

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA: O VALOR JURÍDICO DO AFETO

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori*

Elizabeth Regina Machado Pasin**

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição. (Rolf Madaleno)

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988, à luz de seus princípios, estabelece e protege a família como a base da sociedade brasileira: seu artigo 227, §6º não discrimina nenhuma forma de filiação, alcançando até a que se constrói unicamente a partir do afeto. Já o artigo 1.596 do Código Civil de 2002 determina a igualdade entre os filhos, independente da origem ou forma de concepção, proibindo designações discriminatórias, e o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, repete essa determinação. Este ensaio debruça-se sobre a constitucionalização do direito de família e a afetividade, suas consequências jurídicas e a crescente construção doutrinária que eleva o afeto ao *status* de critério e mesmo princípio constitucional ordenador das relações familiares.

A doutrina denominou de paternidade e filiação socioafetiva, o vínculo afetivo consolidado nas relações entre pais e filhos, independente de vínculo biológico. Apesar deste conceito permear o estudo e a prática do direito de família, não há norma expressa que tutele as consequências jurídicas e eventuais conflitos que possam surgir. Parte-se do entendimento doutrinário e seu amparo legal, para depois avaliar como os julgadores consideram a filiação socioafetiva nos conflitos referentes à investigação, reconhecimento e desconstituição da paternidade. Se, nestes casos, consideram o vínculo socioafetivo como um princípio jurídico norteador ou um critério que deve ser avaliado em confronto com o critério biológico.

* Doutora em Direito pela UFSC e Professora da Unilasalle-RS. E-mail: daniela.cademartori@unilassale.edu.br

** Advogada. E-mail: epasin@gmail.com

Para tanto, partir-se-á de uma análise histórico-dedutiva da formação familiar e da filiação e de suas transformações até a promulgação da Constituição de 1988 e legislação subsequente. Na sequência serão analisados princípios constitucionais gerais e específicos do direito de família, dentre eles os que fundamentam a igualdade da filiação, garantindo-lhes direitos. Finalmente chegar-se-á ao tema da filiação socioafetiva com uma análise dos critérios biológicos e jurídicos, os entendimentos doutrinários, além dos avanços e retrocessos da legislação sobre o tema. Superado o que pode ser chamado de momento conceitual, serão analisadas jurisprudências envolvendo conflitos entre pais e filhos sobre a investigação, o reconhecimento e a desconstituição da paternidade, a fim de verificar se nesses casos são utilizados como fundamento o princípio da socioafetividade ou é considerado o vínculo socioafetivo apenas um critério em confronto com o critério biológico.

2 FILIAÇÃO E FAMÍLIA: ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

O termo filiação deriva do latim *filiatio*, e indica a relação de parentesco entre um ser humano e quem deu-lhe a vida. Fundamenta-se na procriação configuradora do vínculo jurídico que une a pessoa a seus pais, seja por geração natural biológica ou adoção, dela decorrendo direitos e deveres.¹

O artigo 227, §6º da Constituição de 1988 que extinguiu a distinção entre os filhos e o Código Civil de 2002, em seu artigo 1596, que proibiu as designações discriminatórias anteriormente adotadas, tem raízes em um passado histórico que ao estabelecer toda uma tipologia referente aos filhos² acabava por diferenciar os filhos com vistas à inclusão e exclusão dos mesmos no interior da família e da própria sociedade.

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 617.

² Destacam-se algumas denominações até então utilizadas: filiação natural, quando o filho é gerado sem que o homem e a mulher sejam casados entre si, sem que existissem impedimentos para isso; filiação espúria, resultante da conjunção carnal proibida por lei, sendo aduterinos ou incestuosos, estes são os frutos da relação entre parentes proibidos contrair *justas núpcias*; filiação por coito danado, quando os filhos são gerados em relação sexual banida por lei ou por motivos religiosos; filiação ilegítima, a que ocorre quando não provém de um casamento legal, gerando filhos bastardos, aduterinos e incestuosos; filiação legítima, originada da relação de parentesco entre pais e filhos concebidos ou nascidos durante o casamento válido de seus pais; filiação adotiva ou o parentesco instituído pela adoção, com os mesmos direitos e efeitos jurídicos que a filiação *legítima* ou *legitimada*; filiação aduterina,

A família antiga formava-se em torno do culto aos valores religiosos. A religião não era cultuada em templos, e sim nas casas, cada uma com seus próprios deuses. Ela propagava-se através da geração, de pai para o filho, em linha masculina. Ao filho cabia a obrigação de oferecer orações e refeições fúnebres. A formação da família não se dava apenas pela geração ou pela consanguinidade, haja vista a desigualdade entre o irmão e sua irmã. Acima do nascimento, dos laços biológicos e afetivos, o que unia os membros da família era a religião, o culto aos antepassados e aos deuses familiares, representados, geralmente, pelo poder do pai, na falta deste, pelo ascendente masculino mais velho, o avô, enfim, o *pater familias*.³

A entrada de um filho na família era um ato religioso que dependia do acolhimento do pai. O nascimento de um filho biológico era apenas um laço físico, de menor importância diante do vínculo moral e religioso. A partir da aceitação paterna, o filho obrigava-se a cultivar a religião doméstica, devendo perpetuar a religião e submeter-se ao *pater familias*.

Com relação ao parentesco, é possível distinguir no direito romano duas situações: a agnação e a cognação. A primeira era o parentesco civil ou aos “olhos da lei”, baseado no culto. Já a cognação, é o parentesco por consanguinidade, aquele que independia da religião doméstica, e por isso nas fases iniciais do direito romano não gerava direitos sucessórios.

aquela em que a concepção de um ente humano pela relação carnal entre homem ou mulher impedidos pelo casamento, resultante da infidelidade conjugal ou do adultério; filho aduterino *a Matre*, aquele que foi gerado por uma mulher casada, que cometeu o adultério e, *a Patre* quando resulta a geração pelo adultério do pai. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**..., p. 614-7)

³ O pai ou a figura masculina mais velha, o *pater famílias*, era o chefe de todos seus descendentes (*liberi*), com poder de vida e de morte sobre eles (*potestas vitae necisque*) e, único sujeito de direitos (*sui iuris*), em oposição aos descendentes (*alieni iuris*), incapazes de se obrigar ou de exercer qualquer direito. Esse poder sobre tudo e sobre todos que compunha o grupo familiar, é o que se denomina de *patria potestas*. A perpetuação do patrimônio do *pater familias* dava-se através da sucessão, seus sucessores naturais eram seus filhos, fossem gerados ou adotados, não havia diferença nesse sentido. Porém estes não herdavam a propriedade, não se considerava que os filhos herdassem os bens, mas sim, a administração plena dos mesmos. (CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98-9; CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio — Sociedade Cultural Ltda, 1977, p. 152; FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Tradução de F. de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 36-7; GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 623)

A adoção em Roma era bastante comum e aceita socialmente, existindo duas formas de adoção: a *adrogatio* e a *adoptio*. A *adrogatio* ocorria quando um *pater familias* adotava outro, trazendo para si todos seus dependentes e patrimônio. A *adoptio* era a adoção de um indivíduo *sui iuris* como filho, sem limite de idade, exceto quando o adotante fosse mais velho que o adotado.⁴

Com a era cristã, começam a se desenvolver ideias morais que enfraqueceram o poder patriarcal absoluto, formando-se o princípio de que o pai, além de direitos sobre o filho, tem também deveres, dentre eles o de guarda e cuidado. Os cânones da Igreja não chegavam a se contrapor às normas do direito romano: aquelas tinham um caráter meramente supletivo diante destas. No direito canônico o matrimônio era um sacramento indissolúvel, devendo seguir as regras eclesiásticas. Qualquer outra relação fora do âmbito matrimonial não era válida, e esse entendimento refletia-se também nos filhos gerados fora do casamento⁵. Para o cristianismo, a formação da família fundamenta-se no princípio de que as relações familiares devem pautar-se na afeição e na caridade. Sob a égide de novos direitos dos filhos e deveres do pai, proíbe-se a este romper arbitrariamente os laços, matá-los, expô-los, e vendê-los como escravos, além de estabelecer-se o dever de ajudá-los material e moralmente durante sua juventude, sem diferenciar mais filhos e filhas. Por outro lado, a Igreja não avançou na questão dos filhos naturais: considerando o casamento como a única fonte de formação da família tratou-os sem indulgência, denominando-os de bastardos. Os tribunais eclesiásticos eram os que julgavam aos litígios envolvendo a filiação. A legitimidade da filiação dependia diretamente da validade do casamento dos pais, o que acabava por fundamentar a presunção de paternidade (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), ou seja, o pai é aquele que o casamento indica. O direito canônico acabou por relativizar este último entendimento ao aceitar a legitimidade da filiação quando uma das partes estivesse imbuída de boa-fé no momento da concepção.⁶

⁴ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil...** p. 104-5

⁵ “Se o matrimônio cristão é sacramento, isto é, produz efeitos de sacramento e está sujeito à indissolubilidade, todas as outras são uniões precárias que se podem dissolver e que, por conseguinte, se apresentam, aos olhos dos canonistas como aos olhos do jurisconsulto romano, como *concubinatus*.” (DANTAS, San Tiago. **Direito de família e sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 46)

