

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA:  
CONTRAPOSIÇÃO DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA E  
ABANDONO MORAL NA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO

RENATA DO AMARAL BARRETO DE JESUS

RIO DE JANEIRO

2008

RENATA DO AMARAL BARRETO DE JESUS

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA:  
CONTRAPOSIÇÃO DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA E  
ABANDONO MORAL NA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Flávio Alves Martins

RIO DE JANEIRO

2008

RENATA DO AMARAL BARRETO DE JESUS

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA:  
CONTRAPOSIÇÃO DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA E ABANDONO MORAL  
NA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio de Janeiro,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Flávio Alves Martins – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. Doutor da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

---

2º Professor Examinador

---

3º Professor Examinador

À minha família.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Prof. Flávio Alves Martins, que além de me inspirar na escolha do tema desde quando ministrou a disciplina Direito de Família em minha turma, concedeu-me conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

Ao meu pai, Francisco. A minha mãe, Marly, e a minha irmã, Marcela, grandes amigas que me concederam apoio incondicional em todas as horas.

Ao meu amado, Marco Aurélio, que pacientemente suportou meus lamentos e comemorou minhas vitórias desde o primeiro dia de aula na Faculdade.

O merecimento da 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.

Pietro Perlingieri

## RESUMO

JESUS, Renata do Amaral Barreto de. *Princípio da Afetividade no Direito de Família: contraposição da Paternidade sócio-afetiva e Abandono moral na relação de filiação*. 2008. 87 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

É analisado o Princípio da Afetividade e sua influência no Direito de Família contemporâneo, fazendo-se uma contraposição entre dois fenômenos – a paternidade sócio-afetiva e o abandono moral. Para melhor compreensão do tema, inicia-se o trabalho com uma análise dos aspectos conceituais e históricos da família e de alguns institutos nela inseridos como a filiação, poder familiar e a posse de estado de filho, com destaque para as mudanças de paradigmas sofridas ao longo do tempo. Em seguida estuda-se a paternidade sócio-afetiva com a exposição de seu conceito, histórico, características, pressupostos, espécies e conseqüências jurídicas para depois adentrar na análise do abandono afetivo com a apresentação de seu conceito e ênfase na alienação parental como uma de suas causas, discutindo-se também a possibilidade de responsabilização civil por sua ocorrência. A parte final do trabalho dedica-se aos novos modelos de entidades familiares que têm surgido na sociedade brasileira, ressaltando-se a necessidade de proteção jurídica os mesmos.

Palavras-Chave: Família, Princípio da Afetividade; Contraposição; Paternidade Sócio-afetiva; Abandono moral; Alienação Parental; Responsabilidade Civil; Tendências Contemporâneas da Família.

## ABSTRACT

JESUS, Renata do Amaral Barreto de. *Princípio da Afetividade no Direito de Família: contraposição da Paternidade sócio-afetiva e Abandono moral na relação de filiação*. 2008. 87 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

It examined the Principle of Affection and its influence on the Law of Family contemporary, making up an opposition between two phenomena - the paternity socio-emotional and moral abandonment. For better understanding of the subject, begins the analysis with a conceptual and historical aspects of the family and some offices as it entered the membership, power and family status of possession of child, with emphasis on changes in the paradigms suffered through of time. Then it is studying the socio-affective parenthood with the exposure of its concept, history, characteristics, assumptions, species and legal consequences to enter after the analysis of emotional abandonment with the presentation of its concept and emphasis on parental alienation as one of its causes, is also discussing the possibility of civil liability for their occurrence. The final part of the work devotes itself to new types of family entities that have arisen in Brazilian society, emphasizing the necessity of the same legal protection.

Key words: Family, Principle of Affection; opposition; Paternity Socio-affective, moral abandonment; Parental Alienation; Liability; Trends Contemporary the Family.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	9
2 DIREITO DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916, NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – AS GRANDES TRANSFORMAÇÕES. ....	12
2.1 Família: Conceito e evolução histórica .....	12
2.2 Direito de Família: origem, conceito e evolução legislativa no Brasil.....	14
3 NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DA FILIAÇÃO E DO PODER FAMILIAR.....	22
3.1 Breve histórico da filiação.....	22
3.2 Conceito de Filiação .....	24
3.3 Pátrio Poder <i>versus</i> Poder familiar.....	26
3.4 Posse do estado de filho .....	30
3.5 Mudança de Paradigmas .....	33
4 AFETO E ENTIDADES FAMILIARES .....	37
4.1 Paternidade Sócio-afetiva.....	39
4.1.1 <u>Conceito</u> .....	39
4.1.2 <u>História</u> .....	41
4.1.3 <u>Características e requisitos</u> .....	42
4.1.4 <u>Espécies de Paternidade sócio-afetiva</u> .....	44
4.1.5 <u>Conseqüências jurídicas</u> .....	48
4.2 Abandono Afetivo.....	53
4.2.1 Conceito .....	53
4.2.2 <u>Alienação Parental como causa de abandono afetivo</u> .....	54
4.2.3 <u>Possibilidade de Responsabilização Civil</u> .....	56
4.2.3.1 <i>Caso TJ/MG</i> .....	57
4.2.3.2 <i>Fundamentos da Indenização</i> .....	63
4.2.3.3 <i>Dano Moral</i> .....	65
4.2.3.4 <i>Pressuposto da Indenização</i> .....	66
4.2.3.5 <i>Função da Indenização</i> .....	68
5 O AFETO E AS TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DA FAMÍLIA BRASILEIRA	69
5.1 Família mosaico: a família <i>dos meus, dos seus e dos nossos</i> .....	69
5.2 Família Homoafetiva .....	71
5.3 Poliamor.....	74
6 CONCLUSÃO .....	77
REFERÊNCIAS.....	81



## 1 INTRODUÇÃO

As relações familiares no Brasil sofreram profundas modificações nos últimos tempos, conforme informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística <sup>1</sup> e, como o Direito deve acompanhar a evolução social, o Direito de Família teve de adaptar-se às mudanças de paradigmas.

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988, houve a derrocada da concepção de família patriarcal, patrimonialista, formal e privatista e, com a aplicação dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade e da Igualdade, o caminho abriu-se para que os diversos modelos de entidade familiar se desenvolvessem contando com a proteção do Estado, permanecendo a família a base da sociedade <sup>2</sup>.

Aspecto relevante destas transformações foi a personificação do Direito de Família que, como já mencionado, fora marcado pelo patrimonialismo, de sorte que houve uma verdadeira revolução na qual o que era acessório (a pessoa), passou a ser principal, e o que era o centro das atenções (o patrimônio) assumiu posto na periferia.

Esta alteração de diretriz apóia-se no Princípio da Afetividade pelo qual devem ser valorizadas as funções afetivas entre os membros da família, de modo que o que caracteriza um grupo de pessoas como entidade familiar são as relações de sentimentos entre elas, os laços de amor. Logo, havendo *affectio* haverá família, espaço de realização da dignidade das pessoas humanas, unida por laços de liberdade e responsabilidade.

Sob a égide da nova função básica da família contemporânea, qual seja a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência, igualdade e solidariedade, casos conflitantes são postos diante do Judiciário, que precisa solucionar as controvérsias interpretando a lei consoante as necessidades sociais, haja vista não raro a produção legiferante não ser capaz de

---

<sup>1</sup> Informações obtidas do artigo SAMARA, Eni de Mesquita. O que mudou na família brasileira? Da colônia à atualidade. Psicologia USP. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttex&pid=S010365652002000200004&lng=en&nm=isso&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S010365652002000200004&lng=en&nm=isso&lng=pt)>. Acesso em : 08/04/2008.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). Artigo 226.

acompanhar os anseios de uma sociedade marcada pelo constante surgimento de novos fenômenos.

Dentre as diversas situações, duas merecem análise mais profunda pela forma com que o afeto é abordado, em absoluto antagonismo: a Paternidade sócio-afetiva e o abandono moral na relação de filiação.

A Paternidade Sócio-afetiva pode ser compreendida de forma clara no conteúdo do seguinte brocardo: “pai e mãe é quem cuida, é quem cria”. É uma relação jurídica de afeto, pela qual mesmo sem vínculo biológico ou civil, considera-se pai ou mãe a pessoa que se doa, dá dignidade, que dá amor, carinho, educação, por mera opção, isto é, a pessoa que realmente exerce as funções de pai ou de mãe em atendimento ao melhor interesse da criança. Está vinculada ao instituto da posse de estado de filho, conjunto de circunstâncias capazes de exteriorizar a condição de filho do casal que o cria e educa.

Na contramão do afeto dispensado gratuitamente por pessoas que não têm qualquer obrigação legal ou moral de ofertá-lo, encontra-se o abandono moral/abandono afetivo, situação em que o progenitor, mãe/pai biológico, embora cumpra com o sustento material do filho, descumpra o dever de convivência, de maneira que a negativa de afeto e atenção traz enormes prejuízos psicológicos à criança/adolescente, muitos dos quais irreversíveis.

Destarte, cabe a análise dos reflexos jurídicos da contraposição: como pode alguns doar afeto a “filhos do coração”, enquanto outros negam amor a filhos biológicos?

A relevância do tema nasce da análise de como os tribunais têm encarado os casos concretos, haja vista ser tão corriqueira sua ocorrência na sociedade, havendo diversas controvérsias em torno da questão. No que tange à paternidade sócio-afetiva, cabe uma análise dos pressupostos para sua caracterização e de suas consequências jurídicas. Em relação ao abandono afetivo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se posicionar quanto à possibilidade ou não de responsabilidade civil na hipótese de sua ocorrência. O assunto é polêmico.

O objetivo do presente trabalho científico é analisar como o Princípio da Afetividade tem sido aplicado no Direito de Família, particularmente no âmbito da contraposição entre a paternidade sócio-afetiva e abandono afetivo, esmiuçando

suas conseqüências jurídicas e apontando as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do assunto.

Neste diapasão, cabe primeiramente uma análise do conceito de família e sua evolução desde o Código Civil de 1916 até a Constituição de 1988, em seguida a proteção à família entra em discussão, com a exposição da evolução histórica do Direito de Família.

Logo depois o trabalho segue com a exposição dos novos paradigmas do Direito de Família e sua influência na filiação e no poder familiar, momento em que também será destacado o assunto da posse de estado de filho, correlato ao tema em desenvolvimento.

O capítulo seguinte é dedicado à paternidade sócio-afetiva com destaque para seus pressupostos, características e conseqüências jurídicas, e também ao abandono afetivo ressaltando suas causas e a discutindo-se a possibilidade de reparação civil no caso de sua ocorrência no ambiente familiar.

Por fim, são apontadas as novas tendências da família brasileira respaldadas pelo princípio da afetividade, como a família mosaico, a família homoafetiva e o poliamor, mostrando-se como o Direito acompanha mais estas transformações.

Assim, o que se pretende é conhecer e discutir como o Direito tem se comportando ante as novas situações sociais, como os tribunais têm encarado os casos propostos, expondo o tema de forma a propor sugestões à elucidação dos conflitos familiares contemporâneos.

## 2 DIREITO DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916, NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – AS GRANDES TRANSFORMAÇÕES

### 2.1 Família: Conceito e evolução histórica

A família é o fenômeno social e jurídico que mais sofreu alterações ao longo do tempo. Mas antes se discorrer acerca da evolução histórica do Direito de Família, é mister definir o que seja família e relatar a sua origem.

Nas palavras de Tânia da Silva Pereira “a família é o primeiro agente socializador do ser humano.”<sup>3</sup> Por isso, a Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece, no art. 3º, XVI que a família é *o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito a proteção da sociedade e do Estado*, disposição que foi sedimentada também pela Constituição de 1988<sup>4</sup>, ao definir a família como a base da sociedade que merece proteção especial do Estado.

Na vigência do Código Civil de 1916 a família era um grupo de pais e filhos, unido pelo matrimônio, pela filiação e pela adoção. José Bernardo Ramos Boeira definia família, como “o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, ou seja, unidos por **laços de sangue**. Em sentido estrito, a família representa o grupo formado pelos pais e filhos.”<sup>5</sup> (grifo nosso). Assim, o código anterior identificava família pelo elo consangüíneo, incluindo pais, filhos, avós, sogros, tios e os outros parentes.

No entanto, a sociedade sofreu uma avalanche de transformações e, no papel de servir ao homem na regulamentação da vida em grupo, o Direito tenta adaptar-se às mudanças de paradigmas no conceito de família, que hoje alberga todas as formas de convívio ligadas pelo elo da afetividade que, nas palavras da jurista Maria Berenice Dias, “funde as almas, confunde os patrimônios, fazendo

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) Direito de Família e o novo Código Civil. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.151.

<sup>4</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art.226.

<sup>5</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade. Posse de estado de filho: paternidade sócio-afetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 19.

gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos. ”<sup>6</sup> A família ganhou abertura para configura-se como um abrigo, uma proteção, um lar onde sobressaem a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua e os laços de afeto.

Quanto à origem da família, há controvérsia entre os pesquisadores no que se refere ao estado inicial da instituição familiar. Contudo, é possível assegurar que os vínculos afetivos sempre existiram, sendo um fato natural do ser humano. Entretanto, não se pode olvidar ser a família um agrupamento cultural. De acordo com Rolf Hanssen Maleno<sup>7</sup>, a família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento.

Friedrich Engels<sup>8</sup>, em seu livro sobre a origem da família, assevera que, no estado primitivo, o grupo familiar não se constituía por relações individuais, de sorte que as relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo. Assim, a mãe sempre era conhecida, mas o pai não. É a teoria matriarcal de origem das famílias que sustenta a existência de um estágio inicial de promiscuidade sexual, no qual todas as mulheres e homens pertenciam uns aos outros.

O professor Silvio de Salvo Venosa<sup>9</sup>, aponta em sua obra que, em um segundo momento da vida primitiva, as guerras, a carência de outras mulheres e até mesmo uma inclinação natural, levaram os homens a buscar relações com mulheres de outros grupos, antes que em suas próprias tribos, sendo este fenômeno apontado pelos historiadores como a primeira manifestação contra o incesto no meio social. Assim, o homem tende para relações individuais e exclusivas, atingindo-se a organização atual, de inspiração monogâmica. E foi a monogamia que desempenhou papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno.

Cite-se, contudo que há também a teoria patriarcal de origem da família, a qual nega a dita promiscuidade sexual, defendendo que o pai sempre foi o centro

---

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2 ed. Porto Alegre: Ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 16.

<sup>7</sup> MALENO, Rolf Hanssen. Direito de família em pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 18.

<sup>8</sup> ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997, p. 31 e seguintes.

<sup>9</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil vol. VI- Direito de Família. 7 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 17.

organizacional da família.<sup>10</sup> É adepto desta corrente Caio Mário da Silva Pereira que aduz ser a promiscuidade originária “incompatível com a idéia exclusivista do ser humano e até mesmo de muitos irracionais, e contraditória com o desenvolvimento da espécie.”<sup>11</sup> Seria, portanto, mais racional no entender do autor aceitar a origem monogâmica da família pois, “fato certo e comprovado, este sim, pelos registros históricos, pelos monumentos literários, pelos fragmentos jurídicos, é que a família ocidental viveu largo período sob a forma patriarcal”<sup>12</sup>.

O fato é que, após essa fase inicial, o núcleo familiar passou a ter um perfil hierarquizado e patriarcal e a família monogâmica transforma-se em um fator econômico de produção, restringindo-se aos interiores dos lares dentro dos quais havia pequenas oficinas.

Este quadro desaba com o advento da Revolução Industrial que, nas palavras de Maria Berenice Dias, “fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente nas atividades terciárias”<sup>13</sup>. A família perde a característica de unidade de produção, nascendo um novo modelo.

É neste momento que a mulher ingressa no mercado de trabalho e o homem deixa de ser a única fonte de subsistência da família. O caráter produtivo e reprodutivo da família é minimizado e esta migra para as cidades onde convive em espaços menores, o que levou a uma aproximação de seus membros, prestigiando-se o vínculo afetivo.

Neste diapasão, segundo Gustavo Bossert e Eduardo Zannoni<sup>14</sup>, perdendo o papel econômico, a função da família transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.

## **2.2 Direito de Família: origem, conceito e evolução legislativa no Brasil**

---

<sup>10</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não fundada no casamento. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

<sup>11</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do Direito Civil. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.9.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit. p.9.

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. Op.cit. p. 24.

<sup>14</sup> BOSSERT, Gustavo A.; ZANONNI, Eduardo A. Manual de derecho de familia. 4. ed. Buenos Aires: Ástrea, 1996. p. 5.

O que leva o legislador a dedicar um ramo do direito a disciplina das famílias é a interferência estatal nas relações de afeto. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira<sup>15</sup>, a primeira lei de direito de família é conhecida como lei-do-pai que visava à supressão de instintos com a proibição de relações sexuais entre mãe e filho (proibição ao incesto), pois somente após a passagem do homem do estado da natureza para o estado da cultura é possível estruturar a família.

Para Maria Berenice Dias, “a família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo enquanto integrante de um vínculo familiar e também como partícipe de um contexto social”<sup>16</sup>. É devido a sua característica de relação privada que o estudo da família foi institucionalizado como um ramo do Direito Civil.

