⁰ Art. 178 do Código Civil de 1916. Prescreve:

(...)

§ 3^o Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher.

²¹ FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. *Op Cit.* p.55.

Com o passar do tempo, novos paradigmas familiares surgiram e exigiram nova postura jurídica. O modelo codificado privatista fragmentou-se face ao desenvolvimento social, culminando na concepção plural de família presente na Constituição Federal de 1988.

2.2 Sistema contemporâneo

A transição do modelo clássico de família para o contemporâneo teve seu auge na segunda metade do século XX, ante inúmeras transformações sociais²² que culminaram numa nova mentalidade nas relações familiares.

Houve a consagração da pluralidade de formas familiares voltadas às necessidades essenciais dos indivíduos, todas albergadas pela Constituição Federal, que se tornou o estatuto jurídico da família contemporânea.

As entidades familiares passaram a ser reconhecidas como centro da tutela jurídica. Essa tutela, entretanto, é funcionalizada, posto que atuará apenas quando a família cumprir sua função social.

“A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contrariedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem”.²³

A sociedade moderna apresenta novos paradigmas nos campos da economia, política e da cultura, os quais repercutem em aspectos da existência pessoal e social, a família cada vez mais se constitui num abrigo, um refúgio de afeto, amor e companheirismo, ao qual todos buscam e necessitam.

²² Silvana Maria Carbonera, ao tratar do assunto, ressalta: “(...)Dentre as inúmeras transformações sociais que aconteceram neste século, podem ser destacadas, além do processo de urbanização, a industrialização ocorrida no país; o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o aumento em sua esfera de atuação social, política e jurídica; a transformação da condição social do jovem”. CARBONERA, S. M. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In*: Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo/ Luiz Edson Fachin (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 284.

²³ PERLINGIERI, P. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 243-244.

Com o processo de racionalização da sociedade, houve desenvolvimento do pluralismo religioso, ético e cultural, corroborando para o surgimento de novos parâmetros para a família.

“Os sociólogos, historiadores, antropólogos e juristas têm revelado o processo da família patriarcal à família nuclear. Este processo de desintegração da família é o resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais (revolução industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina”.²⁴

A dissolubilidade do vínculo matrimonial foi um marco para a superação da família clássica, pois ultrapassou o conceito unificado de família legítima fundada no matrimônio e abriu espaço para uma nova arquitetura familiar, com maior liberdade, facultando às pessoas o direito de constituírem ou não uma nova família.

“A longa evolução social e legislativa experimentada pelo Direito de Família passou por diversos momentos relevantes no curso do século XX, assinalando-se a dissolubilidade do vínculo matrimonial como grande marco histórico. A partir daí, supera-se o conceito único de família matrimonializada e principia-se um caminho plural cujo ápice se encontrado na Constituição Federal de 1988”.²⁵

Com a passagem da produção artesanal para a industrial, a família deixou de ser um núcleo econômico e houve derrocada das diferenças de funções entre os seus integrantes, tornando a família mais igualitária tanto no que concerne aos cônjuges quanto a pais e filhos, havendo cooperação entre os sexos e as gerações.

Na nova família não mais existem funções externas, especialmente aquelas anteriormente designadas pelo Estado, a serem cumpridas. Suas funções dizem respeito ao desenvolvimento e bem-estar dos membros que a integram, havendo liberdade em seus direcionamentos, que não mais servem à família-instituição.

“A família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros. O que conta na família nuclear é a satisfação das necessidades pessoais, numa comunidade de sentimento e de afeto, isto é, de vida e de história. Sob a concepção eudemonista de família, não é o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento existem

²⁴ OLIVEIRA, J. L. C.; MUNIZ, F. J. F. Curso de direito de família. 2ª.ed. Curitiba: Juruá, 1998, p.10.

²⁵ FACHIN, R. A. G. Em busca da família do novo milênio. *Op. Cit.* p.81.

para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.²⁶

Dessa forma, a família com funções basicamente procriacional e patrimonial foi sucedida por novas formas de arranjos familiares derivados do casamento, de união estável e da monoparentalidade, nos quais predominam a solidariedade e a fraternidade.

A família, mais do que um emaranhado de normas jurídicas e valores abstratos, passou a ser verdadeiro instrumento de organização social e afetiva. Assim, “de uma unidade criada para fins econômicos, políticos, culturais e religiosos, a família passou a grupo de companheirismo e lugar de afetividade”²⁷.

O Direito de Família passou a ser um direito mais humano, com finalidade social, buscando a preservação dos direitos de cada integrante, respeitados nas suas individualidades.

“A consagração dos princípios da dignidade e da igualdade na família conduziu necessariamente à construção de um novo modelo jurídico de família, uma vez que isto não seria possível no modelo codificado, patriarcal e hierarquizado”.²⁸

A valorização de cada membro, especialmente seus sentimentos e interesses, é meta da família, que constitui um local propício para que o indivíduo busque a sua realização.

A redução do grupo familiar, por seu turno, causou estreitamento de laços e possibilitou maior convívio entre pais e filhos, aumentando a preocupação e colaboração de uns com os outros.

A família, agora, é um local de comunhão de vida, centrado na dignidade da pessoa humana e no bem-estar de cada membro que a compõe.

“A família converteu-se apenas, ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da intimidade das pessoas contra a massificação da sociedade de consumo. Ela constitui hoje um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua”.²⁹

²⁶ FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. *Op. Cit.* p.25.

²⁷ VILELLA, J. B. Liberdade e família. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p.11.

²⁸ CARBONERA, S. M. *Op. Cit.* p.295.

²⁹ VARELA, A.. Direito da Família. 3ª Ed. Lisboa: Petrony, 1993, p.48.

Surge, portanto, um novo perfil de família: repersonalizada e despatrimonializada, calcada em novos princípios e valores, privilegiando mais a pessoa humana e menos o seu patrimônio.

A Constituição Federal de 1988 serviu de corolário para a consagração dessa nova família, deixando claro o rompimento com as bases coloniais do Direito de Família ao adotar uma postura aberta na consideração de novas espécies de relações interpessoais, com respeito à adversidade.

Em termos de tutela das pessoas que integram o quadro familiar existiram grandes avanços: a proteção estatal foi estendida a todas as espécies de família, bem como a todos os filhos, garantindo a todos tratamento igualitário através da unidade de filiação.

“Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A Constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão”.³⁰

A visão eudemonista³¹ da família traçada pela Constituição Federal de 1988 exalta a realização da pessoa por intermédio de sua família. Através do amor e da solidariedade, construídos cotidianamente, aprofundam-se os laços de afetividade entre os membros que compõem o núcleo familiar.

“Fatores históricos, culturais e sociológicos determinaram a superação do padrão da grande família do início do século, passando pela família nuclear e chegando, nas vésperas do terceiro milênio, à família monoparental”.³²

³⁰ LÔBO, P. L. N. *Op.Cit.* p. 54.

³¹ Na concepção eudemonista da família, segundo Luiz Edson Fachin, “não é o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade” (FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. *Op. Cit.* p. 25).

³² FACHIN, R. A. G. Em busca da família do novo milênio. *Op. Cit.* p. 128.

O amálgama do laço familiar é o afeto, sendo considerado seu fim e fundamento. A família sociológica “se assenta no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, cooperação, amizade e cumplicidade”³³.

O afeto é a razão de existência da família, a causa de sua formação, visibilidade e continuidade, transformando-se, portanto, em valor jurídico.

“A família transforma-se no sentido de que se acentuam as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais”.³⁴

Reconhecida a falência do sistema clássico para tratar da nova estrutura familiar que se desenhou com o desenvolvimento social, novas leis foram editadas visando amenização dos obsoletos princípios contidos no Código Civil de 1916, em busca de melhor adequação social.

A proibição de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento foi paulatinamente sendo amenizada através de legislações esparsas, como o Decreto-Lei 3200/1941³⁵, o Decreto-Lei 4737/42³⁶, a Lei 883/1949³⁷, a Lei 6.015/1973³⁸, a Lei 6.515/1977³⁹ e a Lei 7.250/1984⁴⁰.

³³ NOGUEIRA, J. F. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.53.

³⁴ OLIVEIRA, J. L. C., MUNIZ, F. J. F. *Op. Cit.* p.11.

³⁵ O Decreto-Lei nº 3200, de 1941, determinava em seu artigo 14 que não houvesse menção, nas certidões de registro civil, sobre a origem da filiação, se legítima ou ilegítima, exceto se assim o interessado requeresse ou em virtude de decisão judicial.

³⁶ O Decreto-Lei nº 4737, que vigorou de 1942 a 1949, dispôs que o filho gerado pelo cônjuge fora do matrimônio, o chamado filho ilegítimo, poderia ser reconhecido após o desquite.

³⁷ Em 1949, a Lei 883, que revogou o Decreto-Lei nº 4737, permitiu que qualquer dos cônjuges, quando da dissolução da sociedade conjugal, pudesse reconhecer filho havido fora do matrimônio, bem como a ação para que o filho demandasse sua filiação; abrandando, assim, o rigorismo do artigo 358 do Código Civil, que impedia tal reconhecimento.

³⁸ A Lei 6.015, de 1973, que tratava de registros públicos, em seu artigo 29, dispôs sobre a averbação das sentenças que julgarem ilegítimos os filhos concebidos na constância do casamento e as que declararem a filiação legítima.

³⁹ Em 1977, a Lei 6.515, permitiu, na constância do casamento, o reconhecimento de filho havido fora do casamento, desde que em testamento cerrado. O entendimento que predominou na época, entretanto, era pela não possibilidade de reconhecimento dos filhos incestuosos, ante a impossibilidade de interpretação extensiva.

Em 1988, através da Constituição Federal, foi estabelecido o estatuto da unidade da filiação, reconhecendo a igualdade entre as filiações e vedando qualquer discriminação entre elas⁴¹.

Tal entendimento foi corroborado pela legislação infraconstitucional, em 1990, foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual ratificou o texto constitucional ao permitir o reconhecimento pelos pais, independentemente da origem da filiação⁴².

A família, dessa forma, desponta em um ambiente pluralista, democrático, humanista e participativo, em que há autêntica comunhão de vida.

Embora seja um desafio compreender e aplicar esses novos padrões relacionais, seu exercício é necessário, pois a valorização da pessoa direciona a sociedade para um ambiente mais justo e igualitário.

A jurisprudência, em matéria de família, desempenha papel de relevância indiscutível, conforme ensina Rosana Amara Girardi Fachin: “Na procura de novos parâmetros, recolhe o Direito de Família a valiosa contribuição da justiça brasileira. O julgador passa a ocupar papel ativo, criador e construtivo”.⁴³

Família. Guarda de filhos.

1. Assentado o acórdão recorrido na prova dos autos que indica já estarem as filhas na guarda do pai, **integradas ao convívio familiar e gozando de afeto, a modificação da guarda pode ser prejudicial às filhas**, no cenário desenhado nos autos.

2. Recurso especial não conhecido⁴⁴. (sem grifos no original)

⁴⁰ Em 1984, foi autorizado o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos, através da Lei 7.250.

⁴¹ Art. 227 da Constituição Federal
(...)

§ 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.

⁴² Art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 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.

⁴³ FACHIN, R. A. G. Em busca da família do novo milênio *Op. Cit.* p.89.

⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 27346/SP. 3ª Turma. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data do julgamento: 18/03/2004.

Erige-se, portanto, a necessidade de conformidade entre as normas de Direito de Família e a teia axiológica estabelecida na Constituição Federal de 1988, buscando a tutela do indivíduo enquanto ser.

Dessa forma, deve-se buscar constituir uma tutela social ampla à família, desprovida de molduras, capaz de atender às necessidades existenciais e sociais do ser humano.

O reconhecimento jurídico dado ao afeto trouxe novas premissas para o Direito de Família, a principal inovação refere-se ao reconhecimento da existência da filiação socioafetiva, juntamente com a biológica e a jurídica.

Tal realidade reflete a nova postura adotada em Direito de Família, que considera primordialmente o desenvolvimento e o bem estar dos componentes da família.

Os laços de afeto fundantes da filiação socioafetiva agora recebem especial atenção jurídica, o que se fazia necessário, posto que tais relações não devem ficar desprotegidas em virtude da formalidade jurídica ou da ausência de vínculo sanguíneo.

A filiação socioafetiva desponta, assim, como uma das mais relevantes facetas da família sociológica do século XXI, alicerçada em valores e impregnada de sentimentos que valorizam o ser humano.

3. O PAPEL DO AFETO NO CONTEXTO FAMILIAR CONTEMPORÂNEO

3.1 A nova função da família

A evolução da humanidade possui relação íntima com a evolução da família. Na estrutura estatal, a família é o núcleo primário social mais importante; antecede às próprias origens do Estado, posto ser decorrente de profundas necessidades do ser humano.

Sendo o primeiro núcleo de integração social, a família desempenha papel inigualável na sociedade, devendo ser protegida na medida em que atenda sua função na sociedade⁴⁵, qual seja a de proporcionar aos seus componentes dignificação e convivência saudável dos vínculos familiares. Nas palavras de Sergio Gisckow Pereira:

“Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua haverá de gerar um grupo familiar não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltados para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais.”⁴⁶

A função e o conceito de família não permitem engessamento, posto que experimenta contínuo processo de transformação, adaptando novos desfechos para novas situações, impostas pela convivência.

A família contemporânea exige novo tratamento e novas premissas, ante a pluralidade de possibilidades que desabrocham e que merecem albergue pelo sistema jurídico.

⁴⁵ “Como consequência da prioridade constitucional dada aos valores existenciais do homem, a proteção da família assenta-se na tutela funcionalizada da entidade, que deve servir para o desenvolvimento da personalidade de seus membros”.(Cortiano Junior, Eroulths. O Direito de Família no projeto do Código Civil. *In*: Repertório de Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. Cood. Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo de Oliveira Leite. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 232).

⁴⁶ PEREIRA, S. G. Tendências modernas de Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 628, p.21.

“Desta ou daquela forma, com estas ou aquelas palavras, o conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear e demarcar o seu limite, especialmente para fins de Direito”.⁴⁷

Na família tradicional o afeto “era presumido, tanto na formação do vínculo matrimonial quanto na sua manutenção. O afeto ficava, pois, à sombra da celebração, podendo existir ou não nas relações familiares”⁴⁸.

A família atual, diferentemente da patriarcal, onde o afeto era presumido, valoriza o vínculo afetivo e torna secundário o vínculo de patrimônio e sangue, anteriormente tido como primordial.

Embora o tema afeto possa parecer exterior à órbita jurídica, essas relações extrapolam seus limites particulares e se fazem sentir no meio social e migram para a esfera jurídica.

A presença do afeto tornou-se parâmetro para a visualização da existência da família, uma forma de diferenciar a entidade familiar, por isso a preocupação do Direito de Família com sua figura.

“(…) O afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter importância externa e ingressou no meio jurídico. Tal relevância mostrou variável no decorrer dos tempos: se, em alguns momentos, a presença da *affectio* era presumida pela existência de relações de família, pois ficava à sombra da celebração, em outros, o afeto se revelou como elemento responsável por lhes dar maior visibilidade”.⁴⁹

É certo que apenas a formalidade do vínculo jurídico ou do vínculo biológico não é suficiente para agregar as bases familiares, tampouco é capaz de operar a formação do sujeito, e as atenções jurídicas voltam-se nesse sentido.

O afeto passou a ser um propulsor das relações familiares, traduzindo o desejo de estar junto, de compartilhar experiências e emoções.

“Uma família construída sobre novos parâmetros se fizeram sentir e receberam ampla proteção constitucional, tendo a dignidade e a igualdade

⁴⁷ PEREIRA, R. C. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 07.

⁴⁸ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.27.

⁴⁹ CARBONERA, S. M. *Op. Cit.* p. 274.

como princípios orientadores, assim como a possibilidade de tentar tantas vezes quanto forem necessárias a formação de uma família feliz”.⁵⁰

Guiada pelos princípios da dignidade, liberdade e igualdade, a família possui um novo foco, como preceitua Paulo Luiz Netto Lôbo:

“A família atual está matrizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade é, pois, o espaço de sua realização. Assim, enquanto existir *affectio*, haverá família (princípio da liberdade), e desde que consolidada na simetria na colaboração, não comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade)”.⁵¹

A família é uma realidade sociológica. Não mais pode ser vista como um fim em si mesmo, mas sim um ambiente privilegiado, no qual são oferecidas as melhores condições para o desenvolvimento pleno da personalidade de todos os membros que a compõe.

A pessoa humana e o desenvolvimento da sua personalidade são as finalidades prioritárias da atuação estatal, devendo, portanto, convergir todas as normas de direito positivo nesse sentido.

“A ‘cara’ da família moderna mudou. O seu papel, ao que nos parece, é o de **suporte emocional do indivíduo**. A família de hoje, que não mais se consubstancia num grão de areia, praticamente carente de identidade própria, que vai juntar-se ao grupo familiar mais extenso (tios avós, primos, etc.), foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos”.⁵² (sem grifos no original)

A família que recebe especial proteção do estado é a família em que são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação⁵³. Assim, é merecedora de tutela a “entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes”⁵⁴.

⁵⁰ CARBONERA, S. M. *idem*. p. 290.

⁵¹ LÔBO, L. P. N. *Op.Cit.* p.54.

⁵² PINTO, T. C. A. A. Um novo conceito de família. *In*: Teixeira, Sálvio de Figueiredo. Direito de família e do menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.83.

⁵³ Art. 226 da Constituição Federal. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁵⁴ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.49.

Ressalte-se que não importa qual modelo de família as pessoas optem, mas tão somente se esse modelo é capaz de promover o desenvolvimento da personalidade e a promoção da dignidade dos seus membros.

Prova de que o afeto encontrou inserção no meio jurídico reflete-se no reconhecimento constitucional da pluralidade familiar, igualdade entre as filiações e a possibilidade de construção de uma nova família.

“(…) A própria Constituição, como se salientou, reconhece, em rol exemplificativo, estruturas distintas de relacionamento familiar. De modo que outras configurações são possíveis e até desejáveis. Além das uniões estáveis, das chamadas famílias recompostas e das famílias monoparentais devem usufruir de proteção formas alternativas, tais como as famílias concubinas, as famílias homoafetivas, a adoção de adultos, entre outras”.⁵⁵

A família sociológica tem seu fundamento no afeto cultivado dia a dia, o cuidado sentido nos menores gestos, na cooperação, amizade, cumplicidade.

“O direito de família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais”.⁵⁶

A família eudemonista, que visa a satisfação e o desenvolvimento dos seus membros, apresenta-se como um ambiente diferenciado, onde seus membros, independentemente da origem do vínculo, buscam conforto, referência e apoio.

O reconhecimento do afeto como valor jurídico encontrou seu lugar na doutrina, com importante respaldo jurisprudencial:

ECA. APELAÇÃO. GUARDA. DISPUTA ENTRE A MÃE BIOLÓGICA E A FAMÍLIA SUBSTITUTA. 1. Estando a criança já com quase dez anos de idade e perfeitamente adaptada ao grupo familiar no qual está inserida, onde recebe afeto e também tem atendidas todas as suas necessidades, inexistente razão ponderável para promover alteração de guarda. 2. Fica assegurada à genitora oportunidade de aproximação com a filha, estabelecendo com ela um convívio mais estreito, mediante a regulamentação de visitas. Recurso desprovido.⁵⁷

⁵⁵ MORAES, M. C. B. A família democrática. In: Família e dignidade humana/ V Congresso de Direito de Família. Org. Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.627.

⁵⁶ PEREIRA, S. G. Tendências modernas de direito de família. *Op. Cit.*p.19.

⁵⁷ Apelação Cível Nº 70023492036, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2008.

Além disso, encontrou espaço também na legislação infraconstitucional, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁸ demonstrou sua preocupação com o afeto quando estipulou que a relação de afetividade, ao se escolher a família substituta, deve ser apreciada.

