



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

CAMILA FIGUEIREDO OLIVEIRA GONÇALVES

**A IMPORTÂNCIA DA SOCIOAFETIVIDADE NAS AÇÕES DE FILIAÇÃO
SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

FORTALEZA

2012

CAMILA FIGUEIREDO OLIVEIRA GONÇALVES

**A IMPORTÂNCIA DA SOCIOAFETIVIDADE NAS AÇÕES DE FILIAÇÃO
SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Coordenação do Curso de Graduação em
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Profa. Dra. Joyceane Bezerra de
Menezes.

FORTALEZA

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- G635i Gonçalves, Camila Figueiredo Oliveira.
 A importância da socioafetividade nas ações de filiação segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça / Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves. – 2012.
 45 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2012.
 Área de Concentração: Direito Civil.
 Orientação: Profa. Dra. Joyceane Bezerra de Menezes.
1. Direito de família - Brasil. 2. Pais e filhos (Direito) - Brasil. 3. Relações Familiares. 4. Adoção - Brasil. 5. Família - Brasil. I. Menezes, Joyceane Bezerra de (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 347.6

CAMILA FIGUEIREDO OLIVEIRA GONÇALVES

**A IMPORTÂNCIA DA SOCIOAFETIVIDADE NAS AÇÕES DE FILIAÇÃO
SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito em conformidade com os atos normativos do MEC e do Regulamento de Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC.

Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Joyceane Bezerra de Menezes (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Profa. Dra. Márcia Correia Chagas
Universidade Federal do Ceará – UFC

Ana Karoline dos Santos Pinto (Mestranda)
Universidade Federal do Ceará – UFC

À minha mãe, por tudo. Pela luta, pela superação,
pelo exemplo, pela paciência (quase infinita),
pelo amor gratuito e incondicional. Por ser *mãe*,
guardando toda significância dessa palavra.

AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, agradeço, inicialmente, aos meus pais. À Dona Mirna Maria, agradeço por estar sempre ao meu lado, mesmo quando eu não merecia. Minha mãe tem vocação para ser mãe e, utilizando da poesia de um grande amigo cariense, que Deus me dê muito dinheiro para eu poder contratar minha mãe como babá. Ao Seu Antônio Gonçalves, de quem carrego o nome de uso comum e de quem acredito ter herdado muito da minha personalidade. A crença de que com trabalho duro e empenho se é possível ser um profissional bem sucedido aprendi com ele. Obrigada, pai! Mesmo de longe, você foi um importante suporte para que eu chegasse até aqui.

Sou grata ainda ao meu amor, ao meu *último romance*, Thiago Assunção de Almeida, por cada letrinha e cada ideia desse trabalho. Você acompanhou cada momento, desde minha preparação para o vestibular até agora, quando saio da faculdade, sendo sempre paciente e companheiro. Meu bem, você me faz uma pessoa melhor. Obrigada por me fazer feliz há mais de 6 anos. Que venham outros tantos!

Agradeço aos amigos, novos e antigos. Apesar dos meus vinte e poucos anos, eu, carioca da gema, mas cearense, primeiro por imposição e agora por convicção, guardo uma coleção invejável de amigos, do sudeste ao nordeste do país. Com medo de esquecer alguém importante (pelo que já me desculpo), ousou agradecer especialmente a Olivia Teixeira (e família), Carolina Novaes (e família), Manoel, Rachel, Gabriela Maia, Aretuza, Luana, Fernanda, Rafael, Samuel, Aquiles, Lucas Assunção, Sarah Marinho (minha sócia), Nilo Madson, Natália Uchôa, Pollyana Maria, Manuela Caldas, Giovanna Burgos, Dayana Cláudia, Felipe Félix, Mariana Holanda, Mariana Magalhães, César Filho, Ilo Igo, Higo Araújo, Natália Maia, Miquéias Maia, Jothe, Diogo Portela, Eginaldo, Jana Maria entre outros. Vocês tornaram o caminho muito mais interessante e alegre. Torço para que nossa amizade permaneça firme, apesar do fim do convívio diário.

Não posso deixar de agradecer a dois advogados com quem trabalhei durante toda minha graduação e que muito me ensinaram: Leonardo Pitombeira e Natanael Cortez.

À minha banca, à amiga Karolzinha e à querida Professora Márcia Correia Chagas, por prontamente aceitarem meu convite e terem colaborado com a elaboração desse trabalho, com suas sugestões e críticas sempre pertinentes e construtivas.

Finalmente, agradeço à minha orientadora (de vida) Dra. Joyceane Bezerra de Menezes. Obrigada pelos livros gentilmente emprestados, pelo incentivo de sempre, pela paciência, pelo exemplo, pelas críticas construtivas (haja balão!!!), pelos ensinamentos de toda ordem e, principalmente, por ter instigado em mim o gosto pela pesquisa. Você me mostrou um caminho novo, cheio de possibilidades, que estou adorando desbravar.

Filhos... Filhos?
Melhor não tê-los!
Mas se não os temos
Como sabê-lo?
Como saber
Que macieza
Nos seus cabelos
Que cheiro morno
Na sua carne
Que gosto doce
Na sua boca!
Chupam gilete
Bebem shampoo
Ateiam fogo
No quarteirão
Porém, que coisa
Que coisa louca
Que coisa linda
Que os filhos são!
Vinícius de Moraes

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza,
mas um fato cultural.
João Baptista Villela

RESUMO

A família ocidental passou por mudanças estruturais. No Brasil, parte dessas mudanças foi reconhecida pela Constituição Federal de 1988, operando-se um verdadeiro giro conceitual no instituto. Articula-se como *locus* de descanso e de função promocional da dignidade da pessoa dos seus membros. Neste aspecto, as relações conjugais e convivenciais incorporaram ajustes, assim como também as relações paterno-filiais sofreram alterações. Decai o pátrio poder em nome do poder familiar e impera o princípio da isonomia entre os filhos. Os critérios determinantes da filiação se ampliam, perdendo prestígio o elemento puramente biológico. O parentesco de *outra origem* a que timidamente se referiu o artigo 1.593 do Código Civil de 2002 ganhou força na doutrina e nos tribunais, de sorte que o parentesco de filiação é afirmado predominantemente a partir da socioafetividade. A relação firmada no cotidiano enlaçada pelo afeto é legitimada, passando a produzir importantes efeitos jurídicos. Nessa ambiência em que a afeição tem lugar de destaque, renovam-se as discussões atinentes às ações de estados, notadamente das ações negatória de paternidade, da anulatória de registro, de impugnação da filiação e de investigação de ancestralidade e de paternidade para verificar a possibilidade de (des)constituição do vínculo afetivo e prevalência do fator genético.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação. Socioafetividade. Ações de Estado. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The western family has undergone structural changes. In Brazil, some of these changes were recognized by the Constitution of 1988, operating a real conceptual turn in the institute. Nowadays, the family is seen as a place of rest and adequate to promote the dignity of its members. Concerning this aspect, marital relations and those of coexistence incorporated adjustments, as well as the relationships between parents and children. The fatherly rights no longer prevail in the family, but the family power and the principle of equality among children. The criteria determining the parentage has expanded, losing the purely biological factor. The parentage from another source, that is coyly referred to in the article 1593 of the Civil Code of 2002, gained strength among doctrine and jurisprudence, so that parentage is determined predominantly from the socio-emotional link between the members of the family. The affective relationship that is built day-by-day is therefore important to produce legal effects. In this environment in which the affection is an outstanding factor, discussions pertaining to the actions of state are renewed, intending to verify the possibility of (dis)formation of affective bonding and prevalence of the genetic factor.

KEYWORDS: Parentage. Socio-emotional factor. Actions of state. Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: UMA RELEITURA SOB A LENTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	13
2.1 Da família instituto à família instrumento	13
2.2 O ocaso do modelo tradicional e o papel reestruturante dos princípios constitucionais na construção de uma <i>família democrática</i>	15
2.2.1 A liberdade e a igualdade na conjugalidade	18
2.2.2 A liberdade e a igualdade na parentalidade	20
2.3 O reconhecimento do estado de filiação independentemente da origem	21
2.3.1 A interpretação do artigo 1.593 do Código Civil de 2002: a socioafetividade como parentes de outra origem	21
2.3.2 Posse do estado de filiação: nome, trato e fama	22
3 A SOCIOAFETIVIDADE COMO GÊNERO DE FILIAÇÃO	24
3.1 A cláusula geral de tutela da pessoa no Direito de Família	24
3.2 O afeto no Direito	25
3.2.1 O afeto como critério determinante da filiação	27
3.3 Filiação socioafetiva e o direito ao conhecimento da ancestralidade biológica	29
4 O AFETO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	31
4.1 A prevalência do critério socioafetivo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	31
4.1.1 Vínculo biológico versus socioafetividade	32
4.1.2 Falsidade ideológica (adoção à brasileira) versus socioafetividade	33
4.1.3 Entrega para adoção mediante coação versus socioafetividade	34
4.1.4 Impossibilidade de adoção homoafetiva versus socioafetividade	34
4.2 Um caso peculiar: o Recurso Especial 833712/RS e a prevalência do critério biológico	35
4.3 Investigação de paternidade/maternidade socioafetiva	37
5 CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

Antes fincada nas amarras das codificações oitocentistas, que tentavam amoldá-la dentro de uma formatação única, hoje a família se renova sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa mudança conjuntural é, sem dúvida, albergada pelo viés ideológico da Constituição Federal de 1988. A partir da hermenêutica constitucional foi possível oxigenar a legislação ordinária, de modo a ampliar a concepção jurídica de família, no seu aspecto finalístico e na dimensão relacional entre os seus membros. Sem a escatológica visão de que a família está fadada ao ocaso, crê-se que a família pode se manifestar por novos modelos. Supera-se a visão jurídica monista de família legada do século XIX, cujos fins eram notadamente procriacionais e econômicos, sendo a formatação de natureza matrimonial a única legítima.