Nas palavras de Silvio Venosa, é possível definir Direito de Família como “ramo do Direito Civil, com características peculiares, integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por interesses morais e bem estar social”<sup>17</sup>. Contudo, com a atual amplitude do Direito de Família faz bem a professora Maria Berenice ao dizer que Direito de Família trata das relações afetivas, o que o torna uma missão delicada, tendo em vista “seus reflexos comportamentais que interferem na estrutura da sociedade.”<sup>18</sup>

Mas não foi sempre assim. Desde o século XIX, período em que a sociedade era precipuamente rural e patriarcal, a legislação civil brasileira dedicava normas sobre família. Naquele período, a mulher tinha uma participação social restrita às funções domésticas, o homem era considerado o chefe e representante da sociedade conjugal e os filhos, submetiam-se a autoridade paterna. O Código Civil de 1916 nasce neste contexto histórico-cultural.

Na vigência da Lei 3071 de 1916 (o antigo Código Civil de 1916), Clóvis Benviláqua assim definia o Direito de Família:

Direito de Família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele

---

<sup>15</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 47.

<sup>16</sup> DIAS, Maria Berenice Dias. Op.cit. p. 25.

<sup>17</sup> VENOSA, Silvio de. Op.cit. p. 23.

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. Op.cit. p. 26..

resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.<sup>19</sup>

Depreende-se deste conceito amplamente divulgado na época, uma noção formal, patriarcal, privatista e patrimonialista do Direito de Família preceituado no Código Civil de 1916.

O casamento era a única forma de família legalmente protegida<sup>20</sup>, sendo os únicos meios de se por fim ao vínculo matrimonial a morte e a anulação do casamento. Embora a figura do desquite existisse, esta não dissolvia o vínculo matrimonial, impedindo novo casamento, em uma clara manifestação de resistência do Estado em reconhecer a convivência fora do casamento.

Sendo o casamento indissolúvel e união plena de vida e patrimônio, o regime legal previsto era o da comunhão universal, havendo um estado condominial de todos os bens, divisíveis de forma igualitária, não importando a origem e a época de sua aquisição. Havia, ainda, o regime dotal<sup>21</sup>, no qual os bens da mulher eram entregues a administração do marido e seus rendimentos destinados a atender aos encargos da família.

A união estável, à época denominada como concubinato, não era admitida como entidade familiar, sendo abominada pela jurisprudência e doutrina. O STF declarava que *"a ordem jurídica ignora a existência do concubinato"*<sup>22</sup>. Pontes de Miranda chegou a afirmar em seu tratado de 1971:

O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> BENVILÁQUA, Clóvis. Código civil dos estados unidos do Brasil comentado. 5ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937.

<sup>20</sup> Art. 180 e seguintes da lei 3071 de 1916.

<sup>21</sup> Art. 278 a 309 da Lei 3071 de 1916.

<sup>22</sup> Datado de 24 de janeiro de 1947, tendo como relator o Ministro Hahnemann Guimarães, *In RF* 112/417

<sup>23</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

Observe-se, ainda, que o Código Civil de 1916 considerava a mulher relativamente incapaz para os atos da vida civil, dependendo do marido na gestão do patrimônio e da família, já que ele era considerado o chefe da sociedade conjugal.

Quanto aos filhos, o Código 1916 trazia designações pejorativas para discriminar os filhos nascidos fora do casamento, em uma clara influência do cristianismo católico pelo qual o filho nascido sem a realização do matrimônio, de relações adulterinas ou do incesto dos genitores era considerado fruto do pecado, ferindo a sociedade puritana e moralista da época.

Assim, havia as denominações de filhos legítimos<sup>24</sup> (concebidos na constância do casamento) e ilegítimos<sup>25</sup>, subdivididos em naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos (oriundos de relações fora do casamento).

Na vigência do Código Civil de 1916 a relação entre pais e filhos estava sob a égide do pátrio poder<sup>26</sup>, termo que remonta ao direito romano, *pater potestas* (um direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos), conceituado por Silvio de Salvo Venosa como “um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais para com os filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e seus e seus bens.”<sup>27</sup> A titularidade deste poder era exclusiva do marido<sup>28</sup>, chefe da sociedade conjugal, somente passando a mulher em hipótese de falta ou impedimento.

Conclui-se, desta exposição, que a regulamentação da família do início do século passado era pautada no matrimônio e a família era limitada ao grupo oriundo do casamento. Neste diapasão, impedia-se sua dissolução, havia distinções legais entre os membros da família e qualificações discriminatórias às pessoas que se uniam fora do casamento e aos filhos oriundos destas relações, considerados filhos ilegítimos. Isto devido ao fato de o patrimônio ser o centro das relações familiares e o espírito do legislador desejar sua permanência do seio da família consangüínea.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Lei Federal nº 3071 de 1916. Art. 337. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)> Acesso em: 15/08/2008.

<sup>25</sup> BRASIL. Lei Federal nº 3071 de 1916. Art. 355 a 367. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)> Acesso em: 15/08/2008.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei Federal nº 3071 de 1916. Art. 379 a 395. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)> Acesso em: 15/08/2008.

<sup>27</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit. p. 341.

<sup>28</sup> Brasil. Lei Federal nº 3071 de 1916. Art. 380. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)> Acesso em: 15/08/2008.

Entretanto, não foi possível esconder ou frear a realidade e o Direito precisou adequar-se à vida, daí decorrendo diversas alterações legislativas, dentre as quais a Lei nº 4121 de 27 de agosto de 1962, intitulada Estatuto da Mulher casada que, na conclusão de Maria Berenice Dias, “devolveu a plena capacidade a mulher casada e deferiu-lhe bens reservados que lhe asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.”<sup>29</sup>; a mulher de relativamente incapaz, passa a colaboradora do marido, função a ser exercida no interesse comum da família.

A lei refletiu-se também no pátrio poder, que passou a ser exercido pelo marido com a colaboração da mulher, prevalecendo a vontade do pai, em caso de divergência, podendo a mãe solicitar a intervenção judicial.

Outra alteração relevante no Direito de Família foi a regulamentação do divórcio com a Emenda Constitucional nº9, aprovada em 28 de junho de 1977, que modificou o artigo 175 da Constituição de 1969 e foi regulamentada pela Lei do Divórcio (Lei nº6515/1977).

Dentre as principais inovações da nova lei, estaria a possibilidade do casamento válido ser dissolvido não só pela morte, mas também pelo divórcio (art. 2º, parágrafo único); a modificação da nomenclatura *desquite* para *separação* (art. 39); uma seção destinada à proteção da pessoa dos filhos (art. 9º ao art.16) e a alteração do regime de bens legal previsto para o casamento, da comunhão universal para o da separação parcial, na falta de disposição expressa dos nubentes (art. 45).

Todas estas mudanças, corroboradas pela emancipação da mulher, sua definitiva integração ao mercado de trabalho, a descoberta de métodos contraceptivos dissociaram os conceitos de casamento, sexo e reprodução de sorte que o enfoque moderno dado a família é o vínculo de afetividade que enlaça seus membros.

Com o advento da Constituição de 1988 novos princípios passaram a nortear o Direito de Família, verificando-se uma preocupação, oriunda das Declarações de Direitos, com a pessoa humana, acentuando-se a necessidade de proteger o

---

<sup>29</sup> DIAS, Maria Berenice. Op.cit. p. 27.

cidadão do arbítrio do Estado e impondo-se limites às relações jurídicas patrimoniais.<sup>30</sup>

Neste diapasão, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (fundamento do Estado Democrático de Direito, sedimentado no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988<sup>31</sup>), passou a ser considerado como cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, dele sendo irradiados outros princípios de sede constitucional, tais como os princípios da Liberdade, da Igualdade e, de maior relevância no Direito de Família contemporâneo, o princípio da Afetividade. Nas palavras de Sérgio Resende Barros, “a dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana”<sup>32</sup>.

De acordo com Guilherme Calmon, o “Direito Civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado.”<sup>33</sup> Por isto, qualquer norma jurídica em direito de família exige a presença de fundamento de validade na Constituição.

Com esta nova concepção, foram diversas as modificações dos institutos do Direito de Família, de sorte que o tratamento jurídico da família outrora dado por um microssistema de leis, passou a coexistir com os novos ares de dignidade trazidos pela Constituição de 1988 que alocou mulheres, crianças, adolescentes e idosos em posição de sujeitos de Direito nos artigos 226 a 230; trouxe equiparação entre homens e mulheres em direitos e obrigações, na norma do artigo 226 § 5º; pôs fim ao dogma do casamento como única forma legítima de entidade familiar, englobando em um rol meramente exemplificativo, a união estável e a família monoparental, conforme artigo 226 § 3º e §4º, e consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações, na forma do artigo 227 § 6º.

Assim, em meio a tantas mudanças, diversos dispositivos da legislação até então vigente não foram recepcionados pela nova ordem constitucional e o Código

---

<sup>30</sup> SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. O Afeto e a Dignidade como Centro do Direito de Família: A Inconstitucionalidade da discussão da culpa na separação judicial e a nova parentalidade à luz do Código Civil. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro. n. 24, jul./dez.2006. p. 201.

<sup>31</sup> “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana”.

<sup>32</sup> BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 418.

<sup>33</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PERERIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 106.

Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família<sup>34</sup>, sendo, portanto, imprescindível a sua imediata substituição. Todavia, esta substituição só veio no ano de 2002, quase 15 anos após a promulgação da CRFB de 1988.

O atual Código Civil teve projeto original de 1975, anterior, inclusive, à Lei do Divórcio (1977) e, por ter tramitado no Congresso Nacional antes da promulgação da Carta Constitucional de 1988, estava em completo descompasso com esta, submetendo-se a inúmeras emendas, para que fossem introduzidos valores que privilegiassem a dignidade da pessoa humana.

Assim, em 11 de janeiro de 2003, entra em vigor o Código Civil, que incorporou as mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa, mas preservou a estrutura do código anterior. Nas considerações de Maria Berenice Dias:

Inúmeros remendos foram feitos, o que, no entanto, não deixou o texto com a atualidade e clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção de direito de família. Foram inseridas, sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, certas regras de direito material preexistentes. Não se pode dizer que é um novo código, é um código antigo com um texto novo. Tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família no século XX.<sup>35</sup>

Na prática, a grande relevância da nova codificação foi o sepultamento de dispositivos que retratavam tratamentos discriminatórios dos membros da família, como as referências desigualitárias entre homens e mulheres (que hoje têm, inclusive, a titularidade conjunta do poder familiar<sup>36</sup>), adjetivações pejorativas da filiação e regime dotal.

Contudo, não houve a regulamentação de muitos avanços já sedimentados na sociedade, como a guarda compartilhada (implementada apenas recentemente pela Lei nº 11698 de 13 de junho de 2008), a posse do estado de filho, a filiação sócio-afetiva e as uniões homoafetivas.

---

<sup>34</sup> FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade, relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 83

<sup>35</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit. p. 29.

<sup>36</sup> "Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores." Código Civil Brasileiro, art. 1634, *caput*.

Assim é de grande importância papel do intérprete na aplicação da lei e efetivação de uma concepção eudemonista<sup>37</sup> de família, tendo em vista a dificuldade do Poder Legiferante em acompanhar as mudanças de paradigmas pelas quais a família passou nos últimos tempos, sobretudo quanto a filiação e o poder familiar, aspectos tratados adiante.

---

<sup>37</sup> Entenda-se eudemonista como uma “doutrina que considera a busca de uma vida feliz, seja em âmbito individual seja coletivo, o princípio e fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade”. HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. São Paulo: Objetiva, 2005.

### 3 NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DA FILIAÇÃO E DO PODER FAMILIAR.

#### 3.1 Breve histórico da filiação

A história da filiação no Brasil é marcada pela dura catalogação dos filhos de forma a discriminá-los de acordo com sua origem. O objetivo do legislador era preservar o patrimônio no seio familiar o que se coadunava com os princípios e finalidades que norteavam a família brasileira até bem pouco tempo atrás.

No direito pré-codificado, os filhos ilegítimos, nascidos fora do casamento, eram classificados como: (a) naturais, aqueles cujos pais não tinham impedimentos entre si ao tempo da concepção, e (b) espúrios<sup>38</sup>, assim considerados os filhos nascidos de pais com algum impedimento, a saber, os sacrílegos (filhos de religiosos), adulterinos (resultado de uma relação em que um dos pais era casado) e incestuosos (a prole de pessoas que tinham graus de parentesco próximos).

A categoria dos filhos sacrílegos desapareceu do Direito Brasileiro ainda antes da instituição do casamento civil<sup>39</sup>, delineando-se o quadro que foi acolhido pelo Código Civil de 1916.

O critério classificatório era unicamente a circunstância de a prole ter sido gerada dentro ou fora do casamento. Desta situação, Maria Berenice conclui que "(...) a situação conjugal do pai e da mãe refletia-se na identificação dos filhos, conferindo ou subtraindo não só o direito a identidade, mas também à sobrevivência".<sup>40</sup>

A redação do antigo artigo 358, revogado pela Lei nº 7.841 de 1989 trazia que "Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos". Os filhos havidos fora do casamento eram marginalizados pela "falta" cometida pelos pais,

---

<sup>38</sup> SILVEIRA, Alessandra da Silva. O amor possível: um estudo sobre o concubinato no Bispado do Rio de Janeiro em fins do século XVIII e no XIX. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: [http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000\\_374338](http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000_374338). Acesso em 22/09/2008.

<sup>39</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. A família no direito civil brasileiro. Campinas: Bookseller, 2001, p.: 507

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 326.

não recebendo a proteção legal e sendo discriminados na sociedade. O intuito era garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai de forma a prevalecer os interesses do casamento<sup>41</sup>.

Da década de 40, um passo foi dado em direção a mudança dessa cruel realidade. O Decreto-Lei 4737 de 1942 dispunha em seu artigo 1º: “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação.” Por este dispositivo inovador, nascia a possibilidade de reconhecimento do filho havido fora do ilegítimo após a dissolução do casamento do genitor.

No mesmo sentido a lei 883 de 1949 previa a possibilidade de ação do filho em face do genitor para reconhecimento de filiação, desde que a sociedade conjugal deste já estivesse finda<sup>42</sup>. Havia ainda a previsão quanto aos alimentos, dispondo o art. 4º da lei<sup>43</sup> que o filho ilegítimo poderia acionar o pai para pedir alimentos, em segredo de justiça.

Aos poucos a proibição de reconhecimentos dos incestuosos e adulterinos foi sofrendo abrandamentos até que em 17/10/1989 a Lei 7841 revogou o expressamente o art. 358 do Código Civil de 1916 que vedava o reconhecimento dos filhos espúrios.

Em 1977, a Lei do divórcio avançou ao admitir o reconhecimento do filho fora do casamento apenas por testamento cerrado e prever que todos os filhos teriam direito a herança em igualdade de condições<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 327

<sup>42</sup> BRASIL. Lei Federal nº 883/1949. Art. 1º “Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação.” Disponível em:  
<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=80290>>. Acesso em: 14/09/2008.

<sup>43</sup> BRASIL. Lei Federal nº 883/1949. Art.4º “Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo.” Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=80290>>. Acesso em: 14/09/2008.

<sup>44</sup> BRASIL. Lei Federal nº 6515/1977. Art. “A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações: 1) ‘Art. 1º..... Parágrafo único - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável’. 2) ‘Art. 2º - Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições’.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm)>. Acesso em: 20/09/2008.

Mas a grande evolução veio com a Carta Magna de 1988 que em seu art. 227, §6º proibiu quaisquer designações discriminatórias relacionadas à filiação e concedeu a todos os filhos, inclusive os adotivos, os mesmos direitos<sup>45</sup>.

O Princípio da Igualdade entre os filhos acabou com qualquer tipo de discriminação até então existente. Filho é sempre filho, independentemente de sua procedência ou vínculo jurídico. E o Código Civil de 2002 não poderia deixar de incorporar este princípio, o que o fez em seu art. 1596 determinando que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Após as gradativas transformações, ficou consolidado no direito civil brasileiro tradicional, a filiação por origem biológica, através da procriação, e a filiação por origem sócio-afetiva mediante adoção, conferindo-se a todas os mesmos direitos. Mas a filiação sócio-afetiva vai além da adoção, como será exposto nos futuros tópicos.

### **3.2 Conceito de Filiação**

O conceito tradicional de filiação sempre se referiu à relação que une uma pessoa àquelas que a geraram. Assim, o conceito jurídico da filiação sempre se confundiu com a verdade científica da procriação.

Contudo, as mudanças decorrentes do alargamento do conceito de entidade familiar, proporcionado pela Constituição de 1988, fizeram com que os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelassem e a nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral e proibiu tratamentos discriminatórios entre filhos havidos dentro ou fora do casamento e filhos havidos por adoção.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição (1988). Art. 227, §6º “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20/09/2008.

No campo científico, o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução humana assistida permitiu que a concepção não mais decorra exclusivamente do contato sexual.