Convém ressaltar que nem todo tipo de afeto é identificador de uma família. O afeto familiar está permeado por intenções de comunhão de vida que o tempo e a distância não afastam.

“(...) Um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes nos tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam”.⁵⁹

A presença do afeto é fundamental, é razão de união e desunião entre as pessoas, estando presente tanto na relação entre os cônjuges quanto na relação entre pais e filhos, todos alicerçados na felicidade e no prazer de estarem juntos.

“O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”.⁶⁰

O afeto revela-se elemento unificador e estabilizador das relações familiares e dele decorre que sentimentos como a liberdade, o respeito e as igualdades são praticadas reiteradamente no seio familiar.

“a família sociológica é aquela onde existe a prevalência dos laços afetivos, onde se verifica solidariedade entre os membros que a compõe, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que, independentemente de algum vínculo jurídico ou biológico

⁵⁸ Art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

(...)

§ 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

⁵⁹ BARROS, S. R. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família nº 14 – Jul/Ago/Set de 2002. p. 08.

⁶⁰ PERLINGIERI, P. *Op. Cit.*, p. 244.

entre eles, a criam, a amam e a defendem, fazendo transparecer a todos que são seus pais”.⁶¹

Assim, a paternidade construída diariamente, com dedicação, carinho e amor, prevalece sobre a paternidade estabelecida em razão da consangüinidade, posto que a filiação é “um dado e não um construído”⁶², ou seja, o vínculo sanguíneo, por si só, não é capaz de gerar laços de afeto.

O afeto é requisito essencial da família eudemonista, juntamente com a felicidade. Essas premissas transformaram as relações familiares e mudaram o foco da tutela jurídica para os membros que a compõe.

3.2 Novos contornos do Direito de Família

A moderna concepção de Direito de Família alberga uma ordem axiológica inovadora, fundada em aspectos mais humanitários e personalistas. O desejo de satisfação e crescimento pessoal almejado por cada membro que compõe a família inspiram novos cuidados e tratamento.

A família se transformou para atender os desafios que a vida moderna impôs. Para tanto, se fez necessário alterar sua estrutura para que se tornasse mais igualitária e afetuosa.

“A idéia de ambiente familiar experimenta, na contemporaneidade, um momento de esplendor, tendo se tornado um anseio comum de vida, com o desejo generalizado de fazer parte das formas agregadas de relacionamento baseadas no afeto recíproco”.⁶³

O princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser o valor fundante da nova concepção de família, promovendo a efetiva tutela da pessoa humana e não mais a tutela institucionalizada da unidade familiar.

Segundo Rosana Amara Girardi Fachin, “a carta magna acolheu a pessoa na plenitude de sua dignidade, em consonância com a proteção dos Direitos

⁶¹ NOGUEIRA, J. F. *Op Cit.* p. 55.

⁶² Luiz Edson FACHIN, em sua obra *Da paternidade: relação biológica e afetiva*, discorre que a paternidade se constrói; não é apenas um dado: ela se faz. *Op. Cit.* p. 23.

⁶³ MORAES, M. C. B. de. *Op. Cit.* p. 614.

Fundamentais da personalidade, invocados no seu artigo 5º e no capítulo VII, quando regulamenta a família”.⁶⁴

A comunidade familiar desponta numa sociedade democrática, com maior liberdade, na qual não existe hierarquia entre qualquer membro da família, resultando em igualdade absoluta entre homem e mulher⁶⁵ e paridade de direito entre filhos⁶⁶.

O princípio da igualdade foi mais além: estendeu-se à origem do núcleo familiar e sua dissociação com a legitimidade da filiação, que agora é isenta de qualquer discriminação.

“O legislador constitucional assim procedeu ao reconhecer a união estável não matrimonializada, ao lado do casamento, e ao alargar a concepção de família. Recolheu ao Direito o mundo dos fatos. Adotando o estatuto unitário da filiação, dissociou o casamento da legitimidade dos filhos. A família pode ter origem matrimonial ou não”.⁶⁷

Houve significativa redução do grupo familiar, que agora é restrito aos pais e filhos, a numerosa família patriarcal foi substituída pela família nuclear. Com essa retração, as relações familiares são mais intensas, há maior cooperação e solidariedade entre os seus membros, como explica Silvana Maria Carbonera:

“(…) Com um número menos de filhos, houve a possibilidade de maior convívio entre estes e os pais, dando margem a um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de espaço para o afeto, bem como indicando um início de modificação no modelo tradicional. Desta forma, o enxugamento da família acabou contribuindo para que ela pudesse se tornar uma comunidade mais coesa, com maior proximidade entre seus membros”.⁶⁸

⁶⁴ FACHIN, R. A. G. Em busca da família do novo milênio. *Op Cit.* p. 125.

⁶⁵ Art. 226 (...)

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

⁶⁶ Art.227 (...)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁶⁷ FACHIN, L. E. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. *In*: Repensando o Direito de Família/ Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 125-126.

⁶⁸ CARBONERA, S. M. *Op. Cit.* p. 283.

Outra característica é a proletarização, pois a família abdica de sua condição plutocrática, essencialmente voltada a obtenção monetária, para se direcionar em outros tipos de direitos e obrigações, voltadas ao desenvolvimento social de seus membros.

Há crescente convivência do elemento biológico com o elemento psicológico, afetivo, buscando concretizar as necessidades imateriais de seus membros. Ou seja, além do laço de sangue, a relação familiar se constrói também pelo afeto, havendo maior aceitação da filiação socioafetiva.

O processo de desbiologização da paternidade⁶⁹ reforça o esvaziamento biológico da paternidade. O afeto e o companheirismo encontram-se no ápice da nova família, dando-lhe nova roupagem, mais atenta às necessidades sociais e pessoais de seus membros.

A família contemporânea encontra na filiação socioafetiva uma de suas mais importantes facetas, posto que em consonância os novos valores buscados pela família, em especial o afeto.

A filiação socioafetiva, enquanto que filiação alicerçada no afeto e construída no cotidiano das famílias, é o ápice desse processo que visa mais a felicidade de cada membro que compõe a família e menos os laços de patrimônio e sangue.

É uma realidade que vem se consolidando e que muito contribui para a formação das pessoas presentes nessas relações, e, conseqüentemente, colabora para uma maior estabilidade na sociedade.

A vontade individual determinando condutas e opções é novidade nas relações familiares, posto que as decisões anteriormente tomadas eram guiadas por fatores externos, notadamente a religião e pressões sociais e não consideravam as disposições afetivas e as aspirações das pessoas que partilhavam dessas relações.

Na família funcionalizada à formação e desenvolvimento da personalidade de seus membros, o aspecto patrimonial é um aspecto secundário, há “passagem de

⁶⁹ “Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à criação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade”. (LÔBO, P. L. N. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *In*: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.252).

uma jurisprudência de interesses patrimoniais para uma configuração atenta aos valores existenciais, privilegiando mais a pessoa e menos o seu patrimônio”.⁷⁰

Por todo o exposto, verifica-se que existiram mudanças na sociedade e no Estado que repercutiram nas relações do Direito de Família. A Constituição Federal de 1988 possui importância singular ao reconhecer essas mudanças e atribuí-las eficácia constitucional.

3.3 Diretrizes estabelecidas pela nova ordem constitucional

A Constituição Federal é fonte suprema do sistema jurídico brasileiro, seus preceitos informam todo o sistema⁷¹. Com a sua promulgação, em 1988, novos valores, com maior adequação social, vieram à tona.

A autonomia do Direito Civil, até então a única fonte a regular o Direito Privado, deixou de existir. Isso porque o Código Civil deve estar em plena conformidade com os preceitos constitucionais.

Os valores insculpidos na Constituição Federal de 1988 alteraram profundamente o Direito Civil, notadamente o Direito de Família. A norma infraconstitucional não poderia proteger valores refutados pela Constituição Federal.

A respeito do tema, discorre Rose Melo Vencelau:

“(…)Por estar no cume do sistema jurídico, a Constituição representa as suas opções valorativas. No entanto, o que se propõe é algo mais. É que a Constituição seja reconhecida como norma jurídica e possa regular diretamente as relações jurídicas privadas, mormente, quando norma infraconstitucional contrarie a opção valorativa constitucional”.⁷²

⁷⁰ FACHIN, R. A. G. Em busca da família do novo milênio(uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). *Op. Cit.* p.11.

⁷¹ Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. (SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1992, 8ª Ed., p.47).

⁷² VENCELAU, R. M. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 39.

Sendo a família a base da sociedade, recebeu especial atenção da Constituição Federal. O Constituinte aproximou o Direito da realidade da família sociológica: as entidades familiares, respeitadas em suas pluralidades⁷³, foram reconhecidas como centro da tutela jurídica.

Assim, a Constituição mostrou-se sensível aos anseios da população e atenta às suas reais necessidades, reconhecendo como entidade familiar, além da família fundada no casamento, a tutela de núcleos familiares monoparentais⁷⁴ e extramatrimoniais⁷⁵.

Fora estabelecida pela Constituição Federal uma nova teia axiológica, pautada pela liberdade, dignidade e igualdade, voltada a importância dos direitos individuais dos sujeitos que compõem a família, em busca da felicidade de cada um.

A pessoa humana passou a ser pressuposto e fundamento de toda a ação estatal, incitando uma releitura de toda a ordem jurídica, houve constitucionalização do afeto, do carinho, do desvelo e da solidariedade.

Há crescente fenômeno de repersonalização e despatrimonialização, o foco do núcleo familiar passa do patrimônio para a valorização da pessoa humana.

“(…)Na medida em que se ‘despatrimonializa’, isto é, se reduz o conteúdo patrimonial das relações no sistema jurídico, a família se adapta a novos valores, na passagem de uma jurisprudência de interesses patrimoniais para uma configuração atenta aos valores existenciais, privilegiando mais a pessoa humana e menos o seu patrimônio”⁷⁶.

A família, sob esse novo prisma, deve ser considerada um ambiente propício para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, sendo um verdadeiro

⁷³ “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas(…)”. (LÔBO, P. L. N. *Op. Cit.*p.11).

⁷⁴ Art. 226 da Constituição Federal.

(…)

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

⁷⁵ Art. 226 da Constituição Federal.

(…)

§ 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.

⁷⁶ FACHIN, R. A. G. Em busca da família do novo milênio (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo).*Op. Cit.* p. 11.

instrumento para a tutela humana e concebida como referencial de igualdade, liberdade e solidariedade.

Ressalte-se que a proteção constitucional à família é garantida na medida em que a entidade exerça sua função de promover o desenvolvimento da personalidade dos seus membros, realizando seus interesses afetivos e existenciais.

Sustenta José Bernardo Boeira:

“a família ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apoio indispensável para a sua formação e estabilidade na vida em sociedade”.⁷⁷

A Constituição Federal deixa claro seu desejo de que a família seja vista como um dos meios assecuratórios de direitos⁷⁸, independentemente de sua forma de estabelecimento.

Dessa forma, a família, conjuntamente com o Estado e a sociedade, passam a ser provedores de direito, notadamente o direito à dignidade da pessoa humana e à convivência familiar, sempre guiados pelo princípio do melhor interesse da criança.

Em matéria de filiação, a nova ordem constitucional estabeleceu profundas transformações ao superar as ultrapassadas premissas do sistema clássico e instituir a isonomia entre os filhos⁷⁹, através do princípio da unidade da filiação.

“Com efeito, o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação uma, igualitária, qualquer que seja a sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o do sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos”.⁸⁰

⁷⁷ BOEIRA, J. B. R. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.22-23.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Art. 227 da Constituição Federal
(...)

§ 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.

⁸⁰ VENCELAU, R. M. *Op. Cit.* p 45.

Em matéria de filiação, esses novos princípios são corolários da evolução jurídica pela qual perpassou nosso sistema, colocando a criança e o adolescente como sujeito de direito, em situação de maior relevância, posto que pessoas em desenvolvimento e merecedoras de especial atenção.

“A Constituição atual alterou profundamente a concepção jurídica da família, reconhecendo a relevância do mundo fático, há tanto tempo desabrigado pelo mundo jurídico, e trouxe duas propostas revolucionárias: a primeira vem com o art. 226, que inclui no contexto constitucional o conceito de entidade familiar, e a outra disposta no art. 227, que redimensionou a idéia de filiação”.⁸¹

A Constituição Federal tornou a família um local de afetividade, reconheceu a família sociológica e elegeu a tutela de renovados valores; caminhou, dessa forma, ao encontro da valorização das pessoas e isso trouxe avanços significativos para toda a sociedade.

O Código Civil de 2002, posterior à promulgação da Constituição Federal, não estabeleceu avanços que seriam interessantes para a consolidação de algumas das inovações constitucionais, como a filiação socioafetiva.

Em outros aspectos, acolheu o texto constitucional, sem maiores detalhamentos, como a igualdade entre as filiações.

A respeito da nova codificação civil, assevera Rosana Amara Girardi Fachin: “num lado da margem, o século XXI principia com instigantes problemas; noutra o Código Civil, aprovado em 2002, mas com ares de ancianidade”.⁸²

Ainda que o Código Civil não corresponda à realidade, a Constituição Federal fornece ao sistema jurídico as bases para que seja realizada hermenêutica construtiva em favor do melhor interesse da criança.

⁸¹ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.46.

⁸² FACHIN, R. A. G. Do parentesco e da filiação. *In*: Direito de família e o novo Código Civil. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.135.

4. FAMÍLIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4.1 A influência da família no desenvolvimento da personalidade de seus membros

É inegável a importância da família na formação do indivíduo e de sua inserção na cidadania, pois é somente na família, ou através dela, é que uma pessoa pode tornar-se sujeito e humanizar-se.

Integrar uma família acarreta conseqüências importantes na vida psíquica, social, moral e cultural do indivíduo. A exclusão dessa realidade gera efeitos danosos à personalidade do indivíduo.

Corroborar nesse sentido o entendimento da psicóloga especialista em família Lidia Natalia Dobrianskyj Weber ao afirmar que “ter uma família, conseguir vínculos afetivos profundos, trocar laços de afeto, são aspectos primordiais para a nossa existência”⁸³.

Ao longo dos tempos, a família sempre foi a grande responsável pela transmissão de cultura, ensinamento, valores, influenciando na formação do sujeito como nenhuma outra “instituição”.

“Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo ambiente, que é a base dos sentimentos, segundo Shand; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência”.⁸⁴

Na família clássica as preocupações voltavam-se em manter a “paz doméstica”, a integridade social e econômica do núcleo familiar, sufocando os desejos e aspirações dos seus integrantes.

⁸³ WEBER, L. N. D. Pais e filhos por adoção no Brasil. *Op. Cit.* p. 68

⁸⁴ LACAN, J. Os complexos familiares na formação do indivíduo. Trad: Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Junior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p.13.

Já a família hodierna busca o desenvolvimento dos membros que a integra, sedimentada no afeto, solidariedade e cooperação, um local privilegiado, em que há comunhão de vida.

A família constitui o núcleo que fornece estrutura ao sujeito, o centro da tutela jurídica, responsável por suas bases fundantes e influenciar decisivamente no seu desenvolvimento.

“Não se cogita de uma sociedade de homens sós, apartados no núcleo familiar, que pouco importa se formem pelo casamento ou fora dele, ou até mesmo proveniente da sua tendência de família monoparental, pois é dentro do núcleo familiar que o homem satisfaz as suas necessidades, evolui e vive prioritária e satisfatoriamente sua existência”.⁸⁵

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico novas premissas, atribuindo eficácia à pluralidade familiar e reconhecendo sua base fundante nos princípios da igualdade, liberdade e solidariedade.

Por esse motivo, é imperioso o reconhecimento da pluralidade familiar, tal como foi feito pela Constituição Federal⁸⁶, posto que ao Direito não deve interessar de que forma foi constituída a família, mas sim se ela são capazes de atender às necessidades existenciais de seus integrantes.

Tantas atenções legislativas voltam-se para a família em virtude de sua importância na sociedade e o núcleo primário de construção do ser e influenciará decisivamente no habitat social.

“A família é uma estrutura de afetividade, seja qual for a realidade de sua construção, se articulada por pais separados, se formada por pessoas homossexuais, família com filhos adotivos, família sem pai, sem mãe, sem filhos, etc. A família é um lugar subjetivo, onde recorreremos sempre que precisamos de referências, apoio e conforto para tratar de questões que a vida nos apresenta”.⁸⁷

⁸⁵ MADALENO, R. A disregard nos alimentos. *In*: Repertório de doutrina sobre direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.343.

⁸⁶ “Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas”. (LÔBO, P. L. N. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. *Op. Cit.* p. 11).

⁸⁷ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.61.

A diversidade presente nos mais diversos aspectos do ser humano agora é protegida constitucionalmente, ou seja, independentemente de credo, raça ou orientação sexual, todos verão sua dignidade reconhecida.

Essas premissas trazem para o Direito de Família um novo amanhecer, posto que a família e seus membros podem buscar satisfação de suas necessidades existenciais e felicidade da maneira como lhes aprouver, desde que observados os limites da dignidade da pessoa humana de seus membros.

É assegurado, assim, o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas que compõem a família. A formação dessa personalidade⁸⁸, que é influenciada por vários fatores externos, é construída pela combinação de aspectos herdados e experiências marcantes do ser.

Cabe à estrutura familiar proteger a integridade física e principalmente psicológica dos indivíduos que a integra; as ameaças são inúmeras, exigindo, portanto, maior atenção quando da formação dessa personalidade, em tenra idade.

“Personalidade que para seu desenvolvimento necessita do afeto, do amor, caso contrário, efetivamente não sobreviveremos. Amor que não é uma qualidade instintiva, mas, que depende da aprendizagem de pautas relacionais, da convivência e dos exemplos que fazem sua inscrição no psiquismo, de forma consciente e inconsciente. Se não tivermos quem nos cuide, e com amor, faleceremos ou ainda, não nos humanizamos”.⁸⁹

Para que o indivíduo possa ter uma completa formação e possa se realizar é irrefutável que ele pertença a um núcleo familiar⁹⁰ e este forneça-lhe as bases estruturantes do ser, não importando de que maneira esse núcleo foi constituído.

⁸⁸ A personalidade “é a condição ou maneira de ser da pessoa. É a organização mais ou menos estável que a pessoa imprime à multiplicidade de relações que a constituem. O aspecto físico e os psíquicos como a vontade, a emoção, a inteligência são aspectos da personalidade”. (GROENINGA, G. C. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Op. Cit.* p. 446).

⁸⁹ GROENINGA, G. C. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 447.

⁹⁰ Lidia Natalia Dobrianskyj Weber analisa a respeito quando trata do filme “Tarzan”, no qual um menino é criado por uma família de gorilas: “A diferença na aparência (no caso da história do filme, a diferença não é só de aparência, mas de espécie” foi um desafio. O desenvolvimento da vida de Tarzan mostra com clareza o quanto o ambiente é muito mais importante na vida de uma pessoa do que a sua herança genética. Tarzan adaptou-se perfeitamente ao ambiente da selva, aos modos da espécie dos gorilas, aos gestos e maneirismos de seus pais adotivos”. Weber Lidia Natalia Dobrianskyj. Aspectos psicológicos da adoção. *Op. Cit.* p.31).

Para que o ser possa se desenvolver e realizar seus interesses existenciais, necessita de adultos que lhe permitam o desenvolvimento de seu potencial, com amor, compreensão e afeto.

A criança tem necessidades especiais de tratamento, posto que em desenvolvimento. Por meio da convivência familiar é que serão firmados os valores éticos e morais que serão suas bases.

“O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável. Assim, é na interação com o outro, inicialmente na família, por meio do amor, que se desenvolvem na personalidade as qualidades eminentes humanas de pensamento, auto-reflexão e empatia”.⁹¹

A importância da família no desenvolvimento da personalidade de seus membros, embora mais relevante nas crianças, é importante por toda a existência do ser.

