

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

NELSON GARCIA PEREIRA JUNIOR

**ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS DECORRENTES DA PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA**

CURITIBA

2012

NELSON GARCIA PEREIRA JUNIOR

**ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS DECORRENTES DA PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná -
UFPR.

**Orientadora: Professora Dr^a. Ana
Carla Harmatiuk Matos**

CURITIBA

2012

RESUMO

O presente trabalho tem a função precípua de apresentar a incompatibilidade entre o mundo fático e o jurídico acerca da paternidade socioafetiva que não possui neste a importância que representa para aquele. Para tanto, é necessário o breve estudo acerca do contexto do direito privado, para que se tenha a ideia da incongruência sistemática que se opera no sistema jurídico. Assim, será evidenciada a passagem do conceito clássico de família ao atual, que significa, em síntese, a passagem da ideia de família transpessoal à eudemonista, representando a “Virada de Copérnico” nos paradigmas do direito privado. Com a premissa desta superação axiológica nas famílias em geral, passa-se à análise de tais efeitos no estabelecimento da filiação, com o nascimento do instituto da posse de estado de filho que simboliza a ruptura com o antigo modelo pautado em presunções e pela biologização da paternidade. Na sequência, é feito o exame do afeto, como nova figura jurídica – características, status de princípio jurídico e aplicação nos casos concretos. Em seguida, serão arrolados alguns efeitos jurídicos decorrentes da relação paterno-filial fundada na socioafetividade. Por fim, chegar-se-á a análise do tema em si – o fato dessas entidades familiares não representarem juridicamente o que são na vida, procurando demonstrar, com base em dados jurisprudenciais e estatísticos, a existência de tratamento desigual operado pelo sistema jurídico, que trata esta nova modalidade familiar com diferença, mesmo existindo igualdade entre todas as entidades familiares. Destaque-se, por fim, os reflexos que a ausência de isonomia reflete nas relações paterno-filiais fundadas exclusivamente no afeto.

Palavras-chave: Constitucionalização; Paternidade socioafetiva; Afeto; Posse de estado de filho; Igualdade; Dignidade da pessoa humana; Efeitos jurídicos.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| PARTE I – DO CONCEITO CLÁSSICO DE FAMÍLIA AO CONTEMPORÂNEO E OS NOVOS CONTORNOS DO ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE.. | 3 |
| CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PRIVADO: DA TRANSPESSOALIDADE AO EUDEMONISMO | 3 |
| 1.1. Considerações iniciais..... | 3 |
| 1.2. Repersonalização: o homem alçado ao posto central do sistema | 4 |
| 1.3. Descodificação: a busca pela equivalência eficiente entre o modelo legal e o social | 6 |
| 1.4. Aspectos da constitucionalização do direito civil..... | 9 |
| 1.5. O conceito eudemonista das famílias..... | 11 |
| CAPÍTULO 2 – OS NOVOS CONTORNOS DO ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE | 16 |
| 2.1. A desigualdade como tonalidade marcante | 16 |
| 2.2. A “nova” filiação: da exclusão à igualdade..... | 17 |
| 2.3. Da paternidade jurídica à biológica | 17 |
| 2.4. Posse de estado de filho e o fim das presunções | 19 |
| PARTE II – O AFETO E ALGUNS DE SEUS EFEITOS JURÍDICOS..... | 26 |
| CAPÍTULO 1 – O AFETO E SEU ACOLHIMENTO PELO DIREITO..... | 26 |
| 1.1. O surgimento do afeto como figura jurídica..... | 26 |
| 1.2. Status de princípio jurídico | 29 |
| 1.3. A incidência do afeto nas relações paternas: hipóteses correntes no cenário nacional | 31 |

| | |
|---|-----------|
| 1.3.1. Reprodução humana assistida heteróloga..... | 31 |
| 1.3.2. Adoção judicial..... | 32 |
| 1.3.3 Adoção à brasileira | 33 |
| 1.3.4 A paternidade socioafetiva na adoção de fato | 36 |
| CAPÍTULO 2 – A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMO PRODUTORA DE EFEITOS JURÍDICOS..... | 38 |
| 2.1. Notas introdutórias | 38 |
| 2.2. Autoridade parental..... | 41 |
| 2.3. Fixação de guarda e o melhor interesse da criança..... | 45 |
| 2.4. A Regulamentação de visitas..... | 49 |
| 2.5. O dever de alimentos | 52 |
| 2.6. A experiência brasileira | 58 |
| CONCLUSÃO | 68 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 70 |

DEDICATÓRIA

Dedico especialmente este trabalho à minha mãe, a melhor do mundo. Sem seu apoio não estaria aqui. Obrigado. Te amo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, por demonstrarem que o afeto não é medido exclusivamente pelo sangue, mas pelo coração.

Aos meus amigos, pelo companheirismo. Pilares fundamentais nessa longa caminhada.

Aos personas: Nagao, Guilherme, Shimada, Fábio, Liebl, Luís e Carol, pela parceria e pelos incontáveis momentos lendários. “Uma vez persona, sempre persona.”

Ao Rodrigo Fernandes Lima Dalledone, pelo aprendizado nestes últimos anos.

À Stephanie, por tudo.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é dividido em duas grandes partes com dois capítulos cada. A primeira tem o condão de apresentar o contexto contemporâneo pelo qual passa o direito civil e, conseqüentemente, o direito das famílias. Nesse sentido, o capítulo inicial apresentará algumas características dos novos paradigmas do direito privado dos quais se destacam a repersonalização, a descodificação e a constitucionalização. A família já não é mais vista enquanto instituto, pautado em sua manutenção, mas como arcabouço social que valoriza a felicidade de todos os seus membros – conceito eudemonista.

Tais mudanças alteraram inevitavelmente as concepções acerca da paternidade e seu estabelecimento, como se verá no segundo capítulo do primeiro bloco. Assim, a filiação não está mais centrada na desigualdade entre os filhos, porém na ideia de unidade da filiação, sendo que todos são iguais, independentemente se sua origem é biológica, jurídica ou afetiva. O novo contexto, agora valorativo, gera a posse de estado de filho, pondo fim ao caráter absoluto das presunções de paternidade, vez que a genética e a jurídica deixam de ser as únicas formas de se caracterizar a relação entre pais e filhos.

Na sequência, a segunda parte tem o escopo de correlacionar as mencionadas mudanças principiológicas com o afeto, enquanto nova figura jurídica.

O capítulo inaugural dessa parte possui a função de delimitar o conceito de afeto, apresentando o contexto em que surgiu, suas características, seu status de princípio e as hipóteses correntes de filiações afetivas, que são: reprodução humana assistida heteróloga, adoção judicial, adoção à brasileira e adoção de fato.

O capítulo seguinte volta-se à demonstração de alguns dos efeitos jurídicos decorrentes da paternidade socioafetiva, tais como autoridade parental, guarda visitas e alimentos, sendo que tais direitos e deveres surgem através do convívio.

A ideia é evidenciar a possibilidade desta relação paterno-filial gerar efeitos jurídicos, conforme o caso fático.

Por fim, será elencada a experiência brasileira acerca do tema, através de pesquisas jurisprudenciais, doutrinárias e em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), evidenciando a pouca discussão dos efeitos jurídicos da paternidade socioafetiva que é intensamente pulsante e incidente nos lares

brasileiros, mas não encontra correspondência, quanto à discussão de seus direitos e deveres, no âmbito do Poder Judiciário, embora o sistema, em sede Constitucional, diante da igualdade entre todos os filhos e entidades familiares.

PARTE I – DO CONCEITO CLÁSSICO DE FAMÍLIA AO CONTEMPORÂNEO E OS NOVOS CONTORNOS DO ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE

CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PRIVADO: DA TRANSPESSOALIDADE AO EUDEMONISMO

1.1. Considerações iniciais

As últimas décadas alteraram os paradigmas jurídicos, especialmente em virtude dos acontecimentos onde o Homem, sobretudo em sua esfera subjetiva, ganha papel destacado no sistema. Modificam-se qualitativamente os fundamentos do direito privado e, conseqüentemente, do direito familiar – é a “*virada de Copérnico* nos fundamentos axiológicos do direito brasileiro”¹.

No contexto pátrio, o movimento tem seu ápice com a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, que passou a tutelar e garantir constitucionalmente que o cerne do sistema fosse composto pela pessoa humana, sempre em observância à sua dignidade, conforme conceitua a Carta Magna. É o fim de uma época marcada pela restrição de direitos.

Nessa conjuntura, o direito civil passou por três fundamentais modificações e que de igual modo são imprescindíveis para a compreensão do tema proposto, são elas: repersonalização, descodificação e constitucionalização. Tais mudanças alteraram valorativamente o direito privado, passando o homem, tomado em sua subjetividade, a ser alçado ao posto central do ordenamento, ao revés do individualismo proprietário que predominou no modelo clássico.

Essa contextura axiológica possibilitou o nascimento do afeto como figura jurídica, como ser verá ao longo do trabalho, em virtude dos novos paradigmas do direito civil.

¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos e outros [Organizadores]. *Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar. 2002. p. 156.

1.2. Repersonalização das relações familiares: o homem alçado ao posto central do sistema

O primeiro movimento, centrado na efetivação da pessoa humana, além da preservação irrestrita de sua integridade (física e moral), tem no direito à igualdade plena um de seus escopos, vedando quaisquer discriminações – artigos 4º e 5º, da Constituição Federal. O “ser”, primando pela subjetividade axiológica do indivíduo, ofusca o “ter”, relegando-o a papel coadjuvante ².

O Código Civil de 1916 era nucleado na noção patrimonial, sobretudo imobiliária, o que era congruente com os preceitos que fundaram os cadernos legais dos séculos XIX e XX (início). Todavia, os rumos atuais são outros, e aquele âmbito já não pode ser aplicado no presente, vez que a preocupação agora é com o indivíduo³.

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimentos públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. ⁴

Portanto, a pessoa continua a necessitar do patrimônio, todavia não como fim e, sim, como meio de alcance da plenitude de sua dignidade. A proteção dos bens possui novo fundamento, diverso do sistema anterior, pois a propriedade não é mais a forma de se atingir a felicidade, mas, sim, uma forma de garantir minimamente a

² O professor Eroulths Cortiano Junior faz uma ressalva sobre o papel acessório do “ter”, pois tal afirmação “não significa, entretanto, que a proteção dispensada pelo direito ao patrimônio se perca e se esvazie em retóricas digressões sobre o ser humano como tal, sem quaisquer ligações e necessidades materiais na sua vida. O que ocorre é dar *outra medida* na questão patrimonial, e colocar a proteção ao patrimônio como uma forma de se proteger e garantir a dignidade da pessoa humana. Por outras palavras: vale e tem importância, ainda e cada vez mais, a proteção do patrimônio, mas esta proteção agora é legitimada naquilo que o patrimônio tem de imprescindível como meio de realização do devir da pessoa humana enquanto ser dotada de dignidade”. [*Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos e outros (Organizadores). *Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar. 2002. p. 156]. Ainda, leciona Paulo Lôbo que as “relações de família também têm natureza patrimonial; sempre terão. Todavia, quando passam a ser determinantes, desnaturam a função da família, como espaço de realização pessoal e efetiva de seus membros”. (*Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 25).

³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª Edição, revista e atualizada. 2003. ps. 29 e ss.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: < <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf> >. Acesso em 10/11/2012.

dignidade da pessoa humana que necessita de uma estabilidade para ter seu pleno desenvolvimento. Instituto criado na vigência dessa conjuntura repersonalizada é a impenhorabilidade do bem de família, conforme Lei nº. 8009/1990⁵.

O pólo nuclear do ordenamento jurídico passa a migrar da propriedade para a pessoa, em seu sentido ontológico. Contudo, a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado - o qual tão-somente se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional⁶.

Os olhos não estão mais voltados aos interesses financeiros que marcaram a família tradicional, pois a família atual é “vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade”, fazendo com que esse novo elemento gere “o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização”, segundo leciona Paulo Luiz Netto Lôbo⁷.

A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar. (...) A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista.⁸

Assim, todo o sistema jurídico deve conspirar a favor do homem, vez que elevado a patamar central⁹. Ou seja, a preservação do sujeito deve ser o principal

⁵ Nesse sentido: “Tome-se como exemplo a regulação do bem de família e direito fundamentais. Partindo de uma premissa assumidamente controvertida, a de que o acesso à moradia é direito fundamental de natureza prestacional, uma investigação de feição civil-constitucional intentará evidenciar que somente uma hermenêutica extensiva do bem de família (quer legal, quer voluntário) poderá contribuir para a efetividade daquele direito, sistematizando julgados que problematizem tal questão. Mais que isso, debaterá, no campo da realização dos direitos fundamentais e da incidência do princípio da **reserva do possível**, bem como trazendo à colação os princípios da ponderação e da vedação de retrocesso, meios e instrumentos para o acesso ao bem de família e não tão só a tutela do bem já existente”. (FACHIN, Luiz Edson. *O assentamento do Direito Civil na gênese da contemporaneidade sulcada*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo II: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 10).

⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 251.

⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. ps. 25-26.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE. IBDFAM. v.6. n. 24. Abril – Junho. 2004. ps. 152-153.

⁹ “A profunda mudança de paradigma da paternidade, no direito brasileiro, significou centralizar a atenção na realização existencial das pessoas envolvidas (pai e filho) e na afirmação de suas

objeto a ser traçado pelo direito¹⁰, e é com essa quebra paradigmática que foi possível o nascimento do parentesco socioafetivo. Contudo, tal conceito não é aplicado juridicamente quando o tema é a filiação socioafetiva, vez que o instituto é invisível aos operadores do direito, mesmo em direto confronto com a igualdade (entre os filhos e modalidades familiares) e a dignidade da pessoa humana, pilares desse novo direito civil repersonalizado.

Em outros termos, existe um evidente descompasso entre o que se opera no mundo fático e no jurídico, diante dos raros casos jurisprudenciais.

1.3. Descodificação do ordenamento: a busca pela equivalência eficiente entre o modelo legal e o social

A segunda alteração tem como base normativa todo o sistema privado, enquanto conjunto instituído por diversas leis infraconstitucionais, e não somente pelo Código Civil como predominou no sistema clássico.

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global¹¹.

dignidades; em uma palavra, repersonalização. Os interesses patrimoniais, que antes determinavam as soluções jurídicas nas relações de família, implícita ou explicitamente, perderam o protagonismo que detinham, assumindo posição de coadjuvantes dos interesses pessoais.” (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº. 301/STJ*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson. 2006. p. 806.)

¹⁰ Nesse sentido: “Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais. (...) Sob essa ótica, as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf> >. Acesso em 28/09/2012. p. 6.).

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª Edição. 2002. p. 6.

Os chamados microsistemas¹² ganham força, pois a conclusão é nítida: a intensa fluidez dos fatos impede que um único conjunto normativo seja suficiente para abarcar as constantes mudanças no cotidiano, que emergem da sociedade a cada novo amanhecer. A criação de leis infraconstitucionais específicas acaba sendo a solução criada para almejar que o direito e os costumes sejam congruentes, o que muitas vezes não é possível, sendo que “Código Civil perde, a partir daí, o papel de lei fundamental diante das regras agora constitucionalmente estatuídas”¹³.

Tais diplomas não se circunscrevem a tratar do direito substantivo mas, no que tange ao setor temático de incidência, introduzem dispositivos processuais, não raro instituem tipos penais, veiculam normas de direito administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos. Fixam, assim, verdadeiro arcabouço normativo para inteiros setores retirados do Código Civil. Não se tem aqui, do ponto de vista técnico, uma relação de gênero e espécie, ou de direito comum e especial, senão a subtração verdadeira e própria dos institutos – ou porque não alvitados pelo Código Civil ou porque revogados por leis especiais, o que sucede em relação a um número cada vez maior de matérias¹⁴.

Opta-se, então, pela pluralidade de fontes¹⁵, onde os ordenamentos infraconstitucionais precisam, sob pena de inconstitucionalidade, serem compatíveis com os princípios elencados ao longo da Carta Magna.

Assim, destaca-se a Lei nº. 11924 de 2009, denominada Lei Clodovil, que alterou a Lei de Registros Públicos (precisamente o artigo 57, § 8º) é exemplo deste movimento, sendo relevante ao presente trabalho, já que a norma permite ao enteado(a) adotar o patronímico do padrasto ou madrasta, em razão da existência do afeto em sua relações.

A mencionada norma reconheceu o direito do enteado(a) utilizar o sobrenome do padrasto/madrasta, desde que haja motivo ponderável e expressa concordância destes.

¹² Exemplos não faltam: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, lei Clodovil, lei da usucapião familiar, lei dos alimentos gravídicos, lei da guarda compartilhada, dentro outros.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992. p. 59.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro - São Paulo – Recife: Renovar. 2004. p. 8.

¹⁵ “A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente”. (LÓBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: < <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf> >). Acesso em 10/11/2012.

O direito de usar o patronímico do padrasto ou madrasta é a expressão máxima do afeto existente, concretizando no princípio maior da dignidade da pessoa humana, o direito ao nome. Nisto, reside o 'motivo ponderável'¹⁶.

Ademais, recentemente houve decisão¹⁷ que acrescentou ao patronímico do requerente o da madrasta, mas sem retirar o da mãe biológica, falecida logo depois ao parto. Em outras palavras, no registro de nascimento do autor consta, além do nome de seu genitor os nomes das mães socioafetiva e biológica. Tal julgamento reflete na condição diária sobre a qual ele sempre viveu: coexistência harmoniosa entre as três famílias, sem, no entanto, existir exclusão. “Nessa concepção, as categorias pai-padrasto, mãe-madrasta e filho-enteado não são lugares excludentes, mas complementares.”¹⁸

Destaque-se julgado anterior à Lei Clodovil que não reformou, por maioria, decisão 1º grau que concedeu à enteada, criada pelo padrasto desde tenra idade, o direito de acrescentar o patronímico deste em seu nome, que também é utilizado por sua mãe. Para tanto, comprovou-se a posse de estado de filho pela fama e tratamento que recebeu como filha, faltando-lhe, somente, o nome.

Nesse sentido, sublinham-se as palavras do Ministro Relator:

Abandonada pelo pai, de quem leva o nome, e criada pelo padrasto, que emprestou seu nome à mãe, nada mais razoável do que inserir no nome da autora, por adição, o patronímico da mãe e do marido dela, pois a afinal foi este que a criou e como verdadeiro pai se apresenta perante a sociedade. A homenagem que a autora quer prestar à pessoa que se desvelou por ela e ocupou na sua vida a figura do pai ausente, e a conveniência social de se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela, são a meu juízo razão suficiente para que se permita a alteração requerida.¹⁹

Comprova-se, assim, a expressa intenção do legislador em disseminar as normas privadas em diversas leis infraconstitucionais, afastando o entendimento anterior de que um caderno legal seja suficiente para enquadrar todo o mundo

¹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 195.