As mudanças na sociedade, abarcadas pelo Direito, somadas às mudanças da ciência levaram a novos conceitos que melhor retratam a sociedade contemporânea: filiação sócio-afetiva, filiação social, estado de filho afetivo, dentre outros. Maria Berenice Dias resume as transformações dizendo que “Tal qual aconteceu com a entidade familiar, também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial.”<sup>46</sup>

A sociedade avançou de modo que não importa mais a origem da filiação; os laços de afeto que se constroem entre pais e filhos não dependem de imposição da natureza ou imposição da lei<sup>47</sup> e o parentesco psicológico, de fato, prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. Silvio Venosa pondera:

(...) nem sempre o fato natural da procriação corresponde à filiação como fato jurídico. O legislador procura o possível no sentido de fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, levando em conta as implicações de ordem sociológica e afetiva, que envolvem essa problemática.<sup>48</sup>

Os novos métodos de reprodução humana, como a fecundação assistida homóloga (inseminação proveniente do sêmen do marido<sup>49</sup>) e heteróloga (quando o sêmen é proveniente de estranho<sup>50</sup>), a comercialização de óvulos ou espermatozóides, a locação de útero, ocasionaram uma revolução nos vínculos de filiação e a procriação passou a subjugar-se a vontade humana, de sorte que o campo genético não é mais o meio único de identificação da parentalidade. Não é possível, por exemplo, identificar como pai o cedente do espermatozóide, ou como mãe a mulher que doa o óvulo.

O elevado grau de certeza proporcionado pela realização do exame de DNA possibilita uma verdade real que substitui a verdade jurídica, muitas vezes definida

---

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p.328 e 329.

<sup>47</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. Revista do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. n.º 3 j/1/set.2000. p.: 36

<sup>48</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit. p.258.

<sup>49</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit. p. 268.

<sup>50</sup> Loc.cit.

por presunções legais (como as constantes no artigo 1597 do CC). Contudo, a verdade genética derivada do DNA nada mais é que a concretização do direito da personalidade à identidade genética haja vista que a filiação não mantém, necessariamente, a correspondência com o vínculo biológico. Bem arremata Maria Berenice Dias, quando diz:

(...)nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência. Imperioso encontrar novos referenciais, pois não mais se pode buscar na verdade jurídica ou na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares. A coincidência genética deixou de ser fundamental na análise dos vínculos familiares. A paternidade não é um ato físico, mas principalmente uma opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva.<sup>51</sup>

Diante desta nova realidade, a filiação pode ser encarada sob uma nova ótica. Neste sentido, assevera Luiz Edson Fachin<sup>52</sup> que a paternidade do filho matrimonial pode assentar-se em três pilares: o jurídico (o marido da mãe é, por presunção, o pai do filho tido por sua esposa); o biológico (o marido da mãe é presumivelmente o autor genético da fecundação) e o sócio-afetivo (o marido da mãe trata a criança- e por ela é tratado- como pai). Este último, de acordo com Maria Berenice<sup>53</sup>, é fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana.

### 3.3 Pátrio Poder *versus* Poder familiar

Com o Código Civil de 2002, sai de cena o pátrio poder e entra o poder familiar. Mas não foi apenas uma mudança de nomenclatura; foi uma alteração de valores que se tornou imperiosa com o advento da Constituição de 1988.

---

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 330.

<sup>52</sup> FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Aruda. (coord.) Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 170 a185

<sup>53</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 330

O Pátrio Poder, com suas raízes no Direito Romano, *pater potestas*, representava um poder incontestável do chefe de família<sup>54</sup>; o pai exercia direito de vida e de morte sobre os filhos (*ius vitae ac necis*<sup>55</sup>), o que já era reconhecido na Lei das XII Tábuas (450/451 a.C) que na tábua IV tratava do *jure patrio*, estabelecendo:

#### TÁBUA QUARTA<sup>56</sup>

Do pátrio poder e do casamento

1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.
2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.
3. Se o pai vendeu o filho 3 vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno.
4. Se um filho póstumo nasceu até o décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo.

Tratava-se de um direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos<sup>57</sup>. Ressalte-se que se tratava de um poder apenas do pai com relação aos filhos (com exclusão da mãe).

No Brasil, sob a égide do Código Civil de 1916, o titular do pátrio poder era exclusivamente o marido, que era o chefe da sociedade conjugal na forma do antigo artigo 233, que dizia: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”. Cabia ao marido o poder de decisão competindo à esposa a administração do lar e a assistência moral à família.

Neste contexto, ressalte-se ainda que o instituto traduzia-se em um conjunto de direitos do pai sobre a pessoa e bens dos filhos, tanto que Clóvis Benviláqua conceituava pátrio poder como “o conjunto de direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais, reconhecidos ou adotivos<sup>58</sup>”.

<sup>54</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op.cit. p.339.

<sup>55</sup> LEITE, Gisele. O atual poder familiar (o ex-pátrio poder). Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextId=735085244>. Acesso em 19/09/2008.

<sup>56</sup> Disponível em <http://www.api.adm.br/direito/TABUAS.htm>, cuja referência bibliográfica citada é GUIMARÃES, Affonso Paulo - Noções de Direito Romano - Porto Alegre: Síntese, 1999. Acesso em 19/09/2008

<sup>57</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família.28.ed.rev. e atual.por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.6. v. p.: 353

<sup>58</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito da Família. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p.367-368.

Merece destaque, ainda, uma característica marcante no Código Civil de 1916 que era a hierarquia patriarcal, notória no art. 380, pelo qual:

“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.”<sup>59</sup>

Este artigo evidencia a diferença de tratamento que a lei e sociedade davam a mulher, alocada em uma posição inferior ao homem. Amenizando o dispositivo, Clóvis Benviláqua observava que:

Ambos os cônjuges têm sobre o filho autoridade, a ambos deve o filho respeito. Mas, sendo o pae [sic] o chefe da família, compete-lhe, durante o casamento, o exercício dos direitos, que constituem o pátrio poder, sem contudo, deixar de ouvir a mulher, em tudo que disser respeito ao interesse do filho.<sup>60</sup>

A mulher somente tinha a prevalência do pátrio poder em casos específicos, como o pronunciado no art. 383 “O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor”. Assim, no entendimento de Marcos Alves Silva “à mulher foi relegado o ‘pátrio poder’ sobre os ‘filhos de segunda categoria’. Para estes a quem a família legítima não podia dar guarida, o ‘pátrio poder’ era atribuído à mulher”<sup>61</sup>.

Tudo mudou com a Constituição Cidadã, que traçou novos destinos para a família brasileira, estabelecendo princípios que mudaram o norte do Direito de Família. De acordo com Maria Silvana Carbonera:

O mais significativo efeito da metamorfose jurídica no que tange à família foi sentido com prioritária tutela da proteção à dignidade da

---

<sup>59</sup> Lei 3071 de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil de 1916. art.380.

<sup>60</sup> BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil interpretado. Vol. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. p.361. O texto foi reproduzido com a grafia original da época.

<sup>61</sup> SILVA, Marcos Alves. Do pátrio poder à autoridade parental. Repensando Fundamentos jurídicos da Relação entre Pais e filhos. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p.51.

pessoa, base comum de onde derivam todos os demais princípios que informam um ou outro ponto do direito de família<sup>62</sup>.

As mudanças introduzidas, sobretudo pelo art. 226 da CRFB, puseram fim à hierarquização entre os membros da família igualando, desta forma, direitos e deveres entre homem e mulher<sup>63</sup> e estabelecendo deveres jurídicos aos pais correspectivos a direitos do filho.

Acompanhado a evolução das relações familiares, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990) o instituto tornou-se sinônimo de proteção, caracterizando-se mais por um conjunto de deveres e obrigações dos pais para com os filhos que direitos em relação a eles.

No Código Civil de 2002, o instituto milenar do pátrio poder ganha nova designação, sendo substituído pelo Poder Familiar, na intenção de abarcar a idéia da função exercida conjuntamente pelos pais, consolidando a extinção definitiva do modelo de família patriarcal do direito romano, ou da chefia da sociedade conjugal pelo marido, com a mulher no papel de mera colaboradora, conforme dispunha o código anterior.

Kátia Maciel assim define o atual Poder Familiar:

(...)complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor, não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste último. Sendo um direito-função, os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir mão dele e não podem transferir a título gratuito ou oneroso.<sup>64</sup>

Embora a mudança de nomenclatura tenha buscado atender a igualdade entre homem e mulher, muitos discordam na nova expressão. Maria Berenice assevera:

---

<sup>62</sup> CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de filhos na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p.38.

<sup>63</sup> BRASIL. Constituição (1988). Art. 226, §5º “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25/09/2008.

<sup>64</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.2006. p.76.

Mantém a ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir seu real conteúdo, que antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere. O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um *múnus*, e talvez fosse melhor falar em função familiar, em dever familiar.<sup>65</sup>

Neste sentido, grande parte da doutrina considera outras expressões como mais adequadas a nova essência do instituto: autoridade parental, poder de proteção, função parental, responsabilidade parental, dentre outras.

### 3.4 Posse de estado de filho

De acordo com Maria Berenice Dias<sup>66</sup>, “quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, detém o que se chama de posse de estado”. Trata-se, assim, de teoria da aparência, muitas vezes tutelada pelo Direito, segundo a qual os aspectos exteriores das relações evidenciam situação de fato em que todos acreditam, embora não seja verdadeira.

Nas relações de família, é comum que haja uma aparente relação paterno-filial, pois, nas palavras de Luiz Edson Fachin<sup>67</sup>, o vínculo da paternidade “tem a natureza de se deixar construir”. E o sistema jurídico não pode deixar de tutelar a aparência.

Segundo Paulo Luiz Netto Lobo, é assim possível definir a posse de estado de filho:

A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência

---

<sup>65</sup>DIAS, Maria Berenice Dias.Op. cit. p.380.

<sup>66</sup> DIAS, Maria Berenice Dias.Op. cit. p.340.

<sup>67</sup> FACHIN, Luiz Edson. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. *In*: ALVIM, Teresa Aruda. (coord.) Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais,1995. p.172

familiar e da afetividade (...). Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o Direito considera satisfatória.<sup>68</sup>

A doutrina majoritária defende a existência de três aspectos caracterizadores da posse de estado de filho: nome (*nominatio* ou *nomem*), trato (*tractatus*) e fama (*fama* ou *reputatio*). Fachin, todavia, assevera não ser este rol de elementos taxativo, quando diz:

Não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam. [...] a tradicional trilogia que a constitui (nomen, tractatus e fama), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos.<sup>69</sup>

O fato é que de qualquer forma, embora se trate de um rol meramente exemplificativo, estes elementos apontam as circunstâncias que, via de regra, sugerem a presença da posse de estado de filho, revelando-se pela convivência entre pai e filho.

O **nome** relaciona-se com o uso do nome da família; seu não uso não descaracteriza a posse do estado de filho, desde que se configurem os outros elementos<sup>70</sup>. O **trato** é o tratamento, criação e educação do filho como tal além da apresentação como filho pelo pai e pela mãe<sup>71</sup> sendo necessária a prática reiterada de atos que demonstrem paternidade, como proteção, sustento, vestuário, educação, carinho, amor, enfim, afetividade. Por fim, a **fama** é o conhecimento pela opinião pública como membro da família de seus pais<sup>72</sup>, levando a que terceiros acreditem na existência de relação paterno-filial entre o “hipotético pai” e o “hipotético filho”, sendo indispensável a convicção de que esta relação existe.

---

<sup>68</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo06.pdf>>. Acesso em 22/09/2008.

<sup>69</sup> FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992. p.:162

<sup>70</sup> DELINSKI, J. C. O novo direito da filiação. São Paulo: Dialética, 1997, p.: 44.

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice Dias. Op.cit. p.341.

<sup>72</sup> Loc.cit.

Quanto a um suposto prazo para a caracterização da posse de estado de filho, há diferentes posições na doutrina. Para Pedro Belmiro Werter não é necessária a fixação de um prazo para a configuração da posse de estado de filho, devendo a situação ser averiguada casuisticamente. De acordo como escritor:

(...) não pode ser estabelecido qualquer lapso prazal para a configuração da paternidade e da maternidade, porque, com isso, se estará, na verdade, ocultando, e não (re)velando, a verdadeira filiação, que somente pode ser vislumbrada na singularidade do caso, no momento em que a questão é posta em juízo, debruçando-se nos fatos postos no agora, na hora, no instante em que são debatidos.<sup>73</sup>

Em sentido oposto, José Bernardo Ramos Boeira ressalva a importância da duração aduzindo "que o fator 'tempo' condiciona, ao mesmo tempo, a existência e a força da posse de estado." Prossegue afirmando: "mais que todos os outros elementos, a duração é característica da posse de estado, ou seja, a condição de existência da posse de estado"<sup>74</sup>.

No que tangem às circunstâncias fáticas necessárias à caracterização da posse de estado de filho, Adauto de Almeida Tomaszewski e Manuela Nishida Leitão expõem que alguns critérios devem ser sopesados:

(...)o amor e a preocupação dispensados ao filho; um ambiente tranqüilo e saudável que propicie à criança uma boa formação moral e a sua integridade física; a habitualidade no oferecimento de alimentação, vestuário, assistência médica e odontológica, educação e abrigo; relacionamento baseado no respeito; a idade da criança; o bem estar do menor; as condições materiais e pessoais dos pais; e qualquer outro fato que demonstre qual é o melhor interesse da criança.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 288.

<sup>74</sup> BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade sócio-afetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.: 65

<sup>75</sup> TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; LEITÃO, Manuela Nishida. *Filiação sócio-afetiva: a posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito à origem genética*. *Revista Jurídica da UniFil*, Ano III - nº 3. Disponível em [http://www.unifil.br/revista\\_juridica3/sumario.asp](http://www.unifil.br/revista_juridica3/sumario.asp). Acesso em: 22/09/2008.

A legislação civil brasileira não contempla expressamente a posse de estado de filho como critério identificador da paternidade, embora a doutrina e a jurisprudência tentem inserir este instituto no ordenamento jurídico. Mas o Código Civil permite a visualização do instituto, em alguns dispositivos, dentre eles o art. 1605, II, pelo qual “Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”. Este artigo manteve redação similar a do art. 349, II, do Código Civil anterior, só que com enunciado mais amplo, tornado possível a abrangência de todas as hipóteses que apresentem a posse de estado de filho, ante a falta ou defeito da certidão de nascimento.

O atual Código Civil não reproduziu o artigo 363 do Código Civil de 1916<sup>76</sup> que enumerava de forma taxativa os casos que permitiam a investigação de paternidade. Assim, é possível concluir que a ação de investigação de paternidade é livre sendo viável sustentar que a posse de estado de filho pode dar ensejo a um reconhecimento judicial forçado. Além disso, o art. 227 da Constituição Federal<sup>77</sup> e o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>78</sup> não permitem qualquer restrição quanto ao reconhecimento da paternidade.

Embora a importância do instituto em análise para a caracterização da paternidade sócio-afetiva (que é uma realidade), parte da doutrina refuta em aceitá-la sem a devida expressa previsão legal, sob pena de infringir o princípio da Separação de Poderes na medida em que o juiz, ao usar a posse de estado de filho como critério identificador de paternidade estaria atuando como legislador, o que não poderia ser admitido.

### 3.5 Mudança de Paradigmas

---

<sup>76</sup> Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai; II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

<sup>77</sup> “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

<sup>78</sup> “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”

As transformações pelas quais a sociedade passou refletiram-se na Constituição que deu à família (a todos os modelos de família) o status de base da sociedade com especial proteção do Estado.

Paulo Luiz Netto Lobo enumera alguns reflexos da nova visão que a família tem na sociedade contemporânea:

(...)a) família não é só aquela constituída pelo casamento, tendo direito todas as demais entidades familiares socialmente constituídas; b) a família não é célula do Estado (domínio da política), mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua; a família é concebida como espaço de realização da dignidade das pessoas humanas.<sup>79</sup>

No que se refere à filiação, embora os progressos da medicina permitam chegar à paternidade absoluta de uma pessoa, a tendência do Direito Contemporâneo é a idéia de juridicização da afetividade e desbiologização da paternidade que mais atendem ao espírito constitucional.

As mudanças dos valores sociais fizeram com que o interesse do Direito transmutasse de sorte que o que importa é o vínculo de afeto desenvolvido na convivência entre pais e filhos; a consangüinidade tem papel secundário na configuração da paternidade. A filiação não é mais um fato jurídico, é uma opção. Moacir César Pena Jr. assevera:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como um grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. A repersonalização das relações de Família. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201&p=2>>. Acesso em: 04/04/2008.

<sup>80</sup> JR, Moacir César Pena. Direito das pessoas e das famílias. São Paulo: Saraiva. 2008, p.: 275.

Foi um processo que seguiu diversas etapas até o estágio atual. Conforme Roberto Paulino de Albuquerque Júnior pode ser traçada a seguinte linha de evolução:

Deve ser fixada a linha evolutiva: quando da consolidação do sistema de filiação típico do direito civil tradicional, vivia-se quase que sob a exclusividade do paradigma do biologismo, ressalvado apenas o papel da adoção, tornado secundário pelo fato de ter o filho adotivo, antes das reformas no direito de família, um *status* prejudicado e menos direitos que o filho consangüíneo dito legítimo; em seguida, já como uma manifestação do direito civil contemporâneo, estabelece-se um novo paradigma, o da socioafetividade, convivendo lado a lado com o parentesco biológico; e, por fim, no estágio atual, chega-se à prevalência do paradigma socioafetivo, como meio de privilegiar as diretrizes constitucionais principiológicas que regem o direito de família, notadamente a afetividade o melhor interesse da criança, a liberdade e igualdade.<sup>81</sup>

E não mais existe a discriminação dos filhos quanto a sua origem dentro ou fora do casamento. A lei protege a todos em igualdade de condições, desaparecendo, assim, do nosso ordenamento jurídico qualquer resquício da outrora denominada filiação ilegítima.