Isso porque a personalidade está em constante desenvolvimento, o tempo todo recebemos influências do meio externo, passamos por experiências que influirão em nosso modo de encarar a vida.

Dessa forma, a vulnerabilidade do ser humano não permite que ele viva só, apartado de uma convivência familiar saudável, exige-se que ele esteja continuamente integrado para superar os diversos obstáculos que surgirem no seu cotidiano.

“Para que se realize essa integridade física, sobre a qual se assenta a psíquica, são necessárias uma família, e condições mínimas – saúde, moradia, alimentação. Como visto, a personalidade desenvolve-se sobre uma base corporal e apóia-se nas relações com os cuidadores – em geral a mãe e o pai que, por sua vez, precisam ser minimamente cuidados pelo Estado”.⁹²

Assim, a tutela estatal deve não somente buscar a não-violação da dignidade dos membros que a compõem a família, mas também implementar condições para que a personalidade desses indivíduos possa ser desenvolvida.

⁹¹ GROENINGA, G. C. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Op. Cit.* p. 448.

⁹² GROENINGA, G. C. *Idem.* p. 450.

Devem ser fornecidas aos núcleos familiares condições mínimas de sobrevivência para que o livre desenvolvimento da personalidade possa ser atingido. “O estado de privação obviamente gera um estado de desconfiança e vitimização que afetará toda a personalidade”⁹³.

O caráter universal da família decorre pelas leis de sua constituição, as quais consideram a natureza instintiva ínsita ao ser humano e breca o desenvolvimento de sentimentos irracionais, aproximando-o de ser humano.

“As leis de constituição de família são o interdito de impulsos básicos (...), o que implica o reconhecimento dos semelhantes, a delimitação de lugares e funções, e a interdição da expressão livre da agressão e da sexualidade que seria a violência, impondo-se sua simbolização e mediação por meio da palavra e mitigação por meio do amor”.⁹⁴

O ser humano, diversamente de outras espécies de animais, necessita de maior tempo de amparo pela família, que lhe fornece proteção física e psíquica.

Esse permanente “desamparo” do ser humano é emocional, inerente à sua condição. Isso porque se agrega a dependência psíquica à dependência biológica. O que não está completamente equivocado, posto que se sua natureza instintiva ficar sem controle, certamente terá sua sobrevivência ameaçada.

“Dada a dependência e o desamparo emocional que é da natureza humana, a finalidade da família, embora sofra variações históricas, mantém-se essencialmente como instituição estruturante do indivíduo em função das diferenças entre os elementos que a compõem e que determinam lugares que este ocupa e funções diferentes que exerce, de acordo com o ciclo vital, dentro da estrutura. Dadas estas condições é que podemos desenvolver atributos humanos por excelência – o pensamento (...). Podemos dizer que a família tem como finalidade propiciar o desenvolvimento no ser humano de sua capacidade de pensamento em sintonia com os sentimentos”.⁹⁵

⁹³ GROENINGA, G. C. *Idem*. p. 452.

⁹⁴ GROENINGA, G. C. Família: um caleidoscópio de relações. *In*: Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia. Coord Giselle Câmara Groeninga, Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 134.

⁹⁵ GROENINGA, G. C. *Idem*. p. 137.

A família pode ser considerada um sistema⁹⁶, no qual os elementos estão em constante interação, evoluindo de acordo com o ambiente e as finalidades que passa a se desenvolver.

“É nesta *Estrutura* familiar, que existe antes e acima do direito, que devemos buscar, para sermos profundos, o que realmente é uma família, para não incorrerem em moralismos e temporalidades que só fazer impedir o avanço da ciência jurídica. E sobre essa estrutura que o Direito vem através dos tempos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estruturação familiar, onde há lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na constituição de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais”.⁹⁷

As relações de família, estruturantes do indivíduo, possuem regras e valores particulares àquela família, que são transmitidos entre as gerações, e que vão muito além do vínculo genético.

“A dinâmica familiar refletida na interação entre pais e filhos tem sido tema de grande interesse tanto para o conhecimento popular quanto para o conhecimento científico, e tanto as pessoas que se guiam pelo senso-comum quanto os cientistas imaginam uma família idealizada para dar conta dessa ‘séria responsabilidade’ que é criar um filho”.⁹⁸

A família, dessa forma, constitui-se núcleo social de importância ímpar no desenvolvimento dos seus membros, um local em que os laços de afetividade, o respeito e a cooperação prevalecem, gerando estabilidade emocional aos seus integrantes.

⁹⁶ “Ao definirmos a família como um sistema, estamos trazendo a noção de que um sistema é maior do que a soma das partes. E mais, são elementos em interação que mantêm uma relação de interdependência. Emprestamos o modelo da ecologia, em que um elemento está em íntima interação com os demais, e o que ocorre com um afeto o restante, em maior ou menor grau. Assim, o destino de um dos elementos afeta os demais, o que é fundamental ter em conta nas situações de transformação de estado pelas quais passa uma família, sobretudo quando um terceiro é buscado, como nas situações de separação e divórcio”. (Groeninga, Giselle Câmara. *Família: um caleidoscópio de relações*. In: *Direito de família e psicanálise*. *Op. Cit.* p. 136).

⁹⁷ PEREIRA, R. C. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.25.

⁹⁸ WEBER, L. N. D. *Aspectos psicológicos da adoção*. *Op. Cit.* p. 35.

4.2 A família eudemonista enquanto elemento concretizador da dignidade da pessoa humana

Diante da grande responsabilidade que a família possui quando se trata da formação física e psíquica dos indivíduos que a compõem, visto que um local propício para o desenvolvimento do ser humano, esta recebeu especial proteção estatal.

As categorias até então existentes no Direito de Família, essencialmente patrimonialistas e patriarcalistas⁹⁹, em que não existia qualquer preocupação com a felicidade dos seus integrantes, não mais atendiam às suas necessidades existenciais.

A crescente preocupação com a valorização do ser humano trouxe uma nova carga axiológica para as relações familiares, voltadas mais ao afeto e menos ao patrimônio e laços sangüíneos.

A nova ordem pública, consagrada na Constituição Federal de 1988¹⁰⁰, funda-se na solidariedade social, na isonomia substancial e na dignidade da pessoa humana, o que implica releitura de toda a ordem jurídica sob esses novos preceitos.

A nova família está voltada a renovados valores, alicerçados nos princípios da igualdade, liberdade e da não-discriminação, privilegiando mais a pessoa humana e menos o seu patrimônio.

“Uma família construída sobre novos parâmetros se fizeram sentir e receberam ampla proteção constitucional, tendo a dignidade e a igualdade como princípios orientadores, assim como a possibilidade de tentar tantas vezes quanto forem necessárias a formação de uma família feliz”.¹⁰¹

⁹⁹ “No antigo modelo da *grande família*, avulta o caráter patriarcal e hierarquizado da família, centrada no matrimônio; trata-se a família como um grupo ou comunidade, fundada sobre a homogeneidade das crenças e na divisão dos papéis familiares, preocupada com sua sobrevivência material, biológica e cultural”. (FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. *Op. Cit.* p. 24).

¹⁰⁰ Art. 1º da Constituição Federal. 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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (sem grifos no original)

¹⁰¹ CARBONERA, S. M. *Op. Cit.* p. 285-286.

Nesse novo horizonte, o princípio da dignidade da pessoa humana radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados¹⁰², conferindo sentido e legitimidade a toda a ordem constitucional, atuando “como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais”¹⁰³.

A dignidade da pessoa humana, fundamento do nosso sistema jurídico, é intrínseca ao ser¹⁰⁴, cabendo ao Direito promover sua defesa e efetivação, conforme discorre Ingo Wolfgang Sarlet:

“(…)qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito”.¹⁰⁵

Para a realização do programa normativo que decorre da adoção do princípio da dignidade humana como base do nosso sistema jurídico, não basta ao Estado adotar a postura de não-violação da dignidade da pessoa humana; além disso, deve tomar medidas para que haja sua promoção.

“A dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.¹⁰⁶

A dignidade da pessoa humana representa valores espirituais e morais inerentes ao ser humano. Assim, assegura a essa pessoa a possibilidade de autodeterminação da própria vida e o respectivo reconhecimento disso por parte das demais pessoas e, principalmente, pelo Estado.

¹⁰² “A constitucionalização dos direitos – enfatiza Canotilho – revela a fundamentalidade dos direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça”. (CANOTILHO, J. J. G. Estado de direito. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999, p. 56) .

¹⁰³ SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.82.

¹⁰⁴ A dignidade é compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana.

¹⁰⁵ SARLET, I. W. *Op. Cit.* p 27.

¹⁰⁶ LUÑO, P. *Apud* SARLET, I. W. *Op. Cit.* p.113.

“A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família a base da sociedade, seja derivada do casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, 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 (CF, art.226, §7º)”¹⁰⁷.

O Direito de Família está profundamente ligado à dignidade da pessoa humana, sendo este o principal fator impulsionador de sua evolução, fazendo com que a família seja vista como um instrumento para tornar reais direitos.

Além da dignidade da pessoa humana, outros direitos fundamentais, tais como liberdade, igualdade, fraternidade, solidariedade e felicidade, possuem relação estreita com o Direito de Família; isso porque é no núcleo familiar que eles encontram o local ideal para se potencializar, estimulados pelo afeto.

Ensina Rosana Amara Girardi Fachin, que “família, repersonalização e direito fundamentais têm parentesco etimológico indiscutível”¹⁰⁸.

A entidade familiar, dessa forma, passou a ser um ambiente privilegiado para propiciar a realização da dignidade dos indivíduos que a integra, através do desenvolvimento de sua personalidade e formação.

“(…)é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do Constituinte neste particular, a consagração – ainda que de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade”¹⁰⁹.

A família está voltada a plena realização dos membros que a compõem, conforme analisa Rosana Amara Girardi Fachin:

“Essa realização significa a plena dignidade da pessoa humana e, como princípio central, o Direito de Família encontra-o como pedra basilar: amor, afeto e solidariedade conformam e amoldam a família constitucional”¹¹⁰.

¹⁰⁷ MORAES, A. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.61.

¹⁰⁸ FACHIN, R. A. G. Em busca da família do novo milênio (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). *Op. Cit.* p. 67.

¹⁰⁹ SARLET, I. W. *Op. Cit.* p. 88.

¹¹⁰ FACHIN, R. A. G. *Op. Cit.* p. 81.

Não há dúvida que integrar uma família é um direito fundamental, ante a sua relevância na estruturação do indivíduo.

“Quando se pensa em direitos humanos fundamentais o que primeiro vem à mente é o direito à vida. Mas não se pode pensar na vida humana sem pensar na família. Uma implica a outra, necessariamente. Daí que – também necessariamente – o direito à vida implica o direito à família, fundando-o primordialmente, como o primeiro na ordem jurídica da família, o mais fundamental dos direitos de família”.¹¹¹

É próprio à natureza humana aspirar por uma família, ao Direito não cabe estabelecer para os desejos de foro íntimo das pessoas molduras ou rígidas opções determinando a forma que seu núcleo familiar deverá possuir.

Se o núcleo desejado for capaz de propiciar o livre desenvolvimento de seus membros, cumprindo a sua essencialidade na vida dos indivíduos, é atentatório à dignidade da pessoa humana que não exista o devido reconhecimento jurídico a essa entidade.

Dessa forma, ante a recepção da pluralidade familiar na Constituição Federal, a família é vista como meio assecuratório de direitos independentemente da forma a que se amolde e recebe proteção de maneira igualitária.

No artigo 227, *caput*, da Constituição Federal¹¹², há um redimensionamento da idéia de filiação, atribuindo absoluta prioridade à criança e ao adolescente.

Ainda, no Artigo 226, § 7º ¹¹³, recebeu inédita proteção o planejamento familiar, considerado um realizador da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável¹¹⁴.

¹¹¹ BARROS, S. R. Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In*: Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Coord: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹¹² 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.

¹¹³ Art. 226 da Constituição Federal

(...)

§ 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.

“A Carta de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República (art. 1º, III), que antecede todo o texto constitucional. Sendo assim, a realização do indivíduo tem supremacia sobre o grupo, a proteção a todas as pessoas que constituem o grupo deve ser realizada de forma igualitária, pois a desigualdade atinge diretamente a dignidade”.¹¹⁵

O fato de a família ter se tornado democrática, abandonado a arcaica hierarquia entre os seus membros e instituído a igualdade entre os cônjuges¹¹⁶ também representou grande avanço na proteção da pessoa.

“Na medida que as relações entre os cônjuges se fundamentarem no diálogo racional, no convencimento argumentativo, no debate dialético das idéias, na exposição sincera das emoções, na comunicação livre de coercitividade, no agir fundamentado e não arbitrário, a família terá real solidez e – o que é muito importante – produzirá ou reproduzirá, em seu interior, as condições únicas para uma estruturação social mais igualitária, mais justa e de maior acatamento à dignidade da pessoa humana”.¹¹⁷

Da mesma forma, um direito que institua tratamento diferenciado para filhos em decorrência da relação que seus pais possuem não condiz com as bases traçadas pelo princípio irradiador, “podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família¹¹⁸”.

¹¹⁴ Para Eduardo de Oliveira Leite, “o novo texto constitucional não obriga, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Isto seria mesmo impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria idéia de paternidade, assim entendida como intensa relação amorosa, auto-doação, gratuidade, engajamento íntimo, independente de imposição coativa”. (LEITE, E. de O. Temas de Direito de Família. *Op. Cit.*, p.101).

¹¹⁵ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.46.

¹¹⁶ Art. 226 da Constituição Federal.

(...)

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

¹¹⁷ PEREIRA, S. G. *Op. Cit.*, p.27.

¹¹⁸ PEREIRA, R. C. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.100.

Na postura atual da família, não se admite que existam normas que não tenham por base a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, posto que um “pressuposto da idéia de justiça humana”¹¹⁹.

O apoio emocional fornecido pela família ao indivíduo, gerando um completo desenvolvimento e estabilidade emocional, é construído diariamente e não determinado por um dado sanguíneo.

Ocorre que o afeto e o amor, e não os laços genéticos, são capazes de promover tamanha doação visando o bem de seu filho e aí encontra-se a base da paternidade socioafetiva.

Por isso a filiação socioafetiva possui estreita relação com a dignidade da pessoa humana, pois permite que o amor e afeto norteiem as relações de filiação, independentemente de vínculo consanguíneo.

¹¹⁹ ROCHA, C. L. A. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. *In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia*. Brasília: OAB, Conselho Federal, v. I, 2000, p. 72.

5. FILIAÇÃO

O modo de convivência familiar, em toda a sua história e em nuances sociais e geográficas, experimentou grande variação visando adaptação às necessidades que seus membros apresentavam.

Não há estaticidade: novos fatos vão surgindo e exigem novas soluções do Direito, que atendam às expectativas dos indivíduos envolvidos nas relações familiares.

As relações de filiação apresentam alta complexidade, como descreveu Caio Mário da Silva Pereira:

“A filiação é um fenômeno excepcionalmente complexo, com características biológicas e fisiológicas, além de pertencer ao mundo físico e ao mundo moral, por englobar simultaneamente o fato concreto da procriação e uma relação de direito”.¹²⁰

Para Gustavo Tepedino, a filiação é “a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, sendo designada, do ponto de vista dos pais, como relação de paternidade e maternidade”¹²¹.

A filiação constitui-se faceta indissociável da família. O tratamento que recebeu, entretanto, foi diverso ao longo da evolução jurídica da família no Brasil.

Um longo e árduo caminho foi traçado pela filiação até que se chegasse ao estatuto unitário da filiação, consagrado na Constituição Federal de 1988.

A mudança de paradigmas constituía-se fundamental para as novas relações pessoais que se descortinavam: do individualismo, patriarcalismo, matrimonialismo do sistema clássico, contidos no Código Civil de 1916, passou-se aos princípios da igualdade, pluralidade e busca da realização pessoal, albergados na Constituição Federal.

José Bernardo Ramos Boeira, diante da igualdade plena entre filiações estabelecida pela Constituição Federal de 1988, assevera:

“Esta isonomia não tem como importância, simplesmente, nivelar direitos patrimoniais e sucessórios, aspecto de fundamental relevância que já havia

¹²⁰ PEREIRA, C. M. S. Reconhecimento da Paternidade e seus efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.1.

¹²¹ TEPEDINO, G. Disciplina Jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: Direito de Família Contemporâneo. Org. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 549.

sido acolhido pelo artigo 51 da Lei do Divórcio de 1977, mas destaca-se pelo fato de impor uma **nova ordem axiológica**, com eficácia imediata em todo o ordenamento jurídico, cuja compreensão se torna indispensável para uma correta interpretação da normativa constitucional aplicável às relações de famílias”.¹²² (sem grifos no original).

Dessa forma, em cada momento histórico, o Direito abrigou determinada concepção de família e atribuiu-lhe relevância; por esse motivo há diversidade de possibilidades de filiações: jurídica, biológica e afetiva, todas igualmente reconhecidas constitucionalmente¹²³.

5.1 A tríplice dimensão da filiação: jurídica, biológica e afetiva

5.1.1 A dimensão jurídica

Considerando a evolução jurídica do Direito de Família brasileiro, inicialmente, a filiação foi tratada em seu genuíno aspecto jurídico.

A presunção de paternidade romanista foi acolhida pelo Código Civil francês, cujos valores foram projetados para o Código Civil Brasileiro de 1916, disposto a defender o matrimônio e toda a carga que essa instituição trazia.

Tal opção traduz a importância atribuída à família legítima e à sua conveniente paz, posto que a determinação da filiação era estabelecida a partir da constatação de casamento válido entre os pais.

O estabelecimento da filiação se dava através da presunção *pater is est quem justae demonstrat*, ou seja, a paternidade era atribuída àquele que demonstrasse as núpcias legítimas, estando “dentro das conseqüências naturais que advêm da instituição do casamento”¹²⁴.

Conforme discorre Eduardo de Oliveira Leite:

¹²² BOEIRA, J. B. R. *Op. Cit.* p. 30 “(...) A disciplina anterior pela qual a tutela dos filhos decorria necessariamente de uma relação preexistente com seus pais, atendia a uma lógica patrimonialista bem definida. Isso porque os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, perpetuados pela linha da consangüinidade”.

¹²³ Art. 227 da Constituição Federal

(...)

§ 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.

¹²⁴ BOEIRA, J. B. R. *Op. Cit.* p.41

“toda a estrutura do parentesco do mundo ocidental, de tradição romana, sempre se encontrou edificado na presunção de paternidade – *pater is est quem justae nuptias demonstrat* – (é pai quem demonstra justas núpcias) que consagrou, a partir de 1804 (Código Napoleônico) uma paternidade calcada na legitimidade decorrente do casamento. Ali onde há núpcias, há marido e mulher e, necessariamente, este marido é pai das crianças oriundas desta relação conjugal”¹²⁵.

De acordo com o Código Civil de 1916, eram considerados legítimos os filhos concebidos na constância do casamento¹²⁶; sendo presumida a filiação daqueles nascidos dentro de cento e oitenta dias depois de estabelecida a sociedade conjugal e os havidos dentro dos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação¹²⁷.

Caso algum, ou ambos, os pais estivessem casados com outra pessoa ao tempo da concepção ou do parto, o filho se dizia adulterino. Se houvesse impedimento para o casamento dos pais, em virtude de grau de parentesco, seus filhos eram denominados incestuosos. Os filhos adulterinos e incestuosos compunham a categoria dos filhos ilegítimos espúrios.

Havia ainda a categoria dos filhos naturais, cujos pais não haviam contraído matrimônio e nem possuíam proibição de casamento por parentesco entre si, os quais poderiam ser legitimados posteriormente por casamento posterior dos pais, ante a ausência de impedimentos, por reconhecimento voluntário ou decisão judicial.

