

AS NOVAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA: O VALOR JURÍDICO DO AFETO, A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM ASCENSÃO.

Marcella Ferraz Fernandes¹

Dallia Simonelli Alexandre de Paiva²

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a análise da afetividade como princípio fundamental implícito na Constituição Federal que, em virtude das transformações, assumiu papel indispensável na estruturação familiar. Nesse contexto serão abordados os aspectos inovadores da família brasileira, sobretudo as minúcias da paternidade socioafetiva, tema altamente relevante e de extrema importância para o contexto familiar contemporâneo.

Palavras-chave: Novos arranjos familiares. Constituição Federal. Paternidade socioafetiva.

ABSTRACT

The present study aims the analysis of affectivity as a tacit fundamental principle in the Brazilian Federal Constitution which, because of the social changes, took vital role in family structure. In this context the innovative aspects of the Brazilian family will be addressed, especially the details of affective paternity, highly relevant and extremely important theme for modern family life.

Key-words: New family arrangements. Brazilian Constitution. Socio-affective paternity.

1 INTRODUÇÃO

É indiscutível que o direito atua como fator essencial ao desenvolvimento e organização de uma sociedade e embora exista o dever do Estado em regulamentar as relações pessoais, não há como suprimir e desrespeitar a liberdade individual e o livre arbítrio dos cidadãos. Portanto, o ordenamento jurídico tem como tarefa precípua tutelar a pessoa humana e seus relacionamentos de acordo com a realidade vigente.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: marcellaferraz@hotmail.com.

² Orientadora: Dallia Simonelli Alexandre de Paiva. Professora do Quadro Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Email: dalliasimonelli2@gmail.com.

Com o decurso do tempo e as mudanças sociais, políticas e culturais, houve uma modificação do conceito de família, na qual a família tradicional e meramente matrimonial tornou-se coadjuvante de uma realidade firmada cada dia mais no afeto, ocasionando, inevitavelmente, as transformações nas relações pessoais.

Essas mudanças ocorreram de forma gradativa, mas foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 e seus princípios norteadores os principais responsáveis por esse panorama. Assim, o direito de família atual está intimamente conectado à afetividade, sendo dispensável a imposição da lei ou o próprio vínculo genético, pois a busca incessante é para que os membros dessas novas famílias se desenvolvam e sejam felizes.

Diante disso, o presente artigo abordará a história da família brasileira, do modelo matrimonial até os dias atuais, colocando como objeto central a paternidade socioafetiva e o afeto como valor jurídico indispensável à realidade familiar em vigor.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

Com a evolução social e jurídica e as consequentes modificações socioeconômicas, o ser humano altera seus hábitos, adquire novos costumes e, cada vez mais, se olvida dos conceitos oriundos de antigas civilizações.

Dentre tantas mudanças, as entidades familiares foram, indubitavelmente, as que mais se desenvolveram, muito disso, reflexo da globalização e dos meios de comunicação em massa. Faz-se mister delinear traços importantes da evolução histórica das famílias, de modo a compreender a estrutura familiar contemporânea.

Antigamente, os traços históricos revelavam um grupo familiar que não se limitava às relações afetivas individuais, uma vez que as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo e, em consequência disso, a prole tinha mãe conhecida, porém, havia evidente desconhecimento da paternidade biológica. Esse contexto refletiu diretamente para que se formasse uma família com caráter matriarcal, já que a mãe era a única responsável pela criação da criança.

Em Roma, o poder do pai – *pater* – exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos era quase absoluto. Nesse contexto, destaca-se o caráter patriarcal dessas entidades familiares, evidenciado pelo culto religioso – sempre comandado pelo *pater*. A ele também eram designadas as funções de chefe político, sacerdote e juiz, além de todo o poder sobre o

patrimônio familiar. Gradativamente, a família romana foi evoluindo de modo a restringir a autoridade do *pater*, conferindo autonomia maior aos filhos e à mulher.

Embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência durante a Idade Média, o Direito Canônico passou a reger grande parte das relações familiares, reconhecendo o matrimônio como sacramento e a impossibilidade de dissolução do vínculo, salvo em relação aos infiéis.

A família foi evoluindo paulatinamente ao longo dos séculos, sobretudo com a industrialização e a inserção da mulher no mercado de trabalho. E em conexão a esse novo panorama social, no século XX, a maioria das legislações passa a reconhecer direitos iguais aos homens e mulheres.

Nota-se que os avanços sociais foram de fundamental importância para as evoluções ocorridas no âmbito familiar. As mulheres passam a trabalhar fora de seus lares, os direitos e deveres entre os sexos passam a ser equiparados e a família passa a construir laços afetivos importantes, deixando de lado o caráter patriarcal e matrimonial dessas relações.

2.1 A Família sob a ótica da Constituição Federal de 1988

No Brasil Colonial as famílias brasileiras eram amplas e englobavam desde o casal e seus filhos até os escravos. A grande quantidade de pessoas residindo sob o mesmo teto impediu o estreitamento das relações afetivas. A prevalência da figura do pai sobre os demais membros da família impedia a aproximação do chefe de família com seus filhos e esposa.

No início da Idade Moderna, o capitalismo se desenvolveu em escala mundial em virtude das descobertas marítimas, embora o trabalho escravo tivesse sido mantido nas colônias. Com o advento da Revolução Industrial e as revoluções burguesas, o trabalho escravo foi minimizado, praticamente deixando de existir. Nesse contexto surge o trabalho assalariado e livre, que promoveu transformações significantes no mercado de trabalho, na sociedade e, consequentemente, nas famílias.

A industrialização foi a grande responsável pela inserção da mulher no mercado de trabalho, reduzindo significativamente o tamanho das famílias, que passaram a ser formadas basicamente por pais e filhos. Essa proximidade foi fundamental para a valorização do afeto entre eles. Além dos avanços tecnológicos e culturais, a industrialização modificou os costumes, a forma de viver e propiciou o surgimento de famílias diferentes das já existentes.

Foi nesse contexto de mudanças e avanços sociais que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada. Assim sendo, a Carta Magna teve como papel primordial reunificar o sistema jurídico, oxigenando todos os ramos do direito com seus princípios norteadores.

Indubitavelmente, a Constituição Brasileira de 1988 reformulou os conceitos do Direito Civil, reorganizando, como consequência, os pilares sustentadores do direito de família, que foi colocado no centro do ordenamento jurídico. Dentre tantas nuances e inovações, a legislação constitucional modificou a filiação, tratando os filhos sem qualquer distinção, igualou os direitos entre homens e mulheres, além de ter conferido efeitos jurídicos aos modelos familiares diferentes do matrimonial.