A regulamentação do Poder familiar também sofreu alterações atendendo aos clamores da coletividade passando a ser mais um dever e menos um dever. Paulo Luiz Netto Lobo diz que o poder familiar “converteu-se em um múnus”, e completa:

(...)converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. A filiação sócio-afetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10456>>. Acesso em: 22/09/2008.

<sup>82</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 02/10/2008.

Assim, o poder familiar passou a ser tratado como ônus que a sociedade organizada atribui a eles atribui aos pais, decorrente da circunstância da parentalidade, e deve ser exercido sempre no interesse dos filhos.

Isto é mais uma conseqüência da aplicação do afeto com norte do Direito de Família contemporâneo, sendo por este motivo o objeto dos capítulos desenvolvidos adiante.

#### 4 AFETO E ENTIDADES FAMILIARES

A família brasileira foi palco de grandes transformações nos últimos tempos as quais provocaram o que a doutrina chama de repersonalização das relações familiares<sup>83</sup>, fenômeno pelo qual ocorreu uma mudança de foco, do patrimônio a pessoa, que se tornou centro das atenções em um processo também chamado de “virada de Copérnico”<sup>84</sup>. Paulo Luiz Netto Lobo assim define o fenômeno:

A tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o fenômeno que apropriadamente denomina-se repersonalização. É na pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana.<sup>85</sup>

Neste diapasão, a família, que durante muitos anos foi apenas centro econômico, religioso e de reprodução, passou a ser lugar do companheirismo e da afetividade<sup>86</sup>. Maria Berenice pondera:

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo, a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.<sup>87</sup>

O novo fundamento da família é o afeto, os laços de amor que tornam a família o ambiente adequado a realização pessoal de cada membro, sendo, de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira,

---

<sup>83</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na filiação. Revista do Direito Privado n°3 jul./set.2000. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.p.: 38

<sup>84</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto.Op.cit..p.38.

<sup>85</sup> Loc.cit.

<sup>86</sup> JR, Moacir César Pena. Op. cit. p.11.

<sup>87</sup> DIAS, Maria Berenice. Novos tempos, novos termos. Boletim IBDFAM n° 24, Belo Horizonte: 2004. p. 5.

o *locus* onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais.<sup>88</sup>

O afeto familiar é especial, assim definido por Sérgio Resende Barros:

(...) um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam.<sup>89</sup>

Embora o afeto seja o novo norteador do direito das famílias, a palavra não aparece expressamente no texto constitucional. Todavia isto não significa dizer que o princípio da afetividade não tem fundamento constitucional. Saliente-se de pronto que a aplicação do afeto como direito fundamental decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encerra do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Ademais, a doutrina, capitaneada por Paulo Lôbo<sup>90</sup>, aponta quatro outros pontos de inserção do princípio da afetividade no plano constitucional. Primeiramente o artigo 227 caput que encerra o direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; em seguida, o artigo 227, § 4º pelo qual a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos, possuem a mesma dignidade de família, merecedora de proteção constitucional; logo após o artigo 227, § 5º e § 6º que aponta a adoção como escolha afetiva, protegendo-a com igualdade de direitos; e por fim, o artigo 227, § 6º que sedimenta a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem.

O Código Civil de 2002 também não utiliza em seu texto a palavra afeto, o que não impede a identificação do princípio da afetividade na interpretação de alguns de seus dispositivos. O autor Belmiro Welter<sup>91</sup> identifica em algumas passagens a

<sup>88</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Gerais e norteadores para a organização jurídica da família. Disponível em: < [http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf)>. Acesso em: 07/10/2008.

<sup>89</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família. jul./set. 2002. v. 4, n. 14. Porto Alegre: Síntese. 2002. p.: 9

<sup>90</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. Álvaro Villaça Azevedo.(coord.) São Paulo: Atlas, 2003.v.XVI. p.: 57

<sup>91</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Estatuto da união estável. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p.: 49

valoração do afeto no Código: o artigo 1511, que estabelece a comunhão plena de vida no casamento; artigo 1593, que admite outra origem para a filiação, além do parentesco natural e civil; o artigo 1596, que consagra o princípio da igualdade na filiação; o artigo 1604, que estabelece a irrevogabilidade na perfilhação e no tratamento do casamento e sua dissolução, ponto em que o Código Civil traz antes as questões pessoais e depois os aspectos patrimoniais.

Assim, a comunhão de afeto busca explicar as relações familiares contemporâneas, ganhando o afeto valor jurídico. Adoção, paternidade sócio-afetiva, entidades familiares (todas elas), devem ser fundadas no princípio da afetividade para que possam desenvolver-se.

## **4.1 Paternidade Sócio-afetiva**

### **4.1.1 Conceito**

Uma das conseqüências mais relevantes do Princípio da Afetividade é a juridicização da paternidade sócio-afetiva, que abrange os filhos de criação. Isso porque, o que garante o cumprimento das funções parentais, não é qualquer verdade biológica, mas sim, o cuidado e o desvelo dedicados aos filhos.

Nas palavras de Ionete de Magalhães, “*a paternidade, sob o aspecto sociológico, direciona-se para a efetiva convivência de afeto, respeito e demais direitos/deveres na ordem familiar*”.<sup>92</sup> Trata-se de uma relação paterno-filial em o que importa não é a origem genética ou a presunção jurídica, mas o elo de amor, carinho e responsabilidade, pelo qual a paternidade torna-se uma escolha. Ao proteger a paternidade sócio-afetiva, o Direito preserva a verdade real, aparente, alocando em papel secundário a verdade biológica.

---

<sup>92</sup> SOUZA. Ionete de Magalhães. Paternidade Sócio-afetiva. Revista IOB de Direito de Família. n° 46. fev./mar. 2008. São Paulo: IOB Thomson. 2008. p.: 90

Em recente trabalho publicado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Rafaela Ferreira Rocha e Gleick Meira Oliveira assim definem a paternidade sócio-afetiva:

A relação paterno filial sócio-afetiva é aquela que se revela no transcurso da convivência; é uma conquista que ganha grandeza e se consubstancia nos detalhes. É fruto de um querer, onde o desejo de ser pai se constrói na via do querer ser filho. Assim, a verdade sócio-afetiva nem sempre é verdade desde logo, nem sempre se apresenta desde a concepção ou do nascimento, ela se constrói e refina-se no seio da vivência familiar.<sup>93</sup>

Com os avanços tecnológicos de reprodução assistida e técnicas de fecundação artificial, a expressão genitor, traduzida como aquele que concebe geneticamente a vida humana (por meios naturais, fecundação artificial homóloga, inseminação heteróloga e fertilização *in vitro*<sup>94</sup>) não pode mais ser tratada como sinônimo de pai.

O estado de filho sociológico transparece quando um pai cria e educa uma pessoa como filho, mesmo que não biológico. Destarte, os verdadeiros pais são aqueles que se dedicam com amor a uma criança, pois, nas palavras de Everton Leandro da Costa, “(...) o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo, sendo então aqueles em quem a criança busca carinho, atenção e conforto, sendo o pai para os sentidos dela o seu ‘apoio maior’.”<sup>95</sup> Conclui no mesmo sentido Ionete Magalhães: “Assim, o significado de ser “pai” é indicado por meio de estudos social e psicológicos como aquele homem que cria, educa, ensina e direciona, convive e oferece respaldo afetivo, além do material.”<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> ROCHA, Rafaela Ferreira e OLIVEIRA, Gleick Meira. Paternidade Sócio-afetiva: O Afeto faz apelo à Paternidade. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=451>>. Acesso em 07/10/2008

<sup>94</sup> Ionete de Magalhães define em breves palavras, a fecundação artificial homóloga como a proveniente de sêmen do marido ou companheiro; inseminação artificial heteróloga como a decorrente de sêmen de um estranho e fertilização *in vitro* como aquela que ocorre com a fecundação de embrião excedentário (por fecundação artificial homóloga), fora do corpo, não sendo imediatamente introduzido na mulher e sujeito à técnicas especiais. Adaptado de SOUZA. Ionete de Magalhães. Op.cit. p. 90/91

<sup>95</sup> COSTA, Everton Leandro da. Paternidade Sócio-afetiva. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=274>>. Acesso em: 07/10/2008.

<sup>96</sup> SOUZA. Ionete Magalhães. Op. cit. p.91

#### 4.1.2 História

No sistema clássico de concepção de família, hierarquizado, fundado no casamento como única forma de entidade familiar que merecia proteção do Estado, prevalecia quanto o estabelecimento da filiação a verdade jurídica.

Neste contexto a filiação era definida por presunções legais de paternidade, seja pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém, seja pelos preconceitos decorrentes da família patriarcal e matrimonializada. Paulo Lôbo relaciona as presunções que influenciaram legislações, como o Código Civil de 1916:

a) a presunção *pater is est nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não negar em curto prazo preclusivo; b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação da maternidade contra a mulher casada; c) a presunção da paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção; d) a presunção da paternidade, para os filhos concebidos 180 dias antes do casamento e 300 dias após a dissolução da sociedade conjuga, entre outros.<sup>97</sup>

Destaque-se, ainda, a presunção *pater is est* pela qual “a maternidade é sempre certa e o marido da mãe é, normalmente, o pai dos filhos que nasceram da coabitação deles.”<sup>98</sup> Tal presunção era imprescindível no modelo patriarcal que exigia certeza e segurança para a sucessão dos bens e não admitia outras entidades familiares fora do casamento.

Mas a revolução científica fez vir à tona uma nova verdade no que diz respeito à identificação da paternidade: a verdade genética. As técnicas de engenharia genética fizeram prevalecer a paternidade biológica, relacionada com a consangüinidade e provada com um elevadíssimo grau de certeza através do exame desoxirribonucléico (DNA). Nasceu assim, uma nova presunção, aquela que confere

---

<sup>97</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio Jurídico da Afetividade na filiação. Revista do Direito Privado n°3 jul./set.2000. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.p.: 35

<sup>98</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op.cit. p.35

certeza de filiação ao resultado de exame de DNA e considera confissão ficta a recusa em a ele submeter-se.

Mas os estudiosos do direito, percebendo o equívoco em se estabelecer tal relação, teceram severas críticas. Paulo Lôbo pondera:

“fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais (...) As manipulações genéticas trouxeram perplexidades: o doador anônimo de sêmen é pai?; a mãe hospedeira é mãe?; quando há concepção ou início de existência do nascituro, se a inseminação foi realizada *in vitro*?; se a inseminação artificial for totalmente heteróloga?<sup>99</sup>

A Constituição de 1988, ao introduzir no ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana deu à doutrina e à jurisprudência respaldo para defender a existência de uma paternidade mais condizente com a realidade: a paternidade sócio-afetiva.

Sem desprezar as demais formas de paternidade, a sócio-afetividade visa a privilegiar o vínculo de amor e respeito que se estabelece entre pais e filhos, independente de sua origem genética, sendo considerado pai a pessoa que oferece apoio psicológico e material àquele que trata como filho.

Os laços de afeto não dependem de imposição legal ou biológica. Conforme este entendimento, conclui Maria Berenice:

Assim, a paternidade não pode ser buscada nem na verdade jurídica nem na realidade biológica. O critério que se impõe é a filiação social, que tem como elemento estruturante o elo da afetividade: filho não é o que nasce da caverna do ventre, mas tem origem e se legitima no pulsar do coração.<sup>100</sup>

#### 4.1.3 Características e requisitos

---

<sup>99</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. p. 36

<sup>100</sup> DIAS, Maria Berenice. Entre o ventre e o coração. Disponível em:

<<http://www.mariaberencedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt.>> Acesso em: 04/04/2008.

A doutrina que advoga pela necessidade de reconhecimento da paternidade sócio-afetiva como forma de atender à realidade social, sustenta que os critérios identificadores da mesma se confundem com elementos da posse de estado de filho, tema já abordado.

Assim, são características da paternidade sócio-afetiva a *tractio*, que consiste no fato de filho ser tratado pelo pai como tal, zelando pela sua criação, educação e proteção; a *nominatio* que resulta do registro do nome (ou sobrenome) do perfilhador na certidão civil do filho; e a *reputatio*, que é a fama do perfilhado diante da sociedade como filho do perfilhador, a exteriorização pública do conhecimento do indivíduo como filho de determinada pessoa.<sup>101</sup>

Relacionando a posse de estado de filho com a paternidade sócio-afetiva, Maria Berenice Dias diz:

A posse do estado de filho, ou melhor, o estado de filho afetivo, como prefere Belmiro Pedro Welter, revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.<sup>102</sup>

Na defesa da paternidade sócio-afetiva o jurista Belmiro Welter prefere a adoção da denominação “estado de filho afetivo” ao uso do termo posse de estado de filho, por não ser adepto da teoria de equiparação do estado de filho afetivo a posse dos direitos reais.

Julie Cristine Delinski afirma que “a posse é a manifestação exterior, visível da fruição de determinadas qualidades e atributos da pessoa; serve para atribuir um estado cuja comprovação não é possível por outro modo”<sup>103</sup>, explicando ainda que o filho também pode ser provado pela teoria da aparência. Assim, grande parte da doutrina, no mesmo sentido da autora, entende que a posse do estado de filho é uma das manifestações da aparência no meio jurídico.

Em sentido contrário ao da maioria da doutrina, Belmiro Welter entende que “não existe qualquer analogia entre o domínio, posse e estado de filho, na medida

---

<sup>101</sup> SOUZA, Ionete Magalhães. Op.cit. p.90.

<sup>102</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2 ed.Porto Alegre: Ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 342.

<sup>103</sup> DELISNKI, Julie Cristine. O novo direito da filiação. São Paulo: Dialética,1997.

em que o afeto está para o Direito de Família assim como a posse e o domínio estão para o Direito das Coisas”<sup>104</sup>. O autor pretende afastar com esta nomenclatura a antiga coisificação do filho e sustenta a idéia de que:

(...) não se aplica a teoria da aparência na ação de investigação de paternidade e maternidade sociológica. Nesse caso, em tese, deve ser aplicada a teoria da evidência, para que a decisão judicial declare a verdadeira, e não a fictícia, filiação sócio-afetiva, isso porque a maior Carta Política e Jurídica do País de 1988 afastou do ordenamento jurídico a presunção, a aparência, a ficção, a paternidade e maternidade meramente judicial, acolhendo tão-somente duas verdades: biológica e sociológica (art. 226, §§ 4º e 7º, e art. 227, § 6º, da CF).<sup>105</sup>

Quanto aos requisitos para identificação da paternidade sócio-afetiva, Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>106</sup> aponta no mínimo dois. O primeiro é a inexistência de vício de consentimento, não podendo existir erro ou dolo pois, nas palavras da autora, “o homem que registra o filho como seu deve ter consciência de que se trata de filho alheio”. Assim, não pode, por exemplo, considerar-se paternidade sócio-afetiva se o registro de filho alheio for feito pelo marido por erro ou dolo da esposa. Outro requisito da paternidade sócio-afetiva é que o pai trate o filho como seu, de modo a assim ser havido em sociedade. É a *reputatio* do estado de filho afetivo.

#### 4.1.4 Espécies de paternidade sócio-afetiva

A doutrina aponta diversas formas de estabelecimento da paternidade sócio-afetiva. De acordo com Belmiro Pedro Welter é possível relacionar quatro modalidades:

a) Paternidade sócio-afetiva na adoção: prevista no art. 227, § 5º e 6º da CRFB, art. 1618 e seguintes do Código Civil de 2002 e art. 39 e seguintes da Lei 8069/1990

<sup>104</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e sócio-afetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p.: 155

<sup>105</sup> Loc.cit.

<sup>106</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares. Paternidade Sócio-Afetiva. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina\\_socioafetiva.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_socioafetiva.doc)>. Acesso em: 04/04/2008.

(Estatuto da Criança e Adolescente - ECA), a adoção, nas palavras de Maria Berenice, “constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade. Trata-se de modalidade de filiação constituída no amor (...)”<sup>107</sup>. Tal ato jurídico para ter eficácia, carece da chancela judicial. Após sentença e registro, o adotado assume a condição de filho, que é irrevogável (art. 48 do ECA). Com case no princípio da proteção integral às crianças e adolescente, os filhos havidos por adoção têm os mesmo direitos e qualificações que os filhos biológicos, sendo vedada qualquer discriminação (art. 227, §6º da CRFB). Moacyr César Pena Jr. sintetiza ser a adoção “uma modalidade de filiação, baseada no afeto e na dignidade, através da qual encontra-se uma família para a criança, levando em consideração sempre o seu melhor interesse”<sup>108</sup>

b) Paternidade sócio-afetiva do filho de criação: ocorre quando, mesmo ausente qualquer elo registral ou biológico, os pais abrigam, criam, sustentam e educam criança ou adolescente, destinando-lhes carinho e amor, por mera opção e sem buscar o caminho da adoção. Durante muito tempo a doutrina divergiu quanto ao reconhecimento de direitos aos filhos de criação. Modernamente, a melhor doutrina é a que inclui estes filhos na modalidade de filiação sócio-afetiva. Assim, com propriedade, Belmiro Welter discorre sobre os filhos de criação:

A filiação afetiva também se corporifica naqueles casos em que, mesmo não havendo vínculo biológico, alguém educa uma criança ou adolescente por mera opção, denominado filho de criação, abrigando em um lar, tendo por fundamento o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto. É dizer, quando uma pessoa, constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu.<sup>109</sup>

Maria Berenice, além de defender que os filhos de criação como filhos sócio-afetivos, com todos os direitos de filho, critica a nomenclatura, informando ser a mesma inadmissível pois,

---

<sup>107</sup> DIAS, Maria Berenice. Op.cit. p. 426.