Assim, a lógica utilizada pelo Código Civil de 1916, bem como suas classificações, deixou clara a necessidade de matrimônio entre os pais para evitar que fossem atribuídos estereótipos aos filhos gerados de sua união.

Constituindo um “sistema irreal, que, em nome de falsos valores morais e éticos, acabava por penalizar as crianças que nada tinham a ver com a falta de regularidade jurídica de seus pais”¹²⁸.

¹²⁵ LEITE, E. O. Temas de Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.120.

¹²⁶ Art. 337 do Código Civil de 1916. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé.

¹²⁷ Art. 338 do Código Civil de 1916. Presumem-se concebidos na constância do casamento:
I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);
II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

¹²⁸ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 67.

Tal regra, por vezes representando idéia fictícia da filiação, em nada refletia a realidade vivida no dia-a-dia do núcleo familiar; pois, “foi concebida, também, para prestigiar o *favor legitimatis*, isto é, para favorecer o estado de filho legítimo, que era superior e ao qual o legislador conferia direitos apreciáveis, mais benefícios e proveitos morais e materiais”¹²⁹.

Em nome da honra e da ordem social, abdicava-se da verdade. Assim, se uma mulher estivesse separada de fato há anos do marido e mantivesse união estável com outro homem e deste tivesse filhos, a paternidade tocava ao marido, em virtude da presunção *pater is est*.

“O conceito jurídico da paternidade dos filhos tidos dentro do casamento é um conceito aprisionado, firme no enclausuramento que a segurança jurídica se propõe a conferir às relações sociais, de um modo geral, e às relações matrimoniais, em especial. Não raro essa certeza jurídica não passa paradoxalmente de uma ficção”.¹³⁰

O fato da legitimidade ativa para contestar a paternidade caber apenas ao pai¹³¹, gerava a manutenção da paternidade no caso de inércia do marido, ainda que contra a vontade do filho e da mãe.

Além disso, havia curto lapso temporal para a propositura da ação de contestação da paternidade¹³² e as hipóteses estavam arroladas taxativamente na lei, conforme determinava o artigo 340, do Código Civil de 1916:

Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se:
I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho;
II - que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

¹²⁹ BOEIRA, J. B. R. *Op. Cit.* p.42.

¹³⁰ FACHIN, L. E. Da paternidade: relação biológica e afetiva. *Op. Cit.* p. 34.

¹³¹ Art. 344 do Código Civil de 1916. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher.

¹³² Art. 178. Prescreve:

(...)

§3º Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher;

§ 4º Em 3 (três) meses:

I - a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo;

Existindo, ainda, ressalvas¹³³ e limitações¹³⁴ cujo fim era atribuir maior robustez a presunção *pater is est*; havia obstrução na produção de provas, posto que nem a prova do adultério¹³⁵, nem a confissão materna¹³⁶ eram capazes de excluir a paternidade do marido.

Ao atribuir o ônus da prova a quem pretendia contestar a paternidade, a presunção pretendeu proteger a filiação, tecnicamente falando. Em termos ideológicos, protege a criança nascida sob o manto do matrimônio válido, a qual automaticamente possuía um pai.

“Ao criar-se um sistema de causas determinadas que permitem em estreitos limites a impugnação da paternidade, espelha-se o ‘*favor legitimitatis*’ que se dirige a propiciar uma proteção acentuada e especial à paz e a honra da família constituída pelo casamento, a ponto de albergar inaceitável desigualdade ente filhos legítimos e ilegítimos”¹³⁷.

Na família clássica não havia preocupação com o afeto, que era presumido. A filiação socioafetiva não possuía qualquer reconhecimento jurídico, posto que fora do rigorismo formal estabelecido pela legislação. Era uma espécie de filiação “menos importante”, a margem de proteção legislativa.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, fora estabelecido, notadamente em seu artigo 227, §6º¹³⁸, um sistema unificado de filiação, concedendo a todos o direito de vir a ter reconhecida a paternidade, independentemente da origem, “porque finalmente todos os filhos são simplesmente

¹³³ Art. 341 do Código Civil de 1916. Não valerá o motivo do artigo antecedente, nº II, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal

¹³⁴ Art. 342 do Código Civil de 1916. Só em sendo absoluta a impotência, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho.

¹³⁵ Art. 343 do Código Civil de 1916. Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole.

¹³⁶ Art. 346 do Código Civil de 1916. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

¹³⁷ FACHIN, L. E. Impugnação da paternidade: crise e superação do sistema clássico. R. Inf. Legisl., Brasília, jan./mar. 1993, nº 117, p.30.

¹³⁸ Art. 227 da Constituição Federal.

(...)

§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.

filhos, e o reconhecimento de estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível”¹³⁹.

Diante do novo quadro legislativo que se conjecturou, as restrições que obstavam a busca da verdadeira paternidade perderam sua validade, tanto no que concerne à legitimidade para a propositura da ação¹⁴⁰ quanto para o prazo, que é imprescritível do ponto de vista positivo¹⁴¹.

Assim, diante de sua relevância social, segundo melhor doutrina, a imprescritibilidade é válida apenas para ações de estado de filiação exercidas pelo filho, visando alterar seu *status*.

“As ações de estado, que tendem em via principal a reclamar, contestar ou modificar os estados pessoais, de regra, são imprescritíveis quando a pessoa age para afirmar seu próprio status (...) e são prescritíveis quando o legitimado age para contestar ou modificar o estado de outrem”.¹⁴²

Não obstante esse entendimento, o Código Civil de 2002 optou pela imprescritibilidade¹⁴³, o que significa verdadeiro retrocesso em matéria de filiação.

Isso porque a possibilidade de ação negatória de paternidade a qualquer tempo fere o princípio da igualdade entre as filiações, ante a instabilidade a que seria acometido o filho.

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA. ACORDO. DIREITO INDISPONÍVEL. NÃO HOMOLOGAÇÃO. 1. Presume-se que o reconhecimento de paternidade da menor foi um ato voluntário e consciente do autor da herança. 2. **O reconhecimento de paternidade é ato irrevogável e irretratável** ex vi do art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil, sendo que a anulação do registro, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada e necessariamente deve decorrer de um dos vícios do ato jurídico, tais como coação, erro, dolo, simulação ou fraude. 3. A filiação é direito indisponível e o reconhecimento, ato irrevogável, sendo, portanto, impossível a homologação do acordo onde a

¹³⁹ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 73

¹⁴⁰ Art. 1.615 do Código Civil de 2002. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

¹⁴¹ “ (...) A ação de investigação de paternidade é ação positiva, provocada por quem seja diretamente interessado, isto é aquele que terá seu *status* alterado; enquanto que a ação negatória de paternidade é ação negativa, na qual uma pessoa pretende alterar o *status* de outra”. (Vencelau, Rose Melo. *Op. Cit.* p. 157).

¹⁴² PERLINGIERI, P. *Op. Cit.* p.138.

¹⁴³ Art. 1.601 do Código Civil de 2002. Cabe ao marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher sendo tal ação imprescritível.

genitora compromete-se a excluir o nome do falecido, do registro de nascimento da infante. Recurso desprovido.¹⁴⁴ (sem grifos no original)

É necessária muita cautela do julgador quando da aplicação desse dispositivo, haja vista envolver conflito entre direitos fundamentais de diferentes seres humanos.

5.1.2 A dimensão biológica

No conjunto probatório da presunção de paternidade, o julgador utilizava uma série de presunções, inclusive provas indiretas, para seu estabelecimento.

As inovações tecnológicas trazidas para o campo jurídico causaram um novo paradigma para a filiação: **a verdade biológica**, traduzida na possibilidade de identificar a origem genética das pessoas.

A certeza atribuída às provas periciais de estabelecimento de paternidade, fez desabar o imperialismo da presunção *pater is est*.

A tecnologia biomédica permitiu que situações, antes nunca imaginadas, surgissem, tais como a fertilização assistida, mapeamento genético e mãe de substituição.

A quase certeza da origem genética (cerca de 99,99%), através de exames de DNA, provocou profundas transformações na esfera familiar, como esclarece Jaqueline Filgueiras Nogueira:

“O DNA (ácido desoxirribonucléico) situa-se no núcleo de todas as células do corpo humano, sendo a principal unidade biológica que compõe os seres vivos. Nunca é igual de uma pessoa para outra, mas possuem semelhanças típicas entre indivíduos relacionados biologicamente, porque metade do DNA de uma pessoa é herdada de sua mãe biológica e a outra metade é herdada de seu pai biológico. Funciona, assim, como a marca registrada da herança genética das pessoas. Dessa forma, através do exame de DNA, prova-se definitivamente a paternidade biológica de alguém”.¹⁴⁵

O exame de DNA, uma perícia médico-legal, tornou-se a prova cabal do vínculo de filiação biológica entre o gerador e o seu gerado, sendo que “(...) as

¹⁴⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70023111552, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/07/2008.

¹⁴⁵ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.80

outras provas parecem débeis, frágeis, desnecessárias, diante da prova absoluta, plena, vigorosa do DNA. O que estamos assistindo, nas questões de paternidade, é a sacralização, quando não a divinização da prova do DNA”¹⁴⁶.

A valorização do DNA como prova determinante da certeza da filiação é plenamente evidenciada em algumas decisões proferidas pelos Tribunais, que, por vezes, a consideram como prova cabal na determinação da filiação¹⁴⁷, conforme se verifica do excerto abaixo:

INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO AUTOR. INSTRUMENTO PARTICULAR. PROVA. EXAME GENETICO. (DNA). EMBARGOSDECLARATORIOS. MULTA DO ART. 538, PARAGRAFO UNICO DO CPC.SENDO MAIOR E CAPAZ, A MÃE DO MENOR IMPUBERE, AUTOR DA AÇÃO, PODE CONSTITUIR ADVOGADO POR INSTRUMENTO PARTICULAR.E **SEMPRE RECOMENDAVEL A REALIZAÇÃO DE PERICIA PARA INVESTIGAÇÃO GENETICA (HLA E DNA), PORQUE PERMITE AO JULGADOR UM JUIZO DE FORTISSIMA PROBABILIDADE, SENÃO DE CERTEZA**, MAS NÃO E IMPRESCINDIVEL A INSTRUÇÃO DO FEITO, NEM CONDIÇÃO PARA JULGAMENTO DE PROCEDENCIA DA AÇÃO, POIS SÃO CONHECIDAS AS DIFICULDADES PARA SUA REALIZAÇÃO, POR OPOSIÇÃO DO REU OU CARENCA DE RECURSOS. A ALEGAÇÃO DE PLURIUM CONCUBENTIUM DE DEFESA E ONUS PROBATORIO DO DEMANDADO. EXCLUSÃO DA MULTA DO PARAGRAFO UNICO DO ARTIGO 538 DO CPC, POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.¹⁴⁸ (sem grifos no original)

Como se pôde observar, tal julgado do Superior Tribunal de Justiça considerou a perícia do exame de DNA como um resultado próximo da infalibilidade.

Em outros, observa-se que a filiação biológica é considerada a filiação verdadeira, a “verdade real”:

¹⁴⁶ VELOSO, Z. A dessacralização do DNA. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.197

¹⁴⁷ Em sentido contrário:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA. "EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM". DNA.

- Deve ser afastada a alegação de "plurium concubentium" da mãe da autora, ao tempo da concepção, se os réus (irmãos e herdeiros do investigado) recusam submeter-se a exame de DNA, assim impedindo o juiz de apurar a veracidade da sua alegação.

- Elementos suficientes de convicção sobre a paternidade imputada ao investigado.

Recurso não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº135361/MG. Data do julgamento: 15/12/1998. 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar).

¹⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº38451/MG. Data do julgamento: 13/06/1994. 4ª Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA.

- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.

- A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.

- A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.

- Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.

- E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas.

Recurso especial conhecido e provido.¹⁴⁹ (sem grifos no original)

De acordo com esse entendimento, a paternidade biológica, enquanto verdade real da filiação, deverá ser buscada incessantemente pelo julgador.

Biologicamente falando, a paternidade alcançou sua sacralização pelo Poder Judiciário, diante da grande dificuldade encontrada em cada decisão a respeito de filiação.

Ou seja, colocando fim às incertezas da paternidade fundada na presunção *pater is est*, à provas indiciárias e à convicção do juiz¹⁵⁰, o laudo de exame de DNA passou a ser para os juízes uma “fórmula mágica” de resolução de conflitos de paternidade.

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AGRAVOS RETIDOS. EXAME COMPLEMENTAR E DEPOIMENTOS DAS PARTES. EXAME DE DNA APONTANDO PROBABILIDADE MAIOR QUE 99,99%

¹⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº140665/MG. Data do julgamento: 17/09/1998. 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹⁵⁰ Em sentido contrário:

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. Representa cerceamento de defesa o julgamento da ação de investigação de paternidade com base exclusivamente no exame de DNA, se não foi oportunizado às partes se manifestarem sobre o interesse na produção de outras provas, tampouco a apresentação de memoriais. Nulidade decretada. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70024961161, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 29/07/2008).

DE PATERNIDADE. DESNECESSIDADE DE OUTRAS PROVAS. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Em se tratando de exame de DNA, a determinação de segunda perícia é faculdade do juiz, não caracterizando cerceamento de defesa a não realização de exames complementares. No caso, o exame complementar e os depoimentos das partes não podem se contrapor à conclusão do exame de DNA que aponta em 99,9999% o apelante como pai da apelada, dotado de credibilidade e precisão científica. Confirma-se, assim, a sentença que julgou procedente o pedido da ação investigatória de paternidade, fundada em prova científica de incontestável valor.¹⁵¹

A precisão contida no exame de DNA fascinou o mundo jurídico, havendo uma supervalorização dos laços biológicos, pois, como advoga Rose Melo Vencelau, “de presunções que se justificavam pela impossibilidade da certeza biológica, passe-se à presunção *pater is est quem sanguis demonstrant*, ou seja, pai é aquele que se demonstrar o vínculo consangüíneo”¹⁵².

A experiência, entretanto, nos mostra o quanto é temeroso tomar a filiação biológica como verdade objetiva e real da filiação, a única a nortear a decisão do julgador.

Nesse sentido, observa Luiz Edson Fachin:

“A conciliação ente a paternidade jurídica (via presunção *pater is est*) com a verdade na filiação pode ser suficiente para a demonstração cabal da origem biológica do filho. Entretanto, esse passo (embora significativo) pode não ser tudo”.¹⁵³

Isso porque a relação entre pais e filhos não se esgota numa presunção ou na determinação da hereditariedade. A convivência diária, repleta de amor, carinho e afeto, geram laços invisíveis ao critério sanguíneo, posto que a determinação científica não pode medir o amor existente nessa relação.

O resultado do exame de DNA não pode ser considerado a única prova na determinação da paternidade, dissociada de um conjunto probatório; primeiramente porque a ciência não é infalível e, em segundo lugar, o critério biológico por vezes não é capaz de identificar o verdadeiro pai.

¹⁵¹ Apelação Cível Nº 70023575194, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 16/07/2008.

¹⁵² VENCELAU, R. M. *Op. Cit.* p. 89.

¹⁵³ FACHIN, L. E. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. *In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre o direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 2, p.177.

“Já é momento de evitar o endeusamento do resultado pericial, convertido o julgador num agente homologador da perícia genética, certo de ela possuir peso infinitamente superior a de qualquer outra modalidade de prova judicial”¹⁵⁴.

Assim, apesar da contribuição que o DNA fornece na determinação da paternidade, não pode ser a única verdade nesse aspecto, não pode ser considerado prova única e indiscutível.

As decisões a respeito de investigação de paternidade, anteriormente ao desenvolvimento do exame de DNA, eram desprovidas de comprovação científica, baseadas em provas indiretas.

Diante da possibilidade de comprovação científica do vínculo biológico, a coisa julgada¹⁵⁵ na investigação de paternidade vive momento delicado.

“No entanto, entre a segurança social e a descoberta da paternidade real, parece que o Direito de Família brasileiro caminha, a passos ousados, à quebra da coisa julgada”¹⁵⁶.

A paz social trazida pela coisa julgada exige tratamento diferenciado no âmbito das relações de família¹⁵⁷, posto que não pode ser maior do que o desejo de

¹⁵⁴ MADALENO, R. Novas perspectivas no Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 162.

¹⁵⁵ A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento. Nesse exato sentido é a lição Rosenberg-Schwab- Gottwald, quando defendem a idéia de que a “coisa julgada material é uma consequência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito”. Marinoni, Luiz Guilherme. Sobre a relativização da coisa julgada material. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=42. Acesso em 07 de março de 2008. p.4.

¹⁵⁶ ALMEIDA, M. C. Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 105.

¹⁵⁷ “Em favor da ‘relativização’ da coisa julgada, argumenta-se a partir de três princípios: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade. No exame desse último, sublinha-se que o processo, quando visto em sua dimensão instrumental, somente tem sentido quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de Justiça e adequado à realidade. Em relação ao princípio da legalidade, afirma-se que, como o poder do Estado deve ser exercido nos limites da lei, não é possível pretender conferir a proteção da coisa julgada a uma sentença totalmente alheia ao direito positivo. Por fim, no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, sustenta-se que a coisa julgada, *por ser apenas um dos valores* protegidos constitucionalmente, não pode prevalecer sobre outros valores que têm o mesmo grau hierárquico. Admitindo-se que a coisa julgada pode se chocar com outros princípios igualmente dignos de proteção, conclui-se que a coisa julgada pode ceder diante de outro valor merecedor de agasalho”. (Marinoni, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, p. 3-4).

um filho conhecer a sua verdadeira ascendência, devendo, pois, haver a relativização da coisa julgada¹⁵⁸.

Tal proposta decorre da relevância dos interesses envolvidos, os quais não podem ser afastados por formalidade jurídica.

Outra questão controvertida diante da possibilidade de conhecimento da ascendência genética através do exame de DNA decorre da recusa do suposto pai em se submeter à realização da perícia.

Trata-se de hipótese de colisão de direitos fundamentais. De um lado o direito do filho de conhecer sua origem genética, fruto da dignidade humana do filho e de outro lado o direito do pai de não ver ferida sua integridade física e sua intimidade.

O Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de favorecer o filho, notadamente através da Súmula 301: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

A polêmica chegou ao Supremo Tribunal Federal que, em julgamento histórico, decidiu, por maioria de votos, a não obrigatoriedade do pai em se submeter ao exame pericial do DNA:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. **A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos**¹⁵⁹. (sem grifos no original)

¹⁵⁸ “Têm surgido questionamentos em torno da “relativização da coisa julgada material”, ou melhor, da possibilidade de “relativização” da coisa julgada material independentemente do uso da ação rescisória. Tal problema, *que se apresenta intimamente ligado ao princípio da segurança dos atos jurisdicionais*, obviamente atinge a filosofia do direito, configurando uma das principais questões jurídicas ainda sem solução ideal. Trata-se precisamente da tensão existente entre a facticidade (*Faktizität*) e a validade (*Geltung*) do direito; a tensão entre a justiça e a segurança”. (Marinoni, Luiz Guilherme. *Op.Cit.* p. 01).

¹⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 71373/RS. Data do julgamento: 10/11/1994. Relator: Ministro Francisco Rezek.

Embora tenha assegurado o seu direito de não submissão, a Suprema Corte deixa claro que a recusa do investigado poderá lhe repercutir negativamente no êxito da ação, posto que pode ser tida pelo julgador como um indício da paternidade, dentro de todo o conjunto probatório.

A matéria foi contemplada no Código de 2002, em seus artigos 231¹⁶⁰ e 232¹⁶¹. Entretanto a questão ainda é objeto de discussão¹⁶², devendo o magistrado, no concreto, com singular sensibilidade analisar todo o conjunto fático probatório buscando o melhor deslinde para a questão.

Outro relevante parâmetro trazido com as inovações na área biomédica é a averiguação oficial da paternidade.