A admissão da pluralidade de modelos de família ressalta a atenção do constituinte com o amor, a felicidade e o bem-estar de todos os membros que a integram. Evidencia-se também que o foco protetivo do Estado deixa de ser a instituição familiar e passa a ser a pessoa – a família constitucionalizada se revela uma família-instrumento. Nesse sentido, Carvalho (2012, p.47) destaca:

Essa função instrumental, “função serviente” da família, de promover o desenvolvimento da personalidade, o bem estar, a dignidade das pessoas que a integram, está atrelada ao princípio democrático, pois, segundo Pietro Perlingieri, “ela traduz, em geral, a necessidade de que seja respeitado o valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar. Isso não é um motivo de Estado, nem ‘de família’, isto é, por uma razão superior ao interesse das partes, mas porque a comunidade familiar deve inspirar-se, como qualquer formação social, no princípio de democracia”.

E enquanto cumpridora da sua função serviente, a família faz jus a proteção estatal que lhe é conferida. Segundo Rosendal (2010, p. 10-11) “a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e chegada a tutela da pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem sobre o pretexto de garantir a proteção à família”.

3 ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA FAMÍLIA NO BRASIL

A família é a base da sociedade e por isso, merece proteção especial por parte do Estado. É considerada a estrutura dos indivíduos e o local no qual ele desenvolve seus valores, anseios e caráter.

A Constituição Federal de 1988 trouxe novas roupagens ao conceito da família, adaptando os paradigmas pretéritos para a realidade jurídica em vigor. As relações privadas que antes possuíam caráter patrimonialista, passam a ser revestidos de caráter humano, valorizando o ser em detrimento do ter.

Diante de tantas mudanças oriundas da Carta Magna, é impossível dissociar das novas concepções do Direito de Família o afeto e a busca pela felicidade, que, por sua vez, estão intrinsecamente ligados aos princípios constitucionais que serão a seguir elencados.

3.1.1 Princípios Constitucionais do Direito de Família

De modo a facilitar a compreensão dos princípios constitucionais, faz-se necessário traçar um breve paralelo entre eles e os princípios gerais do direito. Enquanto esses são utilizados para suprir eventuais lacunas da lei, àqueles são o ponto de partida de todo o ordenamento jurídico e por isso, considerados como regras-mestres.

Os princípios constitucionais possuem força vinculante e se difundem por toda a legislação, tornando sua observância necessária em toda e qualquer situação, sob pena de invalidade por vício de inconstitucionalidade.

Demonstrando a funcionalidade e importância dos princípios, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem enriquecendo seus julgados usando-os. Neste sentido, Maria Berenice Dias (2013, p.60) afirma:

Os princípios constitucionais – considerados leis das leis – deixaram de ser apenas orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. Agora, na expressão de Paulo Lôbo, são conformadores da lei. Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispondo exclusivamente de força supletiva.

Foram os princípios constitucionais que confeririam ao Direito de Família uma releitura de suas normas, reciclando-as, tornando-as atuais aos acontecimentos cotidianos e avanços sociais, dentre os quais merecem destaque:

3.1.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Erigido como pilar sustentador de todo o sistema positivado, o princípio da dignidade humana está estabelecido em nossa Carta Magna, no artigo 1º, inciso III. De importância salutar para o desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio, recebe especial atenção por parte dos doutrinadores que buscam incessantemente defini-lo. Sarlet (2001, p. 60) conceitua:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para Berenice Dias (2013, p. 65) a dignidade humana "é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos". E complementa afirmando que é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão.

As normas que antes defendiam o patrimônio passam a tutelar os interesses das pessoas, bem como sua dignidade. No contexto das relações familiares, pode-se dizer que o princípio da dignidade humana é a base para que exista uma boa convivência entre todos os membros da família.

Para muitos doutrinadores esse princípio envolve direitos e valores que devem ser reconhecidos à pessoa humana de modo a garantir sua integridade física, psíquica, moral e intelectual, além de permitir o desenvolvimento de sua personalidade e caráter.

3.1.1.2 Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade social prevista na Carta Magna em seu artigo 3º, inciso I repercutiu diretamente nas relações familiares, já que a busca por uma sociedade solidária, livre e justa só será alcançada se as famílias forem igualmente caracterizadas.

Nesse diapasão, Dias (2013, p. 69) explica:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe quando coexiste.

3.1.1.3 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e Companheiros

A igualdade nos remete à frase célebre de Rui Barbosa afirmando que tratar os iguais com desigualdade ou a desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante de desigualdade (DIAS, 2007, p. 62).

A equiparação entre homens e mulheres no que diz respeito a direitos e obrigações foi consagrada no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal. O atual Código Civil também recepcionou o princípio da igualdade na esfera familiar, em seu artigo 1.511 afirmando que “o casamento estabelece comunhão plena da vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Aplicando o princípio supracitado, Diniz (2008, p.19) ensina:

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre os conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Percebe-se, por fim, a importância da igualdade para a evolução dos conceitos inerentes as relações familiares. A partir do momento em que os cônjuges e companheiros são tratados de forma equiparada tanto em direitos quanto em obrigações, aflora-se a relação de companheirismo e afeto, que são os pilares de uma convivência familiar saudável.

3.1.1.4 Princípio da Igualdade Jurídica dos Filhos

Decorrente do princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade jurídica dos filhos está previsto na Carta Magna, em seu artigo 227, § 6º, os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas

quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Retratando a proteção conferida por esse princípio, Diniz (2008, p. 27) assegura:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.

Portanto, é garantido pela legislação que os filhos sejam tratados igualmente, independentemente se são ou não advindos da relação matrimonial, reforçando a importância do afeto nas relações familiares.

3.1.1.5 Princípio da Proteção Integral a Crianças, Adolescentes, Jovens e Idosos

Em seu artigo 227, a Carta Constitucional assegura as crianças e adolescentes 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 mantê-los protegidos de qualquer tipo de negligência, opressão, violência ou crueldade.

O formato encontrado para permitir que as crianças e adolescentes tenham seus direitos e garantias efetivados, assim como preceitua nossa Carta Magna, é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Maria Berenice Dias (2007, p. 65-66) sintetiza:

Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção das crianças no seio da família natural. Porém, às vezes, melhor atende aos interesses do infante a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a necessidade de intervenção do Estado, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas. De qualquer modo, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.

Além de proteger as crianças, adolescentes e jovens, a Constituição Federal confere proteção especial também aos idosos, defendendo sua dignidade e bem-estar, garantindo o direito à vida.

3.1.1.6 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade é um dos principais avanços reconhecidos no atual panorama do direito de família e está intrinsecamente ligado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O vínculo afetivo e o seu respectivo reconhecimento pelo direito de família propiciou o surgimento de novas entidades familiares, que serão mais a frente abordadas.

Paulo Lôbo (2012, p.69) explica:

O princípio da afetividade especializada, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I) e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.