A família contemporânea é instrumental e plural. Busca apoiar os membros ao exercício da autodeterminação e ao desenvolvimento pleno da personalidade. Não está cingida em sua formação e organização aos dogmas sociais e religiosos. A confiança, a paridade e o afeto se tornaram o amálgama das relações familiares, consubstanciando-se tais elementos na expressão objetiva do princípio da solidariedade.

Remodelada, mas ainda alvo de desejo da maioria, vive-se presentemente em uma realidade familiar na qual prevalece a igualdade entre cônjuges; decai a exclusividade da família matrimonial; extinguem-se as cláusulas de dureza para a dissolução matrimonial; e funcionaliza-se o poder familiar. Por força do direito geral de liberdade e pelo princípio da igualdade, são reconhecidos efeitos jurídicos a diversos arranjos familiares, pluralizando a instituição que ao longo de tantos anos foi afirmada exclusivamente no matrimônio.

A nova concepção de família reverberou sensivelmente na seara do poder familiar, antigo pátrio poder. De uma estrutura hierárquica, por vezes despótica, centrada na autoridade do pai mantida pelo Código Civil de 1916, o poder quase ilimitado do homem transformou-se em um poder-dever, compartilhado pelo casal, com o objetivo de promover o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho, em condições de liberdade e de dignidade da pessoa (art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

No bojo dessas importantes modificações, as relações de filiação também foram bastante impactadas em sua conformação jurídica, especialmente no que concerne aos critérios determinantes. Ao inaugurar o princípio da igualdade entre os filhos, a Constituição afastou as discriminações relativas à origem da prole. Excluindo as preconceituosas adjetivações de filhos ilegítimos, naturais, espúrios ou mesmo incestuosos, a Constituição Federal dedicou especial tratamento àquele parentesco advindo da descendência.

Com a isonomia entre os filhos constitucionalmente assegurada, a legislação ordinária, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, repisou a impossibilidade de qualificações distintivas. No entanto, o Código Civil de 2002 foi além, pois, no capítulo dedicado às disposições gerais sobre parentesco, ampliou as vias pelas quais o vínculo pai-filho poderia derivar, abrangendo aí a noção de filiação proveniente de laços socioafetivos, relativizando a primazia da verdade presumida e biológica.

É no contexto das transformações ocorridas nos contornos jurídicos da filiação, sobrevalorizando-se a relação de fato constituída entre pais e filhos, fundamental à formação da identidade do sujeito, que ganha fôlego o critério da socioafetividade. Utilizando da expressão cunhada por João Batista Villela, ocorre a desbiologização da paternidade.

As discussões psicanalíticas que depositam no afeto importante crédito na formação da pessoa, localizam a figura paterna e materna a partir do papel desempenhado e não necessariamente no signo genético. Essas discussões ganharam a adesão do Direito, na medida em que o próprio termo afeto finda por se jurisdicizar.

Exemplo disso é que nas ações de estado que buscam a desconstituição de uma realidade fática pela apresentação de um exame genético (DNA) a força da socioafetividade tem se imposto. De outra banda, há outras ações que pretendem somente o reconhecimento da ancestralidade sem o desmantelamento do vínculo socioafetivo. Dessa forma, finda por se distinguirem o direito ao estado de filiação do direito ao conhecimento da origem genética, conforme se pode observar na análise da doutrina.

Assim, a presente pesquisa analisa a emergência da socioafetividade na dicção da filiação pelo Superior Tribunal de Justiça partindo do exame das decisões proferidas pelas Terceira e Quarta Turmas desde o ano de 2007 até o final de 2011. Utilizando como expressão

de busca os termos “filiação socioafetiva”, “vínculo socioafetivo”, “afeto filiação”, “filho melhor interesse”, “filiação de fato” foram identificados um total de 44 (quarenta e quatro) acórdãos, dos quais 18 (dezoito) guardam pertinência temática com o trabalho. Dentre esses últimos, a maioria reconheceu a primazia da socioafetividade e os considerados mais relevantes foram comentados. Assim, a pesquisa é de cunho qualitativo mediante análise doutrinária e documental.

No desenvolvimento, o primeiro capítulo realiza uma breve análise sobre a evolução do Direito de Família, para no segundo capítulo concentrar atenção nas relações de filiação, analisando suas implicações na formação da pessoa em desenvolvimento, bem como critérios determinantes para fixação dessa modalidade de parentesco. Neste aspecto, acompanha-se a manifestação dos efeitos jurídicos do afeto no reconhecimento do parentesco por socioafetividade e destaca-se a possibilidade do direito de personalidade ao conhecimento da identidade genética. No terceiro capítulo, intenta-se analisar a emergência da socioafetividade e suas consequências nas decisões em ações de estado proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: UMA RELEITURA SOB A LENTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Conforme adverte Michelle Perrot¹, “a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”. Para entender a família de hoje e suas implicações no plano jurídico, portanto, é imprescindível compreender os movimentos que a modelaram ao longo do tempo.

É certo que a família herdada do século XIX não mais subsiste. Novos arranjos familiares foram reconhecidos, o casamento deixou de ser indissolúvel, a igualdade entre homem e mulher, bem como entre os filhos foi elevada à categoria de princípio constitucional. Mas será que a derrocada do modelo secular de família implica na crise desta? Ou apenas se estaria diante de uma nova realidade que mais se ajusta aos interesses dos membros da família? Não obstante os inúmeros elementos que influenciaram as mudanças percebidas no seio familiar, é possível apontar alguns mais relevantes para compreensão desse fenômeno.

2.1 Da família instituto à família instrumento

A família ainda em um passado próximo vivia sob a égide do modelo liberal. Resumindo sua função à procriação, à manutenção e ao aumento do patrimônio, entendia-se o lar como uma verdadeira união de forças produtivas. Cada um dentro daquele ambiente hierarquizado, assemelhado a uma estrutura empresarial, tinha um cargo com funções específicas². A mulher tinha de dar luz, ser fiel, cuidar dos filhos e afazeres domésticos; as filhas tinham de ser boas moças e prendadas para atraírem bons casamentos; os filhos deveriam dar andamento aos trabalhos do pai; o pai, patriarca da família, com poderes

¹ PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/ninho.htm>>. Acesso em 06/07/2011.

² Contextualizando: “A despedida do *ancien régime* é também a despedida da ordem monolítica em que a família constituía, por assim dizer, um bizarro *shopping center* de funções. Desde logo, ali estava o organismo provedor de recursos humanos com que se compunham os exércitos e se repunham os contingentes dizimados pelas epidemias. Nela se cumpria todo o ciclo econômico que vai da produção ao consumo. Era, enfim, no seu espaço que se ensinavam as artes e se aprendiam os ofícios. A criação de escolas, associações, sindicatos e partidos políticos convoca e leva para o espaço público muitas das atividades que se concentravam na família. (VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2011, p. 2)

irrestritos sobre todos do grupo, atuando como soberano, dava sempre a última palavra em todos os assuntos, sendo o chefe da família e o titular do pátrio poder³.

O modelo ideal de família era somente aquele advindo do casamento, com uma organização patriarcal e hierárquica. As demais manifestações sociais de família não eram absorvidas pelo Direito. A toada da família até meados do século XX era de casamentos indissolúveis com a chefia do cônjuge varão, filhos comandados e mulheres submissas. A importância da instituição era muito mais determinada pela ordem pública do que pela funcionalidade em relação ao bem estar das pessoas dos seus membros.

E foi sob o influxo desses ideais que a legislação pátria revogada foi desenvolvida. O Código Civil de 1916 e as Constituições pretéritas reiteraram esse modelo⁴. A primazia das uniões matrimoniais excluía as demais organizações familiares, o que repercutia no *status* das pessoas. Por exemplo, os filhos havidos nos modelos não recepcionados eram havidos como ilegítimos, não se aplicava regime de bens ao casal, tampouco se podia exigir a assistência material ou direitos sucessórios.