A Lei 8.560 de 1992 introduziu a averiguação oficiosa da paternidade, através da qual registrada a criança apenas com a indicação da mãe, o oficial de registro remete ao juiz tais dados, para que notifique o suposto pai para manifestação, no prazo de trinta dias.

Caso não o faça, os autos são remetidos ao Ministério Público para que este formule ação de investigação da paternidade.

Além da averiguação oficiosa, tal lei permitiu o reconhecimento do filho por escritura particular ou por manifestação expressa e direta perante o juiz.

DIREITO DE FAMILIA E PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.560/1992. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REGISTROS ANTERIORES A EDIÇÃO DA LEI. LEGITIMIDADE ATIVA DO MP. PRECEDENTE. HERMENEUTICA. RECURSOPROVIDO.

¹⁶⁰ Art. 231 do Código Civil de 2002. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

¹⁶¹ Art. 232 do Código Civil de 2002. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

¹⁶² “Posto assim o estado da arte nessa matéria, conclui-se pela impropriedade da súmula nº 301. Ela é equivocada porque parte de pressuposto falso, a saber, a da identidade da paternidade com a origem genética, desconsiderando o paradigma atual da socioafetividade. Ela é inútil porque depende da existência de provas indiciárias para que a presunção possa ser aplicada. Ela é injusta porque induz o réu a produzir provas contra si mesmo e porque serve de instrumento a interesses meramente patrimoniais, que nunca prevalecem quando o genitor biológico é pobre. Ela é contraditória porque indiretamente viola princípios constitucionais ressaltados no precedente do Supremo Tribunal Federal (HC nº 71.373); a recusa ao exame do DNA não pode ser tida como presunção desfavorável, pois os princípios constitucionais tutelam quem assim age, e se não se pode produzir provas contra as normas legais, também não se pode admitir presunção que leve ao mesmo efeito. Ela é desnecessária porque há solução dentro do sistema jurídico para a pretensão de natureza patrimonial, sem necessidade de negar o estado de filiação constituído”. (Lôbo, Paulo Luiz Netto. Paternidade Socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301/STJ. *In*: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso de Direito de Família. *Op.Cit.* p. 809/810.

I - O MP detém legitimidade para propor ação de investigação de paternidade, nos termos do art. 2. da lei 8.560/1992, ainda que o registro de nascimento tenha sido lavrado anteriormente a edição da lei.

II - Nesses casos, a propositura da ação independe do prévio procedimento de averiguação oficiosa instituído pelo art. 2º da referida lei.

III - Na interpretação da lei 8.560/1992, de duvidosa qualidade, impede dar exegese construtiva e teleológica, sob o amparo do art. 5º da lei de introdução¹⁶³.

A importância dessa lei reside no fato de que prevê igualdade entre todas as filiações e proíbe qualquer atuação discriminatória no que diz respeito ao estado de filiação.

“Entenda-se que a Lei nº 8.560/1992 não representa um novo sistema de estabelecimento da filiação, mas ela se constitui, isto sim, em um passo a mais dado em favor da igualdade dos direitos entre os filhos que começou e ser aberto pelas e jurisprudências que a precederam”¹⁶⁴.

Todo esse procedimento não configura ofensa ao princípio da inércia da jurisdição, haja vista que busca um interesse maior, que é o melhor interesse da criança.

Não obstante a busca pela paternidade biológica, esse critério, ainda que unido ao jurídico, não é capaz de traduzir toda a profundidade que envolve a paternidade.

Nesse sentido, o julgador deverá auferir no caso concreto o verdadeiro sentido da paternidade, que, por vezes, reflete-se na desbiologização da paternidade.

O esvaziamento do conteúdo biológico da paternidade reflete a realidade de que tal faceta é insuficiente para satisfazer completamente as necessidades dos indivíduos que compõem a família.

A família tornou-se um local propício para as relações de afeto, nela os indivíduos estão unidos mais pela vontade de cooperação mútua e menos pela consangüinidade imposta.

Pai e genitor passaram a ser categorias perfeitamente distintas, como ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo:

¹⁶³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 73805/MG. Órgão Julgador: 4ª Turma. Data do julgamento: 14/04/1997. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹⁶⁴ FACHIN, L. E (Org.). A nova lei de investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Curitiba: UFPR. Setor de Ciências Jurídicas, 1994, p. 42.

“Impõe-se a distinção entre a origem biológica e paternidade/ maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade”.¹⁶⁵

A família toma novos rumos, voltada para a realização de seus integrantes e para a busca de sua felicidade, refletindo esses novos aspectos nas relações de filiação e entre os companheiros.

Observa-se a tendência de que o vínculo de sangue, biológico passe a ocupar uma classe secundária na determinação da filiação, em virtude do maior reconhecimento jurídico dado ao afeto.

Isso decorre da constatação que o verdadeiro vínculo entre pais e filhos não é determinado, mas criado nas relações cotidianas. “Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no serviço e no amor que na procriação”¹⁶⁶.

A paternidade firmada no afeto, amor, companheirismo, a paternidade socioafetiva, é capaz de criar vínculos aptos a garantir uma relação estável entre pais e filhos, tema que passa a se desenvolver com maior profundidade a seguir.

5.2 Filiação socioafetiva

Na Constituição Federal de 1988 houve o reconhecimento da tutela do afeto, tornando-se valor comum e identificador da pluralidade familiar.

O elo afetivo e social existente entre pessoas que não possuem vínculo biológico, mas se tratam como pai e filho, não pode ser ignorado pelo Direito, posto que voltado ao desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe meios físicos, intelectuais e morais.

A verdadeira paternidade é revelada através de contínuos cuidados, afeto e amor oferecidos dos pais para os filhos, ou seja, sua base está no comportamento.

¹⁶⁵ LÔBO, P. L. N. Princípio Jurídico da afetividade da filiação. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

¹⁶⁶ FACHIN, L. E. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. *Op. Cit.* p.37

“Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base da paternidade”.¹⁶⁷

A paternidade socioafetiva é uma realidade que se constrói, valorizando a pessoa e captando as suas necessidades essenciais.

A filiação socioafetiva funda-se em vínculos afetivos e sociais, envolve sentimentos entre pais e filhos que se protraem no tempo, alicerçando a construção da personalidade e o desenvolvimento das pessoas.

“A verdade sócio-afetiva (...) aproxima-se do modelo de família eudemonista, pautada que está no afeto, construído quotidianamente e não determinado desde o início da relação, revelando a valorização dos sujeitos. Desta forma, (...) ‘a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação’, e o afeto, neste sentido, deve ocupar lugar de destaque”.¹⁶⁸

A paternidade socioafetiva revela-se através de laços que se constroem entre pais e filhos nas relações cotidianas, “viver e crescer juntos, nas alegrias e nas dificuldades, é dessa convivência que o amor nasce, é a convivência plantada no solo fértil do amor”.¹⁶⁹

A paternidade fundada tão somente em laços biológicos é insuficiente para evidenciar a complexa relação que se estabelece entre pais e filhos, podendo até mesmo ser encarada como um ideal fictício de filiação, conforme discorre Rodrigo da Cunha Pereira:

“Embora os ordenamentos jurídicos ocidentais em geral determinem a paternidade biológica como fonte de responsabilidade civil, a verdadeira paternidade só se torna possível a partir de um ato de vontade ou de um desejo. Assim, ela pode coincidir, ou não, com o elemento biológico. Nós nos arriscaríamos a dizer que em nossa sociedade a paternidade baseada puramente nos laços de sangue pode ser uma ficção”.¹⁷⁰

¹⁶⁷ FACHIN, L. E. *idem*. p. 37.

¹⁶⁸ CARBONERA, S. M. *Op. Cit.* p. 305.

¹⁶⁹ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 92

¹⁷⁰ PEREIRA, R. C. *Direito de família – Uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p.134

Com isso não se pretende demonstrar que o dado biológico é desprezável, pelo contrário, é bastante relevante. O que não se admite, entretanto, é que seja considerado o único a determinar a filiação.

A própria Constituição Federal favorece bases para a distinção entre gerar e ser pai, notadamente ao coibir a discriminação entre filiação sanguínea e a decorrente da afetividade¹⁷¹, considerando pai aquele realiza seu ofício nos termos do artigo 227, *caput*¹⁷², do referido diploma legal.

“a paternidade sócio-afetiva não se funda no nascimento, mas num ato de vontade, pois é o cuidado, o amor e a convivência que revelam e definem a paternidade, de modo que há dois momentos: um fisiológico que determina a paternidade biológica e um emocional que é causa determinante da paternidade sócio-afetiva”.¹⁷³

Todo esse cuidado que exige a criação de um filho não pode ser encontrado em um dado biológico, é formado e transformado no cotidiano, em cada gesto, na opção que favoreça o desenvolvimento do indivíduo, conforme afirma Rose Melo Vencelau:

“(…) Não se pode aceitar que a paternidade seja submetida a um reducionismo biológico. A consangüinidade ainda é determinante do parentesco, mas não só ela. A afetividade se apresenta como um critério tão relevante quanto o biológico, podendo até prevalecer em alguns casos”.¹⁷⁴

Observa João Baptista Villela que “(…) ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”¹⁷⁵. Isso porque a paternidade

¹⁷¹ Art. 227 da Constituição Federal
(…)

§ 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.

¹⁷² Art. 227 da Constituição Federal. 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.

¹⁷³ DELINSKI, J. C. O novo Direito da filiação. São Paulo: Dialética, 1997, p. 35

¹⁷⁴ VENCELAU, R. M. *Op. Cit.* p.119

¹⁷⁵ VILELLA, J. B. Desbiologização da paternidade. *In: Boletim IBDFAM*, nº 11, Ano 02, set/out/2001. p.47.

é construída nas relações cotidianas, pois, conforme discorre Jacqueline Filgueiras Nogueira:

“(...) o relacionamento mais profundo entre os pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não se determina”.¹⁷⁶

A filiação na família sociológica¹⁷⁷ reveste-se de especial importância, haja vista que criada por um ato de opção, o desejo de cuidar da criança, visando seu bem.

Essa nova mentalidade acerca das relações entre os integrantes do núcleo familiar deriva dos inovadores princípios que guiam a família na busca da felicidade e da realização de cada membro.

A verdade é que o amor por uma criança não brota com o seu nascimento, brota do cuidado diário, da convivência com amor, nas alegrias e nas dificuldades, em cada conquista.

“(...) Se identificam os verdadeiros pais, nos pequenos gestos de carinho, nas palavras, nas ações, na capacidade em renunciar a favor do filho; são pais aqueles que amam, educam e protegem. Dessa forma, a filiação é um construído diário, pois o vínculo de sangue não traz consigo a garantia do amor”.¹⁷⁸

Dessa forma, a filiação socioafetiva é um acontecimento determinante no estabelecimento da paternidade. Uma construção essencial à formação do indivíduo e à estabilidade da sociedade.

A filiação socioafetiva é uma opção, não uma imposição. Uma opção por dar amor, carinho e afeto; a preocupação de cuidar do banho, alimentação, saúde e do dever de casa.

¹⁷⁶ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 85.

¹⁷⁷ “(...) A família sociológica é aquela onde existe a prevalência dos laços afetivos, onde se verifica solidariedade entre os membros que a compõem, família em que os pais assumem integralmente a Educação e a proteção de uma criança, que independentemente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles, a criam, a amam e a defendem, fazendo transparecer a todos que são seus pais”. (Nogueira, Jacqueline Filgueiras. *Op. Cit.* p. 55).

¹⁷⁸ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 93

Embora a Constituição Federal tenha adotado o estatuto unitário da filiação, não houve reconhecimento expresso da filiação socioafetiva em seu texto. Para a identificação dessa filiação, doutrina e jurisprudência comumente utiliza a posse de estado de filho, a qual tem a finalidade de trazer para o mundo jurídico a verdade social.

A posse de estado de filho transparece a constância social da relação paterno filial, constituindo a base sociológica da filiação e traduzindo o sentido verdadeiro da paternidade.

A filiação socioafetiva “se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho”¹⁷⁹, a qual para ser demonstrada exige análise casuística e flexível, com ponderação *in concreto* do julgador.

A posse de estado¹⁸⁰ “é o exercício de fato representado pela aparência de um estado, donde se presume sua existência, de tal forma que ela permite provar a filiação de afeto”.¹⁸¹

“A relação de afeto, íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social, entre homem e uma criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina”.¹⁸²

Para que tal fato seja notoriamente conhecido deve haver certa duração e estabilidade, dados da realidade que podem ser comprovados por todos os meios de provas admitidos.

Considerando a ausência de taxatividade¹⁸³ na determinação da posse de estado de filho, exige-se muita cautela do magistrado, estudando cada caso em

¹⁷⁹ FACHIN, L. E. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. *Op. Cit.* p.37.

¹⁸⁰ Segundo José Bernardo Ramos Boeira, o estado de uma pessoa é o retrato que a sociedade faz do indivíduo, capaz de determinar sua condição de membro na sociedade, firmando direitos e obrigações. O estado de uma pessoa é identificado em três aspectos: político, familiar e individual. No presente estudo, é relevante o estado de filho, integrante do estado familiar. (Boeira, José Bernardo Ramos. *Op. Cit.* p.57)

¹⁸¹ DELINSKI, J. C. *Op. Cit.* p. 55

¹⁸² NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.103-104

¹⁸³ Convém ressaltar que não constitui um rol completo, taxativo das circunstâncias para determinação da posse de estado de filho, apenas o caso concreto poderá clarear essa posse de estado, que deverá ser verificada no caso concreto.

particular, posto que o grau de instrução e a posição social das pessoas causam variação no reconhecimento da relação paterno-filial.

“(…) A paternidade passou a ser vista como uma 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, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial, que, por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade”¹⁸⁴.

A convivência afetiva origina elementos reveladores da paternidade, identificando o parentesco psicológico, “pode-se afirmar que a desbiologização da paternidade tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais evidente”¹⁸⁵.

A respeito da utilização da posse de estado de filho para identificação da paternidade, esclarece Maria Claudia Crespo Brauner:

“A idéia de posse de estado de filho não é recente, mas contrariamente, ela é muito remota pois antes que países civilizados organizassem o sistema de registro de nascimentos, os elementos da realidade fática, ou seja, os fatos que demonstram o tratamento que um adulto dispensa à uma criança, os cuidados com o sustento e afeto serviam para considerar a existência de um laço de filiação entre eles”¹⁸⁶.

Sendo assim, a posse de estado de filho aufere maior legitimidade às famílias cujos laços amparam-se no afeto e na vontade de constituir uma família.

Para a demonstração de existência da relação paterno-filial entre o indivíduo e a família a qual diz pertencer, tradicionalmente, são verificados três aspectos nesse tratamento¹⁸⁷: *nomen, tractatus e fama*.

“Por posse de estado de filho, entende-se a reunião de três elementos clássicos: a *nominatio*, que implica a utilização pelo suposto filho do patronímico, a *tractatio*, que se revela no tratamento a ele deferido pelo pai, assegurando-lhe manutenção, educação e instrução, e a *reputatio*, representando a fama ou notoriedade social de tal filiação”¹⁸⁸.

¹⁸⁴ BOEIRA, J. B. R. *Op. Cit.* p.53.

¹⁸⁵ BOEIRA, J. B. R. *Idem.* p. 53.

¹⁸⁶ BRAUNER, M. C. C. Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n.78, jun. 2000, p. 205.

¹⁸⁷ “(…) Estes são os principais elementos formadores daquele conceito, mas nem a doutrina, nem o legislador se arriscam em dar um rol completo ou definição acabada dos fatos aptos a constituí-la. (FACHIN, L. E. Da paternidade: relação biológica e afetiva. *Op. Cit.* p. 68).

¹⁸⁸ FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. *Op. Cit.* p.54.

O *nomen* consiste na utilização constante do nome de família, o que não é requisito essencial, posto que a criança é quase sempre chamada pelo seu prenome e a informalidade da situação pode fazer com que o filho não porte o nome dos pais, conforme discorre José Bernardo Ramos Boeira:

“(...)o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a posse de estado de filho se concorrerem os demais elementos – *trato* e *fama* – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado”.¹⁸⁹

O nome possui pouca ou nenhuma importância na posse de estado de filho, posto que a diferença na filiação socioafetiva é o cuidado reiterado dispensado ao filho, caracterizando a verdadeira paternidade.

A *fama* é a demonstração pública da relação de convivência paterno-filial, havendo notoriedade ou reputação social dessa relação, salientando que não há necessidade de que tal reconhecimento se estenda a todos os que conhecem pai e filho.

“A reputação é a realidade subjetiva: convicção por parte do investigado de que é o pai do investigador. O tratamento é uma realidade objetiva; um conjunto de manifestações, de atos voluntários do pretenso filho, em termos que legitimem o juízo de que sua motivação é, exatamente, aquela convicção da paternidade”.¹⁹⁰

O *tractatus* é o ponto primordial, o de maior valor para a determinação da posse de estado de filho, haja vista refletir o exercício fático da paternidade, correspondendo à educação, fornecimento dos meios de subsistência, carinho, atenção e assunção de responsabilidade.

Traduz a verdadeira paternidade, “ao cuidar do alimento, saúde e educação, uma pessoa se coloca no lugar estrutural da personalidade de seu filho, e o Direito

¹⁸⁹ BOEIRA, J. B. R. *Op. Cit.* p. 63.

¹⁹⁰ SILVA, T. O. *Filiação – constituição e extinção do respectivo vínculo. Apud. Boeira, José Bernardo Ramos. Op. Cit.* p. 65.

tenta apreender os sinais exteriores de uma experiência profundamente íntima e emocional”¹⁹¹.

É o elemento clássico de maior valor, em decorrência da formação da criança, de sua transformação em ser humano, em nítida contribuição pessoa e social.

Nesse sentido, sustentam José Lamartine e Ferreira Muniz:

“O primeiro elemento (a *nominatio*) é quase sempre de pouca ou nenhuma utilidade: tenha o filho apenas o nome de família da mãe ou também o nome de família desta, não se está aí diante de um elemento decisivo. Os outros dois elementos, porém particularmente o *tractatio* são da maior importância, por permitirem revelar a importância, por permitirem revelar a existência (ou não) de vínculo psicológico e social entre o filho e o suposto pai, isto é, de uma relação pai-filho existencialmente vivida”¹⁹².

Além da formação dessa tríade clássica, é de grande relevância para a caracterização da posse de estado de filho a razoável duração dessa relação, para que haja consolidação da relação entre pais e filhos.

O fator tempo é importante porque a construção da paternidade é realizada no cotidiano, ganhando consistência e estabilidade no decorrer dos acontecimentos.

“A posse de estado exige um mínimo de duração dos atos repetidos, a qual ateste a sua estabilidade, isto é, para que seus elementos constitutivos se considerem perfeitos, pois a posse de estado supõe habitualidade e estabilidade(...)”¹⁹³.

Ao ocorrer a concretização fática dos elementos que integram a paternidade socioafetiva, gerada está a complexa relação de filiação, havendo vinculação dos filhos aos pais, com os demais efeitos típicos da parentalidade.

Construída a filiação socioafetiva, há a formatação da personalidade do indivíduo, a construção de sua identidade, consolidando uma situação existencial, cuja ruptura viola a personalidade dos indivíduos envolvidos.

“Realmente, constituída a filiação socioafetiva, constrói-se a identidade do ser humano que é apontado como filho e nestes termos se desenvolve.

¹⁹¹ MATOS, A. C. H. Filiação e homossexualidade. *In*: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso de Direito de Família. *Op.Cit.* p. 98.

¹⁹² OLIVEIRA, J. L. C.; MUNIZ, F. J. F. Curso de Direito de Família. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 52.

¹⁹³ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.118.

Saber quem são seus pais, assim como conhecer a sua origem genética, são aspectos que moldam e formatam a personalidade do indivíduo”.¹⁹⁴

Dessa forma, é plausível afirmar que uma vez construída a filiação socioafetiva, ainda que exista a posterior ruptura dos vínculos concretos, esta não poderia ser desconsiderada.