⁶ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito...** p. 612-614

Essa cultura familiar, fundamentada em laços de sangue, acabava por não incentivar a adoção: não permitiria um estranho em seu meio e quando isso ocorria não surtia efeitos sucessórios. A concepção cristã do casamento e da filiação — em alguns aspectos mais humanista —, contribuiu para enfraquecer a figura do *pater familias*. Como o pátrio poder romano configurava essencialmente uma *autorictas*, um direito do *pater* que seguia sempre sua vontade e seus interesses, não era mais compatível com os fundamentos dos cânones eclesiásticos. A Igreja mitiga o *pater familias* conferindo-lhe encargos e deveres que atendessem aos interesses de guarda e educação dos filhos, além de elevar a esposa a sujeito de direitos.⁷

Em contrapartida, na Idade Média o pátrio poder adquire uma certa “aspereza” advinda dos costumes bárbaros, o que permitiu, por interesses próprios ao direito canônico, a sua ampliação. Esta situação pode ser percebida nas regras que estabelecem que o pai tem o direito de prometer um filho em matrimônio, de destinar um filho a uma ordem monástica, de enviar ao serviço militar um filho “incorrigível”, na benevolência com relação ao pai que mata suas filhas por desonra e seus filhos por traição, além estabelecer o fim do pátrio poder na maioridade do filho, situação esta, que não influenciou o direito luso-brasileiro, pois como será visto adiante, este manteve-o além da maioridade.⁸

Na conformação do direito de família ocidental, salienta-se, ao lado da influência dos direitos romano e canônico, a do direito germânico. Os povos germânicos eram compostos por aldeões que viviam de forma muito simples, em clãs, cultivando a terra, não utilizavam a escrita, com um direito basicamente oral e consuetudinário. A família é um elemento central, fundamentada no poder absoluto do pai, compartilhado, até certo ponto, com a esposa. O jovem só adquiria a maioridade quando “armado”, mesmo que a responsabilidade jurídica por ele, continuasse sendo da família.⁹

Na história do direito de família brasileiro, herdeiro da tradição jurídica europeia, é possível distinguir três grandes períodos que refletem modelos sociais, morais e religiosos que acabaram por influenciar e determinar o ordenamento jurídico. No primeiro período, predominou um direito de fa-

⁷ DANTAS, San Tiago. **Direito de família e sucessões...** p. 51-2

⁸ DANTAS, San Tiago. **Direito de família e sucessões...** p. 52, 63-64

⁹ RICHÉ, [19-?], p. 16 *apud* CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil...** p. 128.

mília religioso ou canônico, perdurando por quase quatrocentos anos, com predomínio do modelo patriarcal. O segundo período, iniciou com a proclamação da República e vai até a Constituição de 1988. Nele ocorre um predomínio de um direito de família laico, reduzindo-se progressivamente o modelo patriarcal. O último, instituído com a Constituição de 1988, estabeleceu um direito de família igualitário e solidário.¹⁰

A influência exercida pelo direito romano sobre o direito em Portugal e suas colônias, pode ser percebida na forma patriarcal da família. O antigo direito matrimonial foi basicamente aquele estabelecido pela legislação eclesiástica. Já, no que concerne ao direito bárbaro, a maior influência foi a dos visigodos¹¹. De acordo com San Tiago Dantas, mesmo que a *patria potestas* tenha perdido seu rigor, e apesar dos princípios humanistas de igualdade da moral cristã, as Ordenações não chegaram a mudar radicalmente a dinâmica e a forma de convívio familiar. O marido conservava o mando sobre a mulher e o pátrio poder fundamentava-se na antiga estrutura patriarcal. Além da de não haver a possibilidade de investigação de paternidade e de serem mantidas as diferenças entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, existiam divisões relacionadas ao nível social. As Ordenações dispunham que, os filhos de plebeu se fossem naturais, concorriam com os legítimos à herança do pai, e à falta de filhos, os ilegítimos seriam herdeiros universais, ressalvada a terça parte livremente disponível. Porém, se o pai fosse nobre, seus filhos naturais não herdavam e nem concorriam com os legítimos, nem com qualquer outro ascendente ou descendente legítimo, restando-lhes apenas o direito aos alimentos. Mesmo o pai morrendo sem testamento, o filho natural não herdaria, herdando os colaterais.

No Brasil Colônia conviviam, lado a lado, uma organização doméstica e familiar profundamente influenciada por elementos que formaram uma sociedade brasileira estratificada, que diferenciava brancos, negros, livres e escravos e — devido a precariedade de recursos — na vida privada, favorecia-se a formação de laços familiares e afetivos à margem da legislação e

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20-21

¹¹ “Do Direito dos visigodos vem o regime legal de bens que, desde cedo, foi a comunhão universal; também vêm certas instituições feudais ou quase feudais, ligadas, sobretudo, ao direito político dos bárbaros, daí passando ao Direito Civil; por exemplo, a instituição do *morgadio*, que é uma forma particular de sucessão, pelo critério da primogenitura.” (DANTAS, San Tiago. **Direito de família e sucessões**... p. 65)

dogmas religiosos.¹² As práticas dos colonos incomodavam a Igreja, que buscava incentivar o matrimônio, mesmo que, para isso, precisasse invocar a excomunhão e demais penas previstas pelo direito canônico.¹³

Apesar de no período imperial terem surgido novas legislações pertinentes ao tema, e da influência dos ideais iluministas na proclamação da Independência e na Constituição de 1824, o modelo normativo no qual o Estado isentava-se de regular a vida privada, deixando a cargo da Igreja, permaneceu praticamente inalterado. Mesmo a Constituição tendo determinado a edição de um Código Civil que regulasse um direito de família laico, tal fato não chegou a se consumir.¹⁴

¹² “Em alguns domicílios verificamos a presença de mulheres com seus filhos, porém sem maridos; também nos deparamos com situações em que um casal de cônjuges e a concubina do marido viviam sob o mesmo teto. Isso sem falar nos filhos naturais e ilegítimos que muitas vezes eram criados com os legítimos. Tantas foram as formas que a família colonial assumiu, que a historiografia recente tem explorado em detalhe suas origens e o caráter das uniões, enfatizando-lhe a multiplicidade e especificidades em função das características regionais da colonização e da estratificação social dos indivíduos.” (ALGRANTI, Leila Mezan. **Famílias e vida doméstica**. In: SOUZA, Laura de Mello. **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. V. I, p. 87)

¹³ “Todas essas vozes unidas não parecem ter tido eco junto aos colonos, que continuaram a viver de forma a desafiar as leis da Igreja católica, os murmúrios dos vizinhos e as penas de excomunhão recebidas. Essa ‘não-família’, que conforme tais estudos teria predominado na nossa sociedade, não excluiu, por outro lado, a família propriamente dita, aquela composta pelos membros da elite, de acordo com os códigos e interesses da classe social a que pertenciam. Desde o século XVI, quando, devido à falta de mulheres brancas, os colonos uniam-se em mancebias com as índias, era com as brancas do Reino que se casavam para estabelecer a descendência legítima e ampliar o patrimônio familiar. [...] As índias e negras deram-lhes muitos filhos bastardos, e as mulheres brancas, que foram aumentando paulatinamente em número, acabaram eleitas para o matrimônio.” (ALGRANTI, Leila Mezan. **Famílias e vida doméstica**... p. 136-137)

¹⁴ São desse período algumas leis esparsas que tentavam regular o tema. A primeira delas, é o Decreto de 3 de novembro de 1827, que aprovou a Constituição do Arcebispado da Bahia como um Código que relacionava o direito do Estado e da Igreja, recebendo integralmente o Concílio Tridentino que reconhecia à jurisdição eclesiástica legitimação exclusiva para a celebração e dissolução do casamento. Em 1861 e 1863, excetuou-se desse ordenamento o casamento dos não católicos, sendo a primeira vez em que o Estado legislou sobre essa matéria. A segunda é uma Lei de 11 de agosto de 1831, que permitiu aos pais que não tivessem herdeiros necessários, testar aos filhos ilegítimos. Essa lei significou um avanço no tratamento do tema. Um Decreto de 2 de setembro de 1847 igualou o filho natural do nobre ao do plebeu, permitindo sua colocação como legítimo e permitindo que concorresse à sucessão com os filhos legítimos quando tivessem sido reconhecidos antes do casamento. Teixeira de Freitas, Carlos de Carvalho e Clóvis Beviláqua, sustentavam que a filiação natural só poderia ser provada por escritura pública ou por testamento, negando qualquer

Em 1857, o direito de família foi organizado na Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas. Essa Consolidação teve grande importância visto que sistematizou o direito e como um guia para determinar qual direito estava em vigor. Também tratou da reciprocidade do dever de alimentação entre pais e filhos havidos na constância do casamento.¹⁵

Logo no início da República, dão-se os primeiros atos para suprimir a competência do direito canônico na regulação do direito de família, secularizando e tornando laica a regulação das relações familiares. O artigo 72, § 4º, da Constituição de 1891, determinava que, “A República só conhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Reduzia assim, a interferência religiosa na vida privada¹⁶.