Nesse sentido, as mais diversas entidades familiares foram reconhecidas e os parentescos deixaram de ser vinculados somente ao laço biológico, sendo, a partir de então, o laço afetivo tão importante quanto. Lôbo (2012, p.71) complementa:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

A solidificação da afetividade nas relações é um forte indício de que o meio jurídico não pode tratar com indiferença esse ponto tão importante dos relacionamentos. Apesar de não estar explícito na CF/88, pode-se afirmar que a afetividade é oriunda da força construtiva dos fatos sociais e, em virtude disso, tornou-se explícito na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil de 2002.

É importante destacar que o princípio da afetividade não possui sentido rígido, determinado ou definido, devendo ser averiguado em situações concretas, específicas. Pouco mais a diante a afetividade e o afeto nas relações serão abordados em seus detalhes pertinentes.

3.2 Legislação Infraconstitucional

Os princípios constitucionais trouxeram uma nova realidade à ordem jurídica, sobretudo no âmbito das relações familiares. Com a Constituição e, posteriormente, com as leis infraconstitucionais, a afetividade assumiu maior relevância. A interação entre o Direito e outras áreas permitiu à justiça uma liberdade maior em suas decisões, trazendo para o mundo jurídico os costumes, os aspectos psicológicos, morais e éticos.

Serão analisados o Código Civil vigente e o Estatuto da Criança e do Adolescente à luz das mudanças proporcionadas às relações familiares e, principalmente, a afetividade.

3.2.1 Código Civil de 2002

O atual Código Civil (CC) passou a vigorar em 2003, porém, com muitas defasagens em relação à sociedade, vez que o projeto original era datado de 1975 – sendo, inclusive, anterior à Lei do Divórcio, que é de 1977. Por essa razão, inúmeros civilistas argumentaram que o Código Civil já havia “nascido velho”.

Apesar disso, nasceu em um cenário no qual as tendências do direito de família se interligam com a humanização das leis constitucionais, trazendo por consequência natural à valorização do afeto. Nesse diapasão, é salutar a transcrição das palavras de Oliveira (Dias, 2009, p.31):

O código civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Incorporou as mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa, apesar de ter preservado a estrutura do código anterior. Mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados, ou seja, operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional.

Mesmo com as críticas existentes ao texto infraconstitucional, faz-se necessário ressaltar que o direito de família avançou significativamente em muitos aspectos, sobretudo no que diz respeito à repersonalização do direito civil, que colocou o ser humano no topo do ordenamento jurídico, a partir do respeito a sua dignidade.

3.2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

A Lei nº. 8.069/90 surgiu inspirada na consciência de que as crianças e os adolescentes, em virtude da sua falta de maturidade, eram merecedores de proteção e cuidados especiais que visassem tutelar seus interesses jurídicos.

Entra em cena a Doutrina da Proteção Integral, que já havia sido estabelecida pela CF/88 em seu artigo 227, mas somente através do Estatuto foi regulamentada. Através dela, são chamados à responsabilidade todos aqueles que integram o Estado (família, sociedade e poder público) para assegurarem o efetivo alcance dos direitos considerados fundamentais, além daqueles intrínsecos à pessoa humana.

O Poder Familiar, antes denominado de “pátrio poder” também sofreu alterações, adotando um caráter mais protetivo, reconhecendo a vulnerabilidade dos menores. Analisando não só o lado biológico, e sim o melhor desenvolvimento e felicidade das crianças e adolescentes, o ECA defendeu a permanência do menor com sua família natural sempre que for possível, além de ter regulamentado os aspectos da família substituta.

Em suma, o Estatuto em questão possibilitou uma realidade infinitamente mais humana às crianças e adolescentes, tornando-os “donos” de direitos tutelados pelo Estado. Para essa legislação infraconstitucional, o que realmente importa é o desenvolvimento sadio e o respeito à dignidade da pessoa.

4 CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA

Como é sabido, o direito de família sofreu inúmeras mutações no decorrer dos séculos, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988, que a tornou cada vez mais pautada no princípio da dignidade humana, refletindo diretamente na personificação dos direitos civis.

A família passa a considerar algo além do fator biológico: o afeto. A entidade familiar deixa de ser constituída exclusivamente através do matrimônio, ampliando significativamente o conceito da família contemporânea.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2013, p.39) é categórica:

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercado de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetiva permite reconhecer que seu conceito se pluralizou. Daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a

albergar todas as suas conformações. Expressões como famílias marginais, informais, extramatrimoniais não mais servem, pois trazem um ranço discriminatório.

Diante desse novo quadro na realidade familiar, é salutar conhecer as nuances e características dos diversos arranjos familiares, de modo a identificar nessas novas relações o afeto e os princípios constitucionais já abordados.

4.1 Espécies de Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O afeto elevado ao maior grau de importância nas entidades familiares fez nascer uma série de estruturas que não existiam anteriormente, mas que merecem a tutela do Estado e por esse motivo serão a seguir analisadas.

4.1.1 Matrimonial

Com o objetivo de manter a ordem social, o Estado e a Igreja estabeleceram que o casamento entre homem e mulher era sacramento indissolúvel, baseado na máxima cresci e multiplicai-vos. A característica peculiar dessa espécie de família era a função reprodutiva.

Essa exigência social estava intimamente ligada aos dogmas religioso-cristãos que considerava o casamento um sacramento eterno, e contribuía, para que muitos casamentos infelizes perdurassem por longos anos para que o homem mantivesse seu prestígio social; e para que a mulher honrasse a promessa realizada no altar e os ensinamentos que lhe acompanhavam desde a infância: permanecer a qualquer custo, casada.

Durante longos anos, a família matriarcal era a única reconhecida, tanto pela sociedade quanto pelo mundo jurídico, que arraigou nas origens da família as características do matrimônio e da predominância da figura masculina na relação familiar. Nota-se que essa família era totalmente desvinculada do afeto e do amor entre os membros que a formavam; o que predominava entre eles era o compromisso em manter a família estruturada, de modo a atender os padrões em vigor na sociedade da época.

4.1.2 Monoparental

A família monoparental é aquela constituída por qualquer um dos pais e seus descendentes, vigorando o vínculo de parentesco de ascendência e descendência. Em seu artigo 226, § 4º, a Constituição Federal reconheceu-a expressamente:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Essas entidades familiares são resultados do divórcio, viuvez, extinção das uniões, além da adoção por pessoas solteiras.

4.1.3 Parental ou Anaparental

Apesar de ter abrangido significativamente o conceito de família, a Carta Magna não foi capaz de relacionar todas as conformações, uma vez que a sociedade sofre mutações bem mais rápidas que a nossa legislação.