Era notável a discriminação de todo e qualquer vínculo filiatório que não adviesse do casamento dos pais. Legítimos eram aqueles filhos provenientes do enlace matrimonial. Ilegítimos seriam todos os demais filhos que não surgissem do casamento, podendo ser *naturais*⁵, se os pais não fossem casados; ou *espúrios*, se presente algum impedimento em relação a um dos genitores, pertencendo ainda a essa última classe os filhos *adotivos* ou *incestuosos*.

Pretendia-se com essa tutela específica em torno de um único modelo, sob o discurso de manter “a salvo” a família, perpetuar a soberania dos interesses patriarcais e eclesiásticos. De uma fajuta ideia de estabilização do núcleo familiar, compreendida em si e não da perspectiva intersubjetiva das relações existentes e individual dos membros, figurava

³ Previa o art. 380 do Código Civil de 1916 que: “Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”.

⁴ Desde a Constituição de 1891 houve uma predileção pelo arranjo familiar formado pelo casamento. Nesse sentido ver, art.72, §4º da Constituição de 1891; art.144 da Constituição de 1934; art.124 da Constituição de 1937; art.163 da Constituição de 1946; art. 167 da Constituição de 1967; art.175 da EC nº 1/69. Somente com o advento da Constituição de 1988 passaram a ser contemplados outros modelos de família.

⁵ Sobre a diferença entre filhos legítimos e naturais, por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 200 et. seq.

na sociedade uma falsa situação: a de uma família sagrada, sólida e indissolúvel, sem conflitos, ao revés de uma realidade pautada na submissão, na falta de diálogo e, não raro, na carência de afeto. Não havia em cogitação qualquer ideia de felicidade dos membros, mas sim o compromisso com a integridade da família.

Mas essa realidade foi modificada com a percepção de sua insuficiência para promoção das pessoas de seus membros. Na medida em que cada pessoa, individualmente considerada, passa a buscar a realização de seu próprio projeto de vida, a família deixa de ser um fim em si mesma e passa a exercer uma *função serviente* preocupada com o desenvolvimento da personalidade dos familiares⁶.

2.2 O ocaso do modelo tradicional e o papel reestruturante dos princípios constitucionais na construção de uma *família democrática*

Na medida em que a modernidade é interpelada pelas próprias fragilidades de seus modelos, a família também entra em um processo de autorreflexão. De modo que toda a influência decorrente da tradição passa a ser questionada e somente se mantém na medida em que é racionalmente justificada⁷. A modernidade reflexiva recusa a tradição vazia, somente mantendo os comportamentos tradicionais justificados em sua funcionalidade.

Pode-se dizer que, com a influência dessa *modernidade reflexiva*⁸, os próprios institutos do Direito foram questionados e confrontados e, no plano do Direito Privado, houve uma repersonalização. Nesse processo, a Constituição Federal de 1988 representou importante marco, pois inaugurou uma plataforma axiológica firmada em princípios promotores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade que funciona como vetor hermenêutico valioso na reestruturação dos signos do Direito Privado.

Isso porque o sujeito agora se preocupa com aquilo que o satisfaz, as amarras limitadoras do direito positivo de outrora não mais podem configurar óbices à faculdade de se ser o que se quer e fazer o que não está vedado por lei, expressão do direito fundamental à liberdade (art. 5º, inc. II, CF/88). Nesse sentido, a leitura do Código Civil deve ser feita com

⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.245.

⁷ GIDDENS, Anthony, **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p.44.

⁸ *Ibidem*, p. 45.

olhos voltados a nova dinâmica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, trazendo para o centro do ordenamento a pessoa, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ultrapassada a ideia de incomunicabilidade entre os ramos do direito, compreendido o ordenamento como uno⁹, é no Direito de Família que se nota mais presente a força do direito público no âmbito do direito privado. Caio Mário¹⁰ detecta que “o direito de família tende ao direito público, em razão da relevância cada vez maior em que o organismo familiar é tido no ordenamento jurídico”.

Inaugura-se um direito civil constitucionalizado, o qual apresenta uma nova gama de princípios pertinentes ao Direito de Família, tais como o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade entre filhos, da igualdade entre cônjuges e companheiros, da igualdade na chefia familiar, da liberdade, do melhor interesse da criança, da afetividade entre outros. Desvencilha-se dos traços conservadores dos institutos do direito privado, coletando também da normatividade constitucional a principiologia necessária para defesa da família¹¹.

A despeito dos pessimistas que acreditam que a família está perto do fim¹² com o desarranjo do modelo tradicional de família, crê-se que é tempo de uma família plural¹³, eudemonista, preocupada com o desenvolvimento de seus membros. Defende-se a autonomia ético-existencial de cada um, devendo todos, inclusive as crianças e incapazes, também participarem no direcionamento de suas vidas.

⁹ Corroborando esse pensamento unitário, Gustavo Tepedino, fazendo menção ao pensamento de Perlingieri, afirma que a complexidade do sistema jurídico, expressa na pluralidade de fontes, identificada pela legislação, pelo contexto social e pela jurisprudência, não tem o condão de fragmentar o ordenamento. Este deve sempre ser observado de maneira unitária, servindo os princípios e a Constituição como elo de todas as fontes, pois “ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento”. (O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil** – tomo III. Rio de Janeiro, Renovar, 2009).

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil. Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 19.

¹¹ Sobre a importância da Constituição para compreensão do Direito Civil, por todos, GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

¹² Em **A família em desordem**, Elizabeth Roudinesco refuta o fim da família. Referindo-se à família, destaca a autora que “ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições” (Trad. André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 198).

¹³ Para melhor compreensão da família adjetivada de plural, MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A família na constituição federal e 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade**. Disponível em <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1232/1035>>. Acesso em 23/03/2009.

Nesse movimento, a mulher ganha voz e força na condução da família, sendo compartilhado o poder de gerir os filhos. Uniões estáveis, famílias patrilineares ou matrilineares, bem como outros arranjos não prescritos em lei, como aqueles formados a partir de enlaces homoafetivos ou somente por irmãos, passam a ter seus efeitos reconhecidos. É tempo da *família democrática*.

Anthony Giddens¹⁴, explicando esse fenômeno de democratização, inicia deferindo crítica ao modelo tradicional, adiantando logo nas primeiras linhas de seu pensamento que “a idéia de retornar à família tradicional parece pouco plausível” e lista razões suficientemente fortes para afastar esse intento. Elenca como traços da família tradicional que tendem a frustrar essa tentativa a violência e o abuso contra crianças em maior escala; a unidade mantida por interesses econômicos; os laços erigidos somente pelo casamento; a desigualdade entre os sexos; a função eminentemente procriacional da família.

Para o autor, mesmo que contemporaneamente nem tudo esteja perfeitamente ajustado no seio da família, tudo é uma questão de estratégia política para adequar essa realidade ao que se anseia. Afirma Giddens¹⁵:

Em primeiro lugar e fundamentalmente, devemos partir do princípio da igualdade entre os sexos, do qual não pode haver retorno. Só há uma história para contar sobre a família de hoje, e esta é de democracia. A família está se tornando democratizada, segundo modos que acompanham processos de democracia pública; e tal democratização sugere como a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social. Os critérios são surpreendentemente próximos. A democracia na esfera pública envolve igualdade formal, direitos individuais, discussão pública de problemas isenta de violência e autoridade negociada em vez de dada por tradição. A família democratiza partilha essas características, algumas das quais já estão protegidas no direito nacional e internacional. A democratização no contexto da família implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação e resguardo da violência. Grande parte das mesmas características fornece também um modelo para os relacionamentos pais-filhos. Os pais vão, é claro, continuar reivindicando autoridade sobre os filhos, e com razão; mas esta será mais negociada e aberta que antes. Tais qualidades não se aplicam somente nas famílias heterossexuais – elas têm exatamente o mesmo valor em relações homossexuais.

O aperfeiçoamento dessa democracia na família, marcada pelos princípios da solidariedade, igualdade e liberdade, acarretou importantes alterações em duas searas próprias do Direito de Família, quais sejam, a da *conjugalidade* e a da *parentalidade*.

¹⁴ **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 101 et seq.

¹⁵ *Ibidem*, p. 103.

2.2.1 A liberdade e a igualdade na conjugalidade

Com efeito, no momento em que a pessoa passa a ser vista “como origem e fundamento da ordenação social”¹⁶, a supremacia do matrimônio e suas conseqüentes implicações nas demais temáticas da família começaram a ruir.

Após décadas de debate¹⁷, foi promulgada a Lei n.º 6.515/1977, que findou com intangibilidade do casamento, permitindo sua dissolução. Se num primeiro momento deferiu-se a faculdade do divórcio com limitações temporais e com a necessidade de separação prévia, perscrutando ainda a culpa pelo fim do enlace, o que viria a repercutir, por exemplo, na questão dos alimentos e na manutenção do nome, após a Emenda Constitucional n.º 66/2010, o único critério que importa para o fim do vínculo matrimonial é a vontade dos nubentes¹⁸. Se o padrão da família matrimonial indissolúvel não se sustentou, na prática, coube ao Direito reduzir o nível de intervenção na seara privada da vida dos cônjuges.