“Foi nesse cenário laico que entrou em vigor, em janeiro de 1917, o Código Civil, no qual muitas normas tinham cunho religioso e discriminatório, afetando as mulheres e os filhos”, descreve Belmiro Pedro Welter. Nesse momento o direito de família ainda sofria a influência do legado histórico do patriarcalismo, que estabelecia a incapacidade da mulher diante da opressão masculina, a indissolubilidade do casamento e a desigualdade entre os filhos.¹⁷

O Código considerava a família uma instituição essencialmente privada e valorizava a legitimidade familiar fundamentada no casamento válido civilmente. A persistência em discriminar os filhos havidos fora do casa-

valor ao ato do pai, bem como a possibilidade de investigação de paternidade. Lafayette, apoiado em Perdigão Malheiros entendeu que somente para efeitos sucessórios seria válido o reconhecimento por escritura pública. Para outros efeitos qualquer forma de comprovação seria validade, além de considerar o direito a alimentos ao filho natural, mesmo que essa perfilhação não constasse em testamento ou escritura pública. (DANTAS, San Tiago. **Direito de família e sucessões...** p. 73; TRIPOLI, Cesar. **História do direito brasileiro (Ensaio):** época imperial até à Maioridade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947. T. I, V.II, p. 316 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos:** de acordo com a Constituição Federal de 1988 e legislação subsequente. 6. ed. São Paulo: Forense, 2006.)

¹⁵ DANTAS, San Tiago. **Direito de família e sucessões...** p. 73-74 e FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 18

¹⁶ Posteriormente, o Decreto 181 de 1890, desvincula o casamento civil de qualquer religião, deixando a cargo do Estado regulá-lo, dando início ao movimento de secularização do casamento. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família:** guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-19 e LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias...** p. 22)

¹⁷ WELTER, Belmiro Pedro Teoria tridimensional no direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, 8. fev./mar. 2009, p. 14

mento, não fazia parte do projeto original do Código Civil de 1916, de autoria de Clóvis Beviláqua¹⁸. Foi o Congresso Nacional que acrescentou a “proibição de reconhecimento de filhos espúrios — adulterinos ou incestuosos — com base em motivos morais e na manutenção do matrimônio.” O Código Civil de 1916, ainda sob o manto moral da família legítima constituída apenas pelo casamento, classificava a filiação em: legítima, ilegítima, legitimada e adotiva.¹⁹

Em 1934, com a promulgação da nova Constituição, foi mantida a indissolubilidade do casamento e ressuscitados os efeitos civis do casamento religioso, relacionando-o a uma única forma de concepção familiar. Injusto seria afirmar que não houve avanços, pois a Constituição, além de estabelecer direitos sociais, previu o voto feminino, estabeleceu a igualdade perante a lei, proibindo privilégios e distinções motivados por nascimento, sexo, raça, classe social, religião ou política; também dedicou um capítulo à família, à educação e cultura. Ela reafirma a lei civil como reguladora do desquite e da anulação do casamento. Quanto à filiação, avançou no direito de sucessão dos filhos naturais, colocando-os em igualdade de condições com os legítimos.

Por sua vez, a Constituição que implementa o Estado Novo (1937) mantém o princípio da indissolubilidade do casamento, ao mesmo tempo em que incentiva a formação de uma família numerosa. Naquele momento político o incentivo acabou por significar a possibilidade do pai obter ajuda financeira do Estado e o aumento da mão-de-obra, com vistas à industrialização do país. Também são inseridos dispositivos que regulavam a educação da *prole*, o reconhecimento dos filhos naturais — garantindo-lhes os

¹⁸ Clóvis Beviláqua, inconformado com a injustiça imposta aos filhos extramatrimoniais, declarou: “Afastemos quaisquer idéias preconcebidas, sem o apóio dos fatos, segundo no-os apresenta a natureza, recordemo-nos de que biologicamente, todos os filhos são iguais, quer procedam de justas núpcias, quer de simples ajuntamentos furtivos, quer sejam naturais, quer espúrios, tenhamos em consideração que a culpa dos pais não deve ser punida na pessoa dos filhos que não concorreram para ela.” (BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 345)

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direito das famílias**: de acordo com a Lei nº 11.340/06 — Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 — Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 478

mesmos direitos dos filhos legítimos —, além da determinação de que Estado garantisse a defesa dos direitos da infância e juventude.²⁰

Face às constantes mudanças da sociedade brasileira, sucederam-se microssistemas legislativos para regular as relações familiares, versando sobre o registro dos filhos naturais, a posição da mulher na família, os filhos adulterinos e outros temas²¹.

A Constituição de 1946 não cria nem inova em matéria de direito de família, mantendo o princípio da indissolubilidade do casamento e disciplinando o casamento civil e religioso com efeitos civis. Também criou a obrigação assistencial à maternidade, à infância e à adolescência, tendo em vista que a Constituição de 1934 incentivou o aumento desenfreado de filhos.²²

A Lei nº 883 de 1949, permitiu aos pais reconhecerem os filhos adulterinos após a dissolução da sociedade conjugal, além de permitir ao filho promover ação declaratória de filiação, mantendo a nefasta e arraigada discriminação, quando determinou que ao filho ilegítimo caberia a metade da herança que receberia o filho legítimo. Em 1984, a Lei nº 7.250 acrescentou o § 2º ao artigo 1º da Lei nº 883 de 1949 com a seguinte determinação: “Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos.” A Lei nº 3.133, de 1957, alterou a redação dos artigos pertinentes a adoção do Código Civil de 1916. Em 1962, a Lei nº 4.121 ou o Estatuto da Mulher Casada, alterou e avançou nos direitos deste setor

²⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44

²¹ Em 1941, o Decreto-Lei n. 3200 sobre os filhos naturais, determinava a proibição de fazer constar nas Certidões de Registro Civil a legitimidade ou não da filiação. Ainda em 1941, o Decreto-Lei nº 5.213 modificou o Decreto-Lei 3.200/41, autorizando o pai a reconhecer o filho natural e a manter a sua guarda. Em 1942, surge o Decreto-Lei nº 4.737 que estabeleceu a possibilidade do cônjuge desquitado reconhecer voluntária ou forçosamente, os filhos adulterinos. Em 1943, o Decreto-Lei nº 5.860 alterou a redação do artigo 348 do Código Civil de 1916, que passou a ter a seguinte redação: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.” O Decreto nº 9.701 de 1946, antecede a Constituição de 1946 e regula a guarda e visitação dos filhos menores no caso de desquite dos pais. (FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**... p. 21-22, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**... p. 32, WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família**... p. 44-5)

²² WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, v. 4, n. 14, 01 jun. 2003, p. 45

da população, o que consequentemente afetou os interesses dos filhos. A Lei nº 4.655 de 1965, disciplinou a legitimação adotiva, conferindo ao filho adotivo os mesmos direitos do filho legítimo, salvo se concorresse à sucessão com filho legítimo superveniente à adoção. Esta lei foi revogada pela Lei nº 6.697 de 1979 ou Código de Menores, que trouxe a adoção plena quando o adotado aceitasse os direitos sucessórios e abdicasse de vínculos com pais e parentes.²³

A Constituição de 1967 destinou um único artigo à família, persistindo na manutenção da legitimidade familiar pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis e também prevendo a instituição de lei que viesse proteger a maternidade, infância e adolescência.

Em 1977, diante do clamor de uma sociedade mais humanizada e secularizada, voltada para uma família baseada nos valores e laços afetivos foi aprovada a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que permitiu o divórcio no Brasil. Também permitiu ao pai reconhecer mediante testamento cerrado, na constância do casamento, o filho nascido fora dele, além de regular a proteção aos filhos na separação judicial.

Finalmente em 05 de outubro de 1988 é promulgada a Constituição Cidadã, que confirmou a derrocada da família juridicamente patriarcalizada, matrimonializada e patrimonializada, submetida a dogmas religiosos que alijavam e discriminavam a filiação. A partir daí o ordenamento jurídico brasileiro passou a pautar o direito de família no fundamento da dignidade da pessoa humana, principalmente no que concerne aos filhos como sujeitos de direitos. Seguiram a Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴ —, e o Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002.

Diante desse paradigma de garantias constitucionais fundamentais à filiação e às transformações no âmbito das relações familiares, tratar-se-á das incidências dos princípios sobre o direito de família.