¹⁷ Fonte: < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1139427-em-decisao-inedita-justica-inclui-nome-de-madrasta-em-certidao-sem-excluir-o-da-mae.shtml> > Acesso em 19.10.2012.

¹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 198.

¹⁹ STJ. 2ª Seção. Resp. 220.059/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. J. 22/11/2000; DJe 12/02/2001. p.1.

privado, caracterizado, justamente, pela rápida e constante liquidez. Todavia, somente a Lei Clodovil sobre o parentesco socioafetivo foi promulgada, mesmo sendo tal relação importante para muitos lares brasileiros, o que será demonstrado oportunamente.

1.4. Aspectos da constitucionalização do direito civil

Movimento importantíssimo para a preservação dos pilares constitucionais é a leitura civil-constitucional, qual seja: é a interpretação do Código Civil e mais leis infraconstitucionais à luz da Constituição Federal, ou seja, esta é a fonte irradiadora dos princípios que incidiram nos demais microordenamentos, com o que se mostra a relação entre a descodificação e a constitucionalização, vez que a primeira deverá ter seus microordenamentos com base nos dizeres constitucionais.

Baseada na constitucionalização do direito privado²⁰ surge a hermenêutica civil-constitucional, cuja eficácia interpretativa, por sua vez, depende da superação de quatro requisitos, segundo Gustavo Tepedino²¹: a) a ideia de que os princípios constitucionais não são apenas princípios políticos, vez que devem sempre ser aplicados em todas as relações jurídicas e não somente nas hipóteses previstas para o controle constitucional; b) afastar a corrente que acredita que os princípios constitucionais são princípios gerais do direito, porque, assim, se estaria supervalorizando a legislação ordinária, já que aqueles somente serão aplicados quando o legislador for omissivo; c) também não se pode requerer o esgotamento normativo de todas as situações fáticas, pois a realidade se altera constantemente e em enorme velocidade, sendo impossível o acompanhamento eficaz por parte do

²⁰ Para profunda e interessante análise acerca da tríplice configuração espaço-temporal e das três dimensões da constitucionalização do direito civil: FACHIN, Luiz Edson. *O assentamento do Direito Civil na gênese da contemporaneidade sulcada*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo II: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. ps. 09-15. Oportuna, também, é a diferença traçada por LÔBO entre a publicização e a constitucionalização do direito civil: “[e]m suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf> >) Acesso em 10/11/2012.

²¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro - São Paulo – Recife: Renovar. 2004. ps. 18-19.

legislador. Portanto, os princípios constitucionais devem ser aplicados direta e imediatamente, superando-se a ideia de serem meras cláusulas de intenção; d) por fim, a superação da clássica dicotomia entre o direito público e o privado, porque, atualmente, o Estado está presente no mundo privado, e o inverso é recíproco, sendo complicadíssima a tarefa de separar ambos porque são híbridos e pautados em diferenças quantitativas e não mais qualitativas.

A transformação efetiva as garantias fundamentais²² no ramo do direito civil, especialmente no campo familiar. O escopo é assegurar não apenas o cerne dos institutos constitucionalmente criados, mas também os previstos nas leis infraconstitucionais, a partir de uma leitura compatibilizada com a Carta Magna.

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei²³.

Diferentemente do sistema anterior, cuja reunião de todo o direito privado estava disposta no Código Civil, hoje há expansão de toda a norma em legislações especiais que acaba por “consagrar, em definitivo, uma nova tábua de valores no ordenamento brasileiro.”²⁴

Todavia, por mais que pareça, em uma análise sumária, que a constitucionalização pela amplitude, que lhe é peculiar, possa ser prejudicial, tal entendimento não merece acolhimento:

A crítica à constitucionalização do Direito Civil com base em suposto prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das disciplinas é fetichização de uma racionalidade sistêmica fechada, que encara o direito como realidade ontológica e um fim em si mesmo, e não como instrumento para o atendimento de demandas impostas para a concretização da dignidade da pessoa humana.²⁵

²² “Os direitos fundamentais não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado.”²² (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang [Organizador]. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª Edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 105).

²³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 17.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro - São Paulo – Recife: Renovar. 2004. p. 396.

²⁵ (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da*

A partir desse desencantamento patrimonial, o Direito Civil-Constitucional ganha força na doutrina e jurisprudência, adaptando a legalidade infraconstitucional à Carta Magna, com o intuito de concretização do sujeito por meio da aplicação dos direitos fundamentais, mesmo que o legislador seja inerte frente às mudanças constantes da seara particular, visto que a adaptação do direito deverá ser pautada sempre na vinculação aos direitos fundamentais constitucionalmente definidos ²⁶. Vale ressaltar, como será elencado oportunamente, que foi a partir da leitura civil-constitucional, com base na repersonalização das relações familiares, que o parentesco socioafetivo começou a ganhar destaque.

1.5. O conceito eudemonista das famílias

A família, todavia, não ficou detida frente às mudanças paradigmáticas: “sentiu e fez sentir transformações jurídicas e sociais, atuando como elemento receptor e difusor das mesmas.” ²⁷

As mencionadas mudanças ocorridas no direito civil incidiram inevitavelmente no campo do “direito das famílias” ²⁸ porque há superação do conceito clássico²⁹, baseado na família romana, que era patriarcal³⁰, matrimonial,

peessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang [Organizador]. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 3ª Edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 106.)

²⁶ Segundo SARLET, Ingo Wolfgang “os direitos fundamentais exercem eficácia vinculante também na esfera jurídica-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares”. (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 10ª Edição revista, atualizada e ampliada; 3ª tiragem. 2011. p. 374). O Estado, assim, passa a intervir e regular situações que historicamente não eram, por assim dizer, de sua competência já que privadas. Esse papel tem o intuito de garantir dos direitos elencados na Carta Magna.

²⁷ CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família. In Repensando o direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 491.

²⁸ Expressão inteligentemente proposta por DIAS, Maria Berenice que abarca perfeitamente a situação de todas as entidades familiares, especialmente aquelas que não são fundadas no casamento. Supera-se o matrimonialismo enquanto princípio e única forma de constituição familiar assegurada pelo sistema. (*Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 8ª edição. 2011).

²⁹ Sobre a origem legislativa da família brasileira: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2012. 2ª Edição. ps. 191-192. Curiosamente, a “primeira Constituição do Brasil, outorgada pelo imperador D. Pedro I em 1824, não fez referência à família ou ao casamento, a não ser à própria família imperial.”

³⁰ “O sistema do Código é indistintamente patriarcal; tem o marido poder jurídico sobre todos os filhos nascidos de sua esposa na constância do matrimônio, cabendo-lhe também o direito exclusivo de contestar a paternidade”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992. p. 53.).

heterossexual³¹, nuclear, formalista, hierarquizada, monogâmica e transpessoal³². Tal modelo se estendeu até a efetivação do Capitalismo, no qual se exigiu a mão de obra feminina, visando menor custo, retirando-as, conseqüentemente, de suas residências, o que paulatinamente fez com que chegassem à independência e buscassem seus direitos, pois “o desejo por igualdades de condições uniu-as, vindo elas a buscar, no trabalho fora do lar, não só a melhoria de condições econômicas, como também um espaço para sua realização pessoal”³³. Elas ganham gradativa e merecidamente seu espaço³⁴.

A atribuição ao marido do poder de sujeição sobre a mulher, e conseqüente inferiorização feminina, a ponto de tornar juridicamente incapaz a esposa que até o minuto anterior às núpcias era plenamente capaz e perfeitamente inserida no mercado de trabalho, explica-se no contexto acima delineado da unidade formal da família, em sendo um valor em si, justificava o sacrifício individual da mulher, em favor da paz doméstica e da coesão formal da unidade familiar³⁵.

³¹ O matrimônio somente era permitido se ocorrido entre homem e mulher. Não existia outra possibilidade, pois do contrário estar-se-ia maculando o viés sagrado que o casamento possuía. Hoje, no entanto, tal restrição foi superada pelos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 realizados pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável entre parceiros do mesmo sexo. Os Ministros entenderam que o não reconhecimento da união entre companheiros do mesmo gênero afrontaria diretamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, dentre outros princípios resguardados pela Constituição Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> >. Acesso em: 10.10.2012.

³² Os integrantes do núcleo familiar possuíam essencialmente a função laborativa. Eram vistos como elementos de produção, cujo escopo voltava-se para o bem-estar da família, pois “o matrimônio revela muito mais uma união de bens que de pessoas”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do Direito Civil. Disponível em:* < <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf> >). Acesso em 10/11/2012.

³³ Todavia, alerta a professora, que “a flexibilização dos papéis, no interior da família, não significou a quebra total da definição de funções em virtude do gênero”. Ou seja, “[f]az-se necessário, como se evidencia, intentar um ordenamento jurídico respeitante da igualdade material, o qual trate desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. ps. 93, 95 e 130.).

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva acredita, inclusive que a igualdade na “condição jurídica da mulher é um dos mais ricos capítulos da história evolutiva do Direito. Foi onde se processou a maior transformação no Direito de Família”. (*Instituições de Direito Civil. Volume V: Direito de Família*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 15). No mesmo sentido: “A história da mulher no Direito é de um *não lugar*, uma história de ausência, já que ela sempre esteve subordinada ao pai ou ao marido, sem autonomia e marcada pelo regime de incapacidade ou capacidade jurídica.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2012. 2ª Edição. p. 164).

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro - São Paulo – Recife: Renovar. 2004. ps. 394-401. “Dito diversamente, altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal dos pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros”.

Com o contorno moderno, “reduzem-se as funções econômicas, políticas, religiosas e sociais da família e, paralelamente, emerge o respeito pela busca da realização individual dos seus integrantes, com especial atenção à sua subjetividade”³⁶. Portanto, os integrantes não estão mais submetidos ao poder do *pater familias*, já que não ficam restritos à segurança da família como um todo porque buscam a própria felicidade - conceito eudemonista.

Ademais, superou-se também a escolha pelo casamento e a pluralidade das entidades familiares³⁷ ganha garantia constitucional e o legislador deverá, mesmo que lentamente, adaptar-se à realidade e assegurar direitos isonômicos para todas as relações familiares na mesma proporção, independentemente da sua natureza constitutiva³⁸.

Uma opção livre pela união estável, por exemplo, não faz do companheiro merecedor de tutela jurídica inferior à dispensada aquele que opta por se casar. A suposição de que a expressão ‘facilitar a conversão da união estável em casamento’ traria uma prevalência jurídica do segundo em relação à primeira vem de uma leitura equivocada, pois facilitar não é impor nem estimular, mas, sim, oferecer instrumentos para o exercício da liberdade.³⁹

Portanto, supera-se⁴⁰ esse momento de desigual posição entre as entidades familiares, independentemente de seus fundamentos, não obstante as famílias

³⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. *Famílias: Afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos*. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo [Organizadores]. *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 266.

³⁷ Para todos: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. v. 3. n.12. Janeiro-Março 2002. p. 56. O professor afirma que “[o]s 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, 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.”

³⁸ O artigo 226, da Carta Magna reconhece ao longo de seus parágrafos três entidades familiares, quais sejam: a matrimonial, a união estável e a família monoparental. Portanto, a família possui outros fundamentos. Embora seja um avanço, somente o reconhecimento jurídico destas famílias é insuficiente porque não abarca completamente a realidade.

³⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ. 2011. ps. 333-334.

⁴⁰ Embora não seja unânime esse posicionamento, o desenvolvimento do presente trabalho é baseado no entendimento de que está ultrapassada a discussão sobre os direitos das famílias recompostas. Entende-se que tais entidades familiares necessitam de tratamento isonômico frente às demais.

“afins”⁴¹ (fundadas no afeto) ainda possuem seus efeitos jurídicos esquecidos, o que se evidenciará oportunamente.

Assim, tais transformações possibilitaram ao núcleo familiar contemporâneo ser essencialmente fundado na igualdade formal e material de seus integrantes, que buscam a sua realização pessoal, sempre preservando a dignidade da pessoa humana⁴² e a solidariedade familiar⁴³.

Família matrimonializada por contrato chegou à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação uma opção, um ato de liberdade. Da margem ao centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restando prioritariamente considerados⁴⁴.

Nesse contexto constitucional e repersonalizado surgem as relações familiares socioafetivas que devem ter a atenção dos operadores do direito porque atingem o mesmo patamar⁴⁵.

O vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura de respeito, de solidariedade, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia. Enquanto a família biológica navega na cavidade sangüínea, a família afetiva transcende os mares de sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção,

⁴¹ Tal denominação, proposta por Waldyr GRISARD FILHO, em razão da fama negativa que os termos “padrastos”, “madrastas” e “enteados” possuem. Ademais, existe enorme resistência em nomeá-los, já que podem ser intitulados de “marido da minha mãe”, “mulher do meu pai”, “filho da minha mulher” ou “filho do marido”, por exemplo. (*Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009.p. 87.).

⁴² Para todos: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37. O autor, ao falar sobre a dignidade da pessoa humana, afirma que ela “acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social”.

⁴³ “O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade, ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade.” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 63).

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 98.

⁴⁵ “Nesse sentido, passam-se a elencar hipóteses exemplificativas de entidade familiares, as quais não se encontram formalmente reconhecidas mas que, por comungarem das características centrais, devem produzir efeitos jurídicos, buscando-se um Direito de Família mais inclusivo e próximo da realidade social mutante”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “*Novas entidades familiares e seus efeitos jurídicos*. Disponível em: < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=70 >. Acesso em 10/07/2012).

(re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo⁴⁶.

Família “não é uma pessoa jurídica, nem pode ser concebida como um sujeito de direitos autônomos”, já que é “formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes”⁴⁷. Ela é, portanto, “fenômeno social, histórico ou político, e ingressa no mundo do Direito por certa ‘redescoberta’ dessas regras pelo legislador, pela jurisprudência e pela doutrina.”⁴⁸

Na família contemporânea, a igualdade entre os cônjuges e a proibição de designação discriminatória dos filhos, a paternidade socioafetiva, alcançam o interior das relações familiares, assumindo pais e filhos novos papéis⁴⁹.

O eudemonismo, seguindo tais ideias, para o professor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, é “liberdade positiva de autoconstituir-se nas relações familiares”, sendo caracterizado pelo “reconhecimento de que a função do Direito de Família pode ser pensada, ainda que não exclusivamente, como a de assegurar a liberdade para que as pessoas possam buscar sua felicidade coexistencial.”⁵⁰

Assim, chega-se ao conceito eudemonista de família, onde “se acentuam as relações de sentimentos entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas”⁵¹, afastando-se o ideal clássico de família que deixava em “segundo plano os interesses de seus membros”⁵², já que a sua preservação é o maior objetivo.

⁴⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p.13.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª Edição. 2002. p. 6, 179. Continua o autor, ao aduzir que a família é na “sua formação constitucionalmente relevante e na particular solidariedade que caracteriza as suas vicissitudes internas, inspiradas na igual dignidade moral e jurídica dos seus componentes e à unidade familiar, entendida como comunhão – ainda que não mais atual – dos sentimentos e de afeto, isto é, de vida e de história.”

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 69.

⁴⁹ FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002. p. 63.

⁵⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ. 2011. p. 328.

⁵¹ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família: direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1990. p. 11.

⁵² CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In *Repensando o direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 489.

CAPÍTULO 2 – OS NOVOS CONTORNOS DO ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE

2.1. A desigualdade como tonalidade marcante

A desigualdade entre os filhos tidos como “legítimos” ou “ilegítimos”⁵³ era cor marcante do sistema. Estes eram estigmatizados, já que não concebidos na constância do matrimônio, entre os seus pais, porque houve adultério, incesto ou, simplesmente, por não ser o casamento que fundava a relação entre os genitores.

O sistema clássico de estabelecimento de filiação vinha assentado na direção protetiva da instituição familiar matrimonializada e calcado, por isso, numa visão patriarcal e hierarquizada da família. O estabelecimento da filiação, seguindo essas diretivas, chancelava um conjunto de normas para dar abrigo jurídico à defesa superior da família, sacrificando outros valores que podiam parecer incongruentes com esse mister⁵⁴.

Todavia, como é de se pensar, as transformações ocorridas no campo das famílias incidiram íntima e inevitavelmente no estabelecimento da filiação e merecem os mais diversos destaques porque seu estudo é imensurável para o prosseguimento do trabalho. Com a superação do conceito clássico de família de modo geral, a filiação, antes pautada na desigualdade entre os filhos e nas presunções, tem seus fundamentos alterados, justamente pelos novos paradigmas que influem em todo o direito privado.

Em outras palavras, a moldura desenhada pelo antigo sistema, com fulcro em preceitos clássicos, sobretudo romanos, é superada. A roupagem possui novas cores.

⁵³ “Sempre em nome da paz doméstica, o Código Civil negava qualquer proteção ao filho adulterino que, amparado pelo legislador especial, com a promulgação da Lei nº 883/1949, teria, ainda assim, o seu reconhecimento condicionado à dissolução da sociedade conjugal ou, mais recentemente, nos termos da Lei nº 7250/1984, à hipótese de separação de fato por mais de cinco anos. Nota-se, também aqui, a supremacia do vínculo familiar legítimo sobre a pretensão de dignidade do filho (desgraçadamente) extraconjugal”. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro - São Paulo – Recife: Renovar. 2004. p. 402).

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 65.

2.2. A “nova” filiação: da exclusão à igualdade

Atualmente, a própria Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, roga pela igualdade entre todos os integrantes das instituições familiares e os filhos possuem tutela isonômica, suplantando-se a desigualdade enquanto tônica do modelo. Ou seja, todos os filhos são iguais independentemente de sua origem.

O mencionado dispositivo foi reproduzido, *ipsis litteris*, pelo Código Civil – artigo 1596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”.

Desta forma, adotou-se expressamente em nosso ordenamento a igualdade entre as filiações, entendimento que foi seguido, majoritariamente, pela jurisprudência e pela doutrina que rogam pela existência de igualdade entre os filhos, expandindo, inclusive, tal entendimento à filiação socioafetiva, para que alcance a mesma condição que as demais espécies de paternidade.

Esse posicionamento também encontra eco na jurisprudência:

No mais, os tribunais têm reconhecido igualdade entre os diversos tipos de filiação ou paternidade, assim, impõe-se a solução que vá ao encontro dos princípios constitucionais da pessoa, solidariedade humana e maior interesse na manutenção de vínculo da parentalidade sociológica. Até porque, *in casu*, encontram-se presentes elementos que configuram a posse de estado de filho, quais sejam: registro, nome e trato⁵⁵.