A partir da orientação constitucional, já se tem por derrocada a concepção exclusivista do modelo matrimonial, incluindo-se, no plano jurídico, outros arranjos familiares. Sem embargo de outras formatações, além da família matrimonial, os arranjos familiares surgidos da união estável ou de um ascendente com sua prole foram expressamente recepcionados.

Não se deduz daí que a família entrou em decadência¹⁹. Quiçá entende-se que o modelo matrimonial esteja em declínio – a taxa de nupcialidade inclusive cresce no país²⁰. Sintetizando essa mudança de perspectiva, Roudinesco²¹ diz que,

¹⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.91.

¹⁷ Já em 1893, foi apresentada ao Parlamento a primeira proposta divorcista pelo Deputado Érico Marinho. Para uma análise completa do instituto do divórcio, ver PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 2ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, *passim*.

¹⁸ Merece nota que depois da EC 66/2010, a maioria da doutrina e dos tribunais entendeu que o instituto da separação estava extinto. No Ceará, por exemplo, houve mutirão nas Varas de Família para que as ações de separação ou fossem convertidas em divórcio ou fossem extintas pela impossibilidade jurídica do pedido (Notícia disponível em < http://www.tjce.jus.br/noticias/noticias_le_noticia.asp?nr_sqtex=20797>). Ocorre que a V Jornada de Direito Civil lançou o seguinte enunciado: “A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”. Diante esse enunciado, volta à tona a discussão sobre o fim ou não do anacrônico instituto da separação.

¹⁹ Retome-se aqui o pensamento de Elizabeth Roudinesco. Referindo-se à família, destaca a autora que “ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições” (*op. cit.*, p. 198).

Considerado um sacramento pelo direito canônico, depois como necessário à legitimação dos cônjuges e de seus filhos no direito laico, o casamento perdeu efetivamente sua força simbólica à medida que aumentava o número dos divórcios. Como podia ele continuar a encarnar o poder do vínculo familiar se este já não era mais indissolúvel? De fato, foi cada vez mais assimilado a um rito festivo que acontecia não mais como ato fundador de uma célula familiar única e definitiva, mas como um contrato mais ou menos duradouro entre duas pessoas. Daí o surgimento da noção de “família recomposta”, que remete a um duplo movimento de dessacralização do casamento e humanização dos laços de parentesco. Em lugar de ser divinizada ou naturalizada, a família contemporânea se pretendeu frágil, neurótica, consciente de sua desordem, mas preocupada em recriar entre os homens e as mulheres um equilíbrio que não podia ser proporcionado pela vida social. Assim, fez brotar de seu próprio enfraquecimento um vigor inesperado. Construída, desconstruída, reconstruída, recuperou sua alma na busca dolorosa de uma soberania alquebrada ou incerta.

O que se nota, portanto, é um movimento de afirmação dos princípios constitucionais. O fim das cláusulas de dureza que amarravam os consortes a um relacionamento já falido e o reconhecimento de outras espécies de família, sem se reconhecer uma relação de hierarquia de uma em relação outra, são expressões objetivas do princípio da liberdade.

A igualdade também passou a ser buscada. Como bem sintetiza François de Singly²², a família tradicional sempre foi marcada pela desigualdade, sendo essa particularmente sobrelevada em relação aos homens e mulheres, aos pais e filhos e aos hetero e homossexuais:

La demande du mariage homosexuel et le refus d'une clôture de l'institution matrimoniale interdisant l'entrée à des individus en fonction de leur orientation sexuelle constituent une étape supplémentaire dans la construction d'une «famille démocratique». **En effet, historiquement, la famille classique est triplement inégalitaire: les hommes l'emportent sur les femmes, les parents sur les enfants, les hétérosexuels sur les homosexuels.** Depuis les années 1960, ces inégalités, internes et externes, sont progressivement déstabilisées. (Grifos intencionais não constantes no original)²³

²⁰ O número de casamentos no Brasil cresceu nos últimos dez anos, com destaque para o período entre 2003 a 2007, cujo aumento se deu também na taxa de nupcialidade legal. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1476&id_pagina=1>.

Acesso em 25 de setembro de 2011.

²¹ *op. cit.*, 152-153.

²² SINGLY, François de. **Famille démocratique ou individus tyranniques**. Disponível em <<http://www.liberation.fr/tribune/0101496926-famille-democratique-ou-individus-tyranniques>>. Acesso em 31/03/2012.

²³ Tradução livre: “A demanda do casamento homossexual e a recusa de um fechamento da instituição matrimonial proibindo a entrada de indivíduos em função da sua orientação sexual constitui uma etapa suplementar na construção de uma “família democrática”. De fato, historicamente, a família clássica é triplamente desigual: os homens se sobrepõem às mulheres, os pais aos filhos e os heterossexuais aos homossexuais. Desde os anos 1960, essas desigualdades, internas e externas, são progressivamente desestabilizadas”.

A desigualdade entre os cônjuges é expressamente afastada pela dicção do §5º do art. 226 da Constituição, bem como por diversos dispositivos do Código Civil, a exemplo dos arts. 1.511, 1.565, 1.566, 1.567, 1.568, 1.569, 1.631, 1.634.

Uma vez minadas as bases da família tradicional, com a ampliação do conceito da família merecedora de tutela, para além dos moldes do casamento, foi inevitável quebrar o arquétipo da filiação legítima²⁴.

2.2.2 A liberdade e a igualdade na parentalidade

Na seara na parentalidade, mudanças importantes foram operadas, principalmente em relação ao conteúdo conferido ao poder familiar e aos critérios determinantes do vínculo filiatório.

O princípio da paternidade responsável alterou o conteúdo do pátrio poder. O poder familiar hoje muito mais se identifica com um poder-dever do casal com o objetivo de promover o completo desenvolvimento da criança, afastando-se daquela noção de autoridade absoluta do pai em relação aos filhos defendida pelo Código Civil de 1916.

Conforme identifica Perlingieri²⁵:

O esquema do Pátrio Poder, visto como poder-sujeição, está em crise, porque não há dúvidas de que, em uma concepção de igualdade, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, entendida tradicionalmente, não pode continuar a realizar o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro. A insuprimível dialética entre auto-avaliação e heteroavaliação exige posições equilibradas, que não mortifiquem o Pátrio Poder dos genitores e não anulem a escolha significativa e de cultura representada pela participação do menor no processo educativo. O Pátrio Poder dos genitores assume mais uma função educativa que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos. [...] O exercício do Pátrio Poder se concentra exclusivamente no interesse do menor.

²⁴ De acordo com Paulo Lôbo “Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos. Ao longo do século XX, a legislação brasileira, acompanhando uma linha de tendência ocidental, operou a ampliação dos círculos de inclusão dos filhos ilegítimos com a redução de seu intrínseco *quantum* despótico, comprimindo o discrimine até o seu desaparecimento, com a Constituição de 1988. Com efeito, se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando sua origem, perdeu qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações de família, que consistiu no requisito fundamental da maioria dos institutos do Direito de Família.” (**Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez, 2004, p. 48)

²⁵ *op. cit.*, 2002, p.258-259.

A figura do filho passa a ser vista como uma pessoa dotada de dignidade pelo que passa a exercer o direito de participar das escolhas para sua vida. Assim, no exercício de sua autodeterminação, a criança e o jovem, mesmo que sob a égide do poder familiar, são partícipes ativos na escolha de seus caminhos, sendo visível a liberdade do menor.

No tocando à igualdade, foram abolidos quaisquer designativos discriminatórios em relação aos filhos. Advindos do casamento, de relações paralelas ou incestuosas, da adoção, todo filho seria merecedor do mesmo tratamento (art. 227, §6, CF/88; art. 1.596, CC/2002; art. 20, ECA).

2.3 O reconhecimento do estado de filiação independentemente da origem

Em matéria de direito parental, o Código Civil inovou. Ao tratar das relações de parentesco, prescreveu situações em que mesmo fora do casamento e ainda sem qualquer vínculo genético, poderia ser constituído o parentesco. Isso porque além das situações de presunção de paternidade²⁶ (art. 1.597), inserindo-se aí a possibilidade de inseminação artificial heteróloga com prévia autorização, e daquelas decorrentes da descendência natural ou civil pela adoção (art. 1.596), foi estabelecido que o parentesco poderia sobrevir de *outra origem* (art. 1.593).

2.3.1 A interpretação do artigo 1.593 do Código Civil de 2002: a socioafetividade como parentes de outra origem

A redação original do artigo 1.593 do Código Civil ao invés da locução *outra origem* fazia constar apenas a expressão *adoção*, emprestando a ideia de que o parentesco não-biológico só poderia surgir em caso de uma criança ser entregue a família substituta.