3 FAMÍLIA E FILIAÇÃO DIANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A palavra princípio provém etimologicamente do latim, significando começo origem, valor-fonte do qual nasce a ordem. “A palavra príncipe,

²³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**... p. 22-5

²⁴ Doravante designado pela sigla ECA.

por exemplo, da mesma raiz, revela esta essência, pois significa o primeiro filho do rei e este, por sua vez, antes de ser rei foi príncipe, no princípio.”²⁵

Já os princípios constitucionais são as proposições genéricas que norteiam o ordenamento jurídico, isto é, os valores fundamentais que conduzem e dão substrato a toda ordem jurídica. Os princípios têm força normativa, contrariando a crença de que estariam na dimensão da ética e dos valores morais. Portanto, entende-se que a Constituição é norma jurídica concreta e prevalente, que dirige condutas e vincula às normas infraconstitucionais, as decisões judiciais, as interpretações, enfim a aplicação do direito.²⁶

O papel desempenhado pelos princípios constitucionais é o de informar o sistema de normas jurídicas, de forma a ultrapassar o positivismo jurídico²⁷, que entende ser o direito um sistema de regras neutro. Existem os princípios gerais, não expressos no texto legal porque já contidos no espírito ético do ordenamento jurídico como um imperativo categórico, e os expressos, previstos no artigo 1º e seus incisos da Constituição, como princípios fundamentais. Os gerais, são a fonte dos princípios constitucionais do direito de família.²⁸

A Constituição de 1988 é uma “verdadeira carta de princípios”, impondo normas e garantias de direitos fundamentais. Aqui é importante a distinção entre princípios e regras. Os princípios possuem validade universal e servem para orientar todas as regras. Para reconhecê-los e diferenciá-los, deve-se usar o critério da subordinação,

Se exceções forem admitidas, não se estará frente a um princípio, mas a uma regra concorrente ou subordinada a outra que lhe é incompatível ou contrária. Um princípio, para ser reconhecido como tal, deve ser subordinante, e não subordinado a regras.²⁹

²⁵ BARBOSA, Águida Arruda Mediação e princípio da solidariedade humana: família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. Belo Horizonte, 14-17 nov. 2007. *Anais...* Belo Horizonte (MG), 2007, p. 19

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direito das famílias...** p. 30

²⁷ Considerando o aspecto ideológico do positivismo jurídico, de acordo com BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1999, p. 233-9.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos...** p. 18-19, 22 e 24

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b, p. 54-56

Dentre os doutrinadores utilizados neste ensaio, percebe-se não haver grandes discordâncias doutrinárias a respeito do tema³⁰, entretanto, é relevante registrar a compreensão de Paulo Lôbo para quem a consagração dos princípios constitucionais, que expressam no plano jurídico os valores advindos da sociedade, foi um fator de avanço para o direito brasileiro. Exatamente porque os princípios, a diferença das regras, não oferecem uma solução única³¹.

Não resta dúvida de que o marco inicial dos princípios constitucionais do direito de família contemporâneo, ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988. Para Maria Berenice Dias, é no direito de família que são sentidos de modo efetivo os reflexos e a consagração dos princípios constitucionais, transformando-os em direito positivo de aplicação imediata.³²

A nova concepção de família que acabou por tomar corpo no ordenamento jurídico brasileiro, afastou o casamento como base única para a sua formação e abandonou a formalidade como lastro de sua estruturação, fundamentando-se, preponderantemente, no afeto recíproco entre seus membros. Dentre os princípios consagrados o da dignidade da pessoa humana deve ser percebido como o sustentáculo do ordenamento jurídico contemporâneo, o vértice do Estado Democrático de Direito e como pressuposto de justiça humana. Especificamente, no direito de família, este princípio, é um macroprincípio que sustenta todos os outros.³³

³⁰ Por outro lado, os excessos desta compreensão podem levar a equívocos. A certeza do direito, aspecto relevante ao positivismo jurídico, corre severos riscos diante de um ativismo judicial importando para o ordenamento jurídico sem a devida reflexão e adaptação dos conceitos ao contexto nacional. Sobre o tema são importantes as obras de STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. e _____. **O Que é isto — decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³¹ “Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto alegre: Magister, v. 0, out./nov. 2007, p. 146)

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**... p. 57-58

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**... p. 848

Os princípios permeiam a convivência familiar como um espaço comunitário de comunhão para a realização de uma vida digna entre seus membros³⁴. A criança, no seio da família, reveste-se do direito à dignidade (artigo 227, *caput* da Constituição), devendo ser assegurado por cada membro da família, não oponível apenas ao Estado.

No que concerne aos princípios constitucionais relacionados ao direito de família, salientam-se os seguintes: solidariedade familiar e ética do cuidado, igualdade e direito à diferença, melhor interesse da criança e do adolescente, função ordenadora representada pela monogamia, liberdade, pluralismo das entidades familiares; função social da família e, finalmente, o princípio jurídico da afetividade.

Dessa forma, depreende-se que, não só o artigo 226, mas todos os demais do Capítulo VII da Constituição de 1988, garantem as conformações familiares³⁵. Entretanto, além da família baseada no casamento, a Constituição alargou as possibilidades de formação familiar, reconhecendo a união estável como entidade familiar³⁶ e a família monoparental, inaugurando assim, a pluralidade familiar. A diversidade, ou melhor, a pluralidade de entidades familiares encontra unidade na noção de família constitucionalizada que é única: o que muda é forma como ela nasce. Em outras palavras: “A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional.”³⁷

³⁴ Com fulcro no princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição, cristaliza-se nos seus artigos 227, § 7º; 227, *caput* e 230.

³⁵ A princípio, de forma não exaustiva, pode-se afirmar a existência de uma pluralidade de entidades familiares, dentre elas as formadas pelo casamento, pela união estável, as famílias monoparental e parental, e as famílias recomposta, simultânea e homoafetiva.

³⁶ Em maio de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas respectivamente, pela Procuradoria Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral. Votou-se no sentido de dar interpretação conforme à Constituição para excluir qualquer significado do artigo 1723 do Código Civil que impeça o reconhecimento como entidade familiar da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ver: <stf.jus.br>

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 13

4 Filiação socioafetiva: o critério da socioafetividade na resolução dos conflitos relacionados à filiação

Ao vedar a discriminação dos filhos³⁸ com fundamento nos princípios constitucionais, a Constituição acabou por consolidar o que já era reconhecido pela doutrina, pela lei especial e pela jurisprudência, isto é, o afeto como valor jurídico. O reconhecido muito mais que biológico, mas afetivo, revelando-se no conceito de “posse do estado de filho”, instituto que acolhe a filiação como um fato socioafetivo.³⁹

Surgem dificuldades na aplicação da matéria visto que ela ainda não se encontra pacificada, não estando seus critérios consolidados. Essa construção depende de uma interpretação à luz dos princípios constitucionais e da situação em concreto, pois “Indispensável sejam ponderados os interesses de todos os envolvidos, e que a análise da questão considere não só os laços afetivos, mas, principalmente, as repercussões sociais (*sócio*) geradas por esses laços (*afetividade*).”⁴⁰

A reflexão sobre a afetividade no âmbito familiar, mais precisamente na dinâmica filiação socioafetiva e, principalmente, sobre suas consequências no mundo real, não tem um direcionamento absoluto no meio jurídico. Há muita controvérsia entre os operadores do direito a respeito das verdades da perfilhação, seja esta, formal, biológica, sociológica ou socioafetiva.⁴¹

³⁸ O artigo 227, § 6º da Constituição legitima a filiação socioafetiva, quando estabelece que: “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”.

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22-24

⁴⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo: família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. Belo Horizonte, 14-17 nov. 2007. **Anais...** Belo Horizonte (MG), 2007, p. 221

⁴¹ Sobre essa discussão, Belmiro Pedro Welter acentua: “[...] o jurista ao se manifestar sobre a paternidade ou maternidade, seja sexual ou assexual, biológica ou afetiva, não pode consignar um ponto final, mas sim três pontos [...], ou seja, sua idéia será apenas um piso, e não um teto hermenêutico, justamente porque lidamos com família, ou melhor, com seres humanos, cada qual com suas idiossincrasias, individualidade, ancestralidade, identidade, formação social, singularidade e dignidade.” (WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, v. 4, n. 14, 01 jun. 2003, p. 113-4)

A filiação é o resultado do desejo do ser humano de perpetuar a espécie, nascendo da interação entre pessoas com o objetivo de responsabilizar-se por outro ser, material e afetivamente. Tal desejo, desdobra-se em direitos e deveres com relação ao filho gerado.

Uma possível classificação envolve os seguintes critérios: o jurídico, estabelecido pela lei, baseado na presunção relativa de paternidade; o biológico ou o vínculo genético; o socioafetivo, fundamentado nos laços de amor e convivência paterno-materno-filial. Importa salientar que não existe prevalência ou hierarquia entre os critérios, sendo necessária a análise no caso concreto.⁴²

A despeito de qual critério que deva ser adotado, a prova efetiva da filiação, segundo o artigo 1.603 do Código Civil de 2002, é feita pela Certidão do Registro Civil e de pessoas naturais, que segue as regras dos artigos 50 a 66 da Lei nº 6.015/73 — Lei de Registros Públicos.

O fator biológico tem verdadeira importância nas relações paterno-materno-filiais, desse modo é facultada a investigação da verdade genética aos pais e aos filhos, na forma da lei. Se antes o poder probatório biológico era restrito, atualmente, uma das formas de investigação mais segura, não invalidando as outras, é o exame de DNA⁴³.

Na instituição familiar matrimonializada e fundamentada no casamento, estabelece-se o vínculo parental da filiação a partir da presunção de paternidade⁴⁴ (artigo 1.597 do Código Civil).