“De conseguinte, se a convivência, a afetividade ou ambas vêm a ser interrompidas por fatos posteriores, não há a cessação da relação de filiação socioafetiva, por uma razão simples: a cláusula geral de tutela da personalidade humana proíbe tal dissolução, que significaria retirar do indivíduo, por vontade de outrem (e por vezes visando a um interessante meramente patrimonial), um dos mais relevantes fatores de construção de sua identidade própria e de definição de sua personalidade”.¹⁹⁵

A posse de estado de filho, embora não admita engessamento, deve receber expressa contemplação nas normas legais. Tal necessidade decorre da importância que a filiação socioafetiva desempenha na sociedade.

A filiação socioafetiva também possui o viés fático de produzir efeitos no que se refere a alimentos, ante o princípio do melhor interesse das crianças e a essencialidade dessa prestação.

“Os alimentos estão fundamentados no princípio da dignidade humana e no da solidariedade social, constituindo-se em prestações personalíssimas entre as partes que compõem esta relação jurídica, ligados pelo vínculo de parentesco (inclusive o sócio-afetivo) [...]. Contemplar outros desenhos jurídicos que também consistem em família, bem assim a paternidade socioafetiva como umas das formas de implementar a obrigação alimentar, é hoje um desafio para os operadores do direito, vez que o Código Civil não abarcou expressa e diretamente essa significativa espécie de parentesco”.¹⁹⁶

A filiação socioafetiva gera laços tão intensos que estes se protraem no tempo e geram efeitos jurídicos diversos, gerando direitos e deveres para os que participam dessa relação.

¹⁹⁴ ALBUQUERQUE JUNIOR, R. P. A filiação socioafetiva e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In*: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n.1, abr/jun, 1999, p.72.

¹⁹⁵ ALBUQUERQUE JUNIOR, R. P. *Idem*. p. 72.

¹⁹⁶ FACHIN, R. A. G. Dever de alimentar para um novo Direito de Família. *Apud*: Filiação sócio-afetiva e alimentos: os novos subsídios solidários. (No prelo) FACHIN, L. E; Matos, Ana Carla Harmatiuk.

As hipóteses mais intrigantes para o Direito dizem respeito às paternidades concomitantes, quando uma criança está ligada a mais de uma pessoa na figura do pai, ou seja, quando não há convergência entre as filiações jurídica, biológica ou afetiva.

Salvo melhor juízo, entende-se que nesses casos deve haver pluralidade de vínculo alimentar em benefício da criança, ser em desenvolvimento que recebe tutela especial.

“Submetidos ao crivo de uma principiologia axiológica de índole constitucional, os alimentos migram do Direito Civil tradicional para o campo dos subsídios solitários, arrostando as dificuldades processuais em homenagem a direitos fundamentais como aqueles derivados do melhor interesse da criança”.¹⁹⁷

Ressalte-se que não será qualquer vínculo que gerará o dever de alimentar, mas apenas quando estiverem presentes os requisitos que dão forma a filiação socioafetiva e todo o seu valor a criança.

E ainda, tais prestações não serão motivo para enriquecimento ilícito, posto que serão estabelecidos na medida das necessidades de quem os pleiteia.

Da mesma forma, quando houver pluralidade de obrigados, cada um contribuirá proporcionalmente às suas possibilidades.

Assim, diante da importância que os alimentos representam para a formação da criança e de sua dignidade, é necessário um repensar dos operadores do Direito para construir realmente tais possibilidades, atentos aos valores maiores insculpidos na Constituição Federal.

Trata-se de uma nova realidade, na qual predominam as relações de afeto, de companheirismo e de amor, que vai ao encontro dos princípios da filiação socioafetiva.

A família é uma estrutura de afetividade, protegida e reconhecida constitucionalmente, independentemente da forma que assuma.

Ainda que não haja na Constituição Federal o exposto reconhecimento de todo o universo familiar, em sua totalidade são merecedores de proteção. Isso porque a enumeração constitucional é meramente exemplificativa.

¹⁹⁷ (No prelo) FACHIN, L. E; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação sócio-afetiva e alimentos: os novos subsídios solidários.

“Os tipos de entidades familiares explicitados no art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*”.¹⁹⁸

Diante da ausência de previsão taxativa constitucional, o afeto passou a ser o elemento identificador da existência da família.

“A visão pluralista das relações interpessoais levou à necessidade de buscar a identificação de um diferencial para definir família. Não se pode deixar de ver no afeto o elo que enlaça sentimentos e compromete vidas, transformando um vínculo afetivo em uma entidade familiar”.¹⁹⁹

A filiação socioafetiva encontra abrigo em inúmeros arquétipos familiares, em especial na paternidade homoparental, nas famílias reconstruídas, na inseminação assistida heteróloga, na adoção, nas famílias monoparentais e nas simultâneas, aos quais serão feitas breves considerações na seqüência.

5.2.1 Paternidade homoparental

As famílias homoparentais, que são compostas por parceiros do mesmo sexo, estão contidas no novo horizonte da pluralidade familiar e são uma realidade que vêm sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência nacionais²⁰⁰.

A realidade social demonstra que as famílias constituídas por homossexuais e seus filhos, biológicos ou não, possuem fortes laços de afeto, os quais necessitam de amparo jurídico.

¹⁹⁸ LÔBO, P. L. N. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. *Op. Cit.* p.4.

¹⁹⁹ DIAS, M. B. Paternidade homoparental. In: *Direito e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia*. Coord. Groeninga, Giselle Câmara; Pereira, Rodrigo da Cunha. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 271.

²⁰⁰ APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de conseqüência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70021085691, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/10/2007)

As situações envolvidas são múltiplas. As mais freqüentes são quando após a dissolução do casamento, o pai ou a mãe que detém a guarda dos filhos, assumem sua orientação sexual e passam a viver com alguém do mesmo sexo. O companheiro do genitor, por certo, desenvolverá laços de afetividade com a criança, posto que participará da sua educação e desenvolvimento.

Outra situação bastante recorrente é a adoção. Ora, não se pode acreditar que uma família homoafetiva é isenta de possuir filhos simplesmente por não possuírem capacidade reprodutiva. A crescente quantidade de lares homossexuais que possuem crianças e adolescentes nos mostra a procura dessas famílias por uma estrutura familiar com a presença de filhos.

Esse desejo não pode ser ignorado pelo Direito, o qual não pode impor modelos de sentimentos às pessoas. Não aceitar esse modo de vida seria adotar uma injustificada postura discriminatória.

A negativa de reconhecimento, segundo Maria Berenice Dias, “além de retrógrada, (...) escancara flagrante inconstitucionalidade, pois é expressa a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”.²⁰¹

A grande maioria das adoções por casais homoafetivos tem-se realizado pelo prisma da monoparentalidade, ainda que os laudos sociais e psicológicos indiquem que existe união sólida entre o adotante e seu companheiro²⁰².

Os juízes que se recusam a aceitar a adoção conjunta aos homossexuais, podem causar prejuízos ao melhor interesse da criança, ante a ausência de proteção jurídica formal e a formação de vínculo entre a criança e a/o companheiro da adotante.

²⁰¹ DIAS, M. B. Paternidade homoparental. In: Direito e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia. *Op. Cit.* p.275.

²⁰² Em sentido contrário, a adoção conjunta já é realidade para alguns tribunais: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

A ausência completa de base legal e vínculo familiar com o companheiro do adotante, prejudica a criança, posto que na hipótese de ruptura da sociedade conjugal, não haveria previsão jurídica acerca do direito de visitas²⁰³ ou alimentos.

Poderá essa criança ser acometida por situações ainda mais complexas como a morte do adotante ou ainda sua incapacidade permanente. “Inúmeras conseqüências jurídicas poderão surgir a partir da ruptura dessa relação, quer por opção do par que resolve se separar, ou pela ocorrência de morte de um dos companheiros”.²⁰⁴

Dessa forma, negar que uma criança tenha legalmente dois pais ou duas mães na adoção, pode gerar prejuízos a essa criança, o que não pode se permitir, posto que possui prioridade absoluta de proteção no ordenamento jurídico brasileiro.

Os avanços tecnológicos permitem um novo horizonte para esses casais: a reprodução assistida. Os parceiros homossexuais femininos realizam seus processos reprodutivos através de fertilização *in vitro* e gestação através de barriga de aluguel; já as parceiras homossexuais femininas optam pela fecundação do óvulo de uma delas em laboratório e introduzido no útero para a gestação.

Entretanto, para a maioria da jurisprudência²⁰⁵, apenas um do casal possuirá vínculo jurídico com o filho, algo inaceitável diante dos valores albergados constitucionalmente. Ora, “existindo um núcleo familiar, estando presente o elo de

²⁰³ Nesse sentido, existiram importantes inovações na jurisprudência: FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

²⁰⁴ PROSPERO, V. G. Famílias contemporâneas, filiação e afeto – a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.148.

²⁰⁵ “INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENSOS ADOTANTES - HOMEM SOLTEIRO. Um dos requisitos essenciais para que se perfaça a inscrição no cadastro de pretensos adotantes é que o interessado possua um ambiente familiar adequado. O fundamental é que a adoção é uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente, e não um mecanismo de satisfação de interesses dos adultos”. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0105.04.119163-3/001. Relator: DES. Alvim Soares. Data do Julgamento: 29/03/2005).

afetividade a envolver pais e filhos, a identificação da união estável do casal torna imperioso o reconhecimento da dupla paternidade”²⁰⁶.

A resistência em aceitar a filiação homoparental funda-se na possível falta de referência comportamental oferecida pelos pais homoafetivos ao seu filho, causando distúrbios psicológicos e emocionais.

O acompanhamento dessas famílias demonstrou que tais crenças são falsas, pois não foi registrado “a presença de dano sequer potencial no desenvolvimento, inserção social e sadio estabelecimento de vínculos afetivos”.²⁰⁷

Por outro lado, nenhuma pesquisa médica ou psicológica comprovou que a orientação sexual dos pais é capaz de determinar ou influenciar a orientação de seus filhos.

A psicóloga especialista em Direito de Família, Lídia Natália Dobrianskyj Weber traz-nos dados importantes para vencer o preconceito:

“Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmaram que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmaram, portanto, que não importa se a família conta com um pai uma mãe ou somente um deles; o mais importante é como essa família vive. McIntyre (1994) faz uma análise de pais e mães homossexuais e os sistemas legais de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre as crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão afetivos quanto casais tradicionais. Patterson (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homossexuais e analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social em crianças adotadas. A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade criadas por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento materna quanto a auto-estima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com as crianças criadas por um casal tradicional. Samuels (1990) destaca que, mais importante do que orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável”.²⁰⁸

²⁰⁶ DIAS, M. B. Paternidade homoparental. In: Direito e Psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia. *Op. Cit.* p.275.

²⁰⁷ DIAS, M. B. *idem.* p.274.

²⁰⁸ WEBER, L. N. D. Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2001, p.80-81.

Dessa forma, demonstrado que essas famílias são capazes de propiciar um bom desenvolvimento e um lar às crianças e adolescentes, torna-se obrigação do Estado garantir a essas crianças a possibilidade de convivência familiar e o desenvolvimento de suas potencialidades.

É imperiosa a necessidade de reconhecimento dessas famílias, ante a aclamada aceitação constitucional da pluralidade familiar, posto que sua essência a torna capaz de concretizar a funcionalidade da família.

“Tal panorama jurídico é consonante com os princípios norteadores do atual Direito de Família (dignidade, igualdade, liberdade, privacidade, afetividade, vedação de discriminação de qualquer ordem”, núcleos axiológicos irradiadores e unificadores do atual sistema jurídico”.²⁰⁹

A criança não pode ver afastada sua parentalidade, ante o desenvolvimento da filiação socioafetiva, pela escolha sexual de seus pais.

Esse afastamento configura-se, inclusive, inconstitucional, pois se todas as filiações recebem igual tutela, a socioafetividade não pode ser excluída, em virtude dos pais estarem exercendo seu direito de orientação sexual.

“Denota-se, portanto, ser a questão de igualdade perante a lei importante vitória e conquista do Estado moderno, na medida em que até então vigiam os critérios da desigualdade, favorecendo e marcando a sociedade feudal pelas ordens de favoritismos e privilégios indesejáveis, dado que a sociedade feudal era marcada pela desigualdade sociopolítica e econômica das pessoas. Assim, a igualdade formal como princípio do Estado de Direito vem universalizar o tratamento isonômico de todos diante da lei”.²¹⁰

A experiência mostra-nos a necessidade de estabelecimento de vínculo jurídico paterno-filial com ambos os pais, ainda que estes sejam duas mães ou dois pais. Negar isso seria negar integral proteção à criança, considerada especial sujeito de direito das relações familiares²¹¹.

²⁰⁹ MATOS, A. C. H. Filiação e homossexualidade. *In: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso de Direito de Família. Op.Cit.* p. 93.

²¹⁰ PROSPERO, V. G. Famílias contemporâneas, filiação e afeto – a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. *Op. Cit.* p. 74-75 .

²¹¹ “Vários são os aspectos positivos; Porém, não se desconhecem as dificuldades a serem enfrentadas. Parece que o estigma social aumenta ao se imaginar uma certidão de nascimento com duas menções às mães e nenhuma no campo paterno, ou duas indicações aos pais e ausente a materna. Rompe-se, nessas hipóteses, com referenciais aos quais alinham-se a fatores morais, os de ordem técnico-formal.” (Matos, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade. *In: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso de Direito de Família. Op. Cit.* p. 92).

Considerando o princípio norteador do melhor interesse da criança, a filiação socioafetiva homoparental deve receber especial consideração, posto que capaz de cumprir o objetivo maior da família, qual seja a de fornecer elementos para que os indivíduos busquem sua plena realização.

5.2.2 Famílias reconstruídas

Uma nova realidade sociológica clama ser revelada pelo Direito: as famílias reconstruídas, as quais consistem em novos arranjos familiares, formados a partir da possibilidade de construção de novas relações pessoais.

Diante de situações como o divórcio, separação, viuvez e dissolução da união estável, arquiteteta-se um novo grupo familiar, que passa a conviver com o núcleo familiar anterior.

A família reconstruída, de acordo com Waldyr Grisard Filho é:

“A estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm filhos de um vínculo anterior. (...) Alude, assim, não só à reconstituição como ao estabelecimento de um novo relacionamento, no qual circulam as crianças de um outro precedente”²¹².

Essa expansão da família tradicionalmente concebida encontra desafios na relação que se estabelece entre um dos cônjuges e o filho do outro.

A rede social se expande e experimenta situações que podem gerar conflitos, dependendo da disponibilidade em acatar que a mesma pessoa possa pertencer a núcleos familiares diversos.

Criam-se novas relações de parentesco até então desconhecidas: padrasto, madrasta, enteados, meio-irmãos; “em seu processo formativo implica reconhecer uma estrutura complexa, múltiplos vínculos e nexos, pertencendo alguns de seus membros a sistemas familiares originados em relações precedentes”²¹³.

²¹² GRISARD FILHO, W. Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. *In*: Direito de Família e psicanálise. *Op. Cit.* p.257

²¹³ GRISARD FILHO, W. *Idem.* p. 259.

A identificação das famílias reconstruídas é realizada através da observação de segundas ou posteriores núpcias ou pela negação, não são intactas ou biológicas, ou seja, referem-se a um novo núcleo familiar, haja vista a dissolução do núcleo precedente.

Não obstante a sua complexidade,

“as famílias reconstruídas (...) possuem as mesmas características de qualquer outra família, como a sociabilização dos filhos, a afetividade, a mútua assistência moral e material, a proteção, possuem outras especiais que as distinguem das famílias originárias. (...) formada por múltiplos vínculos e nexos, onde existe ambigüidade nas regras, originando conflitos pela oposição entre as atitudes manifestas e os desejos encobertos, produto da falta de clareza dos lugares, direitos e deveres dos seus integrantes”.²¹⁴

A ausência de normatização acerca do tema, torna tais relações ainda mais embaraçadas, pois não há clara limitação a atuação cotidiana dos envolvidos nas novas configurações familiares, facilmente vislumbrável nos questionamentos transcritos a seguir:

“Competiria à mulher unida a um homem que não vive com seus filhos o exercício de quaisquer atributos do poder familiar em relação a estes filhos? Pode dirigir-lhe a criação e a educação, bem assim exigir-lhes respeito e obediência e a prestação de serviços domésticos próprios de sua idade e condição? Pode esta mulher assistir ou representar os filhos de seu novo marido ou companheiro, nomear-lhes tutor ou reclamá-los de quem ilegalmente os detenha?”²¹⁵

Outra questão convertida refere-se ao dever de alimentar, que, a primeira vista, pertence aos pais biológicos, independentemente da formação de uma nova família. Por outro lado, teria o pai/mãe afim²¹⁶ alguma obrigação alimentar para com o filho do seu cônjuge?

É certo que são criados laços de afeto intensos nessa nova convivência; somente no caso concreto poderá ser auferida a extensão desse laço afetivo e a conseqüente obrigação de alimentar do pai ou mãe afim, ainda que em concorrência com os pais biológicos.

²¹⁴ GRISARD FILHO, W. *Idem.* p.260.

²¹⁵ GRISARD FILHO, W. *idem.* p.265.

²¹⁶ São pais afins os que se unem a um novo companheiro e este possui seus filhos próprios.

O dever de visitas, por ser turno, enquanto direito e dever, é necessário após a dissolução da família, não devendo receber entraves por parte de uma nova família, posto que os efeitos seriam danosos ao filho.

“o elemento afetivo é indispensável à subsistência da família mosaico, exigindo de seus membros extraordinária capacidade de adaptação, considerando o fato de serem egressos de famílias anteriormente, (dês) construídas, e, portanto, guardando o conjunto de valores da experiência familiar como vivida”.²¹⁷

Nas famílias reconstruídas em que inexistente o dado biológico, verifica-se a noção da posse de estado de filho. O tratamento dispensado na convivência pode gerar reconhecimento jurídico e os possíveis efeitos dessa relação.

A família reconstruída adquire contornos mais expressivos em matéria de filiação, “quando a criança possui um pai biológico reconhecido formalmente, porém, mantém a relação de convivência exclusiva ou preferencialmente com o ‘novo marido da mãe’²¹⁸ .

Ou seja, a criança possuiria dois pais: um do aspecto formal e biológico e o segundo do ponto de vista socioafetivo.

A construção de novas famílias, anteriormente desfeitas, representa verdadeiros veículos de estruturação social, ante a recomposição de núcleos familiares desfeitos.

Tal realidade merece especial atenção do Direito, que vai além do reconhecimento de sua existência, haja vista a complexidade presente nessas relações e as dificuldades que podem advir de sua administração.

5.2.3 Inseminação assistida heteróloga

Por muito tempo, a idéia de filiação foi associada ao ato de procriar, através do qual eram transmitidas as informações genéticas dos pais para os filhos.

²¹⁷ FERREIRA, J. S. A. B. N.r.; RORHMANN, K. As famílias pluriparentais ou mosaicos. *In*: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Op. Cit.* p. 511-512.

²¹⁸ (No prelo) FACHIN, L. E; MATOS, A. C. H. Filiação sócio-afetiva e alimentos: os novos subsídios solidários.

Meios científicos permitiram que a impossibilidade ou dificuldade de reprodução humana fossem afastadas, deixando a reprodução de ser um fato natural para ser fruto da vontade humana, assegurado constitucionalmente²¹⁹.

Dentre os métodos artificiais utilizados para a procriação encontram-se a inseminação artificial homóloga ou heteróloga; fecundação *in vitro*, na qual pode participar o marido ou sendo este estéril um terceiro doador, que pode ser realizada também através da transferência intratubária de embriões; ou ainda, técnicas mais avançadas e complexas que envolvem doadora de óvulo, doação de embriões ou a maternidade de substituição²²⁰.