No entanto, a partir de propostas encaminhadas pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) houve a “retificação do texto do art. 1593, substituindo a palavra “adoção” pela expressão “outra origem”²⁷. Pretendia-se a inclusão de outras fontes das relações de parentesco, além da consanguinidade e da adoção. Veja-se o exemplo da filiação

²⁶ Note-se que o Código Civil de 2002 ainda está atado ao brocardo *mater semper certa est*, na medida em que só versa da presunção de paternidade (*pater is est*), desconsiderando o avanço da medicina e a possibilidade da maternidade de substituição. A legislação extravagante deverá se encarregar do regimento desses casos.

²⁷ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **O papel do IBDFAM na construção de um novo Código Civil**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=102>>. Acesso em 25 de setembro de 2011.

oriunda das técnicas de reprodução assistida com a utilização de material genético de terceiro – não se trata de filiação biológica tampouco de adoção.

Assim, o art. 1593 fez reconhecer a parentalidade civil provinda do afeto, como se pode evidenciar dos enunciados abaixo colacionados das Jornadas de Direito Civil²⁸:

1ª Jornada de Direito Civil

103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

3ª Jornada de Direito Civil

256 – Art.1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

4ª Jornada de Direito Civil

339 – A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.

5ª Jornada de Direito Civil

519 – Art. 1.593. O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Porém, a socioafetividade não estaria jungida ao exemplo já normatizado. É possível a edificação de liame socioafetivo justificador de relação parental até mesmo nas hipóteses de filho de criação. Quem diria que não, observando essa hipótese numa família real?

2.3.2 Posse do estado de filiação: nome, trato e fama

Falar de filiação no atual estado da arte importa tratar da noção de afeto. A posse do estado de filiação, “fundada em elementos espelhados no *nomen*, na *tractio* e na *fama*”²⁹, é situação apta a constituir uma relação filial merecedora de guarida pelo direito. Desvinculada da estrutura antiga da família que primou por presunções e depois se aproximou do aspecto biológico, por questões patrimoniais, religiosas e sociais, o vínculo filiatório contemporâneo é regido por um poder negociado, ante a presença do diálogo, e pelo companheirismo solidificado na convivência.

²⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/> >. Acesso em 24 de abril de 2012.

²⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 475.

Na medida em que a procriação não mais importa em um dever do casamento, mas sim está para realização pessoal daqueles que buscam um projeto parental abalizado no princípio da paternidade responsável, seja pelos métodos naturais, seja pelos meios oferecidos pela medicina ou ainda pela comunhão afetiva edificada a quatro mãos (pai ou mãe e filho), a possibilidade de suplantar uma história sonhada, vivida, amada e decisiva para a formação da identidade dos envolvidos na construção de suas personalidades em favor de um determinismo natural não parece a melhor solução para a maioria dos casos.

Identificada a socioafetividade, somente em casos excepcionais³⁰, há de se permitir o desmantelamento desse vínculo, sem embargo da possibilidade do manejo das ações cabíveis para o conhecimento da árvore genealógica.

³⁰ No REsp 833.712, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a realidade biológica deveria se sobrepor à socioafetiva pelas peculiaridades do caso concreto.

3 A SOCIOAFETIVIDADE COMO GÊNERO DE FILIAÇÃO

O Direito de Família é o ramo responsável pelo regulamento das mais importantes relações pessoais. Trata das uniões que se estabelecem pelo casamento, pela união estável ou por outros modelos não tipificados, disciplinando-as nos seus efeitos patrimoniais, sociais e pessoais. Dispõe acerca da proteção dos filhos, analisando ainda o parentesco, com especial destaque àquele constituído pela filiação. Estabelece normas sobre os limites e deveres do poder familiar e trata da tutela e curatela. Em atenção às necessidades básicas ao pleno desenvolvimento dos membros da família, traz normas para defesa de um patrimônio mínimo quando versa sobre alimentos e bem de família.

Ocorre que, pela própria natureza do objeto do Direito de Família, constantemente as leis têm que se ajustar, pois o homem vive se reinventando em busca daquela melhor situação para realização do seu objetivo de vida. Rolf Madaleno³¹ esclarece que,

O Direito de Família vive em constante ebulição, como decorrência natural da inquietação do homem nessa sua incessante busca pela felicidade pessoal e familiar, direito fundamental de qualquer pessoa como indivíduo e como integrante de uma entidade familiar, de todos os matizes, afastados e dissociados preconceitos e deixados para trás aquela noção passada e superada de uma família superior, legitimada pela lei e pelo matrimônio.

Por isso, não raro, é preciso que o Direito se remodele ou se mune de normas abertas e maleáveis, como os princípios constitucionais, para que seja viável a tutela integral da pessoa em todas as suas facetas.

3.1 A cláusula geral de tutela da pessoa no Direito de Família

Como o homem está em permanente construção de sua identidade, na perene busca pela felicidade, seu caminhar finda por demandar alterações no campo do direito de família.

É certo que o Direito também deve ser dinâmico e apto ao preenchimento das lacunas. E fará isso a partir da interpretação coerente com a principiologia constitucional que assenta a cláusula geral de tutela da pessoa. A família albergada pelo ordenamento civil-constitucional brasileiro não é insuscetível de controle axiológico. Pelo contrário: essa família

³¹ *op. cit.*, prólogo.

está funcionalizada e delineada em conformidade com valores de justiça da sociedade brasileira afirmados na Constituição Federal. O valor central é a *pessoa*³².

Na medida em que haja liberdade constitucionalmente amparada para o homem em se autodeterminar na busca de sua felicidade, ali também haverá espaço para a atuação solidária da família. Não se pode admitir uma família fechada e imune aos princípios constitucionais, sob pena desta, no exercício de sua autonomia, malferir aqueles valores e direitos fundamentais da pessoa. Continua Perlingieri³³,

Na solidariedade e no sacrifício pessoal como nos atos de amor, quando carentes do significado da reciprocidade, podem se esconder os perigos da sujeição e da submissão integral até a total anulação da vontade e da personalidade dos sujeitos (*plagio*). A dignidade humana nestas hipóteses representa um limite inviolável no plano do comportamento e, ao mesmo tempo, um valor indisponível em formas juridicamente importantes.

Em vista dos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade a família vem sofrendo alterações. Presentes ou não as regras jurídicas no quadro normativo pátrio, em algum momento aqueles modelos excluídos da tipificação formal chegam ao exame pelo Judiciário, afirmando direitos, exercendo pretensões³⁴.

É do contato com o inédito ou com o fato antigo marginalizado que surgem esses novos direitos. Assim ocorreu com a expansão das entidades familiares reconhecidas e, mais recentemente, vem se operando na matéria de filiação. Nota-se, entretanto, a presença de um ponto de intersecção nesses dois movimentos: o afeto. Uma vez que este é identificado como o amálgama das relações nucleares da família, foi-lhe emprestado juridicidade.

3.2 O afeto no Direito

Importante conceito de afeto é oferecido por Heloisa Helena Barboza³⁵:

Para que identifiquem os efeitos da socioafetividade é necessário determinar sua natureza jurídica e estabelecer seu conceito. A socioafetividade é um fato onde se

³² PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 248.

³³ *op. cit.*, p. 249

³⁴ Luiz Edson Fachin ensina: “o direito define o que é fato relevante e, por conseguinte, define quais são as relações jurídicas que deseja disciplinar. Certas relações não são ditas jurídicas porque pertencem ao não-direito: estão na dobra do Direito, não fazem parte do continente, não integram a fotografia que está circunscrita pela moldura (**Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.183).

³⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 10, n.09, abr/mai de 2009, p.31.

constatam dois aspectos (sócio + afetivo). Gerado pela afetividade, o vínculo se externa na vida social, à semelhança de outras relações fundadas no afeto (pelo menos) *reputatio*, *nominatio* e *tractos*, que são seus requisitos e que permanecem, mesmo quando findo o afeto, porque construídos na convivência em sociedade. Presentes esses requisitos, a socioafetividade é um dos critérios para reconhecimento do vínculo de parentesco de outra origem a que se refere o art.1593 do Código Civil.

Desse conceito extrai-se, em concordância com Teixeira e Rodrigues, que duas realidades distintas podem ser identificadas: o princípio da afetividade e o afeto. O primeiro teria conformidade no princípio da dignidade da pessoa humana, justificando que as relações se estruturam a partir desses laços de afetividade. Ninguém está obrigado a se casar sem que o elo do afeto o movimente. Nas relações parentais, essa afetividade é fundamental para a construção saudável da personalidade: envolve, acalma, promove, anima³⁶.

Porém, esta seara não é sindicável pelo Direito. Em vista disto, emerge a dimensão jurídica do afeto, como o “conjunto de condutas objetivas voluntárias que marcam a convivência familiar”³⁷.