Como as famílias não são mais pautadas na verticalidade do parentesco, a convivência entre parentes ou pessoas, mesmo que sem qualquer vínculo biológico, convivendo durante longos anos, por exemplo, configuram, indubitavelmente, uma entidade familiar, que foi denominada pelos doutrinadores de família anaparental.

4.1.4 Pluriparental, Composta ou Mosaico

A família moderna é a síntese do divórcio, das desuniões e é justamente isso que faz nascer a família mosaico: aquela que se desenvolve a partir dos múltiplos vínculos. São entidades familiares que se formam com um novo casamento, quando os cônjuges já vieram de uma união regressa, muitas vezes trazendo para a nova família filhos desses outros relacionamentos.

Espelho da realidade contemporânea, a família mosaico é, talvez, uma das mais vistas no cotidiano, uma vez que a taxa de divórcios no Brasil é crescente segundo pesquisas especializadas. O reconhecimento jurídico da união estável também constitui fator preponderante para esse tipo de família. Nesse diapasão, Dias (2013, p.56) afirma:

A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família-mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem. A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos, e, muitas vezes têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos...

No contexto dos múltiplos vínculos, evidencia-se a importância do afeto nas novas espécies de família. O casamento adquire caráter extremamente sentimental e tudo o que liga uma pessoa à outra é o sentimento existente entre elas.

4.1.5 Substituta

O Estatuto da Criança e do Adolescente assevera:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Em oposição à família natural, a família substituta é aquela na qual o menor ingressa sem que exista, obrigatoriamente, parentesco biológico entre eles. A colocação do menor em família substituta pode se dar através da tutela, guarda ou da adoção.

Apesar de haver preferência para a manutenção da criança ou adolescente junto à sua família natural, sabe-se que inexistindo condições dos genitores, optar-se-á pela família substituta, de modo a garantir os direitos fundamentais inerentes aos seres humanos, sobretudo, quando são menores.

4.1.6 Eudemonista

O *eudaimonismo* é uma palavra de origem grega que significa felicidade. Como o próprio nome induz, a doutrina eudemonista tem a felicidade como objetivo primordial da vida humana e era a posição adotada por todos os filósofos da Antiguidade. Como o próprio Aristóteles dizia “a felicidade é um princípio; é para alcançá-la que realizamos todos os outros atos; ela é exatamente o gênio de nossas motivações”.

Assim, a família eudemonista é aquela decorrente da convivência entre pessoas ligadas por laços afetivos, que se ajudam e se solidarizam entre si. Portanto, é a família que se identifica pela comunhão da vida, do dia-a-dia, na qual cada membro busca sua felicidade individual, gerando uma felicidade para todos. A maior representação dessa espécie de família está nas relações de amizade na qual os amigos dividem o mesmo lar, convivem diariamente, rateiam despesas, compartilham emoções. São pessoas que compartilham sua vida com outras e, em decorrência disso, desenvolvem laços afetivos, muitas vezes, maiores que o próprio laço sanguíneo.

Para Lôbo (2002, p.138) “a família é identificada pela comunhão de vida, de amor, e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca”.

4.1.7 Homoafetiva

Muito embora a Carta Magna não tenha conferido o reconhecimento das famílias homoafetiva, é inquestionável que qualquer relação familiar baseada no afeto merece a tutela do Estado, já que o princípio da dignidade humana é o que norteia o ordenamento jurídico e o direito familiar.

Defendendo a reavaliação da legislação brasileira diante da omissão das normas em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo, Guimarães *apud* Brito (2000, p. 52-53) assevera:

(...) entre princípios fundamentais que regem a sociedade brasileira, contida nos primeiros artigos da Constituição Federal, estão as normas que protegem a dignidade da pessoa humana, a busca de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da marginalização dos indivíduos e a promoção do bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse diapasão, é ponto pacífico que a união homoafetiva em nada difere das uniões estáveis heterossexuais. Felizmente essa postura já despontou na jurisprudência.

Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). O afeto como valor jurídico impregnado de natureza

constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Princípios de Yogyakarta (2006), direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito. A proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e improvido. (STF, RE 568129, Rel. Min. Celso de Mello, pub. 03/08/2011).

Como citado na ementa acima transcrita, o próprio STF, reconheceu que a união estável entre pessoas do mesmo sexo possui direitos e deveres iguais aos das uniões heterossexuais. Portanto, não restam dúvidas de que as relações constituem uma espécie de família, apesar de ainda serem alvos dos preconceitos de uma sociedade com resquícios essencialmente patriarcais.

5 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA COMO FONTE DE FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO

A evolução familiar e as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico em virtude disso foram exaustivamente elencadas. Surge, nesse contexto, uma nova concepção de família, nas suas múltiplas facetas e nos seus mais variados estilos, porém, em todas elas há um elemento-chave: o amor.

A família é a instituição responsável por promover a educação dos filhos, influenciando diretamente na construção do caráter, personalidade e, conseqüentemente, no comportamento dos mesmos na sociedade.

No seio familiar são transmitidos os valores éticos, morais e sociais que servirão de base para o processo de socialização da criança, bem como a perpetuação das tradições e costumes através das gerações.

Diante desse contexto, é indispensável que os pais estejam preparados emocionalmente para gerar e criar seus filhos, pois é através do exemplo deles que as crianças aprendem o real significado do amor. A afeição e o estreitamento das relações entre pais e

filhos devem acompanhar essa família desde o nascimento até quando estes tornarem-se adultos.

Essa responsabilidade de educar os filhos e lhes passar afeto, noções de ética, de caráter e personalidade são de ambos os pais. Diferentemente do matrimônio, a responsabilidade dos pais sempre existirá para com os filhos.

Sabe-se que, em muitos casos, em virtude dos divórcios, das desuniões e da constituição de novas famílias, um dos genitores deixa de cumprir seu papel de pai. É nesse aspecto que entra o afeto, em suas mais variadas modalidades. O afeto do filho que não convive com seu pai que constituiu nova família e não mais se faz presente. A relação de amor que se constrói entre um enteado e um padrasto. A afeição conquistada entre a criança e sua família substituta.

Tendo por base esse panorama, a partir de agora, serão abordados aspectos peculiares do afeto, bem como seu valor jurídico diante da realidade familiar moderna.

6 A FAMÍLIA E A JURISDIÇÃO DO AFETO: TRANSFORMAÇÃO EM VALOR JURÍDICO

Nessa era de valorização da pessoa humana, a liberdade e autenticidade estão em constante comunicação. A liberdade permite que os seres humanos façam suas escolhas pessoais sabendo que seus direitos estão efetivamente assegurados, sem formas ou qualquer rotulação, o que os permite viver relacionamentos autênticos.