<sup>108</sup> JR, Moacyr César Pena. Op. cit. p. 298.

<sup>109</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit. p.4 e 5.

A partir do momento em que passou a vigorar o princípio da proteção integral, a filiação não merece designações discriminatórias. A palavra filho não admite qualquer discriminação. Assim, aquele que sempre foi chamado de “filho de criação”, ou seja, aquela criança-normalmente carente-que passa a conviver no seio da família, ainda que sabendo da inexistência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação. A pejorativa complementação “de criação” está mais que na hora de ser abolida.<sup>110</sup>

Destarte, não há como negar a existência de fundamentos para o reconhecimento dos “filhos de criação” na esfera jurídica, pois eles, como qualquer outra pessoa devem ter sua dignidade assegurada e seus interesses respeitados, para que sua relação fática seja admitida e seus direitos e obrigações sejam assegurados.

c) Paternidade sócio-afetiva no reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade: é a hipótese da pessoa que comparece ao Cartório de Registro Civil, de forma livre e espontânea, solicita o registro de uma criança como filho seu, sem necessidade de qualquer comprovação genética para ter a sua declaração admitida.<sup>111</sup> Este fato é de comum ocorrência, o sujeito, por exemplo, sabe que não é pai biológico da criança mas, constituído união estável com a mãe dela, decide registrá-la, sem qualquer vício de vontade nesta atitude. Diz Belmiro Welter a respeito do tema:

No reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou da maternidade é estabelecido o estado de filho afetivo (posse de estado de filho) não importando se biológico ou não, o que atribui direitos que provocam efeitos, sobretudo morais (estado de filiação, direito ao nome, relações de parentesco) e patrimoniais (direito à prestação alimentar, direito à sucessão, etc.)<sup>112</sup>

Há discussão na jurisprudência se este reconhecimento seria revogável ou não de sorte que, o melhor entendimento é o de que, havendo o registro voluntário, sem vícios e produzida a filiação sócio-afetiva, os efeitos são os mesmos da adoção, dentre os quais, a irrevogabilidade. Este entendimento é o que se coaduna com o princípio da proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente, de assento constitucional.

<sup>110</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 439.

<sup>111</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit. p.149.

<sup>112</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit. p. 150.

d) Paternidade sócio-afetiva na “adoção à brasileira”: é uma prática comum no Brasil (daí a denominação) que consiste no registro de uma criança em nome dos pais afetivos como se deles ela tivesse nascido<sup>113</sup>, omitindo-se o fato desta não ser seu filho biológico. A conduta tem tipificação no art. 242 do Código Penal Brasileiro<sup>114</sup>, contudo, as condenações são raras tendo em vista a motivação afetiva que envolve a sua prática.

Importante é ressaltar que, agindo livre e espontaneamente, a atitude destes pais gera efeitos na sua própria esfera jurídica e na da criança e, sendo edificado estado de filho afetivo, torna-se irrevogável o estabelecimento da filiação. Assim conclui Moacyr César:

Deve-se considerar que não é possível a anulação do registro de nascimento após a constituição da relação sócio-afetiva, tornando-se irreversível. Uma pessoa só pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento se provar erro ou falsidade do registro (art. 1604 do CC/2002), o que não é o caso da “adoção à brasileira”, já que esta ocorre de maneira espontânea, em que aquele que registrou é sabedor que o filho reconhecido não é seu descendente biológico.<sup>115</sup>

Há outra modalidade de paternidade sócio-afetiva não mencionada por Belmiro Welter. É aquela decorrente de inseminação artificial heteróloga. A inseminação artificial permite a fecundação de uma mulher fora da relação sexual. Funciona da seguinte maneira: o esperma é recolhido e, mantido ou não por tempo mais ou menos longo, o qual sendo introduzido no órgão sexual da mulher, fecunda-a. É chamada heteróloga quando o sêmen é proveniente de terceiro que não o marido ou companheiro.

Havendo autorização do marido ou companheiro no procedimento é possível afirmar que a paternidade sócio-afetiva estabelece-se no momento em que o pai concorda expressamente com a fertilização, concordando, por consequência, em

---

<sup>113</sup> JR, Moacyr César Pena. Op.cit. p. 310.

<sup>114</sup> BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2848 de 1940. Art. 242. “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 10/10/2008.

<sup>115</sup> JR, Moacyr César Pena. Op. cit. p. 310.

registrar, cuidar, amparar e amar o filho gerado nesta forma de concepção, sabendo desde o início que não é filho biológico seu.

#### 4.1.5 Conseqüências Jurídicas

Reconhecida como forma determinante de paternidade, cumpre destacar que a socioafetividade vem sendo considerada para fins de estabelecer direitos e deveres nesta relação paterno-filial, dever de prestar alimentos, direito de guarda de menor a quem não é genitor biológico, direitos sucessórios, dentre outros.

Uma das conseqüências jurídicas do reconhecimento da paternidade sócio-afetiva é a atribuição ao pai social de poder familiar, delineado no artigo 1634 do Código Civil. Na paternidade advinda do afeto, não há que se falar em destituição desse poder, os direitos e deveres dele decorrentes são exercidos com a responsabilidade exigida pela lei. Ademais, o exercício deste poder independe de relação conjugal entre pai e mãe.

Como decorrência do exercício do poder familiar, há o direito dos pais quanto à companhia e guarda dos filhos menores, conforme se depreende do art. 1634, inciso II. Além de um direito, a guarda dos filhos é um dever porque a quem incumbe criar, incumbe igualmente guardar.

Contudo, na situação da paternidade sócio-afetiva, surge a indagação: após o rompimento - conjugal ou não - da relação do pai não-biológico com seu parceiro, aquele faria jus ao direito de visitação aos filhos deste, mesmo que não possuísse qualquer vinculação formal de paternidade?

Considerando-se ser o pai sócio-afetivo detentor de poder familiar, o mesmo terá direito de guarda sobre os filhos menores e, com o término da relação entre os pais, surge o direito de visitação, regulado por acordo extrajudicial ou por sentença. Este entendimento é o que melhor atende ao interesse do menor, evitando o

surgimento de transtornos na formação psicológica da criança. Neste sentido, defende Luana Babuska Chrapak da Silva<sup>116</sup>:

A existência de um vínculo afetivo desenvolvido entre a criança e o interessado; o assentimento da criança, quando ultrapassada a tenra idade; a inexistência de vínculo biológico entre o interessado e o menor; e a demonstração de que o rompimento do contato implicaria em transtornos ao menor, são elementos que sustentam a possibilidade do direito de visitação no caso aqui mencionado, pois permitem a conclusão pelo real interesse da criança.

Entretanto, não existe comando legal que autorize o direito de guarda na paternidade sócio-afetiva. Assim, ante a inexistência de amparo legal, deve-se fazer uma interpreta o sistemática partindo do pressuposto de que se deve perseguir um interesse maior, qual seja, o bem-estar da criança e do adolescente. "Como não há legisla o a respeito da paternidade sócio-afetiva, utiliza-se, além dos princípios constitucionais fundamentais, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (art. 4 , LICC)"<sup>117</sup>

Direito que também traz controvérsia no campo da paternidade sócio-afetiva   o previsto no art.1634, inciso IV do Código Civil. O referido dispositivo legal determina que   direito dos pais reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha. O problema surge na hipótese de pais que, não desejando, por diversos motivos, manter os filhos em sua companhia, entregam espontaneamente sua guarda e cuidados a terceiro buscando, posteriormente, quando já construída a rela o de socioafetividade, a interven o do Judiciário para impor a prevalência da paternidade do vínculo biológico sobre o afetivo.

Neste caso, o melhor entendimento   o que não considera haver ilegalidade na guarda do menor, posto que, o estabelecido o estado de filho afetivo, este deve prevalecer sobre a verdade biológica, atendendo, mais uma vez, o melhor interesse da criança. Neste sentido caminha a jurisprudência:

---

<sup>116</sup> SILVA, Luana Babuska Chrapak da. A paternidade sócio-afetiva e a obriga o alimentar.

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321&p=4>>. Acesso em: 11/10/2008.

<sup>117</sup> GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. O Direito de Visita o do Pai Não-Biológico. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, ano. 1 abr./jun. 2000. p.102.

EMENTA: APELACAO. ADOCAO. Estando a criança no convívio do casal adotante ha aproximadamente 4 anos, já tendo com eles desenvolvido vínculos afetivos e sociais, e inconcebível retira-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente, quando a mãe biológica, demonstrou interesse em dá-la em adoção, depois arrependendo-se. Evidenciado que o vínculo afetivo da menor, a esta altura da vida, encontra-se bem definido na pessoa dos apelados, deve-se prestigiar, como reiteradamente temos decidido neste colegiado, a paternidade sócio-afetiva sobre a paternidade biológica, sempre que, no conflito entre ambas, assim apontar o superior interesse na criança. Negaram provimento.<sup>118</sup>

Questões patrimoniais também estão inseridas nos efeitos jurídicos da paternidade sócio-afetiva. A doutrina contemporânea afirma ser possível a demanda do filho do afeto em face do pretense pai a fim de haver questões patrimoniais, mesmo que a filiação não esteja reconhecida juridicamente, sendo necessária, entretanto, a existência de fortes indícios e presunções quanto à respectiva paternidade.

No que diz respeito à obrigação alimentar, a mesma pode existir na relação paterno-filial sócio-afetiva, com fulcro na interpretação do art. 1684 coadunada com o disposto no art. 1593 do CC/2002. Diz o art. 1684: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” O art. 1593 informa: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

Ora, o legislador não se posicionou explicitamente quanto ao tipo de parentesco a partir do qual poder-se pedir alimentos e, tendo em vista que o artigo 1593 do CC/2002 informa que o parentesco pode advir de “outra origem”, conclui-se que a origem sócio-afetiva do parentesco também é passível de originar obrigação alimentar, aliás, recíproca (art. 1696 do CC/2002).

A questão torna-se relevante na hipótese de negativa do pai não-biológico em prestar alimentos quando instado a fazê-lo em juízo. Comprovada a relação sócio-afetiva, através de todos os pressupostos e características oportunamente

---

<sup>118</sup> TJRS, Apelação Cível nº 70001790039, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Dês. Luiz Felipe Brasil Santos, j.02-05-2001. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 11/10/2008.

mencionados, o fim da relação de afeto entre pai e mãe não pode justificar, por exemplo, que o pai que registra conscientemente filho alheio como seu, exima-se da responsabilidade alimentar.

Nesta hipótese, a paternidade sócio-afetiva deve receber mesmo tratamento da adoção, pois nos dois casos apresenta-se "o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consangüíneo".<sup>119</sup>

Transcreve-se o voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, membro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que trata da hipótese aviltada:

Ao assumir a paternidade da alimentanda, falseando com a verdade registral, assumiu todos os deveres inerentes à paternidade, visto que seu ato constituiu uma adoção simulada, e, face ao princípio da igualdade entre os filhos, consignado na Carta Magna (art. 226, § 6º), diferença alguma existe entre o filho natural e o adotivo. Ademais, é de ver que, modernamente, a paternidade não é vista exclusivamente como um fenômeno biológico, mas, acima de tudo, social, sendo prestigiada, sobretudo pela jurisprudência deste Tribunal, a paternidade sócioafetiva.<sup>120</sup>

Neste diapasão, situação inadmissível é cabimento de alimentos entre o filho afetivo e os parentes biológicos. Estabelecida a paternidade sociológica não há mais qualquer vínculo de parentesco com os pais biológicos e sim apenas entre os parentes sociológicos em uma interpretação analógica do artigo 1626 do CC/2002 pelo qual "A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento."

Partindo deste entendimento, Belmiro Welter é taxativo ao defender:

O filho afetivo, se necessitado de alimentos, deve voltar-se contra seus parentes afetivos, descendentes, ascendentes, colaterais (irmãos), e não contra os parentes biológicos. Se a filiação sócio-

---

<sup>119</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1990, v. 5.p. 211.

<sup>120</sup> TJRS, Apelação Cível nº 70004778619. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Sétima Câmara Cível. j.18-12-2002. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 11/10/2008.

afetiva pretende firmar-se no ordenamento jurídico brasileiro, não pode pretender “favores legais” da paternidade e da maternidade biológica, porque os únicos vínculos que podem ser estabelecidos são: a) conhecer (ser) a origem genética por necessidade psicológica; b) para fins de manutenção dos impedimentos matrimoniais; c) para preservação da saúde do filho dos pais biológicos.<sup>121</sup>

Outro direito patrimonial existente na paternidade sócio-afetiva é o direito à sucessão legítima, sendo o filho do afeto considerado herdeiro necessário, nos termos dos artigos 1829 e 1845 do CC/2002<sup>122</sup>, pois que devem ser equiparados aos filhos adotivos e terão os mesmos direitos que os filhos biológicos, atendendo ao comando constitucional do artigo 227, § 6º da CRFB.

Todavia, há casos em que estabelecida uma relação afetiva durante anos, o próprio filho afetivo procura o Judiciário para obter a desconstituição do registro, relegando a paternidade sociológica a fim de obter vantagens patrimoniais do pai biológico.

Obviamente não há como impedir uma pessoa de conhecer sua origem genética, o que é considerado direito personalíssimo, intransmissível e irrenunciável na forma do art. 11 do CC/2002<sup>123</sup>, relacionado à própria imagem e identidade do ser humano e que se configura como direito fundamental. Belmiro Welter relaciona alguns argumentos que fundamentam direito de investigar a paternidade biológica: “a) necessidade psicológica imperiosa; b) conveniência fundada de saber a história clínica e herança genética (...)”

Entretanto, ainda que permitido, não é razoável usar este direito para embasar desconstituição de paternidade sócio-afetiva. A jurisprudência não reconhece direito ao patrimônio correspondente a relação biológica em detrimento da verdade social, conforme se depreende do acórdão transcrito:

---

<sup>121</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Op. cit. p.192.

<sup>122</sup> BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406 de 2002. Art. 1.829. “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;(...)” Art. 1.845. “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.” Código Civil Brasileiro.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10/10/2008.

<sup>123</sup> BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406 de 2002. Art. 11. “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10/10/2008.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO. Autora que, ao início do feito, já contava com mais de cinqüenta anos de idade, tendo, durante mais de meio século, constado como filha do marido de sua mãe, que a registrou como tal. POSSE DO ESTADO DE FILHO. A filiação, mais do que um fato biológico, é um fato social. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, NO CASO CONCRETO. Conteúdo imoral da demanda, que, convenientemente, como de regra ocorre, busca a troca de um pai pobre por um pai rico. Apelo desprovido, por maioria, vencida a relatora.<sup>124</sup>

Destarte, a identificação do pai biológico não pode ser capaz de gerar seqüelas de ordem patrimonial se reconhecida que a relação mantida com o pai registral configurou-se como uma filiação sócio-afetiva, haja vista que na equiparação com a adoção, a filiação social é também ato irrevogável desligando-se o filho afetivo de qualquer vínculo com os parentes consangüíneos. Logo, para fins de direito sucessório, este existe em relação ao pai afetivo.

## **4.2 Abandono afetivo**

### **4.2.1 Conceito**

Com o fenômeno da repersonalização do Direito de Família, a pessoa humana torna-se o centro das preocupações em substituição ao intocável patrimônio. Moacyr César Pena Jr. comenta:

---

<sup>124</sup>Apelação Cível nº, 70004778619. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/12/2002. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acesso em: 11/10/2008.

Desde o fenômeno da repersonalização (revalorização dos Direitos Humanos), onde a pessoa humana é situada em primeiro lugar, passa-se a ter uma nova visão da família, observando-se uma maior preocupação com a dignidade humana, consagrada em nossa Constituição Federal, no seu art. 1º, III, como fundamento da República, e constituindo-se em um princípio superior, a promover e amparar os indivíduos.<sup>125</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana reflete-se na proteção das crianças e adolescentes na norma insculpida no art. 227 da CRFB que estabelece ser dever da família assegurar-lhe “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 (...)”. Trata-se de um direito oponível ao Estado, à sociedade, a terceiros, mas, principalmente, a cada membro da própria família.

A convivência familiar é condição imprescindível para a proteção, crescimento, desenvolvimento saudável (no aspecto físico e emocional) e realização da dignidade da criança e do adolescente. É nesta convivência que são solidificados os laços afetivos entre os componentes da família, seja ela formada por vínculos biológicos ou por relações de socioafetividade (paternidade sócio-afetiva).