Como premissa para análise que se desenvolve, deve ficar claro, pois, que o afeto na ambiência do Direito desvincula-se da pura noção de sentimento pela impossibilidade de sua sindicância no âmbito jurídico. Não há como o Direito se imiscuir na seara do amor e do sentimento. Assim, o afeto se jurisdiciza expressando-se no princípio da solidariedade, pois em um Estado de Direito que prima pela segurança jurídica e busca reprimir toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88), não há espaço para conceitos submissos apenas à subjetividade. Sobre a solidariedade objetiva a que se refere o Direito, veja a dicção da Profa. Maria Celina Bodin de Moraes³⁸,

O fato social é intrinsecamente caótico, desorganizado; a liberalidade, puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível, e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente. Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A

³⁶ John Bowlby em **Formação e rompimento dos laços afetivos**, em discurso próprio da psicologia, é categórico ao destacar a importância do apoio paternal como elemento decisivo para construção da personalidade da pessoa. Nesse sentido, “existe uma forte relação causal entre as experiências de um indivíduo com seus pais e sua capacidade posterior de estabelecer laços afetivos, e que certas variações comuns dessa capacidade, manifestam-se em problemas conjugais e em dificuldades com os filhos, assim como nos sintomas neuróticos e distúrbios de personalidade [...] (2006, p.178).” Mais adiante, destaca que a criança precisa de uma base segura para se desenvolver e que, quando presente essa base, “essas crianças crescem seguras e autoconfiantes, e mostram-se confiantes, cooperativas e prestativas para com as outras pessoas” (2006, p.179).

³⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p.176.

³⁸ **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 115.

dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se assim fosse.

Sob essa perspectiva solidária que a filiação atualmente se escora. Por isso, a filiação remanescente da família institucional, baseado em um sistema de presunções, relativizado pelo desenvolvimento da biomedicina, não mais se sustenta. Na percepção de Pietro Perlingieri³⁹,

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. **O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.** Para tornar possível a participação também aos menores que não tenham tido ou tenham perdido a possibilidade de uma estável comunhão de afetos, o ordenamento prevê a constituição, com formação social onde convivem pessoas ligadas por relações conjugais e/ou de filiação, origine-se esta última da geração no casamento, daquela natural, da legitimação, das adoções. (Grifos intencionais não constantes no original)

Dessa nova compreensão, surgem discussões que o Direito precisa enfrentar. Duas mais importantes se avultam na doutrina e na jurisprudência: a *primeira*, relativa ao vínculo que deve imperar na definição do estado de filiação, se o biológico ou o afetivo; a *segunda*, derivada da primeira, circunscreve a necessária diferenciação entre o estado de filiação e direito ao conhecimento da ancestralidade.

3.2.1 O afeto como critério determinante da filiação

Conforme já se asseverou, até o advento da Constituição Federal de 1988, reinava a ideia de que filiação legítima seria aquela advinda do casamento, pela própria estrutura da família patriarcal e pelos interesses patrimoniais que se pretendiam preservar. Quando esse modelo tradicional perde a hegemonia e se dá a introdução do princípio da isonomia entre os filhos e do melhor interesse da criança⁴⁰, independentemente da origem, a todos deveria ser dedicado tratamento igualitário: aos filhos biológicos, havidos ou não na constância do casamento, aos adotados, aos concebidos através de técnicas de reprodução assistida ou mesmo àqueles que do dia-a-dia auferiam o *status* de filho.

³⁹ *op. cit.*, p. 244.

⁴⁰ Além do Texto Constitucional, do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e Adolescente, o Brasil reafirmou sua postura na defesa do melhor interesse da criança quando ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU), adotando a doutrina da proteção integral.

Rose Melo Vencelau⁴¹, ao tratar dessa evolução, analisa a filiação sob três perspectivas (a jurídica, a biológica e a afetiva) de acordo com o momento do direito parental no Brasil. *A priori*, a autora destaca o império da veracidade jurídica, pois o que importava era cultivar a família matrimonial, sendo o laço biológico importante, mas não decisivo a ponto de implicar no reconhecimento, se considerarmos os filhos *naturais* ou *espúrios*. Em seguida, com o fim da primazia do matrimônio, a filiação se aproximou do critério biológico, muito em decorrência dos avanços científicos e do surgimento do exame de DNA. Por fim, veio o critério socioafetivo “para equilibrar os outros dois”.

Nesse contexto, surge o *princípio da afetividade*, na defesa da tese de que a filiação hoje foge a um determinismo biológico e “emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade”⁴². Paulo Lôbo⁴³ defende o estado de filiação como um fenômeno eminentemente socioafetivo, no qual podem estar inclusos os vínculos biológicos e não-biológicos. Faz uma correlação gênero-espécie entre esses critérios, posicionando a socioafetividade como gênero:

O estado de filiação é gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não-biológica. Embora ele derive, na grande maioria dos casos, do fato biológico, por força da natureza humana, outros fatos o determinam, a saber, a adoção, a posse do estado de filiação e a inseminação artificial heteróloga. Assim, para abranger todo o universo de situações existenciais reconhecidas pelo Direito, o estado de filiação tem necessariamente natureza cultural (ou socioafetiva).

Chega-se ao momento em que o exercente do papel de pai ou mãe é mais importante do que aquele que simplesmente forneceu material genético⁴⁴. São reconhecidamente pais – para além dos envolvidos, mas agora também para o Direito – aqueles que funcionam como suporte para o crescimento do filho, consolidando o ditado popular *pai é o que cria*. Em que pese na maioria dos casos coexistir o fator biológico e a

⁴¹ **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110 e ss.

⁴² LOBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

⁴³ *op. cit.*, 2004, p. 55.

⁴⁴ Renato Maia esclarece que “a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva. Aquele, enfim, que além de poder emprestar seu nome de família, trata o indivíduo como seu verdadeiro filho perante um ambiente social.” (Filiação paternal e seus efeitos. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 173)

socioafetiva, quando não houver essa coincidência, deve prevalecer a solução mais adequada ao *melhor interesse da criança*⁴⁵.

3.3 Filiação socioafetiva e o direito ao conhecimento da ancestralidade biológica

Por outro lado, nos casos em que a filiação se operacionaliza somente pela construção do liame afetivo, nada impede que a pessoa busque o conhecimento de sua ancestralidade⁴⁶. Em casos desse jaez, ultrapassam-se as fronteiras do direito de família e entra-se no campo dos direitos de personalidade, na medida em que a pessoa busca apenas a ciência de sua árvore genealógica, sem que isso venha a importar em qualquer efeito pertinente ao estado de filiação. Rolf Madaleno⁴⁷ esclarece essa distinção:

Existem, portanto, duas espécies distintas de demandas de investigação de paternidade ou de maternidade; onde uma objetiva a instituição do vínculo jurídico da paternidade ou da maternidade com a filiação, cujo provimento jurídico acarreta todos os efeitos legais, com provimento dos direitos sucessórios, alimentos, se for o caso, e outras implicações pertinentes à personalidade, como o direito ao uso do nome da família de origem e o estabelecimento de novos vínculos parentais, ou seja, é o direito à vida familiar; e existe o direito ao reconhecimento da ascendência genética com matiz constitucional. Esse é o direito à vida íntima, que não se confunde com o direito à vida familiar, porque esse filho socioafetivo já tem família, nomes, vínculos, alimentos e herança dos seus pais que sabe serem socioafetivos. Entretanto, pode querer conhecer seus ascendentes genéticos, apenas reconhecer sua ascendência familiar.

Na construção desse novo direito parental, a jurisprudência tem papel fundamental, pois é somente no caso concreto que o julgador poderá verificar o que deve ser sobreposto: a biologia, o afeto ou apenas o conhecimento da origem. A doutrina e a lei fornecem indícios de como o caso pode ser resolvido, mas, especialmente na dinâmica familiar, é a relação *in casu* que fornecerá os dados a serem sopesados para resolução dos conflitos.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 417.

⁴⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

⁴⁷ LÔBO, Paulo. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 479.

Sendo assim, cabe ao julgador “a responsabilidade de bem decidir conflitos familiares, com todas as peculiaridades neles presentes, com sensibilidade para deslindar dos fatos os sentimentos em desassossego constante.”⁴⁸

⁴⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão. In: **Família e jurisdição II**. Eliane Ferreira Bastos e Antônio Fernandes da Luz (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 83-85

4 O AFETO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sensíveis mudanças foram observadas na área do direito parental. Na realidade emergente veem-se vínculos filiatórios aos quais o Direito passou a reconhecer efeitos. Seja editando novas normas, seja por decisões judiciais, o Estado tem sido levado a refletir sobre as relações de parentesco de filiação. Isso porque esse vínculo repercute de forma decisiva na vida da pessoa. O afeto é fundamental para o seu desenvolvimento e muitas vezes, adequado à promoção da dignidade da pessoa e à realização do melhor interesse das crianças e adolescentes, quando é o caso. Toda cautela deve ser adotada quando da resolução dessas questões.

Quando não coincidentes os aspectos biológicos e não-biológicos da filiação, pais e filhos podem acionar o Judiciário para resolver as desavenças, materializando as suas pretensões nas chamadas ações de estado. Ocorre que, como as presunções de filiação foram relativizadas e o critério biológico ou consangüíneo não é mais o único a ser considerado, os julgamentos desses casos ainda não são unívocos, notadamente pelo recente reconhecimento de efeitos jurídicos àquelas relações erigidas pelo afeto.