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direito das famílias...** p. 513

⁴³ Ácido Desoxirribonucleico, doravante designado através da sigla DNA. A importância do exame de DNA é de tal monta, que a Lei nº 12.004 de 2009 acrescentou à Lei nº 8.560 de 1992 — que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento — o seguinte artigo: “**Artigo. 2º**- A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. § único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético — DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

⁴⁴ A presunção admite prova em contrário, conforme os artigos 1.599 ao 1.601, do mesmo Código Civil. Os limites que a lei estabelece a presunção, estão previstos no artigo 1.597 do Código Civil, a saber: a) presume-se a paternidade dos filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, não do casamento; b) presume-se a paternidade dos filhos nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, seja por separação judicial, morte do cônjuge, nulidade e anulação. Nos casos de fecundação *in vitro*, existem as seguintes previsões no artigo 1.597, do Código Civil de 2002: a) em caso de filiação por fecundação artificial homóloga, é presumida a paternidade, mesmo que falecido o marido; b) presume-se a paternidade dos filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentes provenientes de concepção artificial homóloga; c) são presu-

Já a filiação extramatrimonial é aquela decorrente de pessoas que não querem ou se encontram impedidas de casar por já estarem casadas com outra pessoa ou por serem parentes próximas. Nos dois últimos casos, Jorge Shiguemitsu Fujita adota os termos “espúria” e “incestuosa”, para referir-se à filiação.⁴⁵

A relação de filiação pode decorrer do reconhecimento espontâneo e voluntário — previsto no artigo 1.607 do Código Civil e na forma da Lei nº 8.560/92 — ou forçado, por investigação de paternidade, geralmente com o teste de DNA. Existe também a investigação de paternidade em que ocorre o reconhecimento voluntário, apesar de não espontâneo: aquele em que há uma investigação oficiosa por parte da genitora, e sendo o suposto pai notificado, assume voluntariamente a paternidade. Além disso, garante a Constituição e prevê o ECA, nos seus artigos 26 e 27 que os pais, em conjunto ou separadamente, possam reconhecer os filhos havidos fora do casamento, independente de qual seja sua origem, além de garantir o reconhecimento como um direito personalíssimo do filho.⁴⁶

A filiação adotiva independe do critério matrimonial, visto que qualquer pessoa pode adotar, independentemente de seu estado civil. Efetiva-se a adoção mediante sentença judicial constitutiva, estabelecadora do vínculo jurídico recíproco entre adotante e adotado. Nesse caso, “registra-se, de maneira indubitável, a filiação socioafetiva, porquanto aqueles que se colocam na condição de pai ou de mãe, na realidade, não possuem essa qualidade no plano biológico, ou seja, não são genitor ou genitora.”⁴⁷

Maria Berenice Dias lembra que a adoção é um ato jurídico em sentido estrito com eficácia condicionada à decisão judicial. Ela cria um vínculo fictício de “paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”. Trata-se de um ato de vontade, “no desejo de amar e ser amado”, obedecendo as regras dos artigos 1.618 a 1.619, do Código Civil e os artigos 39 ao 52 do ECA. Em virtude do Código Civil ser uma lei geral e o Estatuto uma legislação específica, “em se tratando de adoção de crianças e adolescentes, persistem os direitos assegu-

midos os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que exista a prévia autorização do marido. (FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação...**, p. 39-40)

⁴⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação...** p. 45

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família...** p. 227-231

⁴⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação...** p. 53

rados pelo ECA, aplicando-se supletivamente o Código Civil, quando não houver incompatibilidade com a lei especial.”⁴⁸

Também, dentro do instituto da filiação adotiva, Fabíola Santos Albuquerque recorda a existência da chamada “adoção à brasileira” ou o ato de registrar filho de outro como próprio, situação que situa-se no âmbito jurídico do direito penal e civil.⁴⁹

Ainda sobre o tema da filiação adotiva, relevante mencionar a conhecida expressão “filho de criação”. Para Maria Berenice Dias trata-se de uma forma de buscar a adoção, ou seja, envolve uma criança, normalmente carente que, sem vínculo biológico, foi criada no seio de uma família como se filho fosse, e que “merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação”, abolindo definitivamente a complementação pejorativa “de criação”, em face do princípio da igualdade e proteção integral à filiação.⁵⁰

Rodrigo da Cunha Pereira, entende que “o reconhecimento espontâneo da paternidade só pode ser desfeito diante do vício de consentimento”. A pessoa que reconhece uma criança como filho, sabendo não existir vínculo biológico, não tem o direito de buscar posteriormente desconstituir a paternidade através de ação negatória, a menos que o reconhecimento tenha sido baseado em decisão eivada por vício.⁵¹ Comprovada alguma causa que caracterize vício de consentimento, a sentença judicial⁵² que julgar proce-

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias...** p. 426-428

⁴⁹ No âmbito penal trata-se de crime contra o estado de filiação, previsto no artigo 242 do Código Penal brasileiro, destacando-se o tema da insegurança e ineficácia dos atos jurídicos. O que confere eficácia é o ato do registro público, que faz prova efetiva da filiação, facultando ao juiz deixar de aplicar a pena prevista em face da nobreza do ato de adoção. Dentro desse espírito, a autora entende que a desconstituição de uma relação já consolidada no tempo, acarretaria mais danos que benefícios às partes envolvidas o que acaba por justificar tal entendimento. (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: Família e dignidade humana, 5. 2005. Belo Horizonte, **Anais...** Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2005.)

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias...** p. 440-441

⁵¹ “1. A imprescritibilidade da impugnação de paternidade pelo marido da genitora dos filhos propicia insegurança jurídica das relações familiares. O legislador aí, declara expressamente a opção pelos vínculos biológicos para o estabelecimento da paternidade, ignorando a possibilidade de ocorrência da paternidade socioafetiva. 2. Há flagrante contradição com o art. 1.597, V, o qual estabelece a possibilidade de paternidade socioafetiva, através da presunção de paternidade por inseminação heteróloga.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil da Família Anotado**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Jurua, 2009, p. 90)

⁵² Nesse tipo de ação, é que se contata a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada no direito de família: “Essas demandas, tanto de reconhecimento, como de rejeição da pa-

dente a ação negatória de paternidade deverá ser averbada no Cartório de Registro para a devida alteração registral, na forma do artigo 29, § 1º, b, da Lei 6.015 de 1973.

O artigo 27 do ECA prevê o direito personalíssimo, imprescritível e inalienável de investigar a paternidade, para obter o reconhecimento do estado de filiação. Entretanto, para quem tem uma relação paterno-filial com vínculo socioafetivo, este não deve ser desconstituído, caso o resultado da investigação seja positivo, visto que, esta tem o condão de apenas conhecer e ver declarada sua origem genética. A descoberta da verdade genética, além de uma necessidade psicológica, visa obter dados da identidade do código genético dos parentes e, sob o ponto de vista prático, um norte para possíveis tratamentos médicos, de modo a preservar sua vida e saúde.⁵³

Os filhos que antes eram objeto de direito, passaram a ser sujeito de direito. Essa situação inverteu o conteúdo do poder familiar⁵⁴, pois não se trata mais do exercício da autoridade paterna, mas de um dever imposto aos pais. Além das determinações previstas no Código Civil o ECA também normatiza o poder familiar.⁵⁵

Reconhece-se a posse de estado de filho sempre que alguém age como se filho fosse, encontrando resposta em quem age como pai. É a confirmação da filiação socioafetiva, pois nada é mais significativo do que ser tratado como filho no núcleo familiar e obter o reconhecimento social da relação paterno-filial. Já a doutrina e a jurisprudência consideram três aspectos:

ternidade, ao transitarem em julgado, nunca puderam voltar a juízo pelo surgimento da **coisa julgada**. [...] entre a verdade jurídica, ditada por sentença que se baseou em meros indícios, e a **verdade genética** não há como titubear. Afirmada ou negada a paternidade biológica, impõe-se autorizar tanto ao filho, quanto ao pai que voltem à justiça para o estabelecimento da **verdade real**. Essa nova orientação, que passou a ser chamada de **relativização da coisa julgada**, não goza de unanimidade, mas é referendada pela jurisprudência amplamente majoritária, sendo aplaudida pela doutrina.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 347, grifo da autora)

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direito das famílias**... p. 535-537.

⁵⁴ O poder familiar envolve o poder e o dever de educação, condução, controle, cuidado, enfim, todos os instrumentos adequados para preparar o filho para a vida e deve ser praticado tanto pelo pai quanto pela mãe, indistintamente, sendo que sua competência e exercício está regulado nos artigos 1.630 a 1.634 do Código Civil. O Código Civil também prevê as hipóteses de extinção, suspensão ou perda do poder familiar (artigos 1.635, 1.637 e 1.638).