O matrimônio deixou de ser pautado única e exclusivamente por interesses patrimoniais em consequência disso, casais passaram a se separar por reconhecerem a inexistência de afeto entre si. Nesse contexto formaram-se as novas espécies de famílias, sobretudo em função do vínculo sentimental existente.

A formação de novas famílias faz surgir à necessidade de um espaço adequado e propício para o desenvolvimento do afeto. E isso é evidente desde o momento em que o ser humano passou a ocupar a posição central do ordenamento jurídico, inserindo, naturalmente, novos elementos ao contexto jurídico, assim como ocorreu com o afeto. Pilar das relações familiares, sem o vínculo afetivo inúmeras famílias iriam à ruína. Óbvio que o afeto não é elemento isolado e indispensável às relações familiares. Assim como qualquer outro relacionamento que envolve o amor, as famílias devem manter os laços afetivos junto a outros elementos, como a consideração, o respeito, a fidelidade, o companheirismo, dentre outros.

Nesse diapasão, evidencia-se o afeto como principal fundamento das relações familiares em consequência da valorização da dignidade da pessoa humana. A passos largos, o direito caminha no sentido da desbiologização da paternidade, reconhecendo o vínculo afetivo em detrimento do biológico, fazendo nascer a parentalidade socioafetiva.

Exemplo verídico do tema em comento é o caso que ocorreu em 03 de abril de 2009, no qual foi anunciado através da TV do Tribunal Superior do Trabalho que no dia 27 de março do mesmo ano, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho concedeu a licença adotante de 90 dias para um servidor do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, em São Paulo, que é pai solteiro. Por maioria dos votos dos conselheiros ficou definido que a matéria teria caráter normativo, sendo, inclusive, estendida a todos os servidores da Justiça do Trabalho com situação equivalente. Tal decisão considerou, sobretudo, a isonomia entre homens e mulheres e o princípio do melhor interesse da criança, reforçando a necessidade de que o pai adotante necessitava de tempo para desenvolver os laços afetivos com a criança adotada.

Essa decisão confirmou a afetividade no cenário jurídico, abrangendo ramos diversos do direito, inclusive as esferas administrativas. Destarte, o mundo do direito foi impactado pela relevância dada ao afeto, que reconheceu a licença ao pai solteiro, de modo a permitir o desenvolvimento dos laços afetivos e a adaptação da criança ao novo lar. É notório que essas e outras decisões no mesmo sentido difundiram o afeto no plano jurídico.

O afeto em seu processo de juridicalização é elemento essencial ao novo direito de família. Oliveira (2002, p. 248) comenta:

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar. A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, e isto só será possível caso seus integrantes vivam apenas para si mesmo: cada um é o 'contribuinte' da felicidade de todos.

O Direito Civil traz a afetividade como um axioma, capaz de buscar a igualdade, respeitando as diferenças individuais e permitindo que cada membro da família construa e estruture sua própria personalidade. Passa a existir nesse contexto, uma rede de solidariedade construída, especialmente, para que haja o desenvolvimento da pessoa. O afeto, elemento externo capaz de integrar as normas do sistema jurídico, obteve tanto reconhecimento que

conquistou a autonomia e, em várias situações, assumiu posição decisiva nos julgamentos. Destaca Welter (2010, p. 91):

Afetividade não é só o direito de amar, de ser feliz, mas também o dever de compreender e estar com o outro, porquanto existir não é apenas estar no mundo, é também, inevitavelmente, estar com alguém, estar em família, rompendo com a individualidade e com os conceitos prévios (pré-conceitos, pré-juízos).

O processo que teve início na doutrina e foi prontamente constatado pelos cientistas jurídicos por meio do estudo das transformações sociais, ajudou a desenvolver a jurisprudência atual considerando, de fato, o afeto como valor jurídico.

7 A CONSTRUÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

7.1 As Vertentes da filiação: biológica, jurídica e socioafetiva.

A filiação nada mais é que a relação de parentesco estabelecida entre pais e filhos em linha reta, de primeiro grau, por consanguinidade ou outra origem. A relação entre pais e filhos pode ocorrer sob as vertentes biológica, jurídica ou socioafetiva. Sabe-se que no meio jurídico, as filiações biológicas e jurídicas já estão expressamente consagradas, porém, a afetiva é uma visão recente, desenvolvida pela doutrina e pela jurisprudência, sem qualquer previsão legal.

Em poucas palavras, a filiação biológica é aquela derivada do liame genético, como o próprio nome sugere. A jurídica é a determinada pelo ordenamento pátrio através das presunções e do reconhecimento, seja ele forçado ou voluntário. E a socioafetiva é a construída no cotidiano da convivência familiar, criando laços afetivos típicos do relacionamento entre pais e filhos.

É evidente que a filiação jamais poderá ser definida exclusivamente pela consanguinidade. Os laços afetivos preponderam sobre todo e qualquer fator biológico, pois são eles que permitem a estruturação de uma família, em seu sentido lato. Carbonera e Silva (*apud* CARVALHO, 2012, p. 109) descrevem essa filiação:

A filiação é uma relação construída, quotidianamente, e exige de seus membros um agir positivo, um comportamento qualificado pela existência

de um tratamento recíproco de pai e filho. Em outras palavras, trata-se da construção fática da posse de estado de filho, que representa a valorização da vertente afetiva da relação, e que transcende o sentido biológico que pode, ou não ter lhe dado outra origem. Contemporaneamente, o papel de pai é muito mais amplo, muito mais rico em detalhes do que o papel do genitor, visto que a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético.

Almeida (*apud* CARVALHO, 2012, p. 108) assevera que “ser filho é algo mais que ser geneticamente herdeiro de seu genitor, porquanto a figura paterna pode não ter contribuído biologicamente para o nascimento daquele que é seu filho, porém possibilitou que o vínculo fosse construído sobre outras bases, que não genéticas”. Daí a filiação socioafetiva considerar a posse de estado de filho como elemento caracterizador.

Ressaltados os aspectos que a filiação pode assumir diante da realidade familiar existente no mundo contemporâneo, ater-se-á às peculiaridades da filiação socioafetiva.

7.2 Peculiaridades da Filiação Socioafetiva

A consagração do afeto como valor jurídico diminuiu os entraves existentes entre as filiações biológica e afetiva. De forma protetiva e para manter o equilíbrio nas famílias, a verdade biológica assumiu papel de coadjuvante, uma vez que a relação entre pais e filhos se caracteriza muito mais pela ligação emocional e afetiva, do que pela simples compatibilidade de DNA.

O objetivo do Direito não é definir os liames e as características da filiação socioafetiva, pois isso ocasionaria a exclusão de novas relações que surgem diariamente na sociedade, mas sim, se adequar à realidade social. Não existem normas específicas e definidas acerca da filiação socioafetiva e sim, uma realidade que é construída junto às evoluções das famílias.