4.1 A prevalência do critério socioafetivo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Para verificar a emergência da socioafetividade na dicção da filiação pelo Superior Tribunal de Justiça, examinaram-se as decisões proferidas pelas Terceira e Quarta Turmas desde o ano de 2007 até o ano de 2011. Como expressões de busca, foram utilizados os seguintes termos: “filiação socioafetiva”, “vínculo socioafetivo”, “afeto filiação”, “filho melhor interesse”, “filiação de fato”. A partir desses filtros, foram identificados 44 (quarenta e quatro) acórdãos, dos quais 18 (dezoito) guardam pertinência temática com o trabalho⁴⁹.

⁴⁹ A saber: REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 15/09/2011, REsp 1087163/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011, REsp 450566/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011, REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010, REsp 234833/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 276, REsp 1106637/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010, REsp 1088157/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009, REsp 709608/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 23/11/2009, REsp 878941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267, REsp 833712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347, REsp 1003628/DF, Rel. Ministra

Dentre esses últimos, a maioria reconheceu a primazia da socioafetividade e os considerados mais relevantes foram comentados.

Nota-se um movimento pelo reconhecimento do critério socioafetivo da filiação com fundamento na cláusula geral da tutela da pessoa⁵⁰, “que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.”⁵¹

4.1.1 Vínculo biológico versus socioafetividade

Nesse caminhar, a exemplo do Recurso Especial 1087163, o Superior Tribunal de Justiça tem desenvolvido o entendimento, já assente na melhor doutrina, que a filiação nasce da convivência e não necessita do liame biológico para se aperfeiçoar, pelo que as demandas tendentes ao desmantelamento do vínculo não têm, em regra, obtido êxito.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.
2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.
3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente.

NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 10/12/2008, REsp 889852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010, REsp 1199465/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011, REsp 1078285/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 18/08/2010, REsp 1067438/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 20/05/2009, REsp 1022763/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 03/02/2009, REsp 932692/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 12/02/2009, REsp 786312/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 21/09/2009..

⁵⁰ DIREITO CIVIL E DA CRIANÇA. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA VOLUNTARIAMENTE RECONHECIDA PROPOSTA PELOS FILHOS DO PRIMEIRO CASAMENTO. FALECIMENTO DO PAI ANTES DA CITAÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. MORTE DA CRIANÇA.

1. A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança. (grifo nosso)

2. A superveniência do fato jurídico representado pela morte da criança, ocorrido após a interposição do recurso especial, impõe o emprego da norma contida no art. 462 do CPC, porque faz fenecer o direito, que tão somente à criança pertencia, de ser abrigada pela filiação socioafetiva.

3. Recurso especial provido.

(REsp 450.566/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011)

⁵¹ Ementa do REsp 1000356 / SP.

Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar (sic) a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido.

No caso acima ementado, o pai biológico – após três anos do conhecimento do parentesco – manejou ação tendente à correção do assento civil e à declaração de paternidade de menor que há 11 (onze) anos tinha como figura paterna aquele constante em seu registro. Peculiar é que a criança nasceu na constância do casamento, presumindo-se filha daquele pai registral, o qual sempre dedicou cuidado e atenção à infante, mantendo tal postura mesmo depois da ciência de que não era o progenitor. Importante anotar, no entanto, que da leitura do voto depreende-se que nenhum desses dois critérios (biológico ou jurídico) foi determinante para fixar o vínculo filiatório, sendo a *filiação putativa* construída pelo pai socioafetivo e pela filha o elemento essencial à definição da parentalidade.

4.1.2 Falsidade ideológica (adoção à brasileira) versus socioafetividade

Já no Recurso Especial 1000356, a pretensão anulatória do registro foi formulada pela irmã daquela que o estado de filiação se pretendia ver ilidido⁵², sob a alegação de que a mãe socioafetiva, já falecida, teria incorrido em falsidade ideológica. *In casu*, mais uma vez, a demanda não obteve êxito, haja vista que o Tribunal reconheceu que “ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão

⁵² Caso similar apresenta-se no REsp 709608, pois também a irmã daquele que se pretendia desconfigurar o estado de filiação ingressou com ação negativa de paternidade c/c nulidade de registro de nascimento. Novamente, o Tribunal manteve a relação socioafetiva apesar da falta de identidade com o aspecto biológico. “Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretenso pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza”.

espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação”.

A desconstituição, portanto, do que se chama de *adoção à brasileira*, mesmo diante do malferimento do *iter* processualmente estabelecido para inserção de uma criança numa família substituta, só deve ocorrer na ausência de relação socioafetivamente desenvolvida. Nesse sentido, o Recurso Especial 1088157 consigna que “em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adoptante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado”.

4.1.3 Entrega para adoção mediante coação versus socioafetividade

Ainda na linha de pensamento de que a paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, em caso recente, no qual foi discutida a filiação decorrente de processo de adoção, reafirmou-se a prevalência do afeto. No Recurso Especial 1199465, a mãe biológica pretendia minar a adoção sob o argumento de que houve vício de consentimento quando da entrega da criança, afirmando que o pai biológico, padrasto da genitora, a coagira para realizar o ato. No entanto, mesmo diante da coação, considerando o melhor interesse da criança, notadamente por essa conviver com os pais adotivos há 9 (nove) anos, o Tribunal assim entendeu:

Não se ignora o sofrimento da mãe biológica da adotanda, nem os direitos que lhe são inerentes – frutos de sua maternidade –, porém, nem aquele nem estes são esteio suficiente para se fragmentar a família de fato da menina e colocá-la em verdadeiro limbo emocional, afastando-a de suas únicas referências de amor, solidariedade, conforto, autoridade, em suma, desligando-a daquela que sempre foi a sua família.

Veja que a socioafetividade elevou-se a tão importante critério para determinação da filiação que foi capaz de afastar defeito no negócio jurídico que, em atenção à Parte Geral do Código Civil, poderia ensejar a nulidade do ato.

4.1.4 Impossibilidade de adoção homoafetiva versus socioafetividade

Caso outro de adoção merece nota. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs o Recurso Especial 889852 em contrariedade ao pleito de adoção unilateral de uma mulher em relação aos filhos já adotados por sua companheira. A

insurgência do *Parquet* não foi provida, vez que, por unanimidade de votos, os Ministros da Quarta Turma consideraram incontroverso a existência de fortes vínculos afetivos entre a recorrida (adotante) e os menores, considerando ainda a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado em situações dessa ordem, quando deve prevalecer o melhor interesse da criança.

A defesa da criança e do adolescente tem sido mote comum nas decisões tendentes à manutenção da relação socioafetiva. Nessa linha, destacam-se os Recursos Especiais 1067438, 1022763 e 932692. Desse último aresto, destaca-se trecho da ementa em consonância com a doutrina da proteção integral:

- A prevalência dos interesses da criança é o sentimento 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.
- O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho.
- O julgador deve ter em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, porque a ambivalência presente nas recusas de paternidade é particularmente mutilante para a identidade das crianças, o que lhe impõe substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento.
- A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os seres humanos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas; em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos dos relacionamentos amorosos ou puramente sexuais, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas ao interesse maior da criança.

4.2 Um caso peculiar: o Recurso Especial 833712/RS e a prevalência do critério biológico

No Recurso Especial 833712, todavia, prevaleceu o critério biológico. Nesse processo, a investigante, que só tomou ciência de que houvera sido adotada aos 50 anos, relatou que o pai biológico era de tradicional família da região e manteve relações sexuais com a investigada, que trabalhava para os pais dele, do que resultou a gravidez.

Segundo o que dos autos consta, para evitar boatos, a investigada foi obrigada a se afastar da família do investigado e entregar a criança para que um casal a registrasse como se filha fosse (“adoção à brasileira”). Em primeira instância, foi dada razão à investigante, já em grau de apelação, reformou-se a sentença, sob a tese de que fora construída uma relação socioafetiva. Pelas peculiaridades do processo, a pretensão da investigante prevaleceu,

reconhecendo o direito ao vínculo biológico. Fundamentando a decisão, argumentou a relatora Ministra. Nancy Andrichi que,

Consideradas as peculiaridades do processo, tem-se que a aludida tese da caracterização, pelo Tribunal de origem, de vínculo sócio-afetivo decorrente de “adoção à brasileira”, que, em concorrência direta com o reconhecido vínculo biológico, teria o condão de a este se sobrepor, deve ser objeto de acurada reflexão. Primeiramente, porque o vínculo sócio-afetivo, como já dito, deve advir de ato voluntário dos pais que registraram a criança, isto é, deve ser uma opção, uma escolha deles, no sentido de querer aquele bebê como um filho. No entanto, embora, na superfície, seja essa a impressão inicial, sobressai da leitura dos autos, que houve um “arranjo” ao ser a investigante enviada aos pais registrais, para que não fosse maculada a imagem de “bom moço” do investigado, pertencente a família de relevo na sociedade local, tendo sido a investigada, por sua vez, acuada, obrigada a entregar a filha. Sem dúvida, pela análise do processo, depreende-se que a investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, pelo que consta dos autos, quando a recorrente já contava com 50 anos de idade. Pensamento em sentido contrário seria corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

Data venia, considerando o que consta do relatório e do voto do episódio em evidência, o reconhecimento do vínculo biológico destoa do entendimento majoritário do STJ. Isso porque a investigante usufruiu de uma relação socioafetiva com os pais registrais ao longo da vida, com os quais compartilhou o verdadeiro vínculo parental. Estranho pretender outro pai? Parece até que o intento da promovente está relacionado a interesses patrimoniais!