Assim, pugna-se pela unidade da filiação que exclui qualquer adjetivo, já que com “a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva, ou filiação adúlterina”⁵⁶.

2.3. Da paternidade jurídica à biológica

A paternidade jurídica ou presumida (fato imposto legalmente) foi a primeira forma valorizada pelo sistema clássico quanto à definição da paternidade, vez que assegurava a proteção necessária ao matrimônio (única entidade familiar

⁵⁵ TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70046304689. Relatora: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. J. 28/03/2012; DJe. 03/04/2012. p. 3.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 216.

reconhecida), bem como garantia a preservação da família, vista como uma ordem econômica. Todavia, com a crescente complexidade casuística, evidenciou-se a insuficiência deste instituto, que encontrou dificuldades em encontrar uma resposta satisfatória aos casos concretos.

Vê-se, pois, que acima da verdade biológica o sistema jurídico brasileiro fez prevalecer a verdade jurídica. Com tal consagração legislativa, a paternidade legalmente esculpida distancia-se da sua base ou origem biológica para atender interesses da própria família codificada, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica.⁵⁷

Assim, em um primeiro momento a verdade biológica não possuía papel destacado no sistema, o que paulatinamente foi alterado com o contexto, sendo que ela foi adquirindo espaço proporcionalmente aos avanços científicos, principalmente no contexto da “descoberta do exame em DNA (ácido desoxirribonucleico), o único a proporcionar resultado cientificamente comprovado de *probabilidade de paternidade* de até 99,9999% e *exclusão de paternidade* de 100%.”⁵⁸ Conclui-se que “o estabelecimento da paternidade hodiernamente constitui-se um direito do pai e do filho, e não mais uma presunção”.⁵⁹

No entanto, a paternidade genética revela-se insuficiente em razão do reconhecimento de que ela é instituto histórico-social e que não se restringe aos dados sanguíneos, mas, ao revés, é solidificada diariamente por laços afetivos oriundos da solidariedade e da convivência familiar, segundo Maria Christina de Almeida⁶⁰.

Em outras palavras, a filiação não é um dado ou um determinismo biológico, ainda que seja da natureza do homem o ato de procriar. Em geral, a filiação e a paternidade sociais ou afetivas derivam de uma ligação genética, mas esta não é suficiente para a formação e afirmação do vínculo; é preciso muito mais. É necessário construir o elo, cultural e afetivo, de forma

⁵⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. *Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002. ps. 451-452.

⁵⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. *Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002. ps. 453.

⁵⁹ ALMEIDA, Maria Christina de. *Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002. p. 455.

⁶⁰ ALMEIDA, Maria Christina de. *Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002. p. 456.

permanente, convivendo e tornando-se, cada qual, responsável pelo cultivo dos sentimentos, dia após dia ⁶¹.

Concluindo, segundo Luiz Edson Fachin, “a verdade do coração que foi eclipsada pela célere tecnologia de muitas pontas e pouca humanidade” é agora o objetivo do sistema porque o “afeto quer a declaração de ser infinito e não apêndice de varanda discursiva ou rodapé de página computadorizada”, pois ele “pede passagem e reivindica sua irretorquível dignidade” ⁶² e assim deve ser atendida pelos operadores do direito.

2.4. Posse de estado de filho e o fim das presunções

Outra tonalidade forte do sistema clássico de filiação, a presunção *pater is est*⁶³ deixa de ter caráter absoluto⁶⁴. Contudo, a presunção não está presente somente no ordenamento pátrio. Nesse sentido, constatou-se a insuficiência do instituto em outros conjuntos normativos, tal como ocorreu na França, por exemplo, conforme afirma o professor Luiz Edson Fachin⁶⁵.

⁶¹ ALMEIDA, Maria Christina de. *Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002. p. 459.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. *Palavras menores abandonadas*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson. 2006. p. 558.

⁶³ “O funcionamento da presunção *pater is est* é congruente com esse sistema. Por isso mesmo, na visão protetiva da família matrimonializada, defere-se legitimidade exclusiva ao marido para ‘contestar’ a paternidade do filho tido pela mulher com a qual contraiu núpcias. A ‘ação de contestação’ (na antiga formulação do Código Civil) compete privativamente ao marido da mãe (art. 344); uma vez iniciada, passa aos herdeiros (art. 345). Mas ninguém poderá propô-la se o marido falecer sem a haver ajuizado, presumindo-se que nesse caso tenha aceitado o filho como seu. Nem o adultério da mulher (art. 343) nem a confissão materna (art. 346) bastam para afastar a presunção”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992. p. 14.).

⁶⁴ “Com efeito, não era razoável nem eqüitativo manter a paternidade do marido da mãe quando todas as circunstâncias indicavam ser um terceiro o pai verdadeiro. Assim, se passava nos casos em que a mãe, separada de fato do marido, vivia de modo estável com terceiro, deste vindo a ter filho. Se o marido da mãe não contestasse a paternidade do filho tido com terceiro pela mulher casada, mas separada de fato, não era possível declarar a verdadeira paternidade da criança, mantendo-se, assim, pelos efeitos da presunção *pater is est*, a paternidade do marido, mesmo indisfarçavelmente improvável. Impedia-se à criança de ver declarada sua verdadeira paternidade”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992. p. 120).

⁶⁵ Em estudo levado a fundo na França, Bélgica, Suíça e Portugal, o professor FACHIN, Luiz Edson evidencia que a superação do conceito clássico, já explanado, de família nesses países somente foi superado nas décadas de 70 e 80 do século pretérito, através de intensas transformações. Quanto ao estabelecimento da filiação, as modificações belgas merecem destaque porque acabou com a hierarquia entre as filiações, na mesma direção dos países mencionados, mas “conjugou a verdade biológica com a verdade do coração, extraída da realidade psicológica e afetiva que dever cercar o

Hoje, a busca pela paternidade e pela sua ascendência genética, como forma de preservação da dignidade da pessoa humana ⁶⁶, ganha força, em detrimento da segurança da família, enquanto instituto por que “(p)ai, com todas as dimensões culturais, afetivas e jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico; é mais que este” ⁶⁷.

A presunção, tida como instituto de preservação da segurança familiar, perde força justamente porque tem a finalidade de presumir relação que não pode ser composta exclusivamente por vínculos biológicos porque o “pai pode não ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança; também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade” ⁶⁸. Nesse sentido, verificou-se que a presunção não dá conta de resolver todos os casos concretos, em flagrante contradição com o nascimento do ideal da busca pela “verdade da paternidade” ⁶⁹.

A propósito:

Por isso, não se pode falar em presunção de paternidade na constância do casamento e da união estável, visto que habitam no ordenamento jurídico tão-somente a filiação biológica e afetiva, em vista do naufrágio da filiação jurídica, mera ficção da paternidade. O nascimento dos filhos na constância do matrimônio ou da união estável é tão-somente um indicativo, e não uma prova absoluta da paternidade e da maternidade ⁷⁰.

Diferentemente do que ocorreu nos países europeus⁷¹, ainda no século passado, a legislação ordinária pátria não refletiu, no campo da filiação, os dizeres

estabelecimento da filiação”, sendo que “posse de estado assume especial papel nesse contexto, revelando a importância da verdade sócio-afetiva”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992. ps. 94/97).

⁶⁶ “O conhecimento da origem biológica requer mais do sistema jurídico, e é assim que se prima por um descender, com dignidade, possibilitando ao filho o livre acesso aos dados de sua progenitura paterna”. (ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2003. p. 191.

⁶⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 30.

⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992. p. 23.

⁶⁹ Para todos: ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. ps. 152-164. A jurisprudência, por sua vez, afirma que “predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meio adequados ao investigador para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente”. (STJ. 3ª Turma. REsp. 1003628/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 14/10/2008; DJe. 10/12/2008).

⁷⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 105.

⁷¹ Ao falar sobre a Lei nº. 72/1972 que alterou profundamente o direito de filiação francês, Fachin menciona três, dentre outras, transformações que merecem negrito, são elas: a) a norma da reforma abarcou tanto a verdade biológica quanto a verdade afim; b) a presunção *pater is est* perdeu intensidade, com a livre liberação de provas para se contestar a paternidade e; c) “o conflito entre a

constitucionais, embora a jurisprudência e a doutrina caminhem em sentido contrário ao do legislador, como se verá adiante.

O escopo da existência da presunção cede ao contexto em que somente o dado biológico “não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas”⁷². Embora relevante, a ciência nada acrescenta para o campo do estabelecimento da filiação, pois “a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos.”⁷³

A propósito:

A partir daí, a biologização da paternidade começa a ser repensada, diante da constatação histórico-social de que a paternidade não se esgota na visão reducionista do mero ato de geração, mas é construída pelos laços afetivos e de solidariedade e pela influência do ambiente familiar, realidade esta que os testes científicos não podem alcançar.

A vinculação socioafetiva entre pai e filho prescinde da paternidade biológica. Neste sentido, o pai é muito mais importante como função do que, propriamente, como genitor.⁷⁴

Assim, a filiação afim é tão importante quanto à biológica e ambas devem ter tratamento isonômico. Outrossim, constatou-se que a presença desta por si só é insuficiente, embora seja importantíssima, para o pleno desenvolvimento das pessoas enquanto titulares de direitos subjetivos plenos. Devem subsistir concomitantemente.

A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, especialmente quando esta já tiver sido constituída na convivência duradoura com pais socioafetivos (posse de estado) ou quando derivar de adoção⁷⁵.

paternidade legítima já estabelecida e a filiação natural resolve-se em favor desta, com a utilização do conceito de posse de estado de filho”. Abre-se “um espaço destacado à verdade sociológica, tomando-se em especial consideração o comportamento dos pais, o que aparece sob a noção de posse de estado, cujo papel realmente foi realçado pela lei”. (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992. ps. 75-78).

⁷² LÔBO, Paulo. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 247.

⁷³ LÔBO, Paulo. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.p. 247.

⁷⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 169.

⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 30.

O companheirismo, o convívio, o amor e o carinho decorrentes do afeto são essenciais. Nesse sentido, ao comparar a descendência genética e a filiação afim, Luiz Edson Fachin afirma que “[a] primeira é traçada por uma informação obrigatória, cuja certeza (determinada ou determinável) pode demonstrar algo mais do que simples liame biológico”, ao passo que “a segunda é fruto de um querer: ser pai, desejo que se põe na via do querer ser filho; desse desejo ela nasce e frutifica o que nenhum gene dispensa, mas que por si só pode não explicar. **Se andam juntas, completam-se. Se dissociadas, podem se contrapor**”⁷⁶.

Este, no entanto, não é posicionamento encontrado exclusivamente na doutrina, sublinha-se jurisprudência seguindo essa corrente:

Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço a biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a ‘**posse do estado de filho**’, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública.⁷⁷

Como alinhavado, os novos paradigmas do direito geraram mudanças qualitativas no estabelecimento da filiação, pois a presunção *pater is est* é abrandada, ao passo que a filiação afim ganha força, com base em seu elemento caracterizador, qual seja a posse de estado de filho, com o que elimina a desigualdade⁷⁸ que operava no sistema, vez que “[f]ilhos são todos, iguais e por inteiro.”⁷⁹

⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 59. Destacou-se. No mesmo sentido: “Em determinados casos, a verdade biológica deve dar lugar à verdade do coração; na construção de uma nova família, deve-se procurar equilibrar estas duas vertentes: a relação biológica e a relação socioafetiva.” (FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002. p. 63.)

⁷⁷ TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70008795775. Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. J. 23/06/2004. Grifos conforme o original.

⁷⁸ “O direito excluía os filhos dito ilegítimos; era um corte entre a lei dos homens e a lei da natureza.” (FACHIN, Luiz Edson. *A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 132).

⁷⁹ FACHIN, Luiz Edson. *A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 131.

O afeto, como exposto, vem adquirindo corpo jurídico, pois os estudiosos do direito⁸⁰, atentos, produzem, e cada vez mais, para o reconhecimento e a consequente concretização da dignidade da pessoa humana.

Nas hipóteses em que não há laços biológicos ou jurídicos o “parentesco é de criação” e exige a “posse de estado de filho”⁸¹ que possui no *nomen, tractatus e fama* seus elementos caracterizadores⁸². Portanto, o instituto é essencial para demonstrar concretamente a existência do parentesco socioafetivo entre pessoas, que não possuem seus laços definidos e regulados expressamente pelo sistema normativo, porque inexistente o vínculo genético ou jurídico, nada obstante o fato de que a “verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético.”⁸³

O paradigma do atual direito brasileiro é a paternidade de natureza socioafetiva, hipercomplexa e inclusiva, que pode ter origem biológica ou não biológica. A partir desse paradigma é que se deve pesquisar a verdade real, que pode ser diferente da que a origem genética indica (adoção, inseminação artificial heteróloga e posse de estado de filiação).⁸⁴

Seu estudo é importante para o presente trabalho porque “a tutela jurídica da posse de estado de filiação abriga os chamados filhos de criação, enquadráveis na filiação socioafetiva”⁸⁵, evidenciando a ligação com o tema proposto.

Dito de outra forma: a posse de estado de filho é a forma comprobatória, ao lado da certidão de nascimento⁸⁶, de se demonstrar a relação paterno-filial. Todavia,

⁸⁰ Como dito anteriormente, o direito, aqui, deve ser restrito à doutrina e à jurisprudência, diante da inexpressividade das normas.

⁸¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense. 4ª Edição. 2011. p. 471.

⁸² FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. ps. 69-70. O professor ao falar sobre o tema afirma, contudo, que “nem a doutrina nem o legislador se arriscam em dar um rol completo ou definição acabada dos fatos aptos a constitui-la”, pois, embora clássica e muito utilizada a “tríade” não é suficiente para englobar todas as situações fáticas. Nesse sentido, a professor MATOS afirma que: “a leitura mais contemporânea indica a não necessidade do cumprimento exato dos três elementos, pois outros fatos poderão complementar o efetivo sentido – sendo os elementos mencionados símbolos importantes, porém não determinantes da sua configuração”. (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. Disponível em: < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=70 >. Acesso em 10/07/2012.)

⁸³ CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In *Repensando o direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 505.

⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº. 301/STJ*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson. 2006. p. 802.

⁸⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 237.

⁸⁶ “Em outras palavras, a prova da filiação dá-se pela certidão de registro do nascimento ou pela situação de fato. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o direito considera satisfatória.” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. ps. 236-237).

a comprovação, no caso da posse de estado de filho, na verdade, trata-se de um parâmetro:

A posse de estado de filho é um importante referencial, contudo, não se pode ter a exigência enclausurada da sua configuração sob pena de mais uma vez se operar exclusões. (...) Pugna-se para o reconhecimento da concepção de filiação socioafetiva que tenha na posse de estado de filho um parâmetro e não a veja sob o prisma dos requisitos absolutamente necessários para sua configuração.⁸⁷

Outrossim, sua função primordial é refletir juridicamente o que é na vida⁸⁸, visto que encontrada na convivência diária, no cotidiano, nos quais se verificam os direitos e deveres normais das relações entre pais e filhos, permeados pelo afeto.

A socioafetividade agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho. Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transeficácia para o mundo do direito, que o atraiu como categoria própria. Essa migração foi possível porque o direito de família brasileiro mudou substancialmente.⁸⁹

A posse de estado de filho tem o escopo precípua de evidenciar a presença do parentesco socioafetivo, trazê-lo dos costumes para o direito, afastando-se a crença de que a paternidade é definida por laços exclusivamente biológicos/genéticos, vez que ela “pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse de estado de filho”⁹⁰. “Portanto é através dos elementos clássicos: nome, tratado e fama acrescidos de certa duração capaz de revelar estabilidade, que a *'posse de estado de filho'* se caracteriza, revelando, assim, a face sócio-afetiva da

⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson e MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil contemporâneo II: Anais do projeto Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 271.

⁸⁸ “Apresentando-se no universo dos fatos, à posse de estado de filho liga-se a finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade”. (FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 70). Tal afirmação vai de encontro com o tema proposto porque, como se verá a seguir, aproximação da realidade com a norma jurídica, vez que o legislador se omitiu nesse ponto.

⁸⁹ *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 13.

⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 36.

filiação.”⁹¹ Além desta função, verifica-se que o instituto serviu para mitigar as presunções que possuem o escopo de determinar a paternidade.

⁹¹ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora. 2001. p.118.

PARTE II – O AFETO E ALGUNS DE SEUS EFEITOS JURÍDICOS

CAPÍTULO 1 – AFETO E SEU ACOLHIMENTO PELO DIREITO

1.1. O surgimento do afeto como figura jurídica

Baseado no direito comparado, o professor Luiz Edson Fachin trouxe, entre outros, os primeiros estudos específicos acerca da relevância do afeto para as entidades familiares, sobretudo as não fundadas no casamento, e para o estudo das filiações. Em sua tese de doutorado⁹², datada de 1992, o professor a partir da posse de estado de filho, apresentou o tema, aprofundando-o, em 1996, em nova obra magistral⁹³.

Desse momento em diante, eclodiram-se os estudos sobre o tema, com especial menção aos do professor Paulo Luiz Netto Lôbo⁹⁴ que em diversas publicações e obras defendeu o afeto como princípio jurídico. Nesse contexto, vale também destacar os trabalhos levados a efeito pela professora Silvana Carbonera⁹⁵ que certamente incrementaram os debates sobre o tema.

Embora tenha ocorrido a difusão doutrinária, cuja vanguarda foi referida, o reconhecimento do parentesco socioafetivo foi pouco abordado em leis e em jurisprudência, sendo encontrado implicitamente no artigo 1593⁹⁶, do Código Civil, o que possibilitou a intensificação dos debates sobre o tema⁹⁷.

⁹² Tese que merecidamente foi transformada em obra jurídica: FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1992.

⁹³ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

⁹⁴ Destaque para *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

⁹⁵ Especialmente: *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In *Repensando o direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. ps. 485-511.

⁹⁶ “A doutrina e a jurisprudência atuais entendem que o parentesco ‘natural’, resultante da consanguinidade, é o parentesco biológico ou genético, e o ‘civil’, resultante de ‘outra origem’, é o socioafetivo, compreendendo a adoção e a filiação oriunda das técnicas de reprodução assistida heterólogas, vale dizer, naquelas em que haja participação de doador de material fecundante estranho ao casal.” (BARBOZA, Heloísa Helena. *Efeitos jurídicos do Parentesco Socioafetivo*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano XI – Nº. 9. Abril-Maio 2009. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 31). Paulo Luiz Netto Lôbo, no mesmo sentido, afirma que a “norma ao contrário do persistente equívoco da jurisprudência, inclusive do STJ, é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade”.