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**... p. 378-390

(a) *tratactus* — quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* — usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *reputatio* — é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais.⁵⁶

As modificações que a sociedade vem sofrendo refletem-se no núcleo familiar: novas relações formam-se agregando pessoas que criam vínculos afetivos. A sociedade cobra respostas e os códigos se omitem, fazendo com que o Poder Judiciário quando solicitado a resolvê-las, não se contente apenas com o enfoque jurídico, mas considere o fator psicológico para regular essas demandas sociais. Os reclamos atingem o Poder Legislativo, que deve criar leis condizentes com essa realidade.

Luís Édson Fachin lembra a fundamentação do artigo 227, §6º da Constituição no princípio da igualdade, reconhecendo que ele solitariamente não consegue representar um avanço na solução dos conflitos familiares do mundo contemporâneo. É preciso considerar que o novo paradigma de um direito de família constitucionalizado, recebe aportes significativos da jurisprudência, em especial no tema da filiação.⁵⁷

É inegável que a reflexão sobre a afetividade no âmbito familiar não tem um direcionamento absoluto no meio jurídico, existindo muita controvérsia entre os operadores do direito sobre o tema das verdades da perfilhacão, seja ela formal, biológica, sociológica ou socioafetiva.

Na percepção de Maria Berenice Dias percebe-se que o direito de família conserva resquícios dos dogmas morais e religiosos que foram o solo histórico da formação familiar brasileira sacralizada, patriarcal e patrimonializada, “havendo a tendência do legislador de se arvorar no guardião dos bons costumes na busca de uma moral conservadora.”⁵⁸

Sobretudo, alguns operadores do Direito, mantém um olhar extremamente positivista e um senso comum justificador de decisões excludentes. Neste sentido, observa-se a manifestação do que Luís Alberto Warat designou com a expressão “senso comum teórico dos juristas”, isto é, a racionalidade jurídica carregada de valores e pré-conceitos que condicionam os entendimentos e decisões dos operadores do direito, formando uma ideologia capaz de criar um sistema organizador da realidade. O senso comum é a “zona de conforto do jurista” que legitima suas decisões dentro de um arca-

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias...** p. 334

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família...** p. 38 — 9

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias...** p. 71

bouço do que é estabelecido como justo, justificador da ordem jurídica, mas que todavia não a explica.⁵⁹

Difícil enumerar os rearranjos familiares da família contemporânea. Ela é fundamentalmente plural e essa pluralidade assume deveres e cobra direitos. Face a esses anseios, a doutrina, o legislador e a jurisprudência assumem a tarefa de proporcionar e garantir os direitos exigidos pelas novas configurações familiares. Num contexto de carência legislativa, a jurisprudência tem exercido um importante papel de construção normativa, mitigando os rigores e as ausências formais das normas legais, preenchendo lacunas do ordenamento. Francisco José Ferreira Muniz assim conclui, “nessa medida, a decisão judicial, ao integrar a lacuna para resolver o caso concreto, esboça, para, além disso, o desenho da norma jurídica que o legislador deverá editar para, em futuros desenvolvimentos do sistema, preencher o vazio normativo existente”.⁶⁰

4.1 A socioafetividade nos Tribunais

Pesquisa empreendida de janeiro de 2003 a abril de 2006, nos tribunais de alguns estados da federação, apontou uma tendência das Cortes em valorizar o critério biológico para a desconstituição da paternidade, com base na ideia de que os registros devem retratar a verdade biológica, considerando a possibilidade de determinar a paternidade por meio exames de DNA. Por outro lado, existem tribunais em que predomina o entendimento de que a paternidade socialmente estabelecida pelo vínculo socioafetivo deve ter supremacia e que negam pedidos de desconstituição de paternidade.⁶¹

A seguir, far-se-á a análise do elemento afetividade utilizado algumas vezes como princípio jurídico, outras como critério, além de outros, que perpassam os julgamentos em que o interesse é a filiação. O objeto será o confronto entre os critérios biológico e socioafetivo nos tribunais pátrios, o que deve demonstrar a atual compreensão do Judiciário em compasso, ou

⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27-34

⁶⁰ MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 28

⁶¹ BRITO, Leila Maria Torracca de. Contestação de paternidade e a segurança da filiação: família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. Belo Horizonte, 14-17 nov. 2007. **Anais...** Belo Horizonte (MG), 2007, p. 116-117

descompasso, com a doutrina principiológica e a hermenêutica constitucional.

No primeiro deles, a autora com base no abandono afetivo por parte do pai, pede a retirada do patronímico paterno no seu Registro Civil. A 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná deu provimento ao recurso com base no abandono afetivo, relativizando o princípio da imutabilidade registral, sem desconstituir a paternidade, preservando assim os direitos sucessórios.⁶² Curiosamente, na decisão analisada, o critério da socioafetividade ou o princípio constitucional que confere valor jurídico ao afeto, prevaleceu para constatar falta de afeto.

No segundo julgado, acolheu-se o vínculo socioafetivo em detrimento do biológico. O pai não havia comprovado vício de consentimento quando registrou a criança, mesmo sabendo não existir vínculo biológico. Evidenciava-se nesta decisão, dentre outros, o respeito aos princípios da afetividade, do melhor interesse da criança, e o da dignidade da pessoa humana.⁶³

⁶² Uma vez que o patronímico paterno alegadamente representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a alteração não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no art. 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome (nome de família). [...] Os apelidos de família são importantes para identificar a família de origem, e a identificação da pessoa. No presente caso, a exclusão do patronímico paterno mostra-se possível, pois não ensejará a descaracterização da identificação da apelante no convívio familiar e social, eis que esta já é conhecida apenas pelo patronímico materno. (PARANÁ. Apelação Cível nº 400.884-4, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Cunha Ribas, Julgado em 14 de novembro de 2007)

⁶³ “- O ajuizar de uma ação negatória de paternidade com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco [...] que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito. [...] — Uma mera dúvida, **curiosidade vil**, desconfiança que certamente vem em detrimento da criança, pode bater às portas do Judiciário? Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, consciente no momento do reconhecimento voluntário da paternidade, leva para o universo do infante os conflitos que devem permanecer hermeticamente adstritos ao mundo adulto. Devem, pois, os **laços afetivos** entre pais e filhos permanecer incólumes, ainda que os outrora existentes entre os adultos envolvidos hajam soçobrado. Recurso especial não provido.” (BRASIL. Recurso especial, acórdão nº 1067438 / RS, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 03 de março de 2009, grifo nosso)

No seguinte julgado, considerou-se a inexistência de vínculo biológico, via exame de DNA, contudo, também inexistia o vínculo de afeto, que teria prevalecido caso tivesse sido constatado. O recorrente, mesmo tendo registrado voluntariamente a criança, percebeu que esta em nada se assemelhava a ele, o que ensejou a separação de fato do casal, quando a menor contava com apenas quatro meses. Além de comprovação de vício de consentimento, foi afastada a hipótese de “adoção à brasileira”. Percebe-se a preocupação com a preservação do direito do “pai” de investigar a paternidade, o cuidado com o melhor interesse da criança, pois, forçar pela via judicial, uma relação afetiva, que provavelmente nunca se concretizaria, em nada iria beneficiar a criança.⁶⁴

O próximo julgado, merece destaque pelo inusitado critério que fundamentou a decisão, sendo transcrito quase na íntegra, para que não se perca o espírito de seu conteúdo. Trata-se de pretensão de desconstituição da paternidade registral, de pai não biológico, que registrou filho de sua companheira, mesmo sabendo não ser seu.

O cenário demonstra-nos que um cidadão enamorou-se de uma mulher grávida (de outro homem) e, ainda nessa fase de gestação, passou a viver com ela. [...]

Sempre entendi que ato voluntário de reconhecimento deveria ser mantido. É a decorrência de suportar a irresponsabilidade do ato, por vezes, impensado. Mas, três condições, salvo melhor juízo, devem ser analisadas:

A primeira é a questão volitiva e emocional do ato tido por ‘consciente’. Nunca se viu fato como esse acontecer sem que exista um fato antecedente

⁶⁴ “- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico. - A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento. — A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.- Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.- E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das consequências, inclusive materiais, daí advindas. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Recurso Especial, Acórdão nº 878.954, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Nancy Andrihgi, julgado em 07 de maio de 2007)

primário, ou seja, a relação do homem com uma mulher (mãe de um filho de outra relação). A condição volitiva da conquista do homem para uma mulher é a transcendência do espírito de querer, de possuir, de ‘buscar a lua’ para dar-lhe de presente. A conquista determinada e apaixonada não tem peias. É o mesmo processo psíquico do ato da sedução. Assim, **declarar, como seu**, um filho dessa mulher com outro homem é a **extensão da conquista e do espírito de proteção**, vejam bem, à mulher que se quer. **A criança é apêndice e não causa primeira do ato de reconhecimento.** A causa primeira é o agrado, a conquista da mulher amada. Tanto isso é verdade, que não se tem notícia do reconhecimento e fato inverso: a mulher conquistada registrar como seu filho do conquistador com outra mulher. Esse poderia até ter adotado a criança e porque não o fez? Porque a criança é fato congênito de um fato maior, que na realidade, é a paixão que levou o homem a unir-se a uma mulher com filho. É o primado da corte e da conquista, ato muito mais sentimental que racional.