Na relação biológica entre os pais e seus filhos, a afetividade é presumida, podendo ou não ser manifestada, dependendo da relação existente entre eles. Na filiação socioafetiva não há o vínculo biológico, mas o afeto, que se consolida com o tempo, é o pilar sustentador desse tipo de filiação. Por esse motivo a posse do estado de filho é utilizada como parâmetro para constatação da existência da filiação baseada no afeto.

Feitas essas considerações acerca do amplo entendimento jurídico da filiação socioafetiva, faz-se necessário pontuar e discorrer acerca da posse do estado de filho, que, como já citado, é imprescindível para a caracterização e reconhecimento de tal filiação.

7.3 Posse de Estado de Filho

A idéia de posse de estado de filho, herança do Direito Romano, não se consolida com o nascimento, mas em um ato de vontade, baseado exclusivamente nos laços afetivos e na convivência entre as pessoas. É um laço que se desenvolve com o tempo e que, em muitos casos, se torna infinitamente mais intenso do que a relação entre pais e filhos possuidores de vínculo biológico.

A posse do estado de filho está intrinsecamente ligada à aparência. Aquilo que parece verdade e que o Direito não poderia deixar de observar e, por conseguinte, tutelar. Por esse motivo, nada mais justo que a condição de filho tenha como base o amor e o sentimento verdadeiro e desinteressado, sendo, inclusive, mais importante que o fator biológico, ratificando o valor jurídico do afeto.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro um conceito seguro e definido acerca da posse de estado de filho, tampouco os elementos enumerados que o compõe. Para que se possa apreciar o maior número de relações e as mais diversas acepções das relações familiares e nas novas formas de filiação, é indispensável que haja maleabilidade em sua definição.

Mesmo diante da fluidez do conceito da posse de estado de filho, existem elementos que a doutrina julgou como essenciais para sua caracterização. São eles: nome, tratamento e fama e, como consequência, o decurso do tempo. Diante dessa realidade, o papel do julgador é cada vez mais importante, pois caberá a ele, a análise do caso concreto, considerando, principalmente, o melhor interesse da criança.

Citadas as noções preliminares acerca do tema, faz-se necessário elencar e explorar os elementos clássicos de identificação da posse de estado de filho, ressaltando suas características.

7.3.1 Identificação da Posse do Estado de Filho

Citado anteriormente, para que haja o reconhecimento da posse de estado de filho, os estudiosos consideram como essenciais: o nome (*nominatio*), a fama (*reputatio*) e o tratamento (*tractatus*). Essa filiação se caracteriza quando as pessoas que compõem essa relação se comportam como se fossem pai/mãe e filho, independentemente da idade e se o filho é ou não menor.

O que se tem nessa relação é um pai ou mãe e um filho, que constroem laços afetivos profundos e desenvolvem carinho, respeito e admiração mútuos. Relevando os elementos essenciais da posse do estado de filho, Luiz Edson Fachin ressalta que “o ordenamento jurídico se abre para acolher a verdade oriunda do afeto e do amor”.

Portanto, é evidente que essa realidade constituída com base na afeição recíproca propicia uma proteção importante à pessoa, seja ela criança, jovem ou adulto, gerando um bem estar em todos os aspectos emocionais e psíquicos, pois não existe nada que se compare ao fato de “escolher” alguém para ser seu pai. O coração escolhe livremente e ama desinteressadamente, mas a relação entre essas pessoas é um vínculo construído e conquistado no dia-a-dia, nas adversidades, no apoio, na educação, no gesto de amor.

Resumidamente, Fachin expõe que por posse de estado de filho, entende-se a reunião dos três elementos essenciais: “a *nominatio*, que implica na utilização pelo suposto filho do patronímico, a *tractatio*, que se revela no tratamento a ele deferido como pai, assegurando-lhe manutenção, educação e instrução, e a *reputatio*, representando a fama ou notoriedade social de tal filiação”, que abaixo serão explicados.

A *nominatio*, como visto, nada mais é que o sobrenome dos pais que é utilizado pelo filho, indicando que tal pessoa pertence a uma família respectiva. Além do nome próprio, personalíssimo de cada ser humano, existe a identidade patronímica, que reflete a história e os antecedentes de cada família e traduz a inserção de certa pessoa ao núcleo familiar determinado.

Diante da vital importância do sobrenome para a pessoa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) compreendeu ser favorável a adição do sobrenome dos pais de criação, não suprimindo os dos pais biológicos, gerando a multiparentalidade. Nada mais justo que assim seja, pois um dos objetivos primordiais do direito é tutelar as relações e obrigações indispensáveis ao ser humano, e com essa interpretação, a jurisprudência atinge a realidade vivida pela pessoa, aperfeiçoando e reforçando a posse do estado de filho.

EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família – Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes – A formação da família moderna não-consaguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da

solidariedade. Recurso provido. (Apelação Cível – Processo nº. 0006422-26.2011.8.26.0286 – Juiz Cássio Henrique Dolce de Faria).

O *tractatus* significa o tratamento peculiar existente entre pai e filho, ou seja, a relação de amor, zelo e cuidado que um tem pelo outro. Esse elemento possui duas vertentes: o aspecto material, que representa o dever de sustento dos pais aos filhos e a assistência imaterial, que reflete o direito que os filhos possuem em gozar do afeto e amor de seus pais.

O último quesito para complementar a tríade da posse do estado de filho é a fama, que demonstra o reconhecimento do filho de certa pessoa pela sociedade. Nada mais é que o sentimento externado, publicamente conhecido perante os outros.

Organizando em uma escada valorativa, o nome seria o elemento dispensável para a determinação da posse de estado de filho, já que existem inúmeros casos em que os filhos não possuem, por motivos diversos, os nomes de seus pais biológicos em seu registro de nascimento. O tratamento e a fama, portanto, destacam-se dentro desse contexto, sobretudo o primeiro, uma vez que é o tratamento e o respeito entre pais e filhos que remontam e sustentam a filiação baseada no afeto.

Não se pode deixar de frisar a importância do decurso do tempo para que a posse de estado de filho seja efetivamente reconhecida e que haja o reconhecimento da filiação. Com o passar dos anos é que os sentimentos vão sendo afluídos, que as relações ganham forma e que o filho constrói a sua admiração pelo pai e vice-versa. Como é uma relação totalmente voluntária, o tempo deve ser capaz de demonstrar a estabilidade dessa relação.

Exauridos os elementos constitutivos e suas características peculiares, faz-se necessário analisar o comportamento do ordenamento jurídico pátrio diante das modificações sociais e familiares no que se refere à paternidade socioafetiva.