In verbis: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

Constatou-se, então, que não “é mais possível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do artigo 1.593 do CC.”⁹⁸

Essa regra impede que o Poder Judiciário apenas considere como verdade real a biológica. Assim, os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consangüíneos ou de outra origem, têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade.⁹⁹

Portanto, o surgimento desta figura jurídica se fortificou na interpretação implícita do mencionado artigo, advinda da correlação do instituto com os preceitos constitucionais, que garantem ao afeto a sua ratificação.

Confirmando o exposto, a sempre precisa lição do professor Luiz Edson Fachin:

A socioafetividade é fonte de parentesco, como admite a parte final do art. 1.593 do novo Código Civil brasileiro, ao tratar das origens das relações parentais, gerando efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais. Não se trata mais tão-só da superação da base biológica da filiação, da paternidade e da maternidade, na qual alcançou-se o equilíbrio entre ‘verdade de sangue’ e a ‘verdade do coração’; trata-se, agora, da função promocional ou constitutividade do afeto¹⁰⁰.

(Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 12)

⁹⁷ A seara jurídica começou tardiamente a análise do instituto em relação a outras ciências que estudam a família. Nesse sentido afirma LÔBO: “Na tradição do direito de família brasileiro, o conflito entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Em verdade, apenas recentemente a segunda passou a ser cogitada pelos juristas como categoria própria, merecedora de construção adequada. Em outras áreas do conhecimento, que têm a família como objeto de investigação, a exemplo da sociologia, da psicanálise, da antropologia, a relação entre pais e filhos fundada na afetividade sempre foi determinante para sua identificação.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. ps. 505-506.*).

⁹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família. São Paulo: Saraiva. 2012. 2ª Edição. p. 217.*

⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 12.*

¹⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar. 2008. p. 274.*

Nessa conjuntura, o instituto depende da leitura doutrinária e jurisprudencial do termo “outra origem”, sendo desnecessária a positivação ou a afirmação no caso concreto, através de prolação de sentença, dos vínculos afetivos para que eles comecem a ser reconhecidos juridicamente.

Este, todavia, não é o posicionamento de Heloísa Helena Barboza:

Para que produza efeitos jurídicos, a socioafetividade deve ser reconhecida por sentença, uma vez feita a prova do afeto, sem dúvida de natureza subjetiva, e, necessariamente, dos efeitos sociais daí decorrentes, passíveis de aferição objetiva.¹⁰¹

Portanto, para a professora carioca o “reconhecimento por sentença é condição para sua eficácia jurídica”¹⁰². Contudo, a decisão que aprovar a existência do afeto somente aumentará sua eficácia. A ausência de sentença não pode obstar a existência de efeitos jurídicos gerados pelo afeto, o que afronta os princípios constitucionais elencados outrora, já que faticamente eles existem. Em outros termos, a ausência de sentença que declare a existência do parentesco socioafetivo não pode ser obstáculo para que a nova figura gere efeitos jurídicos.

Quanto à necessidade de positivação, existe opinião que afirma que a pouca atuação do legislador pode ser positiva, diante da força expressiva da afetividade. É o que afirma Paulo Luiz Netto Lôbo:

A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador. A afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares. Para muitos, quanto menor a intervenção, tanto melhor, como se dá com a união estável, cuja regulamentação distanciou-se de sua natureza livre.¹⁰³

Diante do exposto, a hermenêutica correlacionada da Carta Magna, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente é suficiente para garantir que os mesmos direitos e deveres sejam estendidos à família fundada no parentesco socioafetivo, sobretudo nas hipóteses em que há relação paterno-filial.

¹⁰¹ BARBOZA, Heloísa Helena. *Efeitos jurídicos do Parentesco Socioafetivo*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano XI – Nº. 9. Abril-Maio 2009. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 33.

¹⁰² BARBOZA, Heloísa Helena. *Efeitos jurídicos do Parentesco Socioafetivo*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano XI – Nº. 9. Abril-Maio 2009. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 32.

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental* In *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 12.

Embora pareça em um primeiro momento que tais interpretações não sejam aptas para abarcar todas as situações fáticas, ou que estas concretamente tragam insegurança jurídica, basear-se na hermenêutica civil-constitucional traz, sem dúvida, a ligação dos casos concretos aos preceitos garantidos em sede Constitucional, momento ápice da garantia jurídica.

Assim, depender da positivação dos direitos decorrentes do afeto não gera o suporte jurídico necessário para que o instituto possa refletir juridicamente o que é no cotidiano, colocando-o em condição dependente do legislador – o que não é benéfico.

Chega-se à conclusão que se torna inconcebível que a ausência de aspectos legais, entendidos como a existência de normas ou de reconhecimentos no caso concreto (sentença), seja insuficiente para desatar nós que foram trançados voluntariamente, visto que as “pessoas se unem ou separam em razão do afeto.”¹⁰⁴

1.2. Status de princípio jurídico

Em outra esteira, diante do conjunto axiológico apresentado, torna-se inegável que o afeto atingiu o “*status*”¹⁰⁵ de princípio jurídico¹⁰⁶, decorrente, por sua vez, do princípio da solidariedade¹⁰⁷. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que o afeto tem íntima relação com o princípio da dignidade¹⁰⁸ da pessoa

¹⁰⁴ CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In *Repensando o direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 485.

¹⁰⁵ CALDERON, Ricardo Lucas. *Famílias: Afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos*. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo [Organizadores]. *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2011. ps. 274-278.

¹⁰⁶ “Uma das mais relevantes consequências do princípio da afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2012. 2ª Edição. ps. 191-192).

¹⁰⁷ “O grande legado deixado pela solidariedade no direito de família é o princípio da afetividade que, nesse ramo do direito, seguirá a viagem iniciada pela solidariedade e atravessará transversalmente todos os seus institutos.” (CALDERON, Ricardo Lucas. *Famílias: Afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos*. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo [Organizadores]. *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 274.). Na mesma linha, Orlando GOMES aduz que a posse de estado de filho gera uma presunção *juris tantum* para sua caracterização. (GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense. 12ª Edição. 2000. p. 325.)

¹⁰⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha afirma que a dignidade na verdade “é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade.” (*Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2012. 2ª Edição. p. 114). Este também é o

humana, da solidariedade familiar e o da igualdade entre as entidades familiares e entre seus integrantes.

Paulo Luiz Netto Lôbo, afirma que, no entanto, sua incidência não se restringe a eles:

Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente da sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227); e) reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar (art. 226, 3º).¹⁰⁹

O afeto, “em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal”, pois, com o transcorrer do tempo, “cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências”, afirma Caio Mário da Silva Pereira¹¹⁰.

O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.¹¹¹

Todavia, a fim de dar o reconhecimento necessário ao afeto, presente nos lares brasileiros, o projeto do Estatuto das Famílias¹¹² alça a afetividade expressamente ao patamar de princípio jurídico, sintetizando todo o panorama favorável ao instituto criado pela doutrina e confirmado pela jurisprudência enquanto princípio. Assim, a “afetividade é o princípio que peculiariza, no âmbito da família, o

entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 250.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 73.

¹¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume V: Direito de Família*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 58.

¹¹¹ STJ. 4ª Turma. Resp. 945.283/RN. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. J. 15/09/2009; DJe. 28/09/2009.

¹¹² Projeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, de nº. 2285/2007, cuja Relatoria é do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/MG) que ainda tramita no Congresso Nacional. Alguns artigos serão elencados oportunamente.

princípio da solidariedade”, com o que impõe “dever e obrigação aos membros da família”¹¹³.

1.3. A incidência do afeto nas relações paterno-filiais: hipóteses correntes no cenário nacional

Assentado tal ponto referente ao surgimento do afeto e suas características, passa-se ao estudo de quatro hipóteses correntes, situações em que é encontrado como fundamento do núcleo familiar: reprodução humana assistida heteróloga, adoção judicial, adoção à brasileira e adoção de fato¹¹⁴. Esta última em especial evidência.

1.3.1. Reprodução humana assistida heteróloga

Chama-se heteróloga porque o espermatozoide e/ou o óvulo advém de terceiro estranho ao casal. Normalmente, ocorre em quatro ocasiões: i) quando o homem é infértil; ii) quando a mulher é infértil, iii) quando ambos são inférteis e iv) quando há incompatibilidade sanguínea do fator Rh.

É importante ressaltar a terceira hipótese porque o parentesco é exclusivamente afetivo, já que inexistem laços de sangue entre a criança e ambos os pais. Nas demais ocasiões a ligação biológica ocorre em relação ao homem ou à mulher, conforme o caso, sendo a filiação unilateralmente afetiva.

Sobre a hipótese, o Enunciado 256 do CEJ já disse:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº. 301/STJ*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson. 2006. p. 798.

¹¹⁴ “O paradigma do atual direito brasileiro é a paternidade de natureza socioafetiva, hipercomplexa e inclusiva, que pode ter origem biológica ou não biológica. A partir desse paradigma é que se deve pesquisar a verdade real, que pode ser diferente da que a origem indica (adoção, inseminação artificial heteróloga e posse de estado de filiação).” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental* In *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 17)

de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

A título de curiosidade, para a ocorrência da reprodução humana assistida heteróloga é necessário o consentimento¹¹⁵ do marido, o que gera a irrevogabilidade da relação paterno-filial daí resultante, fazendo surgir, assim, uma filiação inatacável, diante da voluntariedade que rege a relação.

Nesse sentido:

O consentimento é irrevogável e jamais a paternidade pode ser impugnada pelo marido, não podendo este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé, pois o *venire contra factum proprium* é repellido por nosso sistema jurídico¹¹⁶.

Todavia, o reconhecimento do filho, resultante da reprodução assistida, é lavrado no assento de nascimento¹¹⁷, o que faz com que esta filiação fuja do tema proposto neste estudo, haja vista os filhos nesse caso serem registrados por aqueles que planejaram a inseminação, o que assegura seus direitos, pois não esquecidos pelo legislador, conforme artigo 1603¹¹⁸, do Código Civil¹¹⁹.

1.3.2. Adoção judicial

A adoção judicial¹²⁰, disposta essencialmente na Lei nº. 12010/2009, intitulada Lei Nacional de Adoção, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é a

¹¹⁵ Artigo, 1597, inciso V, do Código Civil: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

¹¹⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. ps. 224-225.

¹¹⁷ “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no registro civil, determina o art. 1603 do Código Civil. O registro pode conter a filiação biológica ou a filiação não biológica. Não se exige que o declarante faça qualquer prova biológica; basta sua declaração. A declaração, como qualquer outra, poderá estar viciada por erro ou por falsidade. Mas não haverá erro ou falsidade da declaração para registro de filiação oriundo de posse de estado, consolidado na convivência familiar.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº. 301/STJ*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson. 2006. p. 802).

¹¹⁸ “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”

¹¹⁹ “O estado de filiação é presumido em relação ao pai jurídico (registrado).” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental* In *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 12).

¹²⁰ “A filiação adotiva, por definição, não repousa, ao contrário, em qualquer dado da natureza biológica. Repousa, isso sim, sobre dado psicológico e social.” OLIVEIRA DE, José Lamartine Corrêa;

hipótese em que o adotado se liga ao adotante incondicionalmente, como se filho fosse, desvinculando-se da família biológica para quaisquer efeitos jurídicos¹²¹.

Cria-se, então, uma oportunidade de colheita do afeto para o adotado, que “se faz sentir com força, uma vez que o estabelecimento dessa relação familiar é feito de forma voluntária”¹²², cuja manutenção é realizada pela reciprocidade na “troca de amor e cumplicidade por parte dos pais adotantes, que compartilham seus lares e vidas com os filhos nascidos do coração.”¹²³

De outra banda, o artigo 227, §6º, da Carta Magna¹²⁴ afirma expressamente que os filhos havidos por adoção possuem os mesmos direitos que os demais, garantindo proteção incondicional à igualdade entre todos, fazendo com que sua importância para o presente trabalho seja mínima, apenas a título de menção.

De igual modo, tal hipótese excede os limites aqui desenhados, porque há reconhecimento expresso quanto às suas possibilidades de ocorrência, tanto pelo mencionado artigo constitucional quanto pelo referido artigo 1603, do Código Civil.

1.3.3. Adoção à brasileira

A adoção à brasileira, por sua vez, é a ocasião em que, mesmo sabedor da ausência de laços biológicos, reconheço, como meu, filho de terceiro. Ou seja, sei que a criança não é minha descendente, mas, não obstante, opera-se a perfilhação voluntária.

Vale mencionar que tal medida é reprovável pelo sistema, vez que se trata de infração penal. O Código Penal, em seu artigo 242, trata do assunto:

MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família (Direito Matrimonial)*. Porto Alegre: Fabris. 1990. p. 38.

¹²¹ Salvo para impedimentos matrimoniais, o que necessita de demanda judicial específica para tanto, conforme artigo 41, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹²² CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In *Repensando o direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 506.

¹²³ FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. *A filiação adotiva na família contemporânea brasileira e a construção da afetividade*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2007. p.222.

¹²⁴ “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”. Grifou-se.

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:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Sobre tal figura, o Superior Tribunal de Justiça entende que a perfilhação nos casos de adoção à brasileira é irrevogável, quando inexistente o vício de consentimento¹²⁵ – hipótese em sei que os laços paternos não existem, todavia há reconhecimento registral de filho de outro.

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. **A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito.** Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se podem impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. **A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.** Recurso conhecido e provido. (STJ. 3ª Turma. REsp. 878.941/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 21/08/2007; Dje. 17/09/2007). Sem destaques no original.¹²⁶

¹²⁵ O vício de consentimento é essencial para a negação da paternidade reconhecida voluntariamente, segundo Superior Tribunal de Justiça que tem assentando tal entendimento. Nesse sentido, colaciona-se ação negatória de paternidade que foi extinta, sem resolução do mérito, por carência da ação, pelo juízo *a quo* e pelo *ad quem* porque não houve comprovação do vício de consentimento quando do momento da perfilhação. Aviado, então, Recurso Especial, este não lhe trouxe melhor sorte no Tribunal Superior, que decidiu por manter as decisões das instâncias inferiores. Ressalte-se que tal posicionamento se deu porque a presença do parentesco afim está suficientemente demonstrada. (STJ. 3ª Turma. REsp. 1.067.438/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 03/03/2009; DJe. 20/05/2009. Do acórdão negrita-se o seguinte trecho: “Devem, pois, os laços afetivos entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado.” (p. 7).

¹²⁶ Neste mesmo sentido: TJ-PR. Apelação Cível nº. 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família, DJ 04.02.2002, Relator Accácio Cambi.

A Corte Superior aplica a prevalência da filiação socioafetiva nesses casos, salvo se efetivamente comprovado o vício de consentimento na época do reconhecimento.

Nesta linha de raciocínio é inviável deixar de reconhecer que a adoção, ainda que à moda brasileira, gera para o registrado a posse do estado de filho. É dizer, em outras palavras, que, a despeito de não corresponder à verdade real, a posse do estado de filho, gera uma aparência de modo a fazer com que todos manifestem a crença em uma realidade que, na verdade, não existe, mas nem por isso merece ficar à margem da tutela jurídica, notadamente diante do fato de que se formam laços afetivos entre o registrando e o registrado, vínculos estes que muitas vezes são até mais fortes do que os sanguíneos. Após formado o liame sócio-afetivo, não poderá o pai-adoptante desconstruir a posse de estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade sócio-afetiva.¹²⁷

Por fim, seguindo tal linha, o Enunciado 339 do CEJ diz que “[a] paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. Portanto, em tais hipóteses foi assentado, majoritariamente, que o justo título somado à posse de estado de filho torna a filiação inatacável, em favor do melhor interesse do filho.

As relações de consangüinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e de convivência familiar, constituintes do estado de filiação, que deve prevalecer quando houver conflito com o dado biológico, salvo se o princípio do melhor interesse da criança ou o princípio da dignidade da pessoa humana indicarem outra orientação.¹²⁸

No entanto, como dito, o registro da criança como se filho fosse, novamente, garante a tutela dos filhos adotados à brasileira, para os diversos fins, extrapolando também, o objeto da pesquisa.

¹²⁷ STJ. 3ª Turma. REsp 1088157/PB. Relator: Ministro Massami Uyeda. J. 23/06/2009; DJe. 04/08/09. ps. 5-6. No mesmo sentido: TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70020316832. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. J. 26/09/2007; TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70016287252. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, J. 28/02/2007.

¹²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A repersonalização das relações de família*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: SÍNTESE. IBDFAM. v.6. n. 24. Abril – Junho. 2004. p. 153.

1.3.4. A paternidade socioafetiva na adoção de fato

Inicialmente, vale destacar que o termo foi utilizado pelo professor Luiz Edson Fachin porque denota dois aspectos importantes desta relação paterno-filial. Primeiro porque comprova que há uma espécie de adoção, pois sei que o filho não é meu, no entanto, aceito o cargo de zelar por ele. Segundo porque a situação é desprovida de forma expressa já que decorre simplesmente dos fatos atinentes à vida. Pois, “aquele que toma o lugar dos pais, pratica, por assim dizer, uma ‘adoção de fato’. O ‘pai jurídico’ tem o seu lugar ocupado pelo ‘pai de fato.’”¹²⁹

Paulo Luiz Netto Lôbo, por sua vez, não diferencia a adoção de fato da à brasileira: “mesmo a adoção de fato, denominada ‘adoção à brasileira’, fundada no ‘crime nobre’ da falsificação do registro de nascimento é um fato social amplamente aprovado, por suas razões solidárias (salvo quando oriundo de parto), convertendo-se em estado de filiação indiscutível após a convivência familiar duradoura (posse de estado de filho)”¹³⁰.

Carmem Lucia Silveira Ramos, embora utilize ao longo de sua brilhante tese o termo “família sem casamento”, destaca o termo “família de fato” que é fundada nos “relacionamentos interpessoais de natureza familiar, entre casais não unidos pelo matrimônio”¹³¹, evidenciando a faticidade que rege tais relações familiares.

A adoção de fato, portanto, é a hipótese em que se opta por cuidar de filho de terceiros, mas, sem registrá-lo porque um dos genitores deste é companheiro(a). Ou seja, é a hipótese em que existe o cuidado da criança pelo novo parceiro(a) do pai ou da mãe.