Entretanto, não é incomum a situação de pais biológicos que, embora cumpram com seu papel de amparo material, negam-se a compartilhar afeto com seus filhos, omitindo-se injustificadamente a prover as necessidades emocionais dos mesmos, relegando a estes descendentes ao abandono e ao desprezo. Os danos psíquicos causados aos filhos podem ser irreversíveis.

Configura-se, então, o que a doutrina e a jurisprudência convencionaram a chamar de abandono moral ou abandono afetivo, situação que se contrapõe à paternidade sócio-afetiva a qual considera ser pai “aquele homem que cria, educa, ensina e direciona, convive e oferece respaldo afetivo, além do material.”<sup>126</sup>

#### 4.2.2 Alienação Parental como causa de abandono afetivo

---

<sup>125</sup> JR, Moacir César Pena. Op. cit. p. 26.

<sup>126</sup> SOUZA. Ionete de Magalhães. Op. cit. p.91.

Tema encarado recentemente pelo Direito de Família, a síndrome alienação parental também é conhecida como “implantação de falsas memórias”<sup>127</sup>. Ela é fruto do conflito entre os genitores consistindo na atitude egoísta de um deles, na maior parte das vezes o genitor-guardião, no sentido de afastar os filhos do convívio com o outro, surgindo daí uma conduta agressiva e de rejeição que a prole passa a ter em relação ao genitor que deseja afastar-se do convívio.

Maria Berenice expõe a mais comum origem do fenômeno, explicando seu desencadeamento:

Sua origem está ligada à intensificação das estruturas de convivência familiar, o que fez surgir, em consequência, maior aproximação dos pais com os filhos. Assim, quando da separação dos genitores, passou a haver entre eles uma disputa pela guarda dos filhos, algo impensável até algum tempo atrás. Antes, a naturalização da função materna levava a que os filhos ficassem sob a guarda da mãe. Ao pai restava somente o direito de visitas em dias predeterminados, normalmente em fins-de-semana alternados. Como encontros impostos de modo tarifado não alimentam o estreitamento dos vínculos afetivos, a tendência é o arrefecimento da cumplicidade que só a convivência traz. Afrouxando-se os elos de afetividade, ocorre o distanciamento, tornando as visitas rarefeitas. Com isso, os encontros acabam protocolares: uma obrigação para o pai e, muitas vezes, um suplício para os filhos.(...) No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de "síndrome de alienação parental": programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do

---

<sup>127</sup> DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso?Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont\\_id=926&isPopUp=true](http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=926&isPopUp=true)> Acesso em: 13/10/2008.

filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.<sup>128</sup>

Esta conduta de um dos pais fere o direito fundamental à convivência familiar da criança e do adolescente, sendo sempre nociva ao desenvolvimento dos filhos ao impedir o convívio destes com um dos genitores.

Este fenômeno está intimamente relacionado com o abandono afetivo podendo ser uma de suas causas. Isto porque o pai que, em princípio, deseja estar presente na vida do filho, aparando-o material e emocionalmente, pode ser instado a dele se afastar pelo fato de a mãe impedir o relacionamento de ambos ou mesmo de o filho demonstrar que não deseja estar em sua presença.

Trata-se de uma violência aos filhos que precisa ser coibida, principalmente em tempos que o afeto é tido como norte das relações familiares. Há autores que sustentam que a guarda compartilhada (“a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”<sup>129</sup>.), recentemente regulamentada pela Lei n° 11698/2008, seja a solução para o conflito. Moacyr César pondera:

Contudo, acreditamos que a melhor maneira para se acabar com essa violência aos filhos seja a inclusão da responsabilidade (guarda) compartilhada, como regime legal de guarda, mediante o qual os genitores, movidos pelo melhor interesse dos filhos, permita-se a uma melhor convivência, pautada na solidariedade e no respeito mútuo.<sup>130</sup>

#### 4.2.3 Possibilidade de Responsabilização Civil

---

<sup>128</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit.

<sup>129</sup> BRASIL. Lei Federal n° 11698/2008. Nova redação do artigo 1583 do CC/2002 Art. 1583. “A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.” Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em: 14/10/2008.

<sup>130</sup> JR, Moacyr César Pena. Op.cit. p. 266.

#### 4.2.3.1 Caso TJ/MG

O tema da responsabilização civil por abandono afetivo caiu em debate na doutrina pelo fato de o STF, recentemente, ter sido instado a se manifestar sobre o assunto.

Trata-se do caso de um jovem de 23 anos (atualmente com 27 anos) que ajuizou ação de responsabilidade civil em face do pai, alegando ter sofrido abandono moral desde os 6 anos. Em primeira instância o pedido foi julgado improcedente. O rapaz recorreu e o Tribunal de Justiça mineiro, que condenou o pai a pagar uma indenização por danos morais no valor correspondente a 200 salários mínimos.

Segue a ementa do acórdão em questão:

EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE  
O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no PRINCÍPIO da dignidade da pessoa humana.<sup>131</sup>

O pai interpôs Recurso Especial e o Superior Tribunal de Justiça, em 2005, entendeu que não havia prática de ato ilícito no abandono afetivo, não ensejando em reparação pecuniária.

Assim se manifestou o STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.  
A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código

<sup>131</sup> TJ/MG, AC. 0408550-5, 7ª Câm.Cív., Rel. Dês. Unias Silva, j. 1º-4-2004, DJU, 29-04-2004. Disponível em:

<[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=rela%E7%E3o+e+paterno+e+filial&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=0%2C34223&dataInicial=29%2F04%2F2004&dataFinal=30%2F04%2F2004&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=01%2F04%2F2004&dataAcordaoFinal=02%2F04%2F2004&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=rela%E7%E3o+e+paterno+e+filial&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=0%2C34223&dataInicial=29%2F04%2F2004&dataFinal=30%2F04%2F2004&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=01%2F04%2F2004&dataAcordaoFinal=02%2F04%2F2004&pesquisar=Pesquisar)>. Acesso em: 14/10/2008.

Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso especial conhecido e provido.<sup>132</sup>

Em outubro de 2007, foi autuado o Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal e partes e sociedade aguardam posicionamento do STF pelo cabimento, ou não, de indenização por abandono afetivo. A Ministra Helen Gracie é relatora no caso desde abril deste ano (quando substituiu o Ministro Gilmar Mendes).

Não é a primeira vez que o Judiciário é provocado na solução deste tipo de conflito. Em 2003, na comarca de Capão da Canoa, no Estado do Rio Grande do Sul, pela primeira vez uma menor, moveu ação de reparação civil por danos morais em face de seu pai. O pedido foi julgado procedente e o pai foi condenado ao pagamento de 200 salários mínimos. Não houve recurso, pois o réu foi revel. Segue abaixo trecho da sentença que dirimiu a lide naquela ocasião:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei 8069/1990). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação a criminosos. Por óbvio, ninguém é obrigado a se pai. No entanto, aquele que optou por ser pai- e é o caso do réu- deve incumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. Nunca é demais salientar os inúmeros recursos para se evitar a paternidade (vasectomia, preservativos, etc.) Ou seja, aquele que não quer ser pai, deve precaver-se.<sup>133</sup>

O segundo caso no Brasil ocorreu em São Paulo, no ano de 2004. Naquela ocasião, o juiz da 31<sup>a</sup>. Vara Cível de São Paulo condenou um pai, por danos morais,

---

<sup>132</sup> STJ, REsp.757.411 - MG (2005/0085464-3). Rel.Min. Fernando Gonçalves. j.29-11-2005, DJ, 27-03-2006. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FERNANDO+GON%7ALVES%22%29.min.&processo=757411+&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FERNANDO+GON%7ALVES%22%29.min.&processo=757411+&b=ACOR)>. Acesso em: 14/10/2008.

<sup>133</sup> Proc. 141/1030012032-0, julgado em 15-09-2003 pelo Juiz de Direito Mário Romano Maggioni, Comarca de Capão da Canoa (RS). Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n.25. 2004, p.148.

a indenizar sua filha, na importância de 190 salários mínimos, aproximadamente. O magistrado argumentou no sentido de que:

(...) não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens.<sup>134</sup>

A polemização da questão encontra-se na possibilidade ou não de atribuição de reparação monetária para desafeto na relação paterno-filial. Na doutrina e na jurisprudência há argumentos em sentido positivo e em sentido contrário.

Os que são contrários ao cabimento de indenização por abandono afetivo utilizam-se de diversos argumentos. Moacyr César, ao tratar da responsabilização civil por danos nas relações familiares sintetiza os mais comuns:

1) não deve haver indenização pecuniária pelo fim de uma relação de afeto. O amor não tem preço; 2) já existe sanção específica para os casos onde haja violação aos deveres familiares; 3) falta previsão legal no nosso ordenamento jurídico para este tipo de conduta; 4) falta certeza quanto ao direito violado. A família preserva sua intimidade; (...) 7) aceitar esse tipo de responsabilização seria comprometer as relações no âmbito familiar, incentivando o litígio, pela possibilidade sempre presente de um ressarcimento em espécie pelo fim da relação.<sup>135</sup>

Ao citar, no item 2, que já existe sanção específica para violação dos deveres familiares, Moacyr César faz referência ao argumento de alguns que dizem que a sanção ao abandono afetivo seria a destituição do Poder Familiar, prevista no art.

---

<sup>134</sup> Processo nº 000.01.036747-0, julgado em 07-06-2004 pelo Juiz de Direito Luis Fernando Cirillo, 31ª. Vara Cível Central de São Paulo (SP). In: MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral. Fundamentos da Responsabilidade Civil. IOB de Direito de Família. nº 46. fev./mar. 2008. São Paulo: IOB Thomson. 2008. p.:9.

<sup>135</sup> JR, Moacyr César Pena. Op.cit. p. 27.

1638, II do CC/2002<sup>136</sup>. Neste sentido defende o Ministro Fernando Gonçalves, relator no Recurso Especial 757.411 - MG (2005/0085464-3):

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do, abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.<sup>137</sup>

No mesmo voto, o ministro acima referido aduz ainda que em muitas circunstâncias o abandono decorre da alienação parental (item 3.2.3), situação na qual com o término da relação conjugal, o cônjuge que detém a guarda do filho inicia empreitada de plantar sentimentos de ódio e vingança em relação ao pai/mãe que sai de casa. Assim, prossegue:

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.<sup>138</sup>

Ressalta ainda que a solução indenizatória impediria uma futura reaproximação entre pai e filho, concluindo pela ausência de finalidade positiva na responsabilização civil:

---

<sup>136</sup> “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II- deixar o filho em abandono;” Código Civil Brasileiro.

<sup>137</sup> STJ, RES.757.411 - MG (2005/0085464-3). Rel.Min. Fernando Gonçalves. j.29-11-2005, DJ, 27-03-2006. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=757411+&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=757411+&b=ACOR)>. Acesso em: 15/10/2008.

<sup>138</sup> STJ, RES.757.411 - MG (2005/0085464-3). Rel.Min. Fernando Gonçalves. j.29-11-2005, DJ, 27-03-2006. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=757411+&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=757411+&b=ACOR)>. Acesso em: 15/10/2008.

O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?(...)Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido. Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

O ministro demonstra ser adepto da corrente que defende não ser possível obrigar uma pessoa a amar, sendo a imposição de indenização leviana por provocar um maior afastamento entre pais e filhos. Seria a situação inconcebível de “monetarização do afeto”<sup>139</sup>, que no entender destes juristas, não tem preço.

Isabela Crispino também relaciona os argumentos desta corrente:

A maior parte dos doutrinadores não acredita que a falta de amor ou a omissão do cumprimento de deveres afetivos sejam fundamentos suficiente para ensejar a indenização por dano moral. Eles afirmam que a condenação ao pagamento de uma indenização vai definir, ainda mais, a pouca relação existente entre pai e filho; ela nunca será capaz de restabelecer o afeto e o amor que faltavam antes. A sentença pecuniária vai gerar um enorme ressentimento e, até mesmo, um rancor no progenitor, fazendo com que este sinta uma imensa repulsa pelo menor. Para esta corrente, a condenação possui somente um caráter punitivo, e não pedagógico. O pagamento em dinheiro não tem o objetivo de restabelecer a relação, mas, tão somente, de pagar o dano do ofendido. Pagar pela falta de amor não restabelece o amor; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de restabelecer o prazer de conviver. O pagamento pelo dano implica ruptura, às vezes completa, da relação.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Pais, filhos e danos. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=141>>. Acesso em: 22/05/2008.

<sup>140</sup> CRISPINO, Isabela. Dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 29/02/2008.

Em sentido contrário, há corrente que defende a possibilidade de indenização por danos morais não só no abandono afetivo, mas em todas as relações familiares. Neste diapasão, Moacyr César sintetiza alguns argumentos da aludida corrente:

(...) 2) o respeito à dignidade da pessoa humana está acima de qualquer outro valor, e, sendo violado, deve ser responsabilizado o seu agressor; 3) sendo a família a base da sociedade, a relação entre os seus membros deve servir de exemplo e não situar qualquer deles em posição de privilégio, isentando-o de punição por violação à dignidade (direitos da personalidade) do outro; 4) não serve como justificativa a falta de legislação específica no Direito de Família, devendo prevalecer a regra geral (arts. 186 e 927 do CC/2002) da responsabilidade civil, de natureza subjetiva, quando a pessoa for desapercibida, inclusive no ambiente familiar.<sup>141</sup>

Compartilhando do entendimento de Moacyr, o Juiz de Direito Unias Silva entende que é um dever dos pais proporcionar aos filhos dignidade afirmando que a responsabilidade dos pais “não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.”<sup>142</sup>

Os juristas adeptos desta corrente acreditam que cumprir com as obrigações alimentares e de amparo material, não exime o pai de dar atenção ao filho. Comentado a decisão do STJ sobre o assunto, Rodrigo da Cunha Pereira diz que “O pai sempre pagou pensão alimentícia ao menor. Faltou alimento para a alma, afinal de contas, nem só de pão vive o homem.”<sup>143</sup>

Aos pais incumbe muito mais que o mero dever de alimentar, haveria no caso em tela uma violação do dever de convivência familiar previsto no art. 227 da CRFB e os pais deveriam responder por isso. Não seria uma questão de monetarização do afeto, pois, de fato, o amor não tem preço, mas é dever da sociedade impor a “pais

<sup>141</sup> JR, Moacyr César Pena. Op.cit. p. 27 e 28.

<sup>142</sup> TJ/MG, AC. 0408550-5, 7ª Câmb. Cív., rel. Dês. Unias Silva, j. 1º-4-2004, DJU, 29-04-2004.

Disponível em:

<[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=rela%E7%E3o+e+paterno+e+filial&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=0%2C34223&dataInicial=29%2F04%2F2004&dataFinal=30%2F04%2F2004&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=01%2F04%2F2004&dataAcordaoFinal=02%2F04%2F2004&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=rela%E7%E3o+e+paterno+e+filial&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=0%2C34223&dataInicial=29%2F04%2F2004&dataFinal=30%2F04%2F2004&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=01%2F04%2F2004&dataAcordaoFinal=02%2F04%2F2004&pesquisar=Pesquisar)>. Acesso em: 11/10/10/2008.

<sup>143</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o Homem. Responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em : <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em 01/04/2008.

abandônicos”<sup>144</sup> o responsabilidade de reparar os danos a formação da personalidade da criança, em respeito ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente.

Neste sentido, argumenta Rodrigo da Cunha Pereira:

Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente. Afinal, eles são os responsáveis pelos filhos e isto constitui um dever dos pais e um direito dos filhos. O descumprimento dessas obrigações significa violação ao direito do filho. Se os pais assim não agem, devem responder por isso. Esta é a resposta que a sociedade deve dar, por meio da Justiça, aos pais abandonicos.<sup>145</sup>

Em síntese, embora não seja possível obrigar alguém a amar outrem, na relação paterno-filial a ausência de afeto a única forma de conscientizar o pai pela conduta seria a indenização, de cunho reparatório.

Partindo do pressuposto de que a corrente que mais se adéqua à nova visão de família, pautada no princípio da afetividade, é a segunda, favorável a possibilidade de reparação civil, seguem-se as características da aludida indenização.

#### 4.2.3.2 *Fundamentos da Indenização*

O conceito contemporâneo de família ultrapassa as noções de poder e autoridade que reinavam no passado. A família atual busca a felicidade de seus membros, sendo uma comunidade afetiva “cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.”

---

<sup>144</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit.

<sup>145</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit.

No que respeita a relação entre pais e filhos esta não compreende apenas os deveres de amparo material, mas sobretudo o auxílio na formação de uma personalidade saudável.

A proteção da dignidade humana da criança e do adolescente está inserta do art. 227 da CRFB, que traz os deveres de proteção por parte da família, do sociedade e do Estado em relação às crianças e adolescentes.