7.3.2 A Posse de Estado de Filho no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Como já exposto, a posse de estado de filho não está expressamente definida em lei. Porém, se no mundo contemporâneo tem-se uma realidade voltada para os avanços sociais e o mundo jurídico proclamando o princípio da dignidade humana, nada mais justo do que o reconhecimento dessa filiação juridicamente, interpretada à luz dos princípios constitucionais.

A falta de previsão normativa impõe que os juízes analisem o caso concreto, ponderando as situações de fato e o melhor interesse da criança. Será que a falta de uma lei é

capaz de diminuir ou suprimir um sentimento tão grandioso como o existente entre pais e filhos? Até que ponto o vínculo biológico interfere nas atitudes de pai ou mãe?

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - REGISTRO CIVIL - RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - AUSENTE - PROVA GENÉTICA - DNA - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO - RECURSO NÃO PROVIDO. Apesar de ter sido demonstrada, pelo exame de DNA, a inexistência da paternidade biológica, o reconhecimento voluntário da paternidade não está necessariamente alinhado à origem genética, não havendo ainda, qualquer vício de consentimento por ocasião do registro. Uma vez demonstrada a existência da paternidade socioafetiva e não comprovado qualquer vício de consentimento por ocasião do reconhecimento voluntário da paternidade - ao contrário, o autor assumiu a paternidade quase um ano após o nascimento da menor, mesmo mantendo fortes dúvidas acerca de sua paternidade -, tal situação prepondera sobre a inexistente paternidade biológica, não merecendo guarida o pedido formulado em ação anulatória de paternidade. (Apelação Cível nº 1.0720.10.004351-5/001 – Relatora Desembargadora Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa).

O caso acima retrata exatamente a proporção do afeto no mundo jurídico atual. A relatora indeferiu o pedido de negatória de paternidade, apesar de ter sido demonstrado através do exame de DNA que inexistia vínculo genético. Porém, como houve o convívio durante anos como se pai e filho fossem, portanto, a paternidade socioafetiva se sobrepõe aos laços consanguíneos e à luz do princípio do melhor interesse da criança, resta impossibilitado o desfazimento desse vínculo. A situação em tela reafirma de que independentemente da lacuna legislativa acerca do assunto, o afeto e o amor existente entre pais e filhos são mais fortes do que o vínculo genético.

As mais variadas acepções de famílias existentes no mundo contemporâneo demonstram a necessidade de um mundo jurídico capaz de albergar todas as suas necessidades, protegendo essas relações e, principalmente, valorizando a relação de amor e companheirismo existente entre os membros dessa instituição familiar, independentemente da forma como esta foi formada. É nesse panorama de controvérsias entre o vínculo afetivo e o biológico que se analisarão decisões do Judiciário acerca dos assuntos explorados.

8 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EFETIVAMENTE TUTELADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA IRREVOGABILIDADE

É de suma importância que o Direito busque se adequar à realidade e às mudanças sociais. Em vários aspectos foram exploradas as nuances relativas à filiação, sobretudo no que diz respeito àquela que se baseia exclusivamente nos laços de amor.

Baseando-se no melhor interesse da criança e nos laços afetivos, viu-se que os tribunais se mostraram maleáveis quanto ao entendimento da existência da filiação socioafetiva, usando como objeto principal o desenvolvimento da criança no seio familiar. Reiteradamente proferem-se decisões como a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PRETENSÃO BUSCADA PELO BISAVÓ. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DO MENOR. GENITORES. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ESTUDO SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE LAÇOS AFETIVOS COM A FAMÍLIA BIOLÓGICA. SITUAÇÃO DE DESCASO COM A CRIAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO SALUTAR. PRIMAZIA AOS INTERESSES MATERIAIS, MORAIS, EMOCIONAIS E MENTAIS DO MENOR. PEDIDO DE GUARDA INDEFERIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação. Essa determinação não decorre tão-somente da letra expressa da Constituição Federal (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que a pacificação social (um dos escopos da atividade jurídica estatal) não está alicerçada unicamente na legalidade estrita, mas na aplicação racional do arcabouço normativo e supranormativo. A promoção da dignidade humana, desde a formação de cada cidadão, deve ser o escopo primordial da ação estatal" (TJSC, AI n. 2011.079162-4, de Jaraguá do Sul, rela. Desa. Denise Volpato, j. em 12-6-2012). (grifos nossos).

Se a ação estatal no mundo jurídico deve ser objeto de promoção da dignidade da pessoa humana, nada mais justo que a filiação socioafetiva passe a ser normatizada e não fique, única e exclusivamente, à cargo do poder discricionário do magistrado. Em inúmeros casos e em vários tribunais, as decisões são tomadas de modo a valorizar o laço afetivo em detrimento do simples fator biológico:

ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO PARADEIRO É DESCONHECIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. As instâncias ordinárias apuraram que a genitora casou-se com o adotante e anuiu com a adoção, sendo "patente a situação de

abandono do adotando, em relação ao seu genitor", que foi citado por edital e cujo paradeiro é desconhecido. 2. No caso, diante dessa moldura fática, afigura-se desnecessária a prévia ação objetivando destituição do poder familiar paterno, pois a adoção do menor, que desde a tenra idade tem salutar relação paternal de afeto com o adotante - situação que perdura há mais de dez anos -, privilegiará o seu interesse. Precedentes do STJ. 3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1207185 MG 2010/0149110-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/10/2011, T4 - QUARTA TURMA). (grifos nossos)

No caso acima, nota-se que o fator afetivo prepondera sobre qualquer outro vínculo, em virtude dos laços e da cumplicidade que se cria na relação entre pais e filhos, porém, a decisão fica a cargo da consciência e da análise do caso concreto pelo julgador. É óbvio que a legislação não caminhará juntamente às modificações sociais, que ocorrem diariamente, em velocidade imensurável. Porém, é necessário que o Direito acompanhe e tutele o que vem, de forma reiterada, ocorrendo no âmbito social.

Em consonância a todas as decisões de tribunais expostas e por toda a evolução história e transformação social ocorrida no direito de família, é notório que as famílias clamam pela concessão de proteção igualitária tanto para os filhos biológicos como para os socioafetivos – abrangendo não somente os efetivamente adotados como os de criação e àqueles que possuem o vínculo efetivamente reconhecido pelo mundo jurídico.

É salutar para qualquer pessoa conhecer suas origens e o motivo pelo qual foram deixadas por seus pais biológicos, mas esse fato não retira uma vida dedicada ao amor, carinho, companheirismo e acompanhamento a um filho. O pai não é o genitor e sim aquele que age como tal. É aquele que, desinteressadamente, ama. Sem saber o motivo, como, de onde vem. É o desejo de cuidar, de educar, de dar o melhor e de fazer aquele ser humano ser melhor a cada dia. Portanto, acredita-se que a filiação é aquela construída diariamente, com a convivência, na ajuda mútua, no espírito de solidariedade, ficando a filiação biológica como coadjuvante.