Tal filiação está constantemente presente nas famílias recompostas, que são definidas pela professora Ana Carla Harmatiuk Matos como “aquelas em que figuram padrastos, madrastas e enteados, os quais fundam na vivência sua relação, independentemente dos laços de sangue. Por exemplo, a criança criada por vários anos pelo novo marido da mãe, que não é seu pai biológico.”¹³²

A remissão à posse de estado de filho é inevitável porque é ela que comprova o nascimento desta relação paterno-filial, visto a inexistência de laços

¹²⁹ *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 124.

¹³⁰ *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 27.

¹³¹ *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 34.

¹³² (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. Disponível em: < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=70 >. Acesso em 10/07/2012.)

sanguíneos ou jurídicos. O que une pai e filho aqui é, sem dúvida, a vontade de comunhão¹³³, independente do que dispõe o ordenamento.

A propósito:

FILHO DE CRIAÇÃO. ADOÇÃO. SOCIOAFETIVIDADE. No que tange à filiação, para que uma situação de fato seja considerada como realidade social (socioafetividade), é necessário que esteja efetivamente consolidada. A posse do estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Diante do caso concreto, restará ao juiz o mister de julgar a ocorrência ou não de posse de estado, revelando quem efetivamente são os pais. A apelada fez questão de excluir o apelante de sua herança. A condição de filho de criação não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabilidade de reconhecimento de adoção de fato. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70007016710, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/11/2003).

Por fim, como alinhavado, somente a última hipótese, o parentesco afetivo, é importante para a presente pesquisa, vez que, é marginalizado em relação às outras. Assim, chega-se ao centro do debate.

¹³³ Nesse sentido: “Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.” (LÔBO, Paulo. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 248.).

CAPÍTULO 2 – A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMO PRODUTORA DE EFEITOS JURÍDICOS

2.1. Notas introdutórias

Com o nascimento do *affectio* como “produtor também de efeito jurídico”¹³⁴, alterou-se o entendimento baseado no biologismo da filiação porque o “*pater* não é determinado pelo critério da progenitura, mas sim pela função social de pai, pelo ofício familiar da paternidade - em homenagem ao interesse concreto do filho”¹³⁵.

A paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação ‘à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar’ (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.¹³⁶

O padrasto, embora não seja o pai biológico, ligou-se voluntariamente ao enteado, com quem assentou um vínculo paterno e “poderá ter sua realidade traduzida em efeitos jurídicos, tais como: guarda, visita e alimentos – sem excluir necessariamente seus laços para com o pai biológico.”¹³⁷

Embora haja constante menção à paternidade ou maternidade socioafetiva, impõe-se ressaltar que, uma vez criado o vínculo de filiação, igualmente instauradas estarão todas as linhas e graus de parentesco, passando a produzir todos os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais pertinentes.¹³⁸

A realidade contrariou a forma, visto que aquele que registrou o filho não é, necessariamente, o que o criou, sendo “inevitável que o padrasto ou a madrasta

¹³⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. Disponível em: < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=70 >. Acesso em 10/07/2012.

¹³⁵ OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina. 2003. p. XXII.

¹³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental* In *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 13.

¹³⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. Disponível em: < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=70 >. Acesso em 10/07/2012.

¹³⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. *Efeitos jurídicos do Parentesco Socioafetivo*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano XI – Nº. 9. Abril-Maio 2009. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 31.

assuma de fato as funções inerentes de paternidade ou maternidade”¹³⁹, na impossibilidade ou ausência de interesse daquele que gerou ou registrou a criança. Assim, a convivência, aliada ao melhor interesse dos menores e à dignidade da pessoa humana, pode ser geradora de efeitos jurídicos.

Por exemplo:

“Para uma melhor compreensão prática, pensemos num pai que conviveu por cerca de uma década com o filho de sua esposa, participando afetiva financeiramente com a educação desta criança. Após tanto período de convivência, o casal se separa, por vezes com mágoas e ressentimentos, fato que pode prejudicar a relação pai-filho afim. Se pensarmos na solução a partir da tutela da dignidade da pessoa humana, olhando para cada caso com sensibilidade, poderíamos visualizar a prestação de alimentos por parte deste pai afim, bem como o direito de visitas, direito este não apenas do filho afim, mas também do pai afim, que criou um forte laço afetivo com a criança, mesmo que esta criança tenha um pai biológico presente ou não, em sua vida.”¹⁴⁰

A partir do momento em que o pai socioafetivo assume esse encargo de intensa e contínua responsabilidade é de se esperar que cumpra seus direitos e deveres da mesma forma que aqueles que são incumbidos pelo direito para tanto.

Corroborando, o Enunciado 103 do CEJ afirma que: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. Portanto, ao possuir a característica de parentesco, reconhece-se a igualdade entre todos os seus membros, o que deve gerar algumas consequências jurídicas.

Todavia, o legislador pouquíssimo produziu acerca do tema¹⁴¹, com o que “é possível notar que o assunto ainda não recebeu o tratamento que reflita seu relevante papel no direito de família”¹⁴².

O professor Luiz Edson Fachin, em artigo¹⁴³ apresentado nos Anais do IV

¹³⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 95.

¹⁴⁰ VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. *O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil contemporâneo II: Anais do projeto Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 32.

¹⁴¹ Exceção à Lei nº. 11924 de 2009, a já mencionada nomeada Lei Clodovil, que altera a Lei de Registros Públicos e permite que o enteado(a) adote o nome do padrasto ou madrasta, em todo o território nacional. Trata-se de importantíssima lei que consagra o valor que o afeto possui, bem como o direito ao nome, ambos indispensáveis aos direitos de personalidade.

¹⁴² CALDERON, Ricardo Lucas. *Famílias: Afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos*. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo [Organizadores]. *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 280.

¹⁴³ FACHIN, Luiz Edson. *A filha das estrelas em busca do artigo perdido in Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2004. ps. 369-373.

Congresso brasileiro de direito de família, narra o calvário da filha na busca pelo significado daquelas estrelas contidas em seu registro de nascimento – no campo destinado ao pai. Contando com mais de trinta anos, a demandante, em ação investigatória de paternidade, conhece seu genitor biológico, mas “emocionada com as circunstâncias ela houvera esquecido que durante toda a caminhada estivera ao seu lado quem ela chamava de pai, embora soubesse que ele a havia criado, tratado como filha”. E o pai socioafetivo, “todo esse tempo ali, ao seu lado, às vezes imperceptível, mas sempre presente, e nunca disse, em momento algum, que carregava uma cruz nesses trinta e três anos de uma profissão de fé no amor, na doação e na comunhão da vida.” Na história, que pode ser a de vários lares brasileiros, revela-se a importância que o pai de criação pode significar para filho de criação, já que pode ser sinônimo de segurança, por exemplo.

Uma coisa é certa: há crianças vivendo afetivamente, e por longos períodos, com seus pais socioafetivos, que, embora muitas vezes exerçam funções imperceptíveis para olhos desatentos, possuem inegável papel para a entidade familiar, sobretudo na relação paterno-filial.

Nesse sentido, vale mencionar o trecho de uma das anotações da assistente social Denise Duarte Bruno, em que se destaca o depoimento de uma menor cuja guarda está sendo requerida pelo marido da mãe (padrasto) para fins exclusivamente previdenciários. *In verbis*:

Ele faz comigo tudo que faz com minha irmã, que é filha dele: ele me cuida quando estou doente, olha meus cadernos, fica bravo quando eu apronto. Ele é como se fosse meu pai, só falta me dar seu nome.¹⁴⁴

Assim, diante desta situação fática, inegável a existência de consequências jurídicas decorrentes de uma relação iniciada voluntariamente, na qual se tem a assunção de uma função tão importante como é a paterno-filial. E quando há essa intensa relação, baseada no afeto, o rompimento da união estável do padrasto com a genitora do menor não pode incidir negativamente neste último, fazendo com que haja um corte nesta ligação paterno-filial que perdurou harmoniosamente por anos, por exemplo.

A Corte Superior adota, majoritariamente, este posicionamento:

¹⁴⁴ BRUNO, Denise Duarte. *Posse de estado de filho. In Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002. p. 467.

A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto.¹⁴⁵

Isso decorre porque “[e]xistem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; **não podem existir, contudo, ex-pais**”¹⁴⁶.

Negar a possibilidade de uma criança ou mesmo um adolescente reconhecer juridicamente sua situação familiar já constituída pelos laços do afeto e convivência próprios das famílias (...) parece não atender aos parâmetros do atual Direito de Família – o qual prima pelo valor jurídico do afeto¹⁴⁷.

Ou seja, quando verificada a presença de pai e filhos socioafetivos é inconcebível que outra relação externa a esta a afete e cesse os efeitos jurídicos daí decorrentes. Recusar tal valoração jurídica é ir a contramão à direção que o direito atualmente caminha.

Seguindo essa linha, o Projeto do Estatuto das Famílias, em seu artigo 70, prevê que: “Os filhos, independentemente de sua origem, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações e práticas discriminatórias.”

2.2. Autoridade parental

Aqui será abordada a situação da autoridade parental (antigo poder familiar)¹⁴⁸ decorrente do parentesco socioafetivo, ou seja, através da convivência

¹⁴⁵ STJ. 3ª Turma. Resp. 1003628/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 14/10/2008; DJe. 10/12/2008.

¹⁴⁶ STJ. 3ª Turma. Resp. 1003628/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 14/10/2008; DJe. 10/12/2008. Destaca-se.

¹⁴⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e homossexualidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson. 2006. p. 87.

¹⁴⁸ “Surge então a necessidade imperiosa de se examinar, no que concerne às responsabilidades jurídicas dos pais na educação, o instituto da autoridade parental, designado como poder familiar pelos arts. 1.630 e ss. do Código de 2002, que lhe dedica o Capítulo V do Subtítulo Relações de Parentesco, – Do Poder Familiar – em substituição à noção de pátrio poder, prevista nos arts. 379 e ss do Código Civil de 1916.” TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. Disponível em: < <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca2.pdf> > Acesso em 20/11/2012. Também: “O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e

diária. Nas relações em que o parentesco é definido juridicamente ou geneticamente, há o delineamento da autoridade parental, com a definição clara dos direitos e deveres de ambos os integrantes (pai e filhos).

Todavia, ao revés, nas hipóteses em que ocorre a adoção fática, tais componentes não possuem normas definidas pelo direito, o que, evidentemente, limita sua aplicação que encontra seu campo de atuação e seus limites no cotidiano.

Um exemplo confirma esta realidade. O novo marido da mãe, ou a nova esposa do pai, não sabe se comportar-se como 'um pai', 'um amigo, ou 'o outro adulto da casa'. Esta ambiguidade constitui a dificuldade mais significativa das famílias reconstituídas para obter a plena satisfação de seus integrantes.¹⁴⁹

A ausência de caracteres certos quanto ao instituto “é absolutamente irreal porque a convivência dia a dia gera situações que exigem alguma intervenção a respeito das crianças que coabitam com o adulto”¹⁵⁰. É inegável que existe uma relação, por mais indireta que seja, entre o padrasto e seu enteado, sendo que muitas vezes este possui uma admiração e respeito por aquele, em razão do zelo despendido comumente. Desta relação, portanto, surgem direitos e deveres que independem da existência ou não de genitor biológico.

Em qualquer caso, o pai e mãe afim terão influência na socialização dos filhos de seu cônjuge ou companheiro, preparando-os para a vida de relação, o que implica diversos cuidados, sustento, educação, saúde, transmissão de normas e valores, modelos de conduta. Estes cuidados, embora ativos os pais biológicos, não permite descartar a cooperação de fato de quem vive com o pai ou a mãe biológicos. A só coabitação com o pai ou mãe afim propicia a participação na função formativa da criança e do adolescente, ainda quando não conscientemente decidida.¹⁵¹

Ou seja, embora haja pouco reconhecimento jurídico, principalmente pela inexpressividade do debate acerca do assunto (tema que será oportunamente apreciado), há efeitos jurídicos daí decorrentes.

Todavia, tal entendimento está longe de ser pacífico:

no interesse do filho.” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 75).

¹⁴⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 136.

¹⁵⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 137.

¹⁵¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 139.

O exercício do poder familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. No caso de nova família, a lei põe a salvo qualquer espécie de interferência do novo parceiro à relação entre pais e filhos, exatamente porque o princípio norteador dessa proibição é conformado ao princípio da prioridade absoluta a criança e do adolescente.¹⁵²

Segundo Fabíola Santos Albuquerque, tal posicionamento se funda na ideia de que o poder familiar não pode ser exercido por aquele que não é guardião, em razão da dissociação entre tais relações em decorrência de ratificação da lei¹⁵³ nesse sentido que inviabiliza a “interferência do novo(a) parceiro(a) no que tange ao exercício do poder familiar”¹⁵⁴.

Este entendimento pode não ser fiel a todas as ocasiões fáticas, pois em determinados casos o padrasto pode ser mais presente e atuante do que o genitor. Nestas hipóteses, então, a interferência do pai socioafetivo pode e deve ser assegurada pelo direito, sobretudo quando estiverem presentes as hipóteses do artigo 1634¹⁵⁵ do Código Civil, bem como pela própria essência da figura da autoridade parental:

O pátrio poder, por exemplo, que é um efeito da filiação, se apresenta como uma situação jurídica complexa que compreende poderes e deveres de guarda, vigilância, assistência, educação e representação dos filhos. É poder inerente à personalidade dos pais, mas que encontra seus limites na personalidade dos filhos e nas necessidades de educação que, antes de ser um dever jurídico, é um dever ético-social.¹⁵⁶

¹⁵² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2004. p. 169.

¹⁵³ Artigos 1630 a 1638, do Código Civil.

¹⁵⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2004. p. 178.

¹⁵⁵ *In Verbis*: “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

¹⁵⁶ DE OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de Família: Direito matrimonial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1990. p. 12.

Nesse sentido, a própria autora afirma que “o exercício do poder familiar é um múnus que se sobrepõe a toda e qualquer situação que diga respeito aos pais.”

157

Portanto, a autoridade parental decorrente da adoção fática é encontrada na convivência e não em Códigos, mas isso pode impedir que daí decorram efeitos jurídicos, já que socialmente eles são encontrados das mais diversas formas. Em outros termos, embora não existam vínculos confirmados pelo ordenamento nesta relação paterno-filial, existe o pátrio poder exercido faticamente, em razão dos deveres que são originados e intensificados com o passar do tempo.

Assumindo tal vanguarda, o projeto do Estatuto das Famílias, nos artigos 91 e 94, discorre sobre a autoridade parental nestas modalidades, a saber:

Art. 91. Constituindo os pais nova entidade familiar, os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental são exercidos com a colaboração do novo cônjuge ou convivente ou parceiro.

Parágrafo único. Cada cônjuge, convivente ou parceiro deve colaborar de modo apropriado no exercício da autoridade parental, em relação aos filhos do outro, e representá-lo quando as circunstâncias o exigirem.

Art. 94. Perde por ato judicial a autoridade parental aquele que não a exercer no melhor interesse do filho, em casos como assédio ou abuso sexual, violência física e abandono material, moral ou afetivo.

Nesse sentido, temos o artigo 227, *caput*, e o 229, ambos da Constituição Federal, que regem o tema:

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

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Assim, diante da igualdade que rege tanto as famílias quanto as filiações, deve-se entender que tais dispositivos constitucionais são aplicados aos filhos

¹⁵⁷ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2004. p. 178.

socioafetivos e, conseqüentemente, estarão assegurados os direitos e deveres à relação recíproca existente na adoção fática.

Feitas tais considerações, demonstra-se que tal realidade não foi devidamente apreendida pelo direito, tanto pela legislação quanto pela jurisprudência, em que pese sua significativa existência nas famílias recompostas, aos milhões no Brasil¹⁵⁸, sobretudo quando presente a adoção de fato.

2.3. Fixação de guarda e o melhor interesse da criança

Primeiramente, vale utilizar o conceito de princípio do melhor interesse da criança proposto por Paulo Luiz Netto Lôbo:

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe dizem respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.¹⁵⁹

A necessidade de fixação de guarda pode ser necessária em várias situações concretas, pois o pai socioafetivo pode ser a melhor escolha para ocupar o cargo do guardião.

Continua Lôbo:

O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla melhor o interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação.¹⁶⁰

Primeiro exemplo a ser colacionado pode ser a hipótese em que a genitora de uma criança (advinda de uma relação anterior) que agora compõe uma nova entidade familiar, falece e o filho, tido na primeira relação, tem sua guarda disputada entre o pai biológico e o socioafetivo¹⁶¹. Nesta situação, a guarda deverá ser determinada em favor daquele que melhor satisfaça o princípio dos melhores interesses da criança, mesmo que não tenha laços biológicos com esta – aqui o

¹⁵⁸ Conforme dados que serão elencados oportunamente.

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 75.

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. ps. 75-76.

¹⁶¹ O mesmo pode ocorrer entre a madrasta concorrer com a genitora.

importante é a tutela da convivência diária construída entre guardião e menor.

Corolário do exposto, a existência de meios-irmãos não pode ser invisível aos olhos do julgador, vez que a convivência entre irmãos é essencial para qualquer criança, e, sem dúvida, atende seus melhores interesses. Waldyr Grisard Filho, ao mencionar idêntico exemplo, nas hipóteses de falecimento da genitora, acrescenta que a ligação entre colaterais diretos influencia substancialmente os critérios para fixação de guarda, a saber:

Sendo a dissolução da família reconstituída por morte do genitor, que vivia com seus filhos de uma união anterior, cabe analisar, em tema de guarda, o melhor interesse das crianças que coabitavam com o casal. A mãe ou pai afim pode ter cumprido com extremo zelo sua função parental, dedicando-se cotidianamente à educação dos filhos afins. Nesse sentido, quando a criança tenha vivido muitos anos com o pai ou mãe afim e, ainda, tenham nascido filhos de nova união, meio-irmãos dos precedentes, modificar a guarda significaria enfraquecer a solidariedade entre os irmãos e provocar uma cisão muito profunda na família já alquebrada.¹⁶²

A jurisprudência, consoante os princípios basilares das novas famílias, tem decidido pela incolumidade dos melhores interesses das crianças:

GUARDA. ADOLESCENTE. DISPUTA ENTRE O PAI BIOLÓGICO E O PADRASTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. 1. Cuidando-se de guarda de adolescente, sua vontade deve ser respeitada, mormente quando a jovem já conta com 14 anos, ficou órfã e o padrasto é o seu referencial familiar, não tendo estabelecido qualquer vínculo social ou afeito com o pai biológico e registral. 2. Não havendo qualquer motivo que desaconselhe a guarda do padrasto, deve ela ser mantida, a fim de que a adolescente se desenvolva de forma saudável e equilibrada. 3. O direito de visitas deve ser focalizado sempre sob o prisma do melhor interesse e da conveniência da adolescente e não do pai ou do padrasto [...]. (TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70029150216. Relator: Desembargador. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. J. 26/08/2009; DJe 26/08/2009).