A segunda é a questão do menor. Questiona-se que não se pode anular o registro, pois o menor terá direito a pensão e até benefício patrimonial sucessório, pois o ato foi volitivo e sem vício, como se a obliteração emocional e sentimental também não fosse um vício. Que agasalho e receptividade teria um filho civil na família do pai não biológico que, em sã consciência, não quer assumir mais esse ato? Seria de carinho e aconchego? Não acredito!...

Todos responderíamos: merece arcar com os ônus de seu ato irresponsável. E eu questiono-me: se assim for, que castigo merece a mãe do menor participante de tal irresponsabilidade ao concordar com tal ato? Na prática: nenhum! Conseguir um beócio para carregar sua carga, filho que tivera, antes, com um homem que não assumiu a paternidade e nem, para tanto, a Justiça foi acionada. Agora, quer a Justiça para referendar tal ato. Se a mulher não concordasse com essa falsidade ideológica tal fato não existiria; se persistir, os comparsas do ato devem ser igualmente responsabilizados e não somente o seduzido.

A terceira é a questão jurídica do ato volitivo, tido, com a vênia devida, como isento de vício. Quanto ao vício, nós acima já abordamos seu mecanismo.

O que nos interessa é o seguinte: onde foi parar o culto à VERDADE REAL que domina e rege a espécie? É certo o entendimento do registro de paternidade de um nascimento tido, como imutável sobre a alegação de ausência de vício, ser protegido por flagrante falsidade ideológica? Onde está, enfim, a VERDADE REAL? Um filho ter um pai ausente e irresponsável é lamentável! Diria até que é um sofrimento. Mas um filho ter como pai um homem que não é verdadeiramente seu pai, fato inclusive declarado pela mãe, é gravíssimo em razão da relação decorrente da anulação do registro. Será um órfão de pai civil vivo.

À criança é mais útil não ter pai do que ter um cidadão que é tido como seu pai e que o renega. Nenhuma criança merece isso. A verdade é a base

de qualquer justiça, inclusive a justiça interior. Assim, DOU PROVIMENTO à Apelação para o cancelamento do registro paterno.⁶⁵

A jurisprudência anteriormente transcrita, comentada por Leila Torraca de Brito, deixa antever alguns (pré) conceitos, a seguir pontuados: o julgador considerou ausência de vício no ato voluntário de reconhecimento, considerando que o homem ao estar apaixonado fica desprovido de razão, “em contrapartida, sugere-se a idéia de um poder malévolos das mulheres, como de Eva, quando vista como aquela que teria seduzido Adão.”; a consideração que, para a criança seria melhor não ter pai, do que ter um que a renegue, denota um julgamento moral de qual tipo de pai seria conveniente à criança. Todavia, pergunta a autora, parece que o “registro foi útil como prova de paixão”, e quando esta não mais existir, será possível desconstituir a paternidade? Nesse sentido, faz parecer que a filiação está ainda atrelada à conjugalidade e, quando esta deixar de existir, desfaz-se o vínculo paterno-filial, situação que parece insustentável no mundo contemporâneo que deixou no passado o viés religioso, matrimonial e patriarcal das relações familiares.⁶⁶

Por fim, a seguir faz-se análise de jurisprudência, em que filho investiga paternidade biológica, tendo convivido com pai registral socioafetivo, por vinte anos. O autor pede a desconstituição registral, para obter o reconhecimento póstumo do pai biológico. A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, considera o direito personalíssimo de conhecer sua origem genética, porém nega o pedido de desconstituição registral com base no vínculo socioafetivo, além de entender que a intenção do autor tem fins, apenas patrimoniais.⁶⁷

111

⁶⁵ MINAS GERAIS. Apelação cível nº 1.0313.05.158855-3/001, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Desembargador Francisco Figueiredo, julgado em 18 de setembro de 2007, grifo nosso

⁶⁶ BRITO, Leila Maria Torraca de. Contestação de paternidade e a segurança da filiação... p. 110-119

⁶⁷ “É absolutamente certo e inquestionável, até admitido pelo autor desde o início da ação, que o pai registral é o verdadeiro pai há quase vinte anos. A paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica. [...] Portanto, verifica-se que o autor foi criado pelo Sr. Paulo, como se filho fosse, durante toda sua vida, pois até hoje convive com ele, restando, assim, demonstrada a relação de afetividade entre eles de forma contínua, duradoura, exteriorizada, apta para caracterizar a posse do estado de filho. Como bem referido pelo ilustre Revisor, tem-se a forte impressão de que o que autor realmente pretende é reconhecer a paternidade biológica apenas para fins patrimoniais, tanto que admitiu que o pai registral é o pai afetivo. Assim, não vejo outra alternativa a não ser a improcedência da demanda. (RIO

Na decisão, foi fator determinante a percepção do julgador da intenção do filho, isto é, entender que sua busca da verdade biológica era “apenas para fins patrimoniais”. Desse modo, pelo fato de já ter um pai socioafetivo, restaria configurada sua intenção de locupletar-se com o reconhecimento da paternidade biológica, e, consequente desconstituição da paternidade registral socioafetiva. O caso em tela suscita alguns questionamentos: suponha-se que não existisse o pai registral socioafetivo, nesse caso a intenção do autor não teria fins patrimoniais em relação ao pai biológico? E se tivesse, como seria percebida pelo julgador? Questiona-se agora com foco no pai biológico, se caso não existisse o pai registral socioafetivo, ele teria que reconhecer o filho? Desse reconhecimento, haveria a garantia de nascer um vínculo afetivo, ou seria apenas um “fardo econômico” que ele se obrigaria? Ainda considerando a perspectiva do pai biológico, como no caso em tela, a existência de um pai registral socioafetivo, livra-o de reconhecer o filho, então tudo se resume à uma questão de “sorte”? Explica-se, “sorte” de aparecer alguém que assuma seu lugar, livrando-o do que poderia, ou deveria ser sua responsabilidade.

De fato, tudo o que se refere às relações humanas, mais especificamente as relações que envolvem paternidade e filiação pode suscitar controvérsias: a lei, ou a interpretação dela pelo julgador não pode garantir sentimentos. Há como determinar judicialmente o reconhecimento da paternidade, mas não há como determinar que o pai ou o filho desenvolvam afeto um pelo outro. À lei só resta ser mais inclusiva e permitir que as diversas formas de relações afetivas vivenciadas no âmbito familiar sejam garantidas.

Belmiro Pedro Welter comenta a jurisprudência anterior, considerando que, quando se trata do direito da personalidade — indisponível e fundamental à existência humana — como é caso do reconhecimento das paternidades, tanto a genética quanto a afetiva, não se deve compreender o ser humano com base apenas no direito registral. O autor faz uma análise das formas através das quais as pessoas se relacionam no âmbito familiar a partir do conceito do “nome-do-pai”, desenvolvido pela teoria psicanalítica de Jaques Lacan. Por este conceito o pai é apenas um significante, mais um nome do que uma pessoa. Desse modo, para a psicanálise a família não se

GRANDE DO SUL. Apelação cível nº 70018836130, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 03 de maio de 2007)

constitui só por um homem, uma mulher e os filhos, mas sim, é uma edificação psíquica, em que cada membro ocupa um lugar/função, seja de pai, mãe, irmão, sem necessidade de vínculos biológicos,

O pai pode ser uma série de pessoas ou personagens, como o genitor, o marido ou companheiro da mãe, o amante, o protetor da mulher durante a gravidez, os tios, os avós, os professores, os terapeutas, quem educa a criança ou o adolescente, dá o seu nome, reconhecendo legal ou ritualmente. Diz-se que é pai quem exerce a função de pai, seja homem ou mulher, ser referido como entidade e apoio no encontro e no descobrimento do filho como sujeito.⁶⁸

Para o autor, conceder a paternidade biológica e manter a socioafetiva, sem prevalência de uma sobre a outra, permitir o registro de todos os pais, genéticos e afetivos, ensejaria um desfecho diferente da decisão, mais compatível com uma realidade inegável.

De tudo, depreende-se que o tema da filiação socioafetiva é controverso. A apreensão desta área, deve ir além de conformar-se a uma estrutura jurídica dogmática e as práticas cotidianas dos operadores do direito. Por sorte, os doutrinadores e a jurisprudência avançam e buscam concretizar, à luz dos princípios constitucionais, a filiação socioafetiva na pluralidade de unidades familiares mais inclusivas e, por consequência, menos excludentes. Os julgados ora apresentados propõem diferentes soluções para dirimir os conflitos entre os critérios biológico e socioafetivo, manifestando em alguns casos o senso comum teórico dos juristas, opiniões e mesmo preconceitos dos julgadores em matéria das questões afetivas. Neste ponto, vale lembrar a afirmação de Edson Fachin para quem não devemos nos conformar e conviver com uma atitude de indiferença, renunciando às inovações. É preciso, superar conceitos e fomentar as discussões, promover a inquietude e questionar sempre, para que se estimule a pesquisa e a compreensão dos dilemas e os sofrimentos que se apresentam na sociedade contemporânea.⁶⁹

5 CONCLUSÃO

Com a Constituição de 1988, o afeto — que nas relações familiares surge pela convivência fundamentada em atitudes de cuidado, respeito e solidariedade — foi elevado ao *status* de princípio constitucional, e como

⁶⁸ WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família...** p. 122

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família...** p. 42

tal, tem permeado o as instituições que compõem o direito de família. A filiação construída a partir do afeto é protegida constitucionalmente e sustentada nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, na supremacia dos interesses dos filhos e na paternidade responsável. A consagração do valor jurídico do afeto como princípio constitucional, no que tange à filiação, pode ser percebida no artigo 227, §6º da Constituição, bem como no artigo 1.596 do Código Civil de 2002, que determinam a não discriminação de nenhuma forma de filiação. Esta base jurídica ensejou a denominação de “filiação socioafetiva” para designar os filhos, independentemente de vínculos biológicos. Contudo, por não estar expressa em códigos ou leis infraconstitucionais, a filiação socioafetiva fundamenta-se em bases principiológicas.