A personalidade e o caráter dos seres humanos são construídos na convivência do lar, com os exemplos, ensinamentos e afeto que são repassados pelos pais aos seus filhos. A exemplo do que foi explorado anteriormente, a filiação socioafetiva está baseada na posse do estado de filho e esse vínculo afetivo envolve não só questões jurídicas como psicológicas.

A partir do momento em que se reconhece a paternidade socioafetiva, assume-se os deveres e obrigações inerentes à relação de pai e filho, caracterizando um vínculo perpétuo, só sendo permitida sua desconstituição em casos de vícios de consentimento, uma vez que esse

reconhecimento é totalmente voluntário e procede exclusivamente por questão sentimental. Madaleno aduz em sua obra (2004, p. 34):

Quem acolhe desde o nascimento como genitor do coração constitui a voluntária paternidade ou maternidade socioafetiva da solidariedade com gestos reais de amor que formatam e contam a verdadeira história de uma filiação. Essa relação não pode ser desconstituída, é irretratável, não deve e nem pode ser desfeita em nome da filiação da sucessão, o investigador vai apenas identificar o doador do material genético que lhe deu origem e existência, vai conhecer sua identidade ao exercer o direito ao conhecimento da sua vida íntima e não no exercício da sua vida familiar, porque família ele já tem.

Dessa forma, vale reproduzir o voto do Desembargador Ricardo Ruschel, na apelação cível nº 70016260275, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que resume, analiticamente, o tema exposto:

Não prevalece a alegação de que apenas posteriormente passou a ter dúvidas acerca da paternidade biológica, já que gerou o autor a posse do estado de filiação por parte das crianças, na qual desimporta a verdade biológica, devendo-se atentar para as consequências que a pretendida desconstituição acarretaria. Contam hoje os registrados com 17 e 19 anos de idade, tendo o apelante como seu pai, sendo cruel que tenham de abrir mão da condição de filho que, de forma espontânea e, certamente, por puro afeto, ao menos na época em que vivia em união estável com a sua mãe, aquele lhes outorgara. Ainda, o reconhecimento da paternidade não se deu, no caso presente, por mera incidência da presunção decorrente do relacionamento sexual, até porque há indicação da constituição da união estável, tendo sido o próprio que tomou a iniciativa de ir ao cartório e registrar as crianças como seus filhos, não havendo espaço para a alegação da indução em erro, razão porque absolutamente dispensável a realização de qualquer outra prova, à vista da prevalência da filiação afetiva sobre a biológica. Nesse contexto, o desfazimento do ato só pode se dar quando demonstrado nítido vício de vontade, o que não ocorre aqui, porque é o próprio apelante quem afirma ter realizado o registro. Logo, não pode agora, sob alegação de dúvida, pretender simplesmente desfazer-se dos filhos, em especial depois de passados mais de 17 anos do nascimento dos hoje adolescentes.

O interesse do pai em desconstituir a filiação não pode sobrepujar os interesses dos filhos. Aqui, prevalece a célebre frase do escritor Antoine de Saint Exupéry, em sua obra mais renomada, o Pequeno Príncipe: “tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas”.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família brasileira sofreu grandes influências dos Direitos Romano e Canônico. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma revolução nos ideais do direito de família, que foram reforçados com o Novo Código Civil.

A noção de família se adaptou ao contexto social, homens e mulheres foram equiparados em relação aos seus direitos e deveres, estabeleceu-se a igualdade jurídica entre os filhos e entre cônjuge e companheiro. Nesse contexto, o caráter patriarcal concede espaço para a valorização do afeto, da solidariedade e da busca pela felicidade.

As transformações foram graduais e continuarão a ocorrer a todo o tempo, pois a sociedade está em constante evolução, trazendo consequências inevitáveis ao mundo jurídico. É exatamente pela transformação social e pela formação de novas espécies de família que surgiu a filiação socioafetiva, elevando o afeto a verdadeiro valor jurídico e reduzindo a importância do vínculo biológico.

O reconhecimento jurídico dessa espécie de filiação é a forma mais adequada para que o direito consiga tutelar praticamente todas as situações no âmbito familiar, uma vez que a ascensão desse novo molde de família está intimamente relacionado às mudanças sociais, ao divórcio e aos novos casamentos.

É comum encontrar entre as pessoas ao redor casos de socioafetividade ou em virtude de novas uniões ou por motivos naturais, como a morte. Assim como as demais filiações, a socioafetiva deve ser totalmente amparada pelo ordenamento jurídico, pois, o vínculo que se cria é exclusivamente voluntário e pautado no amor. As pessoas se escolhem e dessa relação surge o respeito, a admiração, o amor e o espírito de solidariedade. Em sentido figurado, pode-se dizer que a filiação socioafetiva é uma ponte que conecta duas vidas independentemente de qualquer vínculo biológico que possa existir entre elas por uma única razão: o amor.

No mundo com evidente falta de compaixão e amor ao próximo, é esse que comanda a relação familiar moderna. E enquanto houver amor e solidariedade dentro das famílias, permanecerá a esperança de um mundo mais justo e humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.069. Estatuto da Criança e do Adolescente. 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº. 10.406. Novo Código Civil. 10 de janeiro de 2002.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.

CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª Edição Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo: Valorização Jurídica do Afeto nas Relações Paterno-Filiais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: pra além do numerus clausus**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em Pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Jurisprudências**. Apelação Cível nº 1.0720.10.004351-5/001. Relatora: Desembargadora Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa. Março, 2014. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 10/04/2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 37ª Edição Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, José Sebastião de Oliveira. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Jurisprudências**. Apelação Cível nº 70016260275. Relator: Desembargador Ricardo Ruschel. Fevereiro, 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 31/01/2014.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias. 2ª Edição.** Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2010.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Jurisprudências.** Apelação Cível nº. AC 20120437541 SC 2012.043754-1. Relator: Stanley da Silva Braga. Setembro, 2012. Disponível em: <<http://www.tj-sc.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 24/02/2014.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Jurisprudências.** Apelação Cível nº. 2011.079162-4. Relatora: Desembargadora Denise Volpato. Junho, 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 25/03/2014.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Jurisprudências.** Apelação Cível nº. 0006422-26.2011.8.26.0286. Relator: Juiz Cássio Henrique Dolce de Faria. Agosto, 2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 25/03/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial.** RE 568129. Relator: Ministro Celso de Mello. Agosto, 2011. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 25/03/2014.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial.** REsp 1207185 MG 2010/0149110-0. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Outubro, 2011. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em 05/04/2014.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro: O Novo Direito de Família.** 16ª Edição Revista. São Paulo: Saraiva, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa Julgada na Investigação de Paternidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.