Este mesmo Tribunal concedeu ao padrasto a guarda da enteada, em detrimento da irmã biológica por entender que a pequena estaria melhor amparada com o seu padrasto e sua meia-irmã¹⁶³.

O fim da entidade familiar não pode separar as crianças de seus ascendentes, pois os interesses dos primeiros prevalecem sobre os dos segundos. Portanto, a regulamentação da guarda não deve ter por norte a presença de laços

¹⁶² GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. ps. 148-149.

¹⁶³ Fonte: < <http://www.direitoparatodos.com/concedida-guarda-de-crianca-para-padrasto/> > Acesso em 18/07/2012.

sanguíneos, mas, ao revés, a comprovação de afeto como permeador desta relação.

Assim, o interesse do filho, aliado à existência do afeto, são elementos relevantes para seu estabelecimento, seja em favor de um, de outro ou de ambos os genitores, bem como para terceiros.¹⁶⁴

Embora o trabalho se restrinja à filiação socioafetiva, vale mencionar decisão que levou em conta a presença de afetividade entre menor e seus padrinhos, considerando que tal vínculo foi suficiente para se fixar a guarda daquele em favor destes. O mencionado julgado assim está ementado:

EMENTA - BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - PEDIDO IMPROCEDENTE - CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO - MENOR EM COMPANHIA DOS RR - CONVIVENCIA - AFETIVIDADE - APELO IMPROVIDO. ESTANDO O INFANTE INTEGRADO AO CONJUNTO FAMILIAR DE PADRINHOS DESDE PRIMEIROS MESES DE VIDA, PREPONDERAM LACOS DE CONVIVENCIA E AFETIVIDADE SOBRE RELAÇÃO DE PARENTESCO. POR ISSO QUE DEVE SER MANTIDO SOB A GUARDA DE SEUS PADRINHOS.¹⁶⁵

Este deve ser o entendimento dos intérpretes jurídicos, haja vista que na prática os padrastos (ou madrastas) em muitos casos exercem a guarda fática do menor. A função de fato, na qual são verdadeiros educadores ou co-educadores¹⁶⁶ quando auxiliam seu cônjuge na educação do menor, é algo a ser obrigatoriamente levado em conta quando desempenhado com afeto pelo pai socioafetivo.

A opção pela prevenção dos laços afetivos deve ser estendida a todos os casos concretos, quando observados os melhores interesses dos envolvidos, independentemente da complexidade das situações. É para lá que deve apontar a bússola do magistrado.

¹⁶⁴ CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In *Repensando o direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p. 507.

¹⁶⁵ TJ-ES. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 32920000919. Relator: Desembargador Geraldo Côrrea da Silva. J. 09.08.1994; DJe. 27.12.1994.

¹⁶⁶ “Neste aspecto, sugere-se a guarda de fato do filho do cônjuge ou companheiro, estabelecendo a possibilidade de solicitar a guarda judicial, limitada aos aspectos pessoais, para melhor cooperação na criação do menor, em conformidade com o genitor convivente, sem alterar o estado de família e a posição dos genitores. Desta maneira, os pais afins afirmariam a função de fato que exercem como co-educadores de seus filhos afins e como figuras adultas que merecem consideração e respeito. Com isto se afiançaria seu lugar dentro do novo lar e no contexto social.” (GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. ps. 201-202).

Diante deste contexto, o projeto do Estatuto das famílias, dispõe, em seu artigo 103, que:

Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deve deferir a guarda a quem revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e **relação de afetividade**.

Parágrafo único. Nesta hipótese deve ser assegurado aos pais o direito à convivência familiar, **salvo se não atender ao melhor interesse da criança**.

Destacou-se.

Seguindo tais premissas, a possibilidade de guarda compartilhada, por exemplo, entre padrasto e pai não deve ser descartada de pronto:

Talvez cheguem os dias em que algumas crianças terão formalmente uma mãe e dois pais, para, por exemplo, tentar transpassar ao registro o que tem sido o cotidiano de algumas realidades concretas. Ou mesmo se pode imaginar uma guarda compartilhada entre o pai biológico e ou novo marido da mãe, na ausência desta, pois na convivência com ambos constrói-se o 'melhor interesse da criança'¹⁶⁷.

Vale sublinhar exemplo corolário como é o de Cássia Eller que faleceu, na constância de uma união homoafetiva, quando deixou filho menor, tendo a guarda disputada entre o avô e a madrasta (companheira da cantora por anos). Após intenso litígio, os laços afetivos saíram vitoriosos, já que claramente atendiam os melhores interesses de "Chicão".¹⁶⁸

Por fim, ao se atribuir a guarda, o juiz deverá descobrir quem releva as melhores condições para o encargo, mesmo sendo terceiros, desde que "demonstrem compatibilidade com a natureza da medida, levando em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade entre os sujeitos da relação que se irá estabelecer"¹⁶⁹, para que se permita o pleno desenvolvimento do menor.

¹⁶⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. Disponível em: < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=70 >. Acesso em 10/07/2012.

¹⁶⁸ Fonte: < http://veja.abril.com.br/160102/p_088.html >. Acesso em 17/10/2012.

¹⁶⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 152.

2.4. Regulamentação de visitas

Ao se tomar por modelo a situação disposta no item supra, ou seja, a genitora falece e a guarda do filho, advindo de relacionamento pretérito, é estabelecida em favor do genitor biológico, gera-se uma segunda análise a ser observada - a possibilidade de regulamentação de visitas em prol do parente socioafetivo.

Tal medida tem o escopo de atender o melhor interesse das crianças e, de igual mão, buscar manter incólumes os laços vivenciais criados diariamente, já que em muitos casos são extremamente fortes.

Tomando-se, por exemplo, o mesmo caso concreto, em que falece a genitora, na constância da uma união estável, e o menor, nascido no casamento pretérito à união, tem a guarda requerida pelo pai biológico e pelo socioafetivo. Na demanda, verificou-se que a guarda seria melhor exercida pelo genitor. Nesse caso, seria possível regulamentar visitas em favor do padrasto? Obviamente, caso sejam verificados efeitos positivos da prática.

Nesse sentido, reporto-me ao julgado do Tribunal Gaúcho¹⁷⁰ que, além de fixar a guarda da menor em favor do padrasto, determinou regime de visitação ao pai biológico. Embora permaneça no cotidiano com o padrasto, eventualmente visitará o genitor biológico. Portanto, casuisticamente, ela possui “dois pais”, sem que isso lhe acarrete problemas em seu desenvolvimento¹⁷¹.

No entanto, poderia ocorrer o inverso, ou seja, poderia o padrasto visitar o enteado? Ou poderiam o pai e o padrasto visitar a criança? O mesmo Tribunal entendeu que sim. Senão vejamos:

FAMÍLIA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. FILHO MENOR.
PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMPROVADA. VISITAÇÃO
ESTIPULADA EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS, ENTRE O PAI

¹⁷⁰ TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70029150216. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. J. 26/08/2009; DJe 26/08/2009.

¹⁷¹ Sobre: STJ. REsp. 889.852/RS. 4ª Turma. Relatora: Ministro Luiz Felipe Salomão. J. 27/04/2010; DJe 10/08/2010. Em julgado dotado de extrema sensibilidade jurídica, houve a concessão de adoção de irmãos a um casal de homossexuais, no caso, duas mulheres com votação unânime. O *decisum* baseou-se na comprovação de que casal homoafetivo é como qualquer outro apto para os cuidados inerentes aos menores. Ademais, verificou-se que por possuírem “duas mães” não há qualquer prejuízo em seu desenvolvimento, sendo ambos bem aceitos no meio em que vivem, pelo contrário, constata-se que ambos possuem o carinho e o afeto necessários para seu desenvolvimento.

BIOLÓGICO E O REGISTRAL. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO PARA ASSEGURAR O DIREITO DE O INFANTE TAMBÉM PERMANECER COM A MÃE EM UM FINAL DE SEMANA, DE FORMA ALTERNADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ-RS. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70037876554. Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, J. 30/09/2010; DJe 11/10/2010).

Sobre este julgado, interessante asseverar dois pontos alinhavados pelos Desembargadores Relator e pelo Revisor que afirmam em seus votos, respectivamente, que:

Embora não se olvide da necessidade de convívio do menor com seus pais, no caso tanto do biológico quanto do registral, em finais de semana alternados, tenho que se faz necessário também assegurar à genitora momentos de lazer com o filho, entrando nessa alternância;

Penso que a visitação poderia ser mais bem ajustada se fosse possibilitado à mãe ficar com o filho um final de semana sim e outro não. E naquele final de semana em que a mãe não ficar com o filho, os pais poderão exercer o seu direito de visitas de forma alternada.

No caso em comento, a genitora quando incluída na “alternância” da visitação não somente teve seus direitos preservados, mas, também, os do menor. Há, por certo, uma ambivalência, já que são resguardados, prioritariamente, os interesses dos menores, contudo também os da genitora. Portanto, deve-se olhar pelo prisma do que melhor aproveita aos pequenos.

Julgado nesse sentido:

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. (TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 70018249631. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. J. 11/04/2007; DJe. 20/04/2007). Grifou-se.

Temos que considerar que as visitas são tão importantes para a criança quanto para aos genitores. Convívio, afeto, carinho, amor, comunicação são fundamentais, sobretudo quando criadas fortes amarras. Os laços não devem ser rompidos, mesmo que existam divergências entre os pais, devemos levar em

consideração o melhor interesse da criança. Nesta perspectiva, Breezy Miyazato Ferreira:

Verifica-se, na verdade, que nem sempre verdade biológica e a socioafetiva caminham na mesma direção, vale dizer, pode ocorrer de que o afeto nutrido por uma criança, um filho, transcende muitas vezes os laços de sangue, pois o sentimento de afetividade é muito mais espiritual que físico, não nasce pronto, é construído no cotidiano de nossas vidas ¹⁷².

Assim, o direito às visitas constitui mecanismo que visa a atender aos interesses do filho, para que não fique privado da companhia dos pais, sendo biológicos ou afetivos.

Com fundamento explícito ou implícito no princípio da solidariedade, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os construídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados ¹⁷³.

Concluindo, é medida extremamente viável a visitação do padrasto ao filho socioafetivo. Acolhendo os fundamentos expostos, o projeto do Estatuto das Famílias, afirma que:

Art. 98. Os filhos não podem ser privados da convivência familiar com ambos os pais, quando estes constituírem nova entidade familiar.

Art. 100. O direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade.

Chega-se à conclusão de que os mencionados princípios constitucionais elencados, sobretudo o do melhor interesse das crianças, tornam possíveis “o estabelecimento de um direito de visita do pai afim em relação ao filho da mulher com quem tenha convivido e com ele desenvolvido um estreito vínculo afetivo”, evidenciando que o “rompimento abrupto do contato implicaria em transtornos à formação da personalidade da criança”, conforme leciona Waldyr Grisard Filho ¹⁷⁴.

¹⁷² FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. *A filiação adotiva na família contemporânea brasileira e a construção da afetividade*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2007. p.224.

¹⁷³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 65.

¹⁷⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 153.

Nesse sentido, colaciona-se julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITAÇÃO COM PERNOITE. A criança conta três anos de idade e não há, nas alegações da agravante, qualquer óbice para afastar o contato mais estreito com o pai, devendo ser mantido o pernoite em finais de semana alternados. O convívio do infante com seu genitor deve ser prestigiado, a fim de garantir a ambos a consolidação dos vínculos afetivos. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. DIREITO DE VISITA. É de todo elogiável a decisão judicial que, acolhendo pronunciamento do Ministério Público, autorizou as visitas do recorrido ao enteado, com quem conviveu por vários anos. CONHECERAM EM PARTE E NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.¹⁷⁵

Vale mencionar, por fim, a Lei que estendeu aos avós o direito de visitas, o que mais uma vez, revela a ambivalência do instituto que de uma mão preserva os interesses de ambos os integrantes da afetiva relação.

2.5. O dever de alimentos

Para melhor compreender o dever de prestar alimentos¹⁷⁶, vale esclarecer que os alimentos devem ser entendidos em seu sentido amplo porque não se limitam exclusivamente à alimentação. Deve-se enquadrar no conceito o vestuário, a educação e o lazer, por exemplo¹⁷⁷.

Nesse sentido, o artigo 1920, do Código Civil, dispõe, *ipsis litteris*, que:

O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa,

¹⁷⁵ TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 70006766174. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. J. 18/02/2004. DJe. 02/03/2004.

¹⁷⁶ “A obrigação alimentar tem como pressuposto a existência de um determinado vínculo. Nos alimentos de natureza parental sugere a fixação a expressão jurídica do parentesco.” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 282).

¹⁷⁷ Para todos: “Todo indivíduo deve alimentar-se por si mesmo, com o produto de seu trabalho e rendimento; e somente recai sobre seus pais, ou parentes a obrigação de prestar alimentos legítimos, quando o alimentando não tem bens, nem pode prover, por seu trabalho à própria manutenção, isto é, não pode adquirir para si víveres (*cibaria*), roupa (*vestitus*), casa (*habitatio*), ou não pode fazer despesas com remédios e médicos (*valetudinis impendia*)”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito de Família: Volume III: Parentesco*. 3ª Edição, inteiramente refundada e aumentada. São Paulo: Max. Limonad, 1947. ps. 198-199). No mesmo sentido: “Alimentos, no plural, significa nutrição, vestuário, habitação, saúde, lazer, educação e instrução. São prestações para abrange e satisfazer todas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por suas próprias forças.” (GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 160).

enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor.

Vale destacar a importância do dever porque a família monoparental ou a desconstituída (aquela que sofre uma cisão) possui sua realidade fática já definida, mas o ingresso de, no mínimo, um novo componente certamente modifica “inegavelmente as relações de família.”¹⁷⁸

Segundo Grisard¹⁷⁹, ater-se à primeira impressão sobre o tema é incorrer em erro, já que ela poderá remeter à resposta negativa quanto à presença do dever de alimentos entre parentes socioafetivos. Ou seja, padrastos e madrastas, a princípio, não seriam devedores de alimentos, pois estes decorrem de laços biológicos. Todavia, o complexo parental faz com que exista uma relação *sui generis* que acaba por impossibilitar que o padrasto seja poupado de tais obrigações porque assumiu “durante a convivência o sustento, a manutenção e a educação do filho do outro”¹⁸⁰ e a alteração deste contexto criado voluntariamente gerará danos ao menor, com o que “continuará a mantê-lo nas mesmas condições como o fazia durante a vida em comum”¹⁸¹.

Para exemplificar o tema e afirmar que os melhores interesses das crianças devem ser o objetivo precípuo nesses casos, independentemente das relações externas, colha-se caso apresentado pela professora Ana Carla Harmatiuk Matos, em sua integralidade:

Depois de três anos de união homossexual, dois parceiros manifestaram desejo de filiação. Contudo, era começo dos anos noventa e, ao procurarem um advogado para verificar as questões jurídicas, concluíram que os óbices eram imensos.

Logo após, a prima de um deles engravidou de forma indesejada, pela terceira vez, não dispondo de recursos econômicos para o sustento de mais um filho.

Diante disso, os parceiros expressaram o desejo de acolher aquela criança desde a própria gestação, amparando econômica e emocionalmente aquela mãe. Com o nascimento, todos uniram esforços nos primeiros cuidados e, ao completar três meses, a pequena criança passou a conviver exclusivamente com os parceiros do mesmo sexo.

Essa situação nunca foi formalizada. A criança cresceu, estudou, fez tudo dentro dos comuns padrões de pessoas de sua idade. Chama ambos de

¹⁷⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 159.

¹⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. ps. 159-160.

¹⁸⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 169.

¹⁸¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 169.

pais-tios. Explica para seus amigos que a mãe não teve condições de criá-la e por isso seus parentes a acolheram (na verdade apenas um é primo). Contudo, também nas uniões homoafetivas, muitas vezes o amor acaba. Esta união terminou. A filha socioafetiva dos parceiros encontra-se hoje com 13 anos, e o parceiro, primo da mãe biológica, manteve a 'guarda de fato'. O outro mudou de cidade, e, quando constituiu novo relacionamento, para de amparar afetiva e economicamente sua 'filha de criação'. Afora o prejuízo emocional, a menina deixou a escola que freqüentava, demais atividades e não possui mais plano de saúde, entre outros, em virtude da mudança do padrão econômico sofrido.

Questão jurídica: O não reconhecimento expresso da adoção por um par homossexual não se mostra, em casos como o relatado, uma ausência de tutela para a própria criança – a qual, contrariamente, merecia amparo privilegiado?¹⁸²

A complexidade familiar, denominada de “teia parental” pelo professor Luiz Edson Fachin¹⁸³, é tamanha que os pais socioafetivos, direta ou indiretamente, prestam a assistência material, muitas vezes acompanhada da sentimental. Portanto, o fim da relação entre os “adultos” não pode romper bruscamente com o padrão de vida da criança quando do relacionamento, ou seja, o novo padrão de vida nascido do ingresso do novo integrante. O judiciário não pode se omitir porque “esse importante dado da vida social deve transpor-se para o direito, de modo que se sustente a possibilidade de ‘dois pais’ ou ‘duas mães’ estarem obrigados a alimentos frente a uma mesma criança”¹⁸⁴.

A propósito:

ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE. MENOR. GUARDA DE FATO. RELAÇÃO DE AFETO. A falta de um dos pressupostos do artigo 400 do Código Civil obsta o arbitramento da quantia alimentar em favor da mulher, que embora tenha vivido em união estável com o varão, recebe pensão de um ex-marido e tem condições de exercer atividade laborativa para complementar sua renda. É coerente fixar alimentos para o menor, que há dez anos está sob a guarda de fato do casal, que tinha a intenção de adotá-lo, considerando a relação de afeto entre eles e a necessidade do pensionamento. Apelo provido, em parte. (TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70002351161. Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. J. 18/04/2001; DJe. 27/04/2001).

Nesse sentido, o Enunciado 341 do CEJ afirma que “[p]ara os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”,

¹⁸² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Filiação e homossexualidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson. 2006. p. 71

¹⁸³ *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 266.

¹⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson e MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil contemporâneo II: Anais do projeto Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 275.

corroborando com o contexto pelo qual passam as famílias.