As indagações decorrentes da utilização dessas técnicas ocorrem principalmente quando há envolvimento de terceiros no auxílio à procriação do casal, como na inseminação artificial heteróloga, em que se utiliza sêmen ou óvulo de doador fértil²²¹.

Ou seja, um casal, cujo marido é estéril, utiliza-se do sêmen de doador fértil e, através da inseminação assistida, alcançam sucesso na geração do filho. Tal situação, a princípio, poderá gerar dúvidas acerca de quem será o pai da criança, como ilustra Jacqueline Filgueiras Nogueira:

“Imagine-se a hipótese de mulher casada que, com o consentimento do marido, se submete à inseminação artificial heteróloga (proveniente de doador não identificado), e que, posteriormente ao nascimento do filho, se separa do marido de fato, passando a viver em união estável com terceiro homem, que tratou a criança como se seu filho fosse. Quem é o pai? O pai é o que a lei determina, incidindo a presunção legal da paternidade de que é pai o marido da mãe, este mesmo que consentiu na fecundação artificial? Ou o pai é o doador do sêmen e que deu sua contribuição genética à criança? Ou o pai é quem tem a relação de afeto com a criança, lhe dispensando carinho, atenção e cuidados?”²²²

²¹⁹Art. 226 da Constituição Federal

(...)

§ 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.

²²⁰ A respeito do tema, verificar Nogueira, Jacqueline Filgueiras. *Op. Cit.* p. 96-97.

²²¹ “Em se tratando de fertilização *in vitro* heteróloga duas situações podem ocorrer: 1) de uma criança nascida após a fecundação *in vitro* pelo esperma do marido e de um óvulo doado e implantado no útero da mulher; e 2) de uma criança nascida após fecundação *in vitro* de um óvulo doado ao casal e de um espermatozóide igualmente estranho, que só fica vinculado ao casal pela gestação” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 395).

²²² NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 97.

O tema, por certo, gera polêmica, mesmo porque inexistente regulamentação jurídica acerca do tema, bastante recente e inovador para a órbita jurídica.

Na fertilização heteróloga *in vitro*, ainda que não exista vínculo biológico com um ou ambos os pais da criança, em virtude de ambos terem assumido tal responsabilidade, firma-se presunção em favor do estabelecimento do vínculo de paternidade.

O consentimento do companheiro para a utilização da técnica é relevante para mulheres casadas ou que vivem em união estável, conforme estabelece Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina: "Em caso de mulheres casadas ou vivendo em União Estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro, após processo semelhante de consentimento informado"²²³.

Assim, "se há autorização do marido para que haja inseminação heteróloga, este reconhecerá por seu filho a criança gerada"²²⁴, não podendo intentar posterior ação negatória de paternidade.

O fato de não existir consentimento do marido, não impede que a inseminação heteróloga possa ser realizada. Ao marido cabe a contestação da paternidade, nos termos do artigo 1.597, inciso V, do Código Civil²²⁵.

Em caso de não concordância do marido com a inseminação, a doutrina diverge: para alguns será considerado pai em virtude da presunção *pater is est*; para outros sua concordância é requisito indispensável para a atribuição da paternidade.

"O consentimento do marido vem se revelando fator decisivo para a determinação da paternidade em face da inseminação artificial heteróloga, não prevalecendo em sentido estrito a presunção legal. Pelo menos tem sido determinante para a responsabilização do marido pelo sustento da criança (...)"²²⁶.

²²³ Resolução nº 1.358 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acessado em 09.08.2008.

²²⁴ VENOSA, S.S. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.p.282.

²²⁵ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

²²⁶ BARBOZA, H. H. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.61.

Verifica-se uma colisão de princípios: de um lado alguém que deverá arcar com uma responsabilidade a que não deu causa e de outro o interesse de uma criança que seria beneficiada com o reconhecimento da paternidade em seu favor.

São questões ainda prematuras e que necessitam de maiores estudos interdisciplinares. Somente o caso concreto poderá determinar o melhor desfecho para essa colisão de direitos fundamentais.

O anonimato dos doares vem fortalecer o aspecto socioafetivo da paternidade em detrimento do aspecto biológico, haja vista que o pai da criança será aquele que lhe fornecerá os meios para a sua subsistência, carinho, amor e cuidados e não aquele que contribuiu com o material genético.

A realidade das famílias nas procriações artificiais só acresce à família fundada no afeto. Isso porque, o desejo de ter um filho e doar-se para ele prevalece aos vínculos biológicos.

Os laços construídos entre essa criança e o marido da mãe, calcados no afeto, sedimentados a cada dia, merece total albergue jurídico, posto que se trata de filiação socioafetiva.

Ainda que diverso o critério biológico, que se revela apenas em um dado, a verdadeira paternidade será estabelecida com o pai socioafetivo, que não obstante adversidades de ordem reprodutiva, ainda assim optou pela paternidade e por todas as conseqüências dela decorrentes.

5.2.4 Adoção

Por meio da adoção, estabelecem-se laços de filiação e paternidade entre pessoas que não o possuem naturalmente. O adotado torna-se, assim, legalmente filho, abrangendo todos os direitos e deveres decorrentes dessa relação.

Enquanto no passado a adoção era realizada com o intuito patrimonial de dar herdeiros a quem não podia ter filho, hoje assume um novo foco, que busca o desenvolvimento da personalidade e a felicidade da criança e do adolescente que são adotados.

“É preciso enfatizar que a finalidade essencial da adoção moderna, não está mais fundada somente no interesse privado, mas recobra um altíssimo fim social. Hodiernamente, a adoção consiste em oferecer um ambiente

saudável ao desenvolvimento da criança e do adolescente, tendo, por escopo atender às reais necessidades do menor, proporcionando um lar onde será amado, educado e protegido”.²²⁷

A adoção configura-se como verdadeira relação de amor e afeto; um ato de opção comprometido com a felicidade de todos os membros que fazem parte dessa entidade familiar.

A adoção é capaz de traduzir a verdadeira paternidade²²⁸, posto que sempre voluntária, um ato espontâneo do adotante, buscando o melhor desenvolvimento das potencialidades do adotado.

“Quantas vezes, infelizmente, o filho biológico não é desejado? Essa é uma situação que não ocorre com o filho adotivo. A adoção é assentada sobre o princípio da liberdade, é uma paternidade de primeira classe, porque é pensada, desejada e escolhida, em pé de igualdade ou superior à biológica, dado seu teor de autodeterminação”.²²⁹

A adoção, dessa forma, constitui relevante forma de filiação socioafetiva, haja vista que os laços sanguíneos deixam de ser considerados fundamentais para a construção da relação, pois o que realmente importa são os laços de afeto construídos.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PROCEDIDO O REGISTRO VOLUNTÁRIO DO FILHO DE SUA COMPANHEIRA NO OFÍCIO COMPETENTE, O MERO ARREPENDIMENTO, PORQUE DESFEITA A UNIÃO, NÃO EXTINGUE A CONDIÇÃO DE FILHO, PREVALECENDO A FILIAÇÃO AFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. RECURSO DESPROVIDO.²³⁰

Na adoção os laços de afeto são supervalorizados, constituindo a base do amor que se nutre entre pais e filhos, “é transformar uma pessoa que não tem o

²²⁷ HIRCHFELD, A. K. A adoção pelos avós. *In*: Adoção aspectos jurídicos e meta jurídicos. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.3.

²²⁸ “Mas importante ressaltar que toda filiação é adotiva, uma vez que, mesmo sendo um filho biológico, se não houver a aceitação dele por seus pais, a vinculação afetiva não se perfaz, não configurando, portanto, a verdadeira filiação”. (NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 95).

²²⁹ NOGUEIRA, J. F. *Idem.* p. 94.

²³⁰ Apelação Cível Nº 70016287252, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 28/02/2007.

mesmo sangue, em filho. Os laços de sangue perdem a importância e são construídos laços de ternura, laços de amor”.²³¹

Diante da grandeza dessas relações, a Constituição Federal de 1988 realizou importante inovação ao estabelecer a igualdade entre todas as filiações, dando um passo a mais em favor da filiação e do melhor interesse da criança.

Prática recorrente em matéria de adoção é a “adoção à brasileira”, através da qual se registra filho alheio como próprio, que gera sanções civis e penais²³².

Entretanto, a formalidade desse registro refere-se tão somente a noção de que ele deve ser orientado pelo critério biológico tão somente, o que nem sempre corresponde a verdadeira paternidade.

A tendência é que quando alguém registrar filho próprio como alheio e seja reconhecida a nobreza do ato, não haverá sanção, posto que moral e eticamente falando, o mais correto seria adequar a situação aos requisitos legais, visando o melhor interesse da criança.

Por esse motivo, existem julgados que decidem pela manutenção do registro, haja vista refletir a filiação socioafetiva:

APELAÇÃO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ALEGAÇÃO DE ERRO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Em havendo alegação de erro no registro de nascimento do réu, sem relato de adoção à brasileira, o pedido deduzido na negatória de paternidade não é juridicamente impossível, devendo ser oportunizada a instrução do feito, até para que seja conferida, também, a existência de uma paternidade socioafetiva, a qual não resulta tão-somente do registro de nascimento. Sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito desconstituída, para que ele seja instruído. Apelação provida.²³³

Assim, não obstante a irregularidade do vínculo formal, a filiação socioafetiva é considerada para que os vínculos sejam mantidos, considerando o princípio do melhor interesse da criança.

²³¹ WEBER, L. N. D. Aspectos psicológicos da adoção. Curitiba: Juruá, 1999. p. 24.

²³² No campo civil, poderá gerar a anulação do registro, em virtude de estar eivado de vício. No âmbito do Direito Penal, tal ato está tipificado no art.242 do Código Penal: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”.

²³³ Apelação Cível Nº 70024716862, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 19/06/2008.

Inspirada na solidariedade humana, a adoção é importante para a manutenção da dignidade da pessoa humana, posto que voltada ao benefício da criança e do adolescente e de especial fim político-social.

APELAÇÃO CÍVEL. ANULATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPROCEDÊNCIA. Ainda que não estabelecida a paternidade socioafetiva entre os litigantes, mantêm-se a sentença de improcedência da anulatória de paternidade, se evidenciada a adoção à brasileira proferida pelo autor, a qual incorporou na identidade da ré o nome paterno, e sua alteração, não pretendida por ela, representaria uma violação a sua personalidade e a sua dignidade como pessoa humana. Apelação desprovida²³⁴.

Dessa forma, a adoção constitui-se uma das facetas da família socioafetiva, posto que um local de trocas afetivas, que existem independentemente de critérios consangüíneos ou jurídicos. É um ato de **opção** pela solidariedade, igualdade e em fornecer a uma criança ou a um adolescente todos os meios que necessita para bem se desenvolver.

5.2.5 Famílias monoparentais

A família monoparental, formada por qualquer dos pais (homem ou mulher) e seus filhos, foi reconhecida expressamente como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988²³⁵.

Tal reconhecimento decorre do número crescente de famílias monoparentais, embora não seja um fenômeno recente, e dos problemas que dela decorre²³⁶.

²³⁴ Apelação Cível Nº 70025492349, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 21/08/2008.

²³⁵ Art. 226 da Constituição Federal

(...)

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

²³⁶ “As famílias monoparentais (...) geram problemas de natureza jurídica (pensão alimentícia, direito de guarda ou de visita, convenção do divórcio, ausência de legislação no caso de separação de um concubino) e, também, de natureza econômica (mães desqualificadas para o trabalho, mães sem trabalho, pais sem recursos, ausência de habitação, de seguro de proteção social, de inserção social, etc.)”. (Leite, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25).

“Enquanto a monoparentalidade mais antiga se esgotava nas categorias das viúvas e das mães solteiras (...), as famílias monoparentais atuais se recrutam especialmente entre as ex-famílias biparentais, tornadas monoparentais em decorrência de falecimento, mas cada vez mais, agora, pela separação dos cônjuges, ou pelo divórcio, ou simplesmente pela opção de ter filhos mantendo-se sozinho”²³⁷.

Considerando que as mães separadas e as mães solteiras compreendem a maior parte das famílias monoparentais, tal situação gera reflexos no futuro dos filhos, posto que, via de regra, possuem nível de vida mais precário se comparado aos filhos oriundos de famílias biparentais.

Não obstante a grandiosidade do reconhecimento da monoparentalidade na Constituição Federal, deverá o estado implementar medidas para diminuição dos riscos materiais²³⁸, haja vista a queda de nível a que estão submetidos esses pais sozinhos e seus filhos.

Tal favorecimento decorre do princípio da igualdade entre as filiações. Não pode ser estabelecida desigualdade entre os filhos monoparentais e biparentais, haja vista que os primeiros, diante da condição econômica menos favorecida da família monoparental, “realizam menos estudos, recebem uma renda salarial inferior e ocupam postos subalternos”²³⁹.

²³⁷ LEITE, E. O. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. *Op. Cit.* p. 31.

²³⁸ “Considerando que a ‘ruptura’ reduz imediatamente a distribuição natural dos recursos, como ocorre nas famílias coesas, a renda familiar cai bruscamente gerando a precariedade típica da monoparentalidade. Mas ao contrário do que se pode imaginar, a defasagem financeira não atinge igualmente marido e mulher. Enquanto a mãe sozinha verá seu padrão econômico sofrer uma redução de aproximadamente, ‘um quarto’(do que dispunha anteriormente), ‘a média dos homens se beneficia de condições um pouco melhores durante o ano que se segue ao divórcio em relação ao ano precedente. A situação dos homens continua a melhorar com o tempo e é comparável à situação dos casais estáveis. O nível médio das mulheres que não contraem novo casamento se modifica pouco durante os cinco anos que segue o divórcio’, confirmando a defasagem apontada sobre a situação financeira da mulher (que se degrada) e a do homem (que não só se mantém, como tende a melhorar)”. (Leite, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. *Op. Cit.* p. 295).

²³⁹ Garfinkel e MacLanahan, Single Mothers and their children: new American dilemma. *Apud*: LEITE, E. O. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. *Op. Cit.* p. 296.

5.2.6 Famílias simultâneas

Apesar de não haver disposição expressa no Direito Positivado, as famílias simultâneas são uma realidade incontestável no cotidiano de algumas famílias brasileiras e que não se trata de fenômeno recente.

A simultaneidade familiar refere-se ao fato de uma mesma pessoa, ao mesmo tempo, compor diferentes núcleos familiares, “trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum”²⁴⁰.

A complexidade dessas relações pode ser demonstrada através das seguintes hipóteses aventadas por Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, em sua obra *Famílias simultâneas - da unidade codificada à pluralidade constitucional*:

“Desde a bigamia ou da pluralidade pública e estável de conjugalidades, até a situação que envolva filhos de pais separados, que mantêm os vínculos de afeto e convivência com ambos os pais, passando por pessoas divorciadas ou separadas que constituem novas famílias nucleares por um novo casamento ou união estável, mantendo o vínculo com a prole resultante da primeira união, ou netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência contínua com seus avós (...)”²⁴¹.

A necessidade de reconhecimento dessas famílias decorre de que essa simultaneidade de conjugalidades, quando dizer respeito a relações matrimoniais²⁴², ensejam efeitos jurídicos.

Esses efeitos notadamente manifestam-se quando se trata do dever de alimentar ambos companheiros, a impenhorabilidade de ambos imóveis residenciais e os efeitos referentes à partilha de bens.

AÇÃO DE RESSARCIMENTO. UNIÃO DÚPLICE. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL PELO "DE CUJUS" COM CHEQUE EMITIDO PELA CONCUBINA. EFEITOS PATRIMONIAIS. Caso em que restou provada união estável paralela ao casamento durante mais ou menos 20 anos. Presunção forte de que o "de cujus" adquiriu imóvel por meio de cheque assinado pela companheira. Outros casos em que foram anulados atos jurídicos em face do reconhecimento de doações do "de cujus" à sua

²⁴⁰ RUZIK, C. E. P. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6

²⁴¹ RUZYK, C. E. P. *Idem. ibidem*.

²⁴² A família de fato apresenta alguns elementos estruturais, como uma ostensibilidade relativa e estabilidade.

companheira. Juízo de proporcionalidade na análise de presunções versus presunções. Reconhecimento da pretensão ressarcitória por metade. DERAM PARCIAL PROVIMENTO²⁴³.

O princípio da pluralidade familiar, contido na Constituição Federal, não permite negar proteção a essas famílias, tendo em vista apenas padrões médios de moral.

A tutela da família é realizada de maneira instrumental, ou seja, se a família é capaz de propiciar a felicidade dos indivíduos que a compõem. Sendo assim, se cada um desses núcleos cumprir as funções inerentes à família, devem, ambos núcleos, receber proteção jurídica.

“Não é possível, nesse sentido, simplesmente eleger um dos entes, isoladamente, como sujeito à proteção do ordenamento, se essa proteção for destinada ao atendimento de interesses estritamente individuais, quicã egoísticos ou narcísicos do ente eleito, gerando prejuízos – patrimoniais ou, sobretudo, morais- a algum outro componente da situação complexa – ofendendo, inclusive a sua dignidade. O princípio eudemonista na Constituição de 1988 deve ser lido em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz em si um sentido ético de respeito ao outro”.²⁴⁴

Assim, observa-se que a simultaneidade familiar não se condiciona aos limites jurídicos posto que fruto do afeto e este prepondera.

A simultaneidade, por vezes, poderá configurar-se ato atentatório à dignidade de alguns dos membros da família, por ferir crenças e aspirações pessoais.

Isso porque a monogamia, embora não seja princípio jurídico, é uma característica histórico- sociológica da família e sua quebra poderá gerar situações frustrantes. Assim, a simultaneidade possuirá efeitos restritos caso seja atentatória à dignidade da pessoa humana.

A eticidade presente nessas relações tem seu fundamento no princípio da boa-fé objetiva, “tanto nas relações internas a cada um dos núcleos familiares, como nas relações extrínsecas entre os componentes das entidades familiares simultâneas”²⁴⁵.

²⁴³ Apelação Cível Nº 70017094608, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 07/08/2008.

²⁴⁴ RUZYK, C. E. P. Famílias simultâneas e monogamia. In: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso de Direito de Família. *Op.Cit.* p. 207-208

²⁴⁵ RUZYK, C. E. P. *idem.* p. 345.

Ressalve-se que as relações paterno-filiais presentes nessas relações terão absoluta igualdade de tratamento, ante a expressa disposição constitucional²⁴⁶.

Outro é o entendimento de alguma parte da jurisprudência, que optou por desconsiderar o direito de uma das famílias:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina²⁴⁷.

A simultaneidade familiar é uma das facetas da família plural, albergada na Constituição Federal, fundada no afeto, na liberdade e na solidariedade, e também dotada de proteção.

5.3 Conflito entre filiações e o princípio do melhor interesse da criança

Não há conceito monolítico de paternidade, posto que pode ser observada pelo prisma jurídico, biológico e afetivo.

Essas vertentes da paternidade podem ser reunidas em uma única pessoa, quando alguém é registrado e criado tal como filho por seus pais biológicos.

Por outro lado, estas vertentes poderão apontar em direções diversas, que, por vezes, geram conflitos aos quais o direito é chamado a responder.

A complexidade dessas relações pode ser visualizada através da análise da seguinte situação:

²⁴⁶ Embora pareça absurdo, inúmeras decisões relegaram a segunda família a ausência completa de proteção:

SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONCUBINOS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS DE QUE A CONCUBINA TENHA CONCORRIDO PARA A FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO COMPANHEIRO, QUE, **ADEMAIS, SENDO CASADO, NÃO PODE DIVIDIR OS SEUS BENS EM DETRIMENTO DA FAMÍLIA LEGÍTIMA**. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE SE NÃO CONHECE. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 99218/MG. 1ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 03/06/2008). (Sem grifos no original)

²⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397762. 1ª Turma. Relator: Ministro Soares Munoz. Data do julgamento: 01/03/1983.