Conforme pode ser observado, ao longo da história a família passou por grandes transformações jurídicas, afirmando-se na contemporaneidade a tentativa de abandonar um passado de exclusão em direção à inclusão. Esta trajetória levou à configuração de um novo paradigma jurídico de entidade familiar que, de uma concepção singular, vinculada à ideia de uma única e legítima entidade familiar patriarcalizada, sacralizada, patrimonializada, hierarquizada e heterossexual, alcança a aceitação de uma pluralidade inclusiva. Neste sentido a constitucionalização da família ocupa uma posição central. A família constitucionalizou-se fundamentada nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e na supremacia dos interesses dos filhos. Também, pode-se afirmar que de todos os princípios, o princípio jurídico do afeto, consagrado pela Constituição de 1988, acabou por efetivar significativas alterações no direito de família. A partir das repercussões sociais advindas desses laços, o princípio recepcionou a realidade social, constitucionalizando as diretrizes jurídicas provenientes das relações familiares, abrindo um caminho doutrinário e jurisprudencial que desafia a ordem institucionalizada de modo a acomodar os novos arranjos familiares, pautando-se nos valores jurídicos da socioafetividade.

A partir da Constituição de 1988 a família passou a envolver o tema dos princípios constitucionais gerais e específicos no âmbito de seu direito. Nas jurisprudências analisadas verificou-se que o elemento afetividade é utilizado como princípio jurídico e noutras como critério em confronto com o critério biológico para aferir a filiação, biológica e socioafetiva. Partindo dessa premissa, concluiu-se que, embora a Constituição tenha consagrado

valor jurídico ao afeto, elevando-o a princípio constitucional, ainda não está pacificado esse entendimento. Existem valores morais e interesses patrimoniais ainda atrelados ao fator biológico da filiação. Ademais, há um rompimento necessário com o paradigma da família matrimonializada e a presunção de paternidade que no senso comum, seria a garantia da filiação biológica.

Por outro lado, a questão também não pode ser banalizada, assim como um filho tem direito ao pai, não se pode obrigar alguém a ser pai de quem ele não é, nem biológico nem socioafetivo. Existem direitos recíprocos, em que pese, o dever de garantir o melhor interesse da criança.

A análise observou que existe uma carência de normas expressas capazes de tutelar esses conflitos, apesar de grande parte da doutrina entender que à luz dos princípios tudo pode ser solucionado. Quando o legislador se omite, o Judiciário assume a garantia de assegurar direitos, preenchendo assim, os vazios da legislação. Mesmo sem previsões legais, existem decisões judiciais pioneiras e corajosas, com base numa interpretação constitucional mais inclusiva, que acabam por formar jurisprudências que provocam avanços sociais e, no que tange à filiação socioafetiva, garantem direitos. Mais do que uma construção doutrinária e jurisprudencial, a filiação socioafetiva é uma realidade. Agora, no momento de dirimir os conflitos desta ordem, percebe-se muitas vezes que um grande número de julgados estão eivados de uma compreensão eivada de preconceitos, daquilo que Warat denominou de senso comum teórico dos juristas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: Família e dignidade humana, 5. 2005. Belo Horizonte, **Anais...** Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2005.

_____. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 688 p.

ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: SOUZA, Laura de Mello. **História da vida privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América portuguesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. V. I

BARBOSA, Águida Arruda Mediação e princípio da solidariedade humana: família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. Belo Horizonte, 14-17 nov. 2007. **Anais...** Belo Horizonte (MG), 2007.

_____. Construção dos fundamentos teóricos e práticos do Código de Família Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 9, n. 2, fev./mar. 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena, Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo, **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, Magister, v. 7, n. 9, 01 abr./maio. 2009.

_____. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo: família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. Belo Horizonte, 14-17 nov. 2007. **Anais...** Belo Horizonte (MG), 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos Humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1067438**. Ementa: Direito civil. Família. Criança e adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Interesse maior da criança. Vício de consentimento. Ausência de alegação. Mera dúvida acerca do vínculo biológico. Exame de DNA não realizado. Cerceamento de defesa não caracterizado. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 03 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=861189&sReg=200801354394&sData=20090520&formato=PDF> Acesso em: 3 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial, Acórdão nº 878.954**. Ementa: Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Relator: Min. Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 07 maio 2007. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/guest>> Acesso em: 3 jun. 2012.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Contestação de paternidade e a segurança da filiação: família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 6. Belo Horizonte, 14-17 nov. 2007. **Anais...** Belo Horizonte (MG), 2007.

_____. Decisão Comentada: paternidade socioafetiva e anulação de registro civil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 4 jun./jul. 2008.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil** 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio — Sociedade Cultural Ltda, 1977.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. (Vol. 5).

DANTAS, San Tiago. **Direito de família e sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. 10 out. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=327>>. Acesso em 14 maio de 2012.

_____. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Família normal?** 10 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=368>>. Acesso em: 15 maio 2012.

_____. **Além de cega, muda!** 06 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=485>>. Acesso em: 14 maio 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 378 p.

FACHIN, Rosana. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11-126.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____; ROSENVALD Nelson. **Direito das famílias: de acordo com a Lei nº 11.340/06 — Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 — Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Arqueologia das famílias**: da ginecocracia aos arranjos plurais. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Direito das famílias** São Paulo: Revista do Tribunais, 2009

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. 21 out. 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=14>>. Acesso em 07 junho de 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: a para Além do Numerus Clausus. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. (Primeira série).

_____. Princípio da Solidariedade Familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 0, out./nov. 2007.

_____. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos: Família e solidariedade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: Família e dignidade humana, 5. 2005. Belo Horizonte, **Anais...** Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação cível n. 1.0313.05.158855-3/001**. Ementa: Paternidade — anulação de registro civil de nascimento do menor — hipóteses — acolhimento. — A anulação de registro civil por pessoa (que não é o pai biológico) merece exame pelo que se chama de ato consciente e livre. Relator: Des. Francisco Figueiredo. Belo Horizonte. Data de Julgamento: 18 set. 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/juridico/>>. Acesso em: 24 maio 2012.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 116.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 87-120, jul./dez. 2014

OLIVEIRA, Adriana Leônidas de; CERVENY, Ceneide Maria de Oliveira. **Irmãos, meio-irmãos e coirmãos: a dinâmica das relações fraternas no recasamento**. Curitiba: Juruá, 2010. 308 p.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº 400.884-4**. Ementa: Ação de retificação de registro civil. Pretensão da apelante em suprimir ou alterar a posição do patronímico paterno. Possibilidade para suprimir o patronímico paterno ante a situação excepcional, amparada pelo art. 58 da lei dos registros públicos. Recurso provido para excluir o patronímico do genitor. Relator: Cunha Ribas. Paraná, Julgado em 14 nov. 2007. Disponível: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/guest>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Uma principiologia para o direito de família. São Paulo : IOB Thomson, 2006a. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: Família e dignidade humana, 5. 2005b. Belo Horizonte, **Anais...** Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2005.

_____. **Estatuto das Famílias**. 28 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=356>>. Acesso em: 27 maio 2012.

_____. Famílias ensambladas e parentalidade socioafetiva: a propósito da sentença do Tribunal Constitucional, de 30.11.2007. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 7, n. 10, 01 jan. 2009.

_____. **Código Civil da Família Anotado**. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos: de acordo com a Constituição Federal de 1988 e legislação subsequente**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2006.

_____. **Instituições de direito civil: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Forense, 2009. V. 5

PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A socioafetividade e o cuidado: o direito de acréscimo do sobrenome do padrasto. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.). **Direito das famílias**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível n. 70018836130**. Ementa: Apelação. Investigação de paternidade. Vínculo socioafetivo que se sobrepõe ao vínculo biológico. Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos. Porto Alegre. Data de julgamento: 03 maio 2007. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 24 maio 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRIPOLI, Cesar. **História do direito brasileiro (Ensaio)**: época imperial até à Maioridade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1947. T. I, V.II

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional no direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, 8. fev./mar. 2009.

_____. **Teoria tridimensional do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 330 p

_____. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, v. 4, n. 14, 01 jun. 2003.