Ou seja:

Nesse sentido, acredita-se que os alimentos também devem estar a cargo daquele que representou para um filho a função de pai ou mãe socioafetivos. Se, atualmente, a noção de filiação passou por transformações – nas quais se tornou relevante, entre outros, a concepção de seu viés fático, de estrutura psicológica para os seres envolvidos, traduzidas na dimensão do afeto e de seu reconhecimento social – deve produzir seus efeitos jurídicos também na possibilidade de alimentos.¹⁸⁵

Sublinha-se o artigo 77, do projeto do Estatuto das Famílias que apresenta disposição acerca dos deveres elementares dos pais socioafetivos:

Art. 77. É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetiva, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético sem gerar relação de parentesco.

Parágrafo único. O ascendente genético pode responder por subsídios necessários à manutenção do descendente, salvo em caso de inseminação artificial heteróloga.

Diferentemente do Brasil, importante apresentar o estudo levado a efeito pelo professor Grisard que discorre sobre as discussões que ocorrem no cenário europeu quanto ao dever de prestar alimentos pelos pais socioafetivos.

De outra banda, em que pese o estudo focar a hipótese em que o pai socioafetivo possui o dever de prestar os alimentos ao filho, a recíproca também é verdadeira, sendo esta uma das características do dever alimentício: “uma via de mão dupla”. Sobre ele, Waldyr Grisar Filho afirma que os sujeitos são potencialmente credores e devedores de alimentos, já que ao direito de exigir alimentos corresponde o direito de prestá-los.”¹⁸⁶

Nesse sentido, colaciona-se julgado interessante que condenou empresa rodoferroviária ao pagamento de indenização alimentícia em favor do padrasto que teve o enteado falecido em acidente. O julgado¹⁸⁷ possui a seguinte ementa:

¹⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson e MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil contemporâneo II: Anais do projeto Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 274

¹⁸⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. p. 161.

¹⁸⁷ STJ. 4ª Turma. REsp. 67.587/RJ. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. J. 12/09/1995. DJe. 16/10/1995

RESPONSABILIDADE CIVIL. Estrada de ferro. Legitimidade ativa. 'Pai de criação'. O artigo 22 do Dec. 2681-12 concede o direito de indenização a quem a vítima prestava auxílio, situação em que se coloca o autor da ação, intitulado-se padrasto ou "pai de criação" da vítima, a qual contribuía com parte de seu salário para a manutenção da família. Recurso conhecido e provido, para que a ação prossiga.

No cenário pátrio a discussão a pouco fora plantada, sendo que o amadurecimento somente virá com o tempo, enquanto em outras legislações¹⁸⁸, como as europeias, constata-se que o tema está em um nível de aprofundamento superior ao brasileiro. Portanto, o objetivo do estudo não é valorar as teorias sobre o tema, ou seja, não tem o escopo de demonstrar que os alimentos devem ser prestados subsidiariamente, diretamente ou indiretamente, por exemplo. O que se busca é fomentar o debate.

Todavia, como assentado anteriormente, o vínculo familiar pode ser consanguíneo ou por qualquer outra origem, sendo esta a opção do legislador, pelo reconhecimento do parentesco socioafetivo, embora tenha sido feito implicitamente. Portanto, afirmar que o dever de alimentos somente é possível pelos laços *jure sanguinis* vai de contramão a todo o contexto valorativo do direito privado, bem como afronta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, afirma Waldyr Grisard Filho¹⁸⁹.

DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS –PEDIDO FEITO PELA ENTEADA - ART. 1.595 DO CÓDIGO CIVIL - EXISTÊNCIA DE PARENTESCO - LEGITIMIDADE PASSIVA. O Código Civil atual considera que as pessoas ligadas por vínculo de afinidade são parentes entre si, o que se evidencia pelo uso da expressão ""parentesco por afinidade"", no parágrafo 1º. de seu artigo 1.595. O artigo 1.694, que trata da obrigação alimentar em virtude do parentesco, não distingue entre parentes consanguíneos e afins.¹⁹⁰

Waldyr Grisard Filho¹⁹¹ alega que, diferentemente do Brasil, em outros países, a discussão sobre a possibilidade de alimentos nas adoções de fato passou da fase da sementeira. Contudo, não se quer dizer que haja consolidação do entendimento. O mencionado professor, baseado nos estudos de Jehanne Sosson,

¹⁸⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. ps. 168-176.

¹⁸⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. ps. 160-168.

¹⁹⁰ TJ-MG. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 1.0024.04.533394-5/001. Relator: Desembargador Moreira Muniz. J. 20/10/2005. DJe. 25/10/2005.

¹⁹¹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009. ps. 168-176.

afirma que na Europa o dever dos pais socioafetivos pode ser direto ou indireto, a depender da legislação. Na Bélgica e Suíça o vínculo é indiretamente incidente, ao passo que na Holanda e em Portugal o dever é direto e decorre de lei.

Deve-se, por fim, ter cautela na definição do instituto no ordenamento canarinho, sobretudo pelas características dos casos concretos, para que a família primeira não seja prejudicada. Ou seja, não pode a família reconstituída, a segunda entidade familiar do padrasto, por exemplo, ter privilégios em detrimento do seu primeiro núcleo familiar.

Seguindo a linha adotada, em recente decisão¹⁹², foram fixados alimentos provisórios em favor do enteado, que conviveu por aproximadamente 10 (dez) anos com o padrasto, sendo que este que arcava com as despesas diárias.

Segue trecho da notícia:

A fixação de alimentos provisórios também pode ser requerida por filho socioafetivo. Foi partindo da premissa do afeto e da convivência de dez anos entre padrasto e enteada que a juíza da 1ª Vara de Família de São José, em Santa Catarina, Adriana Mendes Bertocini, decidiu favoravelmente à solicitação de mãe que buscava alimentos provisórios para si e também para a filha de 16 anos. A juíza explica tratar-se de ação de dissolução de união estável e que, a partir da análise das provas, ficou claro que existia dependência econômica de uma das partes. A autora da ação, psicóloga, recebe cerca de R\$ 1 mil por mês e o ex-companheiro tem o rendimento de R\$ 7 mil. Além da dependência financeira da mãe, o fato da criança ter sido criada pelo padrasto desde os seus seis anos de idade também motivou a decisão da magistrada.

Por sua vez, o Estatuto das Famílias, em seu artigo 211, trata do assunto:

Proposta ação investigatória por menor de idade ou incapaz, havendo forte prova indiciária da paternidade, biológica ou socioafetiva, o juiz deve fixar alimentos provisórios, salvo se o autor declarar que deles não necessita.

Vale também destacar a Súmula 116 promulgada pelo Tribunal de Contas da União que trata dos direitos previdenciários militares. Assim está editada:

Ainda que não instituídas como beneficiárias, equipara-se a mãe de criação à mãe adotiva, bem como a filha de criação à filha adotiva, para efeito de lhes ser assegurada a pensão militar prevista na Lei nº 3.765, de 4/5/1960,

¹⁹² Fonte: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4885> > Acesso em 20/11/2012.

desde que comprovadas nos autos essas qualificações e não haja herdeiros prioritários.¹⁹³

Concluindo, é possível que o dever alimentos decorra de laços socioafetivos, pois os membros das famílias são iguais, independentemente de sua origem, como afirma a própria Carta Magna e qualquer discriminação nesse sentido deve ser afastada, sob pena de contrariar o contexto jurídico pautado em novos paradigmas.

2.5. A experiência brasileira

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹⁹⁴, no ano de 2010, aproximadamente 175.000 (cento e setenta e cinco mil) casais se divorciaram, sendo que, em média, 52.000 (cinquenta e dois mil) não tiveram filhos na vigência do casamento. Ou seja, mais de 100.000 (cem mil) casais tiveram o rompimento da sua antiga entidade familiar, advindo dela o nascimento de, ao menos, um filho.

O número é significativo porque mais de 200.000 (duzentas mil) pessoas estão divorciadas com filhos advindos de matrimônio anterior, somente em 2010. Nesse sentido, vale mencionar que a promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010 poderá aumentar a incidência do divórcio¹⁹⁵ porque não existem mais impedimentos temporais para a dissolução do vínculo conjugal, o que fará com que o número de divorciados aumente.

Assim, as pessoas não precisam ficar eternamente vinculadas juridicamente entre si por obrigação. Com isso, prevalecerá o afeto entre as pessoas, ou seja: o que irá determinar a união ou não, entre as pessoas não é a imposição estatal, mas sim, a vontade livre de assim permanecerem em função do afeto que nutrem entre si.¹⁹⁶

¹⁹³ A Súmula, revogada na Sessão Ordinária de 28/11/2007, in DOU de 30/11/2007, reconhece o parentesco socioafetivo somente quando inexistentes outros herdeiros, o que, sem dúvida, evidencia uma discriminação implícita quanto à igualdade entre os filhos, mas é uma forma de reconhecimento do instituto, o que, feitas as necessárias ressalvas, merece destaque.

¹⁹⁴ Fonte. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/tabelas_pdf/tabela6_4.pdf. Acesso em 15/07/2012.

¹⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. Obra em que a autora comenta os reflexos da Emenda Constitucional nº. 66/2010. O divórcio surge como direito potestativo.

¹⁹⁶ VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. *O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros

Os divorciados, cada vez mais numerosos, poderão procurar novos relacionamentos e, com seus filhos advindos das relações anteriores, constituirão novas entidades familiares sem, necessariamente, novo matrimônio, o que evidencia a importância do afeto enquanto fundamento destas novas modalidades familiares reconstituídas. Em outras palavras: com o aumento das famílias reconstituídas crescem também os parentescos socioafetivos¹⁹⁷, em especial, o objeto do presente estudo, a adoção fática – relação paterno-filial.

Com tal possibilidade de dissolução, os ex-companheiros têm a liberdade de formar uma nova família, de procurar o amor e a felicidade constituindo ou não, uma nova família. Quando tal fato ocorre, pode, às vezes, vir com filhos que vieram de sua primeira união, ou com filhos de seu novo ou nova companheira, ou ainda, com filhos de ambos os lados. Surge daí a família chamada reconstituída, recomposta, reconstruída, mosaico, heterogênea etc.¹⁹⁸

Ou seja, verifica-se uma tendência: “o despontar das relações familiares de plúrimas formas, assentadas em laços afetivos, essencialmente.”¹⁹⁹ Pela natureza relacional do ser humano, a possibilidade de constituição de novas famílias recompostas é real, o que acrescenta importância ao tema, já que quanto maior o número de famílias reconstituídas, maior será o índice de relações afetivas.

Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares.²⁰⁰

[Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil contemporâneo II: Anais do projeto Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 25.

¹⁹⁷ Obviamente, a proporção não será a mesma, pois, como se pode presumir, os novos relacionamentos podem ser constituídos pelo matrimônio, união estável, dentre outros. Outrossim, pode ocorrer dos companheiros não terem filhos.

¹⁹⁸ VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. *O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil contemporâneo II: Anais do projeto Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 25.

¹⁹⁹ LÔBO, Paulo. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 248.

²⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese. n.º. 12. 2002.p. 47. CONFERIR

Tais dados estatísticos apontam que em 2010 foi verificado o maior índice de divórcios da história do Brasil, evidenciando-se a importância da referida Emenda Constitucional:

A taxa geral de divórcio atingiu, em 2010, o seu maior valor, 1,8% (1,8 divórcios para cada mil pessoas de 20 anos ou mais) desde o início da série histórica das Estatísticas do Registro Civil, em 1984, um acréscimo de 36,8% no número de divórcios em relação a 2009. Por outro lado, a taxa geral de separação teve queda significativa, chegando a 0,5% (0,5 separações para cada mil pessoas de 20 anos ou mais), o menor índice da série. (...) Constatou-se um crescimento proporcional das dissoluções cujos casais não tinham filhos, passando de 30,0% em 2000 para 40,3%, em 2010. Por outro lado, houve um incremento de 4,5% no número de casamentos em relação a 2009. Já os recasamentos (casamentos em que pelo menos um dos cônjuges era divorciado ou viúvo) totalizaram 18,3% das uniões, 11,7% a mais que em 2000.²⁰¹

Reflexo de tais informações é o aumento de 11,7% para 18,3% do percentual de famílias reconstituídas, em que a nova união é matrimonializada, conforme explicitam tais dados.

Da população brasileira total, aproximadamente 190.000.000 (cento e noventa milhões de pessoas), existem ao todo aproximadamente 3.000.000 (três milhões) de enteados em todo o Brasil, sendo que mais de dois milhões são menores de dezoito anos²⁰².

Há, ainda, em torno de 2.800.000 (dois milhões e oitocentos mil) lares brasileiros em que a responsabilidade do domicílio é dividida entre “[p]ai, mãe, padrasto ou madrasta”, ou seja, famílias recompostas, segundo estatísticas do mesmo órgão²⁰³.

Feitas tais considerações, utilizando-se por base os preceitos constitucionais mencionados ao longo do trabalho, verifica-se que embora a igualdade seja tutelada pela Constituição Federal é inegável a existência de uma incongruência jurídica

²⁰¹ Fonte. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2031&id_pagina=1 acesso em 10/11/2012.

²⁰² Tabela 1.1.4 - População residente, por grupos de idade e sexo, segundo a condição no domicílio e o compartilhamento da responsabilidade pelo domicílio - Brasil – 2010. Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/resultados_do_universo.pdf > . Acesso em 10/11/2012.

²⁰³ Tabela 1.1.3 - População residente, por situação do domicílio e sexo, segundo a condição no domicílio e o compartilhamento da responsabilidade pelo domicílio - Brasil - 2010. Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/resultados_do_universo.pdf > . Acesso em 10/11/2012.

porque a filiação socioafetiva ainda não encontra tutela satisfatória para lhe assegurar direitos.

O direito nasce para apreender os fatos sociais, com a subsequente subsunção do fato à norma, o que não ocorre quando se fala em parentesco socioafetivo. A situação piora quando se constata a inexpressividade jurisprudencial acerca do parentesco socioafetivo - sobretudo quanto aos seus efeitos jurídicos.

Não pode o filho socioafetivo ser tratado, ter a fama e o nome de filho, e, após o rompimento da entidade familiar ser descartado tal qual dispensa seus brinquedos, por desinteresse ou conveniência. É inconcebível que os menores sejam os maiores prejudicados pelo fim da união. Não podem, posteriormente ao término da família afetiva, os pais e mães socioafetivos se afastarem das crianças como se as relações que eles vivenciaram não existissem, simplesmente passando uma borracha nos momentos que foram importantes e inesquecíveis para os menores.

Nesse sentido segue trecho de julgado:

Ademais, o apelado conta com 14 anos de idade e, ao longo do tempo, conviveu no seio da família como se filho do recorrente fosse, estando caracterizada a posse de estado de filho. É oportuno lembrar que filho não é objeto descartável, que se assume quando convém e se dispensa por ato de simples vontade.²⁰⁴

As responsabilidades e os direitos parentais existem, na mesma proporção, para os pais biológicos, jurídicos e afetivos, sem distinções.

Negar a existência de efeitos jurídicos decorrentes da paternidade socioafetiva poderá apagar o histórico relacional vivido, ferir a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar e a paternidade responsável, além de outros direitos e deveres.

Sobre tais questões, vale sublinhar o sensível julgado, cuja relatoria ficou a cargo da Eminente Ministra Nancy Adrighi:

Se os relacionamentos entre casais passam pela senda da fugacidade a efemeridade acometeria também o vínculo paterno-filial? A incerteza e a volatilidade instalar-se-iam também no porto que deveria trazer segurança ao menor, fazendo soçobrar o laço afetivo que certa vez unia pai e filho? [...]

²⁰⁴ TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 7001080764. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. J. 20/04/2005. No mesmo sentido: TJ-RS. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70004973095. Relator: Ministro Luiz Felipe Brasil Santos. J. 26/03/2003.

Afinal, por meio de uma gota de sangue, não se pode destruir vínculo de filiação, simplesmente dizendo a uma criança que ela não é mais nada para aquele que, um dia se disse seu pai. [...] Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o que for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento. Isso porque a fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto²⁰⁵.

Preza-se pela irrevogabilidade²⁰⁶ da filiação socioafetiva, independentemente da presença do vínculo genético, pois todas são irrevogáveis porque somente assim se estaria preservando os melhores interesses das crianças que precisam de estabilidade e da segurança do lar, sobretudo porque os pais são modelos e exemplos para toda a vida. O desenvolvimento dos menores necessita de um bom e seguro ambiente familiar pautado na convivência diária que deve ter no afeto sua essência, a preservar seus interesses.

A vida precisa se sobrepor às leis. Nas situações concretas a existência de dois pais ou duas mães, por exemplo, é extremamente possível, sem que isso gere necessariamente prejuízos aos integrantes do núcleo familiar.

O parentesco socioafetivo, assim como todos os novos direitos, não pode se engessar frente à velocidade com que a sociedade se transforma. Por exemplo, o menor recebe amparo financeiro do pai biológico, ao passo que a educação fica a encargo do padrasto e esta situação concreta não deve ser invisível aos olhos dos aplicadores do direito, pois se o fato é reconhecido pela vida, pelo direito também o deverá ser.

Isso porque a fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os seres humanos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos dos relacionamentos amorosos ou puramente

²⁰⁵ STJ. 3ª Turma. REsp. 1.003.628/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 14/10/2008; DJe. 10/12/2008. ps. 4 e ss.

²⁰⁶ “Conforme inteligência do art. 48 do ECA, a adoção é irrevogável. Considerando que a Constituição Federal engendrou a unidade da filiação, assim como a irrevogabilidade da adoção, que é uma forma de filiação socioafetiva, conclui-se que a filiação sociológica também é irrevogável.” WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. ps.193 e seguintes.

sexuais, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança.²⁰⁷

O norte do reconhecimento do parentesco socioafetivo precisa ser a igualdade, seja entre os filhos ou cônjuges, e os direitos e deveres elencados (dever de alimentos e fixação de guarda, dentre outros) devem ser estendidos aos pais socioafetivos e abarcados pelo ordenamento pátrio, vez que refletem a família brasileira. Assim, preservam-se os melhores interesses das crianças, a solidariedade familiar, a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana, dentre outros preceitos constitucionais.

Existe a gritante, embora silenciosa, necessidade da busca pela equivalência entre a sua incidência real e a salvaguarda jurídica de seus direitos. Os integrantes do núcleo precisam se sentir seguros para buscarem a prestação jurisdicional correlacionada aos seus direitos inerentes ao núcleo familiar afetivo. Ou seja, é essencial que os efeitos jurídicos mencionados encontrem a todos igualmente, sem distinções.

A ideia é negar que a ausência de regulamentação seja um obstáculo jurídico à sua tutela, pois não pode a omissão do legislador prejudicar o reconhecimento dos direitos decorrentes desta entidade familiar.