“O marido estéril consentiu na inseminação artificial da mulher; posteriormente, dela se separou de fato. A mãe passou a viver em união estável com outro homem, o qual deferiu à criança tratamento de filho. A quem essa criança designará por pai? Pela presunção legal de paternidade, pai jurídico é o marido da mãe. Segundo a origem genética, é pai biológico o doador. E, de acordo com a verdade socioafetiva da filiação, é aquele que tem relação paterno – filial calcada na posse de estado de filho”.²⁴⁸

A verdadeira paternidade pode não se expressar na autoria genética da descendência, revela-se no comportamento cotidiano. A omissão legislativa para a resolução desses conflitos não furta o julgador de encontrar uma solução para esse caso, o que exige mais cautela do que convencionalmente.

Ao decidir um conflito de filiação, o magistrado deverá atentar a noção de posse de estado de filho, posto que capaz de revelar a verdadeira paternidade.

“(…) A descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito, qualquer que seja a filiação, de ver declarada a paternidade. Essa negação seria francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal”.²⁴⁹

O pai não será necessariamente aquele a que a lei atribui como tal. A verdade jurídica trazida pela presunção *pater is est*, consagrada no sistema clássico, não é suficiente para traduzir o verdadeiro sentido da paternidade.

“O pai pode não ser aquele a quem a lei presuntivamente atribui a paternidade; essa verdade jurídica, emergente da presunção *pater is est*, cujo caráter praticamente absoluto foi consagrado pelo sistema clássico, deve ceder à busca da verdadeira paternidade, do ponto de vista biológico”.²⁵⁰

Por seu turno, os laços biológicos também não são capazes de identificar o verdadeiro sentido da paternidade, que não se traduz em vínculo genético.

“A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no

²⁴⁸ FACHIN, L. E. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. *Op. Cit.* p. 51.

²⁴⁹ FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. *Op. Cit.* p.167

²⁵⁰ FACHIN, L. E. *idem.* p.169.

comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva (...).²⁵¹

Dessa forma, caso exista disputa da paternidade jurídica ou biológica com a paternidade socioafetiva, a princípio deverá prevalecer a última, posto que o Direito deve sedimentar os laços afetivos. No entanto apenas o caso concreto e suas peculiaridades poderá definir²⁵².

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA. TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA. DECISÃO REFORMADA.

1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócio-afetiva, decorrente da denominada adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do Direito Civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado.²⁵³

Se a paternidade estiver sendo exercida de forma a valorizar a criança, favorecendo seu desenvolvimento e construindo sua personalidade é esta a paternidade que deve prevalecer.

Dessa forma, os motivos seguidamente invocados para exclusão total da possibilidade do pai biológico de propor a contestatória, quais sejam o bom ambiente familiar em que cresce a criança e o interesse do filho, só tem fundamento quando a mãe e seu marido vivem em comunhão efetiva de vida, e existe posse de estado de filho em relação ao dois, isto é, o marido da mãe aceita a responsabilidade de pai social e psicológico do filho de sua mulher, sendo de interesse do filho manter essa situação. Porém não quer

²⁵¹ FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. *Op. Cit.* p.169.

²⁵² Questão controvertida refere-se ao “caso Pedrinho”, subtraído de sua mãe biológica na maternidade e criado por outra família como se filho fosse. A quem caberá a sua guarda? À sua mãe biológica que, contra a sua vontade, o teve arrancado de seu convívio ou sua mãe socioafetiva que lhe forneceu todos os meios para que ele pudesse se desenvolver? A melhor doutrina entende que a filiação socioafetiva não poderá prevalecer nesse caso, ante as circunstâncias envolvidas.

²⁵³ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0108417-9. Relator: Desembargador Accácio Cambi. Data da publicação DJ: 04/02/2002.

dizer que não existam situações em que, não vivendo a criança em companhia da mãe e do marido desta, ou se vivendo este não o trata como verdadeiro filho, pelo contrário, o repudia e o maltrata, e estando o pai biológico disposto a dar ao filho um ambiente familiar de que este não goza, seria útil uma reforma legislativa que indicasse, nessa direção, a questão da legitimidade”.²⁵⁴

Assim, a noção de posse de estado só tem sentido se for atendimento o princípio do melhor interesse da criança, o qual representa uma síntese de toda a importância direcionada à criança e ao adolescente, ante sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, com absoluta prioridade.

“Razoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente”.²⁵⁵

Existem alguns julgados consonantes com esse entendimento, conforme se verifica de trecho de ementa a seguir transcrita, no Recurso Especial 910126/MG, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi:

Direito da criança e do adolescente. Recurso especial. Ação cautelar de guarda provisória de menor ajuizada pelos tios em face do pai. Mãe falecida.

- A proteção integral, conferida pelo ECA, à criança e ao adolescente como pessoa em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição Federal e nas leis, máxime no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inc. III, da CF/88, deve pautar de forma indelével as decisões que poderão afetar o menor em sua subjetividade.

- Sob a ótica dos Direitos da Criança e do Adolescente, não são os pais ou os tios que têm direito ao filho/sobrinho, mas sim, e sobretudo, é o menor que tem direito a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado.

- A idealização da natureza humana, tal como pensada por filósofos e espiritualistas, está longe de ser alcançada e, para tanto, o Judiciário vem sendo procurado para amenizar as mazelas da alma e do coração, cabendo ao Juiz o papel de serenador de espíritos.

- Devem as partes pensar de forma comum no bem-estar do menor, sem intenções egoísticas, para que ele possa, efetivamente, usufruir harmonicamente da família que possui, tanto a materna, quanto a paterna.

- Se o acórdão recorrido não atesta nenhuma excepcionalidade ou situação peculiar a permitir o deferimento da guarda aos parentes maternos do

²⁵⁴ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 154.

²⁵⁵ BARBOZA, H. H. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In Pereira, Tânia da Silva Pereira (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.117.

menor, considerado o falecimento da mãe, e revelando a conduta do pai plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, deve a relação paterno-filial ser preservada. (...).²⁵⁶ (sem grifos no original)

Tantas atenções da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional²⁵⁷ à criança e ao adolescente deriva do fato de serem pessoas que estão formando sua personalidade, integrando-se ao meio social e é necessário que isso seja feito da melhor forma possível.

O Brasil ratificou, através do Decreto 99.710, de 21.12.1999, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê em seu artigo 19: “Todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a condição do menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

“Alerte-se, no entanto, para o perigo de sua aplicação fundar-se na subjetividade de cada juiz, não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade. Na realidade, não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o ‘melhor interesse’.”²⁵⁸

A adoção do princípio do melhor interesse da criança representa significativa evolução jurídico-social, vez que se aplica em todas as medidas concernentes à criança e ao adolescente, sendo um critério hermenêutico a ser utilizado em todos os casos, bem como fonte normativa quando a situação concreta demonstrar a insuficiência legislativa.

²⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 910626/MG. 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicação DJ dia 15.10.2007.

²⁵⁷ “O princípio do melhor interesse da criança constitui-se na contemporaneidade como um princípio consagrado por nossa sistemática constitucional. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal destaca que ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. Comentando este dispositivo, Antonio Augusto Cançado Trindade esclarece que sua inclusão se insere na nova tendência de constituições latino-americanas de ‘conceder um tratamento diferenciado no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados’. Distinguem-se portanto, daqueles enumerados nos 77 incisos do mesmo art. 5º. Dentre eles merece referência especial o art. 227, ao declarar ‘direitos fundamentais da criança e do adolescente’.” (Pereira, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança no âmbito das relações familiares. *In: Direito de Família e Psicanálise. Op. Cit. p.207*).

²⁵⁸ PEREIRA, T. S. O princípio do melhor interesse da criança no âmbito das relações familiares. *In: Direito de Família e Psicanálise. Op. Cit. p.210*.

Essa dificuldade na determinação do que seria o princípio do melhor interesse da criança é fruto da evolução do Direito de Família, que não admite o engessamento do conceito e a determinação de um modelo ideal.

Não é possível que o interesse da criança e do adolescente se reduza a esquemas limitados ou a uma definição legal aplicável a todos os casos, posto que apenas no caso concreto poderá ser determinado o interesse do menor.

As decisões são diversas a respeito do tema: alguns juízes consideram o melhor interesse da criança seu desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetiva e sua inserção no grupo social; outros consideram a idade, sexo, irmandade e a estabilidade da criança; há, ainda, os que levam em consideração a condição material dos pais por acreditar que garantirá maior estabilidade psicológica para a criança.

“As condições materiais jamais podem suplantar as condições morais. O entendimento do melhor interesse do menor não pode ser compreendido como sendo de cunho patrimonial; a situação financeira dos pais disputantes não devem interferir na decisão do juiz: a noção do melhor interesse das criança é no sentido do seu melhor equilíbrio físico e psicológico e jamais econômico (...)”²⁵⁹

As relações familiares sedimentam-se no afeto e as decisões a ela relativas também devem guiar-se nesse sentido. Cabe aos pais definir seus padrões de criação, devendo o Estado interferir apenas quando houver violação ao princípio do melhor interesse da criança.

“(…) É incontestável que a paternidade social assume, hoje, relevante papel na convivência familiar e no atendimento aos seus membros. A família socioafetiva consolida-se em nossa doutrina e jurisprudência uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como Direito Fundamental, a não discriminação dos filhos, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e o núcleo monoparental reconhecido como entidade familiar”.²⁶⁰

Ante a ausência de regulamentação jurídica acerca do conflito entre as filiações cabe ao julgador, através de hermêutica e orientado pelos novos valores

²⁵⁹ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p.174.

²⁶⁰ PEREIRA, T. S. O princípio do melhor interesse da criança no âmbito das relações familiares. *In: Direito de Família e Psicanálise. Op. Cit.* p.216.

jurídicos trazidos pela Constituição Federal, buscar o melhor interesse da criança, numa perspectiva interdisciplinar e principiológica.

A determinação da verdadeira paternidade é um ofício complexo. Deve principiar da posse de estado de filho, verificando o grau de afeto contido nessa relação.

“O reconhecimento da ‘posse de estado de filho’ leva o reconhecimento pelo mundo jurídico do ‘afeto’, com o objetivo prioritário de garantir à criança todos os direitos a elas resguardados, na busca de permitir o seu bem-estar e a sua felicidade”.²⁶¹

Assim, a afetividade possui valor jurídico e deve direcionar a atuação do julgador, “pois as coisas devem pertencer a quem cuida bem delas, as crianças à mulheres mais ternas para crescerem belas, a carruagem ao melhor cocheiro para bem viajar e o vale aos que souberem irrigar para bons frutos dar”²⁶².

Um ambiente de equilíbrio, proteção e afeto, construindo vínculos na convivência diária, prevalece ao dado biológico, que por si só não é capaz da identificação da verdadeira paternidade.

Sob esse prisma, a filiação socioafetiva deve receber especial tutela jurídica, ante a relevante função que desempenha na sociedade. Para que haja a sua efetiva aplicação, necessário se faz que exista sua específica proteção legal.

²⁶¹ NOGUEIRA, J. F. *Op. Cit.* p. 177.

²⁶² VILELLA, J. B. Desbiologização da paternidade, *Op. Cit.* p.49.

6. CONCLUSÃO

A noção de família confunde-se com a própria origem do homem, haja vista que o ser humano não vive só, necessita de outras pessoas para que possa, no início de sua vida, sobreviver e, após, auxiliar no seu contínuo processo de formação.

A relevância da influência da família na formação dos indivíduos fez com que ela fosse utilizada, notadamente pela Igreja e pelo Estado, para fins externos ao seu âmago.

A família clássica constituía-se um instrumento para preservação da estabilidade e organização da sociedade como desejava a elite minoritária e refratária.

Nessa mentalidade, albergada pelo Código Civil de 1916, apenas o matrimônio válido era considerado forma legítima de constituição do núcleo familiar. Todas as outras formas de constituição, que comportava a maioria esmagadora da população, estavam excluídas da proteção estatal.

Essa exclusão infundada em nada refletia a realidade das famílias brasileiras, que foram estigmatizadas e postas à margem da sociedade. Todo esse preconceito visava assegurar a supremacia dos laços sanguíneos e a integridade do patrimônio familiar.

Esse modelo imposto de família hierarquizada, patriarcal, patrimonial, heterossexual, matrimonializada, passou a ser rechaçado pela maioria da população excluída, que buscavam igual proteção estatal.

Novas Leis foram editadas visando o abrandamento das disposições excludentes contidas no Código Civil de 1916 até culminar na Constituição Federal de 1988, considerada o “estatuto das famílias contemporâneas”.

Na Constituição Federal de 1988 houve a adoção de uma nova família, plural, democrática, humanista, voltada ao desenvolvimento e ao bem estar dos seus membros.

O reconhecimento do afeto como valor jurídico trouxe novas perspectivas para as relações familiares, que agora estão impregnadas por sentimentos que buscam a valorização do ser humano.

A filiação socioafetiva, calcada no afeto, galga espaço na doutrina e jurisprudência *pari passu* com a filiação biológica, sendo por alguns proclamada como a verdadeira filiação.

De fato, o vínculo biológico não é, por si só, capaz de revelar a verdadeira paternidade, posto que não gera automática preocupação, responsabilidade e sentimento de proteção que brotam das relações entre pais e filhos.

A consolidação da posição de pai e mãe na vida de uma criança se faz através do construído diário, nas atitudes tomadas no sentido de preservação do seu bem-estar.

Quando uma pessoa toma para si a responsabilidade de fornecer todos os meios indispensáveis à sobrevivência e à formação de uma criança, ainda que ausente qualquer vínculo consangüíneo, sua nobre atitude há de ser assegurada pelo Direito.

Por isso o reconhecimento da filiação socioafetiva é tão importante, haja vista traduzir, no cotidiano, todo o zelo que os pais despendem com os seus filhos.

Esse reconhecimento não significa um completo afastamento do dado biológico; no caso concreto, caso exista conflito, a filiação biológica e a afetiva deverão ser sopesadas, prevalecendo a que melhor atenda aos interesses da criança.

A filiação socioafetiva possui íntima relação com a dignidade da pessoa humana, que é o centro irradiador de todo o sistema jurídico e incita releitura das relações entre as pessoas para que busquem sempre a valorização do ser humano.

A dignidade da pessoa humana é preservada quando uma criança tem acesso a todos os requisitos necessários ao seu desenvolvimento, seja materiais, psicológicos, éticos ou espirituais.

Caso os pais biológicos não sejam capazes de fornecer, independente do motivo, isso ao ser humano em desenvolvimento e outra pessoa fizer isso por ela, essa relação é merecedora de tutela jurídica.

Comumente, a maior carência é de afeto, notadamente diante da grande quantidade de casamentos desfeitos. Ainda que o pai ou mãe biológicos forneçam os elementos materiais para a subsistência material de seus filhos, a ausência de participação no seu cotidiano gera uma lacuna que possivelmente virá a ser ocupada por outra pessoa.

Os laços gerados da convivência afetuosa diária propiciam a dignidade da pessoa humana, por ser um sustentáculo emocional do indivíduo, diante de cada obstáculo surgido no seu dia-a-dia.

Apoio emocional buscado na família, que se tornou o ambiente ideal para fornecê-lo, uma calma para a agitação vivida durante o dia, o local em que se buscam conselhos, conforto e suporte e que não se vincula a laços sangüíneos.

Apenas o amor e o afeto são capazes de desenvolver tamanha doação entre os seres humanos, a ponto de buscar incessantemente o bem-estar do outro, abdicando, por vezes, de seu próprio interesse em prol daquele que ama.

Por isso sentimento tão nobres merecem acolhimento incontestável pela órbita jurídica, posto que protegem o bem maior de todo o Direito: o ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. A filiação socioafetiva e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n.1, abr/jun, 1999.

ALMEIDA, Maria Christina de. Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. O Estatuto da Criança e do Adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil. In Pereira, Tânia da Silva Pereira (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS, Sergio Resende de. A ideologia do afeto. *In: Revista Brasileira de Direito de Família* nº 14 – Jul/Ago/Set de 2002.

_____. Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In: Afeto, ética, família e o Novo Código Civil*. Coord: Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de paternidade: posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n.78, jun. 2000.

CAMPOS, Diogo de Leite. A nova família. In: Direitos da família e do menor. Inovações e tendências – doutrina e jurisprudência. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 3ª Ed.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. *In: Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo/ Luiz Edson Fachin* (coordenação). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARDOSO, Simone Tessari. Do contrato parental à socioafetividade. *In: Estudos de Direito Civil Constitucional*. Org. Ricardo Arone. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DELINSKI, Julie Cristine. O novo Direito da filiação. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. Paternidade homoparental. In: Direito e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia: Rumo a uma nova epistemologia. Coord. Groeninga, Giselle Câmara; Pereira, Rodrigo da Cunha. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. *In: Repensando o Direito de Família/ Coord. Rodrigo da Cunha Pereira.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Da paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992.

_____. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. *In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre o direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 2.

_____. Luiz Edson (Org.). A nova lei de investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Curitiba: UFPR. Setor de Ciências Jurídicas, 1994.

(No prelo) _____; Matos, Ana Carla Harmatiuk. Filiação sócio-afetiva e alimentos: os novos subsídios solidários.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. Do parentesco e da filiação. *In: Direito de família e o novo Código Civil.* Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Em busca da família do novo milênio (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; Röhrmann, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. *In: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Coord Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas: breve introdução ao seu estudo. *In: Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia: rumo a uma nova epistemologia.* Coord Giselle Câmara Groeninga, Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. *In: Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia: rumo a uma nova epistemologia.* Coord Giselle Câmara Groeninga, Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. *In: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* Coord Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

HIRCHFELD, Adriana Kruchin. A adoção pelos avós. *In: Adoção aspectos jurídicos e meta jurídicos.* Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACAN, Jacques. Os complexos familiares na formação do indivíduo. Trad: Marco Antonio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Junior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Temas de Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Tratado de Direito de Família. Curitiba: Juruá, 1991, v. 1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em 09 julho de 2008.

_____. Princípio Jurídico da afetividade da filiação. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 14 jul. 2008.

MADALENO, Rolf. A disregard nos alimentos. In: Repertório de doutrina sobre direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Novas perspectivas no Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a relativização da coisa julgada material. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/principal/home/?sistema=conteudos|conteudo&id_conteudo=42. Acesso em 07 de março de 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Filiação e homossexualidade. In: Família e dignidade humana – Anais do V Congresso de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

_____. União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: Família e dignidade humana/ V Congresso de Direito de Família. Org. Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de, Muniz, Francisco José Ferreira. Curso de direito de família. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento da Paternidade e seus efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Sergio Gischkow. Tendências modernas de Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 628.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança no âmbito das relações familiares. *In: Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia: rumo a uma nova epistemologia.* Coord Giselle Câmara Groeninga, Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERROT, Michelle. Funções da família. *In: História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra.* São Paulo: Companhia das Letras, 1991, v. 4.

PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Um novo conceito de família. *In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo. Direito de família e do menor.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PROSPERO, Viviane Girardi. Famílias contemporâneas, filiação e afeto – a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. *In: Anais do XXVI Conferência Nacional dos Advogados – Justiça: realidade e utopia.* Brasília: OAB, Conselho Federal, v. I, 2000.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Disciplina Jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In: Direito de Família Contemporâneo.* Org. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VARELA, Antunes. Direito da Família. 3ª Ed. Lisboa: Petrony, 1993.

VELOSO, Zeno. A dessacralização do DNA. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENCELAU, Rose Melo. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.

VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade, *In*: Boletim IBDFAM, nº 11, Ano 02, set/out/2001.

_____. Liberdade e família. Monografia. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Aspectos psicológicos da adoção. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. Pais e filhos por adoção no Brasil: características, expectativas e sentimentos. Curitiba: Juruá, 2001.