No que se refere ao tema em análise, cabe destaque à parte final do referido dispositivo constitucional que destaca também ser dever da família, do Estado e da sociedade “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A disciplina legal da responsabilidade civil assevera que atos e omissões voluntárias, negligentes ou imprudentes que causem dano a alguém geram a responsabilização do agente, com pagamento de indenização monetária ou mesmo reparação do dano, ainda que este seja apenas moral. Esta regra está insculpida no art. 186 do CC/2002 que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Sílvio de Salvo Venosa ao interpretar o artigo traz os elementos da responsabilidade:

Para que surja o dever de indenizar, é necessário, primeiramente, que exista ação ou omissão do agente; que essa conduta esteja ligada por relação de causalidade com o prejuízo suportado pela vítima e, por fim, que o agente tenha agido com culpa (assim entendida no sentido global exposto).<sup>146</sup>

O sentido global a que se refere Venosa compreende a noção penal de dolo (vontade e consciência) e culpa (negligência, imprudência e imperícia). Ressalte-se ainda que na noção de responsabilidade civil é imprescindível, pela leitura do artigo, que haja dano (violação de direito ou prejuízo a outrem).

---

<sup>146</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil vol. VI- Direito de Família. 7 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 610.

Como conseqüência da produção de dano existe a necessidade de reparação, prevista no art. 927 do CC/2002 pelo qual: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Na hipótese de abandono moral, enquadra-se a conduta do pai que deixa de dar afeto ao filho na noção de ato ilícito, sendo o dano causado a formação da psicológica da criança considerado exclusivamente moral, ensejando em reparação, com fulcro no art. 927 do CC/2002.

O nexó de causalidade que legitima a responsabilidade civil no caso em discussão é o fato de o pai que deixa de garantir ao filho a convivência familiar em função de sua omissão na participação efetiva em sua vida causa transtornos no seu desenvolvimento sócio-afetivo, moral e psicológico, o que enseja o que enseja na necessidade de reparação do dano.

#### 4.2.3.3 *Dano Moral*

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.<sup>147</sup>

Neste trecho, Giselda Hironaka discorre sobre o dano causado ao filho que é alvo de abandono moral. Mas que espécie de dano é esta? Trata-se de dano moral, que como bem ensina Sérgio Cavalieri, “importa em lesão à bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica,

---

<sup>147</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <[http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=40](http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40)>. Acesso em: 04/04/2008.

a intimidade, a imagem, o bom nome, a privacidade e a integridade da esfera íntima”.<sup>148</sup>

A integridade psicológica do filho é atingida quando o pai ausenta-se, injustificadamente, em situações corriqueiras, causando prejuízos decorrentes da falta de afeto, proteção e cuidado. Neste sentido corrobora Venosa: “Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima.”<sup>149</sup>

Muitos argumentam que admitir ressarcimento por danos morais nas relações familiares seria fomentar ainda mais a indústria indenizatória, que cresce progressivamente desde a Constituição de 1988, que trouxe a possibilidade desta indenização como direito fundamental (art. 5º, inciso X<sup>150</sup>).

Contudo, cabe aos tribunais identificar as situações indenizáveis. Na hipótese de abandono afetivo, existe dano pela violação do direito à convivência familiar, a afeto, atenção, havendo autorização constitucional e legal para a sua reparação.

#### 4.2.3.4 *Pressuposto da Indenização*

O pressuposto para possibilidade de indenização por dano moral no abandono afetivo é a existência de uma relação paterno-filial efetiva. Neste de diapasão, “de baixa significância será a certeza se a prole adveio ao casal posterior ou anteriormente à convolação das núpcias, da configuração de uma união estável ou se a prole decorreu de uma relação sexual passageira.”<sup>151</sup>. Não importa como esta relação originou-se.

Contudo, é imprescindível que o ascendente que se afasta do convívio dos que dele descendem conheça o fato de se ter tornado pai, caso contrário, não há

---

<sup>148</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 74-75.

<sup>149</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. São Paulo: Atlas, 2000, p.33

<sup>150</sup> BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16/10/2008.

<sup>151</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op.cit.

que se falar em dolo, culpa ou omissão na não prestação dos deveres inerentes ao poder familiar (sustento, guarda e educação).

Neste sentido, sustenta Giselda Hironaka:

(...) se um determinado casal mantém relações sexuais, sobrevivendo uma gravidez, e no lapso temporal que permeia a concepção e a confirmação do estado gestacional, este casal se separa (divórcio, dissolução da união estável, término do namoro ou da relação eventual) sem que a futura mãe procure o futuro pai para lhe participar a notícia, não se lhe poderá imputar, depois, a responsabilidade por abandono afetivo, se este não tomou conhecimento sequer do fato da concepção. Não conhecendo o fato da concepção, não soube do nascimento e não provocou a ruptura do vínculo afetivo, posto que este nunca se efetivou. No entanto, pode bem ser que este pai sinta-se moralmente prejudicado pelo desconhecimento de sua descendência e procure um mecanismo jurídico para se ressarcir da ocultação de sua paternidade.<sup>152</sup>

Pode-se compreender do exposto pela autora que, na hipótese aviltada, o pai que tem a paternidade ocultada poderia pleitear a reparação pelo dano de não ter conhecido o filho e sendo privado do desenvolvimento de uma relação de afeto. Mas, em seu texto, completa que isto não seria possível “se a mãe não dispusesse de meios para localizar o pai, cabendo a este, tão-somente, pleitear a constituição judicial do vínculo paterno filial”.<sup>153</sup>

Ainda que os pais saibam de sua condição e estejam presentes, o abandono pode configurar-se na medida em que as funções parentais não sejam bem desempenhadas.

Mas são mesmo as hipóteses de divórcio, separação e dissolução da união estável o campo fértil para a configuração do abandono. Nestes casos, o pai/mãe que deixa a casa e não tem a guarda do filho pode afastar-se devido à assunção de novas obrigações com outra família ou por confundir o fim da relação conjugal com o fim da relação paterno-filial.

Entretanto, não há que se falar em abandono quando, nesta hipótese, resta configurada a alienação parental pois nela o abandono é provocado por um dos pais, e o pleito de indenização tratar-se-ia de pedido abusivo, fundamentado em

---

<sup>152</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op.cit.

<sup>153</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op.cit.

mágoa e rancor plantados pelo genitor que detém a guarda do filho supostamente abandonado.

#### 4.2.3.5 *Função da Indenização*

A indenização, de fato, não teria condão de ressarcir o filho abandonado, pagando-lhe pelo afeto que não recebeu. O valor é meramente simbólico, pois o amor não tem preço. Mas qual seria a função da indenização?

Primeiramente, cumpre observar que o estabelecimento de uma reparação indenizatória visa a evitar uma realidade jurídica: a de que regras sem sanção tendem a ser desobedecidas. Toda regra jurídica precisa ter sanção correspondente sob pena de torna-se mera regra moral. Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira argumenta que:

(...) a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas à sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente.<sup>154</sup>

Neste sentido, a atribuição de indenização teria uma função punitiva que visa a impedir que os pais abandônicos reiterem-se na prática do dano. Não punir tal conduta seria uma forma “premiar a irresponsabilidade e o abandono paterno”.<sup>155</sup>

Mas punir não é o único objetivo. Deve existir também a função pedagógica. O pai que rejeita o filho, causando-lhe dano à formação de sua personalidade deve compreender que há uma obrigação legal de cumprir seus deveres. A função educativa também serve à sociedade demonstrando que o Direito está se presta a coibir a violação de direitos fundamentais, mesmo no íntimo das relações familiares.

---

<sup>154</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit.

<sup>155</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit.

## 5 O AFETO E AS TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DA FAMÍLIA BRASILEIRA

### 5.1 Família mosaico: a família dos *meus, dos seus e dos nossos*

A família brasileira adquiriu novos contornos com o princípio da afetividade no centro de sua formação, e os padrões outrora seguidos têm sido dispensados na formação familiar. Um dos paradigmas quebrados na família atual foi o da composição do grupo familiar antes formado por mãe, pai e filhos, havidos no casamento. Eram relações de parentesco que se estabeleciam e duravam para sempre.

Com a entrada da mulher no mercado de trabalho e o a inclusão do divórcio no ordenamento jurídico nasce um novo modelo de família conhecido como família mosaico.

*Mosaico é a arte de unir peças partidas, quebradas ou recortadas, colando-as próximas umas das outras, produzindo um determinado efeito visual.*<sup>156</sup>

O termo família mosaico tem origem na psicologia norte-americana<sup>157</sup> e que significar o fenômeno pelo qual, com a separação, a família parte-se em diversos pedaços que posteriormente serão reunidos em uma nova estrutura, um mosaico.

Assim, os parceiros que partem para um novo casamento ou união estável levando consigo seus filhos da primeira relação e tendo então outros filhos, nascendo uma nova configuração familiar. É a também conhecida família *dos meus* (filhos do primeiro casamento/ união estável de um parceiro), *dos seus* (filhos do primeiro casamento/união estável do outro parceiro) e *dos nossos* (filhos em comum, fruto desta nova relação).

Este ambiente familiar é propício ao desenvolvimento da paternidade sócio-afetiva e aos irmãos do coração. Rodrigo da Cunha Pereira inclui este modelo de

---

<sup>156</sup> CHAGAS, Lunalva Fiúza. Família Mosaico. Disponível: <<http://www.ciadaescola.com.br/artigos/resultado.asp?categoria=43&codigo=206>>. Acesso em: 26/05/2008.

<sup>157</sup> ALVES, Marina. Os meus, os seus, os nossos. Disponível em: <<http://www.jornalpampulha.com.br/jornalpampulha/noticias/?IdNoticia=2652>>. Acesso em: 26/05/2008.

família como espécie do que ele chama de “família parental”, por ele definidas como “a entidade familiar que se forma por um grupamento de pessoas unidas pelos laços de parentesco biológico ou ‘socioafetivo’”<sup>158</sup>.

Sobre o assunto, discorre com propriedade o autor:

Também se inclui nesta categoria de família aquelas chamadas *reconstruídas*, *reconstituídas*, *binucleares* e *famílias “mosaico”*, usualmente formada pelo par e os filhos advindos de relações conjugais anteriores, surgindo assim as figuras do padrasto e da madrasta, historicamente associadas a uma figura maligna, que busca substituir a mãe e/ou o pai. Havendo descendentes de famílias anteriores de ambos os lados, estes passarão a desenvolver uma convivência familiar sem elo de consangüinidade, mas serão, sim, *filhos do coração*, conforme denomina Rolf Madaleno, ou seja, *irmãos de afeto*. Esses vínculos parentais estão cada vez mais comuns em razão da nova realidade das famílias, embora não haja previsão legal e nem nomenclatura para os filhos nesta *família mosaico*. Entretanto, não considerá-los como membros de uma família é negar-lhes, inclusive, a presença de um interdito que proíba uma união afetiva, que pode ser desestruturante do sujeito.<sup>159</sup>

Destarte, embora ainda não haja previsão legal desta forma de entidade familiar, como leis que estabeleçam proteção aos todos os filhos da relação, não há como negar que se trata de família em todos os aspectos tutelares da palavra, haja vista que o que caracteriza a família do novo milênio é o afeto e onde este existir, o Direito deve prestar amparo.

Neste sentido apregoa Luiz Edson Fachin:

(...) o Direito não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem

---

<sup>158</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para a organização jurídica da família. Disponível em: <dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf -> Acesso em: 25/10/2008

<sup>159</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op.cit.

supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos.<sup>160</sup>

## 5.2 Família Homoafetiva

Embora na história da humanidade as uniões homoafetivas sempre tenham sido uma realidade, a tolerância social é algo recente no que se refere a estas relações. Foram anos de discriminação combatida com vigor pelos que defendem a liberdade e isonomia, em todos os seus aspectos.

O princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, trouxe para os homossexuais a inclusão social a tanto perseguida e hoje eles formam uma parcela considerável da sociedade, presente em todos os seus seguimentos, conquistando espaço e respeito de que são merecedores.

Entretanto, por maiores que tenham sido as conquistas dos homossexuais, permanece o preconceito social no que tange ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiares.

A Carta Magna de 1988 só concedeu proteção, de forma expressa, às uniões estáveis formadas por homem em mulher<sup>161</sup>. Este é o principal argumento daqueles que defendem ser impossível a proteção Estatal como entidade familiar às uniões homoafetivas.

Contudo, não há como negar que existam relacionamentos de pessoas que, embora não atendam ao requisito da diversidade de sexo, apresentam o elemento essencial para a configuração de uma entidade familiar, qual seja o afeto, e, sendo o princípio da afetividade corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como não conferir status de família às uniões homoafetivas. Neste sentido, completa Moacir César:

---

<sup>160</sup> FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 306

<sup>161</sup> BRASIL. Constituição (1988). Art. 226. § 3º “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25/10/2008.

(...) se duas pessoas do mesmo sexo decidem estabelecer comunhão plena de vida, cumprindo os deveres de lealdade, respeito e assistência, e estando unidas por laços afetivos sólidos e duradouros, deve esta relação ser reconhecida como entidade familiar e receber a efetiva tutela do Estado.<sup>162</sup>

Para os defensores da possibilidade de inclusão das uniões homoafetivas como entidades familiares, o fundamento é o art. 226, *caput* da CRFB<sup>163</sup> considerado como “cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostentabilidade.”<sup>164</sup>

Assim, o rol de entidades familiares apresentado no aludido dispositivo constitucional seria meramente exemplificativo, possibilitando a inclusão de outras formas de família, como aquelas formadas por pessoas do mesmo sexo.

Considerando que as uniões homoafetivas sejam entidades familiares, uma forma de tratá-las, haja vista a ausência de previsão legal, é a utilização analógica das disposições acerca da união estável. Aliás, “nada justifica a verdadeira aversão em se fazer analogia com o casamento ou com a união estável, e não aplicar a mesma legislação aos relacionamentos homoafetivos”<sup>165</sup>. Assim, presentes os requisitos da afetividade, exclusividade, estabilidade, comunhão plena de vida e convivência pública, há família, independente da orientação sexual de seus membros.

A jurisprudência, embora tímida, paulatinamente decide neste sentido, como se depreende da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PEDIDO DE ALIMENTOS – Sentença terminativa, proferida por Juízo de Família, com base em impossibilidade jurídica da demanda. A Constituição Federal, nos artigos 3º, inciso IV e 5º, incisos I e X, veda qualquer tipo de preconceito ou forma de discriminação, inclusive a concernente ao sexo, elevando à

---

<sup>162</sup> JR, Moacir César Pena. Op.cit. p.170.

<sup>163</sup> BRASIL. Constituição (1988). Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25/10/2008.

<sup>164</sup> JR, Moacir César Pena. Op.cit. p.170.

<sup>165</sup> DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado.2001, p.174.

categoria dos direitos e garantias fundamentais a igualdade de todos perante a Lei. O artigo 226 e seus §§ 3º e 4º da Magna Carta, ao estabelecerem que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, vem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, não pretendeu excluir a existência e a possibilidade de reconhecimento de uniões homoafetivas, sob pena de violação dos preceitos constitucionais. Um relacionamento entre dois homens ou entre duas mulheres é fato social aceito e reconhecido por toda a sociedade, não sendo possível negar-se a realidade que ocorre no país e no mundo, inclusive existe Projeto de Lei tramitando no Congresso Nacional para regulamentar o relacionamento homoafetivo. Na ausência de lei expressa sobre a matéria, aplica-se o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, cabendo ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. A competência para processar e julgar a questão é de uma das Varas Cíveis, por falta de previsão expressa das Leis Processuais e do Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro atribuindo a competência a uma das Varas de Família. Prevalece a competência residual das Varas Cíveis. Assim, reforma-se a sentença, determinando-se o prosseguimento do feito perante uma das Varas Cíveis da Comarca de Niterói até ulterior sentença de mérito.<sup>166</sup>

A finalidade da família não é mais apenas crescer e multiplicar, mas sim construir um ambiente de comunhão de vida, amor e afeto no plano da igualdade, liberdade, solidariedade e responsabilidade recíproca.<sup>167</sup> A família homoafetiva não pode gerar filhos naturais. Entretanto, querendo ter filhos, não há obstáculos legais à adoção, embora o que se tenha, na prática, seja o deferimento individual da adoção nestes casos.

Diversas são as justificativas para negar a concessão de adoção por um casal homoafetivo, tais como, óbices da Lei de Registros Públicos, ausência de referenciais de ambos os sexos para o desenvolvimento do adotando. Contudo, o que embasa de fato a negativa é o preconceito, quando o que se deveria privilegiar neste contexto seriam as reais vantagens ao adotando e a possibilidade de conferir-lhe um lar. Família é seio de desenvolvimento de afeto, assim, “se forem dois pais, ou duas mães, não importa, pois amor irá receber”.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> TJRJ, Ap. Cív. 2005.001.20610, 17ª Câm. Cível., Rel. Dês. Camilo Ribeiro Ruliere, j. 19-10-2005.

*In*: JR, Moacir César Pena. Direito das pessoas e das famílias. São Paulo: Saraiva. 2008, p.174.

<sup>167</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. n° 24. jun./jul.2004, p.138.

<sup>168</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 2 ed. Porto Alegre: Ed. Revista dos Tribunais. 2005, p. 438.

Negar a existência desta entidade familiar seria ainda admitir o enriquecimento sem causa quando da morte de um dos parceiros, o companheiro supérstite não seria chamado à sucessão e outros familiares como pais, irmãos, tios e sobrinhos seriam os herdeiros. Neste sentido, defende Maria Berenice Dias:

Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar um patrimônio e se vê sozinho e sem nada.<sup>169</sup>

Ante o exposto, considerando a existência de elementos formadores de entidade familiar, não se pode, em face do repúdio social de ordem moral e mesmo religiosa, negar uma realidade com fulcro em preconceito. Há família e esta merece a tutela jurídica por força dos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, da liberdade e da igualdade.