Em hipóteses como essa, o mais acertado e coerente seria pleitear o direito ao reconhecimento de sua ancestralidade, por meio da ação investigatória de origem genética (art. 48, ECA), e não por meio de investigação de paternidade ou de maternidade. O direito ao conhecimento da genealogia “é o direito à vida íntima, que não se confunde com o direito à vida familiar”⁵³. Mais aceitável seria a medida se os pais registrais, coagidos ao registro e assunção da paternidade daquela filha a eles estranha, não houvessem assumido, ao longo da convivência, o papel da paternidade/maternidade.

Insiste-se na tese de que o estado de filiação é um fenômeno eminentemente socioafetivo, no qual podem estar inclusos os vínculos biológicos e não-biológicos. Há duas

⁵³ MADALENO, Rolf. *op. cit.*, p. 479.

verdades – a biológica e a afetiva – que são igualmente reais, que devem coexistir, mas, quando não, a realidade construída e não determinada deve prevalecer. O magistrado não pode esquivar-se de avaliar a escolha afetiva, devendo o critério biológico prevalecer em situações pontuais.

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.

- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.

- O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.

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

Recurso conhecido e provido. (Grifou-se)

4.3 Investigação de paternidade/maternidade socioafetiva

Na equalização das tratativas, da proteção e dos meios processuais que podem se valer cada espécie do gênero *estado de filiação*, o Recurso Especial 1189663, estendeu a ação investigatória de paternidade/maternidade ao vínculo afetivo, findando com a exclusividade do manejo dessa ação na busca do vínculo biológico.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o

reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido. (Grifo nosso)

O posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, portanto, colabora para a proteção daquele parentesco derivado da afetividade. Em que pese haja decisões destoantes no Tribunal Superior, bem como exaradas nos juízos *a quo*, os precedentes analisados demonstram que o Poder Judiciário está na maioria dos casos afinado ao que rege os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente.

5 CONCLUSÃO

Durante muito tempo o critério para determinação da filiação esteve imbricado ao sistema de presunções que buscava preservar um modelo familiar matrimonial e patriarcal. Na medida em que o modelo matrimonial de família foi perdendo a hegemonia e a biomedicina avançou, a fixação do parentesco filiatório se aproximou mais do critério biológico. Seriam esses, o sistema de presunção e a aplicação da prova biológica, os mecanismos mais recorrentes para a afirmação do estado de filiação.

Fato é que até recentemente o Direito não reconhecia efeitos àquelas relações surgidas do afeto. Mas a filiação socioafetiva não é coisa nova, Jesus Cristo já era filho socioafetivo (de José). A figura do filho de criação foi narrada por em Gilberto Freyre, no livro Casa Grande e Senzala. Muito embora aqui não se liberalizasse o mesmo tratamento aos filhos de família; eram praticamente agregados, embora com certos regalos.

Apenas com o influxo da doutrina dos direitos fundamentais, a força do princípio da dignidade da pessoa, o desenrolar dos direitos da personalidade e, de certa forma, a utilização de conceitos de outras áreas do conhecimento, a exemplo da própria psicanálise, foi possível valorar elementos subjetivos essenciais ao desenvolvimento do sujeito.

Nesse ponto, fala-se do princípio da afetividade, indispensável ao desenvolvimento da pessoa, na medida em que esta precisa se sentir aceita, cuidada, amada para avançar no seu projeto singular de busca pela felicidade.

É certo que o Direito não tem por objeto elementos tão subjetivos quanto os sentimentos. Porém, desenvolvida a jurisdicização da figura do afeto, vê-se a sua proximidade com o princípio da solidariedade e a sua correlação com condutas objetivas que contribuem para aquele mesmo fim. São exemplos dessas condutas o dever de assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; os deveres dos cônjuges e companheiros de assistência mútua – material e imaterial, respeito, consideração.

Assim, compreendendo-se a família como instituição instrumental promotora da personalidade e do cuidado dos seus, aquelas condutas objetivas, ora chamadas *afeto*, lhes serão bem peculiares.

Nestes termos, a substância ganha destaque ante a forma. Os sujeitos passam a ser definidos pelo papel que desenvolvem e não mais por uma ficção jurídica presumível ou por um determinismo genético. Dessa forma, o afeto também passa a ser determinante na definição da filiação. Corresponde àquele critério de *outra origem* previsto no art. 1.593 do CC/2002. A tese de Paulo Lôbo sobre filiação ganha adesões: a socioafetividade seria o gênero, do qual as espécies poderiam ser de natureza biológica ou civil. Colabora esse entendimento para a afirmação de que *pai é mesmo o que cria!*

A questão já chegou ao Superior Tribunal de Justiça. Sendo chamado a refletir sobre o tema, paulatinamente o STJ tem redimensionado os critérios balizadores da filiação, a ponto de na maioria das decisões das turmas especializadas ter sido consolidado o entendimento de que a socioafetividade deve imperar. Muitos foram os julgados em que isso se comprova.

É certo que, algumas decisões monocráticas do STJ ainda sustentam primazia ao critério biológico – em favor do que chamam verdade chamada de “real”, mas não é esta a linha das decisões colegiadas. Ademais, o que seria a verdade real nesta seara? Os laços biológicos são importantes, mas o lastro do convívio que enlaça é, por si, determinante. Assim, da análise realizada da jurisprudência do STJ, identifica-se atualmente a primazia do critério da socioafetividade.

Vem cumprindo à Corte, a quem compete a uniformidade da interpretação das leis federais, reconhecer a socioafetividade na determinação das decisões pertinentes à filiação. E faz isto, não apenas em acordo com a principiologia civil-constitucional mas ainda também por sua pertinência no mundo dos fatos, com a realidade dos lares. Das 44 (quarenta e quatro) decisões colegiadas publicadas por esta Corte, desde o ano de 2007, dezoito foram efetivamente analisadas, podendo-se afirmar que, pela significativa amostragem, o STJ vem consolidando o entendimento de que *pai é o que cria*.

O convívio diário e o laço de socioafetividade apontam aquele e/ou aquela que assume o papel de pai ou mãe. Contra esse fato, por respeito à dignidade da pessoa, não poderia o Judiciário se posicionar.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátia Denise Gress. Coexistência entre a socioafetividade e a identidade biológica – uma reflexão. In: **Família e jurisdição II**. Eliane Ferreira Bastos e Antônio Fernandes da Luz (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, ano 10, n.09, abr/mai de 2009.

BOWLBY, John. **Formação e rompimento dos laços afetivos**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> > e <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

_____. **IBGE**: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1476&id_pagina=1>. Acesso em 25 de setembro de 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. <<http://www.stj.gov.br>>

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**. Varas de Família iniciam mutirão com ações de separação nesta segunda-feira <http://www.tjce.jus.br/noticias/noticias_le_noticia.asp?nr_sqtex=20797>

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FREYRE, Gilberto. **Casa – grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. São Paulo: Global, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez, 2004.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em 20 de setembro de 2011.

MADALENO, Rolf. **Filiação sucessória: parentalidade socioafetiva e biológica**. Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões. PORTO ALEGRE. 10/2008 a 11/2008. p. 109 a 124. PORTUGUÊS. v.10 n.6.

_____. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAIA, Renato. **Filiação paternal e seus efeitos**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra; OLIVEIRA, Cecília Barroso. **Os desafios contemporâneos do direito das famílias e algumas questões relativas às ações de estado de filiação**. In: XX Encontro Nacional do CONPEDI. No prelo.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **A família na constituição federal e 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade**. Disponível em <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1232/1035>>. Acesso em 23/03/2009.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A família democrática**. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **O papel do IBDFAM na construção de um novo Código Civil**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=102>>. Acesso em 25 de setembro de 2011.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Trad. André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. Disponível em <<http://leonildoc.orgfree.com/ninho.htm>>. Acesso em 06/07/2011.

SINGLY, François de. **Famille démocratique ou individus tyranniques**. Disponível em <<http://www.liberation.fr/tribune/0101496926-famille-democratique-ou-individus-tyranniques>>. Acesso em 31/03/2012

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: **Temas de direito civil – tomo III**. Rio de Janeiro, Renovar, 2009

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família**. Disponível em <<http://www.gontijo->

familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2011

_____. **Desbiologização da paternidade.** Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, n.º 21 (nova fase), maio de 1979.