Portanto, a automática aplicação dos preceitos fundamentais, pela leitura civil-constitucional, é a fonte dos efeitos jurídicos decorrentes do parentesco socioafetivo, especialmente acerca do reconhecimento jurídico da filiação constante na adoção fática.

Nesse sentido, relata a Ministra Nancy Andrighi:

Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental da formação da identidade do ser humano [...] e a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares²⁰⁸.

²⁰⁷ STJ. 3ª Turma. Resp. 932.692/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 18/12/2008. DJe. 10/02/2009. ps. 9-10

²⁰⁸ STJ. 3ª Turma. Resp. 1.000.356/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. J. 25/05/2010; DJe. 07/06/2010. p. 13.

Em análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁰⁹, empregando-se as expressões “socioafetividade”, “sócio-afetividade”, “parentesco socioafetivo” e “filiação socioafetiva” não se localizou nenhuma decisão sobre tais temas. Todavia, a mesma busca, com o uso das mencionadas expressões, agora com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²¹⁰ a mesma busca chegou a 12 (doze) julgados.

Pesquisa levada a efeito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²¹¹ resultou em 11 (onze) julgados através do termo “socioafetividade”, sendo que diante do segredo de justiça nove ementas estavam indisponíveis. Das duas disponíveis, a primeira²¹² é sobre a possibilidade do estado indenizar a madrasta de detento menor que faleceu em cadeia pública, sendo que a segunda²¹³ versa sobre os direitos dos pais socioafetivos serem os herdeiros do filho socioafetivo quanto ao seguro obrigatório DPVAT. Com a palavra-chave “sócio-afetividade” chegou-se igualmente a 11 (onze) acórdãos, sendo que somente um²¹⁴ não está protegido pelo segredo de justiça. Ao se aplicar a expressão “parentesco socioafetivo” a procura originou somente uma decisão, abarcada de mesma sorte pelo segredo de justiça. Por fim, “filiação socioafetiva” trouxe a lume trinta e uma decisões, mas apenas duas não estava imbuídas pelo segredo de justiça.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²¹⁵, para o termo “socioafetividade” apresentou 87 (oitenta e sete) julgados, sendo que em grande parte dos casos a ação é fundada em investigação ou negação de paternidade (e também maternidade) cumulada com pedido de anulação do registro civil. Ou seja, nessas decisões, o vínculo socioafetivo está dentro do litígio porque se configurada sua presença a ação tanto de investigação quanto de negação não terá acolhimento em razão da irrevogabilidade da paternidade socioafetiva.

²⁰⁹ Fonte: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> > Acesso em 27/11/2012.

²¹⁰ Fonte: < <http://www.stj.jus.br/SCON/> > Acesso em 27/11/2012.

²¹¹ Fonte: < <http://www.tjpr.jus.br/jurisprudencia> > Acesso em 27/11/2012.

²¹² TJ-PR. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 839.762-6. Relator: Desembargador Eugenio Achille Grandinetti. J. 03/04/2012. DJe. 16/04/2012.

²¹³ TJ-PR. 2ª Turma Recursal. Processo nº. 0007492-64.2011.8.16.0025/0. Relator: Marco Vinícius Shiebel. DJe. 16/04/2012.

²¹⁴ TJ-PR. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 447534-9. Relatora: Desembargadora Denise Kruger Pereira. J. 29/04/2010. DJe. 25/05/2010.

²¹⁵ Fonte: < <http://www1.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/> > Acesso em 27/11/2012.

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DO ALEGADO VÍCIO DE CONSENTIMENTO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EVIDENTE. PEDIDO DE DESCONSITUIÇÃO DA SENTENÇA PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GENÉTICA. A ação proposta por aquele que, mesmo casado com outra mulher, manteve relacionamento com a genitora do requerido e, voluntariamente, o registrou como se fosse seu filho, não desafia perícia genética. Afinal, houve perfilhação que independe de vínculo genético, e não foi demonstrado vício algum de consentimento. Ademais, houve prova tranqüila acerca da socioafetividade, por mais de uma década. Por conseguinte, o liame genético se evidencia irrelevante para o caso concreto. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (TJ-RS. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70043617919. Relator: Alzir Felipe Schmitz. J. 03/11/2011).

No Tribunal gaúcho a pesquisa fundada na palavra-chave “sócio-afetividade” chegou a cinco julgados, ao passo que a expressão “parentesco socioafetivo” resultou em quatro e a “filiação socioafetiva” em cento e dezoito casos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais²¹⁶ possui 211 (duzentos e onze) espelhos de acórdão que possuem o termo socioafetividade. As expressões “sócio-afetividade” e “parentesco socioafetivo” não geraram nenhuma decisão, sendo que para o termo “filiação socioafetiva” foram encontrados 16 (dezesseis) julgados.

Portanto, se somarmos os julgados da Corte Suprema e da Corte Superior, além dos três Tribunais estaduais analisados teremos um número de decisões jurisprudenciais que não expressam a relevância que a socioafetividade possui.

Ademais, apenas a título ilustrativo, ao se fazer a média aritmética dos julgados encontrados nos Tribunais estaduais teremos, aproximadamente, 165 (cento e sessenta e cinco) julgados para cada Tribunal. Em seguida, multiplicando-se esse valor individual pelo número total de Tribunais estaduais teremos, por volta de, 4.455 (quatro mil quatrocentos e cinquenta e cinco) decisões sobre o tema.

Baseado em tais números e dados do IBGE apresentados anteriormente²¹⁷, chega-se à conclusão de que 0,16%²¹⁸ das famílias recompostas buscam tutela jurídica. Esse percentual poderá ser ainda menor se levarmos em conta a busca

²¹⁶ Fonte: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do> > Acesso em 27/11/2012.

²¹⁷ Dados que informaram que existem 2.800.000 (dois milhões e oitocentos mil) famílias recompostas no Brasil, aproximadamente.

²¹⁸ Sendo 2.800.000 (duas milhões e oitocentas mil) famílias recompostas no Brasil) o número total de famílias recompostas, o percentual de 4.455 (quatro mil quatrocentos e cinquenta e cinco) decisões é de aproximadamente 0,16%.

pelos efeitos jurídicos da paternidade socioafetiva que é encontrada nas famílias reconstituídas, mas não em todas. Vale ressaltar que o percentual não é absoluto, vez que realizado com base na média dos casos concretos encontrados nos Tribunais de Justiça do Paraná, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, sendo que tal número poderá variar caso seja realizada pesquisa em todos os Tribunais estaduais, por exemplo.

Por fim, diante do exposto, chega-se a conclusão de que apenas cerca de dezesseis famílias recompostas, em um grupo de 10.000 (dez mil), buscam seus direitos junto ao Poder Judiciário.

É nesse aspecto que o presente trabalho tem o objetivo de instigar a discussão, sem, no entanto, querer o esgotamento do assunto que, como afirmado, é amplo e complexo.

O que se evidencia aqui não é, propriamente, o problema da interpretação do julgador, pois não há vedação normativa quanto ao instituto, mas, sim, a ausência de casos levados ao conhecimento do Poder Judiciário, o que prejudica a análise eficaz e completa desta figura.

Diante do exposto, constata-se que o intuito de abrir olhos ao tema ultrapassa os âmbitos privados, pois pode haver, na seara criminal, a incidência de majorantes, como, por exemplo, nos delitos sexuais cometidos pelos padrastos²¹⁹.

Corroborando, recentemente o Tribunal Superior Eleitoral ²²⁰ afirmou que a adoção de fato, essencialmente formada pelo afeto, é causa de inelegibilidade, nos termos do artigo 14, §7º, da Constituição Federal²²¹.

Portanto, os efeitos jurídicos estão presentes socialmente e devem, paulatinamente, da mesma forma constarem nos diversos gabinetes espalhados no cenário nacional.

²¹⁹ Julgados recentes: STJ. 5ª Turma. HC nº. 137719/MG. Relatora: Ministra Laurita Vaz. J. 16/12/2010; DJe. 07/02/2011; STJ. 6ª Turma. HC nº. 158968/RJ. Relator: Ministro. O. G. Fernandes. J. 17/03/2011; DJe. 15/06/2011; STJ. 5ª Turma. REsp. nº. 1060166/DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. J. 06/04/2010; DJe. 26/04/2010.

²²⁰ TSE. Respe nº 54101-03.2008.6.18.0032/Pl. Relator: Ministro Arnaldo Versiani. Decisão em 15/02/2011. O Tribunal decidiu, por maioria, nos termos do voto do relator, em não conhecer o recurso especial interposto por Carlos Augusto Leal Pinheiro, atual prefeito de Pau D'Arco do Piauí – Piauí, mas “filho de criação” do ex-prefeito. Vê-se, portanto, que os efeitos jurídicos dessa filiação são diversos e os interessados estão nas portas do Judiciário.

²²¹ “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.”

Embora não seja recente, o tema é tímido, mas a discussão é necessária e deve ser intensificada, vez que se tem a certeza de que “não é o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”²²².

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que toda paternidade é afim, podendo ser de origem genética ou não, a depender da ocasião. Ele vai além, ao aduzir que a “paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.”²²³

Vale, nesta fase final do trabalho, rememorar os dizeres do professor Luiz Edson Fachin:

“Apresentando-se no universo dos fatos, à posse de estado de filho liga-se a finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade”²²⁴.

Partindo do já exposto, a preocupação do trabalho gira em torno da observância de dados jurisprudências dos mais diversos Tribunais, por meio das quais se verificou a pouca incidência de demandas que versem sobre os efeitos jurídicos das relações socioafetivas, sobretudo quanto às filiações fundada no afeto. Tomando-se por base a significativa presença numérica das famílias reconstituídas²²⁵, bem como os novos paradigmas que regem o direito civil, constata-se que o vínculo socioafetivo é pouco expressivo aos olhos dos aplicadores do direito, em clara incongruência com os valores jurídicos.

Em outras palavras, pelos novos princípios que regem os direitos das famílias, é possível constatar que a paternidade socioafetiva produz efeitos jurídicos que não são assegurados pelo ordenamento, tampouco se constata a expressividade jurisprudencial, embora o afeto signifique o fundamento das entidades que podem ser encontradas em milhões de lares brasileiros.

²²² FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992. p. 25.

²²³ *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM. p. 13.

²²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996. p. 70. Tal afirmação vai de encontro com o tema proposto porque, como se verá a seguir, aproximação da realidade com a norma jurídica, vez que o legislador se omitiu nesse ponto.

²²⁵ Como demonstrado anteriormente, existem milhões de famílias cujos integrantes são enteados, enteadas, padrastos e madrastas.

CONCLUSÃO

Este trabalho, antes de intentar o exaurimento do tema, ao reverso, pretende estimular o exercício reflexivo sobre esta evidente disparidade que surge quando se compara a posição central do afeto no modelo social e seu estigmatizado lugar no modelo legal. Este não reflete aquele.

Com a superação dos paradigmas clássicos e a chegada dos novos preceitos do direito civil – repersonalização, descodificação e constitucionalização, principalmente – criou-se um novo cenário para o direito de família e, especialmente no âmbito das relações entre pai e filho. Contemporaneamente, o escopo é aplicar a igualdade entre todas as entidades familiares e entre todos os seus membros, independentemente da origem de suas relações. Não existem, ao contrário do sistema anterior, adjectivações quanto aos membros dos modelos familiares.

No âmbito das filiações tem-se, majoritariamente, a superação do determinismo biológico e a chegada da posse de estado de filho que paulatinamente ganha mais espaço. Não são os laços genéticos, exclusivamente, que definem quem é o pai de determinada criança, mas, sim, a cumulação entre o sangue e o afeto e na impossibilidade da presença de ambos, preza-se pela irrevogabilidade da filiação socioafetiva quando a partir dela são encontrados indícios fáticos suficientes para reconhecer o afeto – como, por exemplo, o tratado, a fama e o nome.

Portanto, nessa concepção axiológica e eudemonista da família, entendida como plural e repersonalizada, surge o afeto como elemento essencial. Afinal, falar em família é, contemporaneamente, falar em afetividade – pois inegável que ambas “estão indissociavelmente imbricadas”²²⁶.

Diversas são as relações paterno-filiais fundadas no afeto, como a adoção, a reprodução humana assistida heteróloga, adoção à brasileira e adoção de fato. Esta, comumente é encontrada nas famílias reconstituídas e tem sua essência criada pelas relações fáticas fundadas no afeto produzido pela convivência, por exemplo. A adoção fática é a encontrada em milhões de lares brasileiros, contudo, juridicamente está à margem do sistema, já que são poucos os julgados que tratam dela.

²²⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. *Famílias: Afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos*. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo [Organizadores]. *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 266.

Os laços criados ao longo da vivência são importantes e merecem tutela, vez que produzem os mais diversos efeitos sociais – autoridade parental, guarda, visitas, alimentos, direito ao nome, dentre outros. Pugna-se, somente, pelo tratamento paritário entre as entidades familiares e entre seus membros, consoante a Carta de 1988, que ainda não bateu às portas da filiação socioafetiva.

O intuito é demonstrar que a incompatibilidade não coaduna com o contexto valorativo pelo qual passam atualmente as famílias são fundadas e mantidas pelas relações harmoniosas encontradas em seu interior, conforme se evidenciou ao longo das linhas passadas. Resumindo, é a vontade de ter uma relação familiar que mantém as famílias atualmente.

Assim, embora o sistema garanta a igualdade entre todas as entidades familiares e filiações, o que se vê é que aqueles que possuem suas relações parentais permeadas pelo afeto estão esquecidos pelos operadores do direito quando comparados com os demais casos (biológica e jurídica).

Todavia, o presente estudo não tem o objetivo de proporcionar o exaurimento e a solução que irá transformar a filiação fundada no afeto, até porque o direito sempre percorreu seus caminhos a passos lentos. O que se pretende é incentivar o debate para, ao menos, apontar algumas direções e possibilidades para a inevitável caminhada jurídica que a paternidade socioafetiva necessita.

Faz-se, por fim, “a construção de uma permanente interrogação que almeja, sempre, saber **para que serve e a quem serve o direito**”²²⁷.

²²⁷ FACHIN, Luiz Edson. *O assentamento do Direito Civil na gênese da contemporaneidade sulcada*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo II: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 15.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636 do CC/2002*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenador). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2004.

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2003

_____. *Investigação de Paternidade e DNA: Aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

_____. *Paternidade biológica, socioafetiva, investigação de paternidade e DNA*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002.

BARBOZA, Heloísa Helena. *Efeitos jurídicos do Parentesco Socioafetivo*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano XI – N°. 9. Abril-Maio 2009.

BRUNO, Denise Duarte. *Posse de estado de filho*. In *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002.

CARBONERA, Silvana. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In *Repensando o direito de família*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

CALDERON, Ricardo Lucas. *Famílias: Afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos*. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo [Organizadores]. *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2011

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo)*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos e outros

[Organizadores]. *Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar. 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 8ª edição. 2011

FACHIN, Luiz Edson. *A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

_____. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

_____. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

_____. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

_____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris. 1992.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. *O assentamento do Direito Civil na gênese da contemporaneidade sulcada*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo II: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009.

_____. *Palavras menores abandonadas*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e dignidade humana*. São Paulo: IOB Thomson. 2006.

_____. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar. 2008.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª Edição, revista e atualizada. 2003.

FACHIN, Luiz Edson e MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Subsídios solidários: filiação socioafetiva e alimentos*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil contemporâneo II: Anais do projeto Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang [Organizador]. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3ª Edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey. IBDFAM. 2002.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. *A filiação adotiva na família contemporânea brasileira e a construção da afetividade*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo: Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2007.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense. 12ª Edição. 2000.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição revista e atualizada. 2009

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: < <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf> >. Acesso em 10/11/2012.

_____. *A repersonalização das relações de família. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: SÍNTESE. IBDFAM. v. 6. n. 24. Abril – Junho. 2004.*

_____. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.*

_____. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. v. 3. n. 12. Janeiro-Março 2002.*

_____. *Direito Civil – Famílias. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2012.*

_____. *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº. 301/STJ. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB Thomson. 2006.*

_____. *Princípio jurídico da afetividade na filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.*

_____. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano X – Nº 5. Agosto-Setembro 2008. Belo Horizonte: IBDFAM.*

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense. 4ª Edição. 2011.*

MATOS, Ana Carla Harmatiuk *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.*

_____. *Filiação e homossexualidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coordenador]. Família e dignidade humana. São Paulo: IOB Thomson. 2006.*

_____. "Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=70>. Acesso em 10/07/2012

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito de Família: Volume III: Parentesco*. 3ª Edição, inteiramente refundada e aumentada. São Paulo: Max. Limonad, 1947.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf> >. Acesso em 28/09/2012.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora. 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª Edição, atualizada. Curitiba: Juruá. 2003.

_____. *Direito de família: direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1990.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume V: Direito de Família*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva. 2012. 2ª Edição.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2ª Edição. 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ. 2011.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 10ª Edição revista, atualizada e ampliada; 3ª tiragem. 2011.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro - São Paulo – Recife: Renovar. 2004.

_____. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. Disponível em: < <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca2.pdf> > Acesso em 20/11/2012.

VILLELA, João Baptista. *Família hoje*. In: BARRETO, Vicente [Organizador]. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

VIZEU, Breezy; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. *O papel do afeto na formação das estruturas familiares brasileiras: um estudo das famílias*. In: FACHIN, Luiz Edson e outros [Coordenadores]. *Apontamentos críticos para o Direito Civil contemporâneo II: Anais do projeto Virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá. 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SITES UTILIZADOS

< <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1139427-em-decisao-inedita-justica-inclui-nome-de-madrasta-em-certidao-sem-excluir-o-da-mae.shtml> > Acesso em 19.10.2012.

< <http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf> >. Acesso em 10/11/2012.

< <http://www.direitoparatodos.com/concedida-guarda-de-crianca-para-padrasto/> > Acesso em 18/07/2012.

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf> >. Acesso em 28/09/2012.

< <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca2.pdf> > Acesso em 20/11/2012.

< <http://www.ibdfam.org.br> > Acesso em 10/07/2012.

< <http://www.ibge.gov.br> > Acesso em 15/07/2012.

< <http://www.tjmg.jus.br/> > Acesso em 27/11/2012.

< <http://www.tjpr.jus.br/> > Acesso em 27/11/2012.

< www.tjrs.jus.br/ > Acesso em 27/11/2012.

< <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 10.10.2012.

< www.stj.gov.br/ > Acesso em 27/11/2012.

< http://veja.abril.com.br/160102/p_088.html >. Acesso em 17/10/2012.