### 5.3 Poliamor

O poliamor é a teoria psicológica que admite a possibilidade de co-existirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta<sup>170</sup>. Trata-se de relações interpessoais amorosas que recusam a monogamia como princípio ou necessidade.

O tema é permeado por preceitos morais, contudo, por mais que não seja um padrão comportamental dos seres humanos é uma realidade que mitiga, por vontade das partes na relação, o dever de fidelidade, na hipótese de casamento, e de lealdade, no caso de união estável, previstos nos artigos 1566, inciso I<sup>171</sup> e 1724<sup>172</sup>, respectivamente, ambos do Código Civil.

---

<sup>169</sup> DIAS, Maria Berenice. Op.cit. p. 46.

<sup>170</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da(o) amante. Na teoria e na prática (dos tribunais). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11500>>. Acesso em: 26/10/2008.

<sup>171</sup> BRASIL. Código Civil. Lei nº10406 de 2002. Art. 1.566. "São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca". Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26/10/2008.

A situação pode gerar a existência de famílias simultâneas, com a existência, por exemplo, de casamento e concubinato, ao mesmo tempo. Embora ainda sejam raras as decisões judiciais que envolvam o assunto, há notícia de jurisprudência neste sentido:

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça reconheceu que um cidadão viveu duas uniões afetivas: com a sua esposa e com uma companheira. Assim, decidiram repartir 50% do patrimônio imóvel, adquirido no período do concubinato, entre as duas. A outra metade ficará, dentro da normalidade, com os filhos. A decisão é inédita na Justiça gaúcha e resultou da análise das especificidades do caso. (...) Para o Desembargador Portanova, “a experiência tem demonstrado que os casos de concubinato apresentam uma série infundável de peculiaridades possíveis”. Avaliou que se pode estar diante da situação em que o trio de concubino esteja perfeitamente de acordo com a vida a três. No caso, houve uma relação “não eventual” contínua e pública, que durou 28 anos, inclusive com prole, observou. “Tal era o elo entre a companheira e o falecido que a esposa e o filho do casamento sequer negam os fatos – pelo contrário, confirmam; é quase um concubinato consentido”. O Desembargador José Ataides Siqueira Trindade acompanhou as conclusões do relator, ressaltando a singularidade do caso concreto: “Não resta a menor dúvida que é um caso que foge completamente daqueles parâmetros de normalidade e apresenta particularidades específicas, que deve merecer do julgador tratamento especial”.<sup>173</sup>

A sociedade como um todo ainda não está preparada para aceitar o poliamor. Na doutrina brasileira de Direito de Família a monogamia é tida como um princípio jurídico de organização da família e não mera regra moral. Rodrigo da Cunha Pereira assim leciona:

O princípio da monogamia, embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam tem a função de um princípio jurídico ordenador. Ele é um princípio básico

---

<sup>172</sup>BRASIL. Código Civil. Lei nº10406 de 2002. Art. 1.724. “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 26/10/2008.

<sup>173</sup>AGUIAR, João Batista Santafé. Tribunal reconhece direitos patrimoniais em concubinato. Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 17/03/2003. Disponível em: <[https://www3.tj.rs.gov.br/site\\_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=9734](https://www3.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=9734)>. Acesso em: 26/10/2008.

e organizador das relações jurídicas da família no mundo ocidental. Se fosse mera regra moral, teríamos que admitir a imoralidade dos ordenamentos jurídicos do Oriente Médio, onde vários estados não adotam a monogamia.<sup>174</sup>

Embora o Direito e a moral ainda repudiem o comportamento, fora dos padrões, introduzido pelo poliamor, trata-se de uma nova tendência da família brasileira que não pode ser ignorada e, fazendo parte da realidade social, deve ser tutelada.

---

<sup>174</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p; 106-107.

## 6 CONCLUSÃO

Indubitavelmente, a família é o instituto do Direito Civil Brasileiro que mais passou por modificações ao longo de sua história, sofrendo reflexos das transformações nas estruturas econômicas, políticas e nos costumes da sociedade desde início do século passado até o século XXI.

O Princípio da Afetividade é o novo norte da família, o que contribui para que diferentes modelos de família, mais igualitárias, desenvolvam-se e padrões arcaicos sejam quebrados, prevalecendo o amor, a solidariedade e o respeito no ambiente familiar.

Com o ser humano no centro das relações familiares, a realização de seus interesses afetivos e existenciais passa a ser o objetivo da família, e esta, assim, manifesta sua função social.

Em virtude das mudanças de paradigmas, os valores que regiam a filiação e o poder familiar foram gravemente atingidos, de sorte que hoje seu estudo está atrelado aos princípios da igualdade entre os filhos, independente de sua origem, consangüínea, civil ou afetiva, proibidas quaisquer designações discriminatórias e velando-se pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Neste sentido, a filiação sócio-afetiva desponta como a concretização dos ideais da família contemporânea, haja vista que revela a família baseada nos laços de afeto. A relação de filiação não decorre simplesmente do vínculo genético entre pai e filho, mas da relação de afetividade desenvolvida entre ambos, fruto da convivência e das demonstrações de zelo e cuidado que o pai, biológico ou não, dispensa àquele que escolheu como filho, ofertando-lhe atenção, educação, amparo material e psicológico, enfim, amor. É mais uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora o Poder Legiferante pátrio não tenha tutelado expressamente esta forma de filiação, isto não impede seu reconhecimento como existente e válida, devendo, inclusive, prevalecer no conflito com a filiação biológica, principalmente se este for motivado por questões patrimoniais.

Assim, quando instado a solucionar as lides decorrentes da investigação de paternidade, posta em xeque a filiação sócio-afetiva, o Judiciário, na interpretação da Constituição e da Lei, tende a valorizar e resguardar os laços de afeto.

Na presente conjuntura social, a paternidade não deve nem pode ser determinada apenas pelo vínculo biológico, como se pretendeu com a euforia na descoberta do DNA, até porque, as tecnologias mais recentes de inseminação artificial permitem que a procriação seja oriunda da participação genética de um doador anônimo. Ademais, a nova ordem constitucional introduzida em 1988 equiparou filhos adotivos a filhos biológicos, e, conseqüentemente, pais adotivos a pais genéticos.

Logo, pai é quem cria, em todos os aspectos constitucionais e legais da palavra e isto independe de contribuição genética na formação da criança. A maior contribuição no desenvolvimento do ser humano está na construção de seu caráter, através da educação e do amor doados ao filho.

O “cuidar bem” dos filhos é uma função fiscalizada pelo Estado e pela sociedade, conforme determina a Constituição. Entretanto, sempre foi uma realidade a existência de pais que, embora contribuam materialmente na criação dos filhos, negam participação efetiva em suas vidas, relegando-lhes ao abandono afetivo.

Esta figura não é recente no meio familiar; recente é a atitude dos filhos de pleitearem na Justiça o pagamento de indenização por danos morais face aos danos causados em suas formações psicológicas ante a postura descompromissada de seus pais.

O Judiciário já se manifestou favoravelmente e também em sentido contrário a respeito reparação civil nestes casos. Contudo, mesmo com toda controvérsia que permeia o assunto, o melhor entendimento, sem dúvida, é o que defende a possibilidade de indenização. Embora o amor não tenha preço e não se possa obrigar alguém a amar, mesmo que o sujeito passivo do afeto seja um filho, há dano à dignidade do menor e prejuízos na formação de sua personalidade, o que não pode ser ignorado pelos aplicadores do Direito.

Não obstante pareça dura a posição que defende tamanha ingerência do Estado nas relações familiares, já foi o tempo em que o Direito de Família obedecia

a um modelo essencialmente privatista, de interferência estatal mínima no seio familiar.

Hoje o modelo adotado é publicista, sendo a família alvo de normas e princípios cogentes, dentre os quais o Princípio da Afetividade, que, além de privilegiar os laços de afeto na construção e identificação da família, impõe aos pais obediência aos deveres e funções decorrentes do poder familiar, como o dever de convivência e a de direção da criação e educação dos filhos.

Além disto, a indenização tem a importante função educativa de compelir os pais a modificar seu comportamento danoso à formação emocional dos filhos, desestimulando ainda que outros pais iniciem ou permaneçam com o abandono. Destarte, a indenização cumula, tal como a pena no Direito Penal, a função preventivo-especial e geral.

Contudo, deve haver cuidado por parte dos juristas nas decisões dos casos concretos, com necessidade de profunda investigação dos motivos reais que levam ao abandono afetivo.

Isto porque figura recentemente abordada no estudo do Direito de Família é a alienação parental, situação em que o ódio e o rancor são plantados nos filhos pelo pai/mãe que detém sua guarda, fazendo-o não desejar estar na presença do pai/mãe que deixa o lar quando da separação do casal. Para esta investigação, o Judiciário deve contar com o auxílio de assistentes sociais e psicólogos, o que contribuirá para uma decisão mais justa.

As figuras antagônicas da paternidade sócio-afetiva e do abandono moral na relação paterno-filial são reflexos da importância da afetividade na construção familiar contemporânea. Mas esta importância não se restringe ao campo da filiação de sorte que novos modelos de família são reconhecidos pela sociedade, pois, embora não tenham a expressa proteção legal, têm o fundamento constitucional exigido na identificação da família, qual seja, o afeto.

Desta forma, doutrina e jurisprudência devem acompanhar a realidade para, na interpretação da lei existente, encontrar fundamento para a proteção adequada à família mosaico, à família homoafetiva, ao poliamor e tantas outras entidades familiares, que aos poucos ganham respeitabilidade social e visibilidade jurídica.

Importante é que o Direito não consegue engessar a vida devendo refletir a sociedade e adequar-se às transformações a que ela é submetida cotidianamente. O pano de fundo do Direito de Família contemporâneo é o princípio da Dignidade da pessoa humana e, neste diapasão, fatos sociais relacionados com a família, mesmo fugindo da estrutura tradicional, devem ser tutelados, sob pena de flagrante inconstitucionalidade e desrespeito ao ser humano.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, João Batista Santafé. **Tribunal reconhece direitos patrimoniais em concubinato**. Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 17/03/2003. Disponível em: <[https://www3.tj.rs.gov.br/site\\_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=9734](https://www3.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=9734)>. Acesso em: 26/10/2008.

ALVES, Marina. **Os meus, os seus, os nossos**. Disponível em: <<http://www.jornalpampulha.com.br/jornalpampulha/noticias/?IdNoticia=2652>>. Acesso em: 26/05/2008.

BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. jul./set. 2002. v. 4, n. 14. Porto Alegre: Síntese, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil interpretado**. Vol. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917.

\_\_\_\_\_. **Código civil dos estados unidos do Brasil comentado**. 5ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937.

\_\_\_\_\_. **Direito da Família**. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade. Posse de estado de filho: paternidade sócio-afetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANONNI, Eduardo A. **Manual de derecho de família**. 4. ed. Buenos Aires: Ástrea, 1996.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CHAGAS, Lunalva Fiúza. **Família Mosaico.** Disponível: <<http://www.ciadaescola.com.br/artigos/resultado.asp?categoria=43&codigo=206>>. Acesso em: 26/05/2008.

COSTA, Everton Leandro da. **Paternidade Sócio-afetiva.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=274>>. Acesso em: 07/10/2008.

CRISPINO, Isabela. **Dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 29/02/2008.

DELISNKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação.** São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos.** Boletim IBDFAM n° 24, Belo Horizonte, 2004.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias.** 2 ed. Porto Alegre: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Entre o ventre e o coração.** Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>> Acesso em: 04/04/2008

\_\_\_\_\_. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont\\_id=926&isPopUp=true](http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=926&isPopUp=true)> Acesso em: 13/10/2008.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro.** Campinas: Bookseller, 2001.

BRASIL. Lei Federal n° 883/1949. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=80290>>. Acesso em: 14/09/2008.

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

\_\_\_\_\_. **A tríplice paternidade dos filhos imaginários.** In: ALVIM, Teresa Aruda. (coord.) **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Da paternidade, relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. **Elementos críticos do direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) amante.** Na teoria e na prática (dos tribunais). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11500>>. Acesso em: 26/10/2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Das relações de parentesco.** In: DIAS, Maria Berenice; PERERIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) Direito de Família e o Novo Código Civil. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **O Direito de Visitação do Pai Não-Biológico.** Revista Trimestral de Direito Civil, v. 2, ano. 1 abr./jun, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em: <[http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=40](http://www.jusnews.com.br/portal/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=40)>. Acesso em: 04/04/2008.

JR, Moacir César Pena. **Direito das pessoas e das famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. **A filiação sócio-afetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10456>>. Acesso em: 22/09/2008.

LEITE, Gisele. **O atual poder familiar (o ex-pátrio poder).** Disponível em <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=735085244>>. Acesso em 19/09/2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na filiação.** Revista do Direito Privado nº3 jul./set.2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial.** Álvaro Villaça Azevedo.(coord.) São Paulo: Atlas, 2003.v.XVI.

\_\_\_\_\_. **Do poder familiar** . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 02/10/2008.

\_\_\_\_\_. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo06.pdf>>. Acesso em 22/09/2008.

\_\_\_\_\_. **A repersonalização das relações de Família.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201&p=2>>. Acesso em: 04/04/2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente.** Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi,1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro : Forense, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família:** uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. **Princípios Gerais e norteadores para a organização jurídica da família.** Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/2272/1/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf)>. Acesso em: 07/10/2008.

\_\_\_\_\_. **Nem só de pão vive o Homem. Responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em : <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>>. Acesso em 01/04/2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Da adoção.** In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) **Direito de Família e o novo Código Civil.** 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROCHA, Rafele Ferreira e OLIVEIRA, Gleick Meira. **Paternidade Sócio-afetiva: O Afeto faz apelo à Paternidade.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=451>>. Acesso em 07/10/2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** direito de família. 28.ed.rev. e atual.por Francisco José Cahali. v. 6.São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Pais, filhos e danos.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=141>>. Acesso em: 22/05/2008.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade sócio-afetiva e a obrigação alimentar.** Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5321&p=4>>. Acesso em: 11/10/2008.

SILVA, Marcos Alves. **Do pátrio poder à autoridade parental.** Repensando Fundamentos jurídicos da Relação entre Pais e filhos. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Paternidade Sócio-Afetiva.** Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina\\_socioafetiva.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Regina_socioafetiva.doc)>. Acesso em: 04/04/2008.

SILVEIRA, Alessandra da Silva. **O amor possível:** um estudo sobre o concubinato no Bispado do Rio de Janeiro em fins do século XVIII e no XIX. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Disponível em:<[http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000\\_374338](http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000_374338)>. Acesso em 22/09/2008.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. **O Afeto e a Dignidade como Centro do Direito de Família:** A Inconstitucionalidade da discussão da culpa na separação judicial e a nova parentalidade à luz do Código Civil. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro. n. 24, jul./dez, 2006.

SOUZA. Ionete de Magalhães. **Paternidade Sócio-afetiva.** Revista IOB de Direito de Família. n° 46. fev./mar. 2008. São Paulo: IOB Thomson, 2008.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; LEITÃO, Manuela Nishida. **Filiação sócio-afetiva:** a posse de estado de filho como critério indicador da relação paterno-filial e o direito à origem genética. Revista Jurídica da UniFil, Ano III - nº 3. Disponível em: <[http://www.unifil.br/revista\\_juridica3/sumario.asp](http://www.unifil.br/revista_juridica3/sumario.asp)>. Acesso em: 22/09/2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de família. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil vol. VI- Direito de Família.** 7 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável.** 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

\_\_\_\_\_. **Igualdade entre as filiações biológica e sócio-afetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial.** In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Lei Federal nº 3071 de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm)> Acesso em: 15/08/2008.

BRASIL. Lei Federal nº 6515/1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm)>. Acesso em: 20/09/2008.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20/09/2008.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406 de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10/10/2008.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei 2848 de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 10/10/2008.

TJRS, Apelação Cível nº 70001790039, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Dês. Luiz Felipe Brasil Santos, j.02-05-2001. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 11/10/2008.

TJ/RS, Apelação Cível nº 70004778619. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Sétima Câmara Cível. j.18-12-2002. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php)>. Acesso em: 11/10/2008

TJ/MG, AC. 0408550-5, 7ª Câm.Cív., Rel. Dês. Unias Silva, j. 1º-4-2004, DJU, 29-04-2004. Disponível em:  
 <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=rela%E7%E3o+e+paterno+e+filial&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=0%2C34223&dataInicial=29%2F04%2F2004&dataFinal=30%2F04%2F2004&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=01%2F04%2F2004&dataAcordaoFinal=02%2F04%2F2004&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=rela%E7%E3o+e+paterno+e+filial&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=0%2C34223&dataInicial=29%2F04%2F2004&dataFinal=30%2F04%2F2004&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=01%2F04%2F2004&dataAcordaoFinal=02%2F04%2F2004&pesquisar=Pesquisar)>. Acesso em: 14/10/2008.

STJ, REsp.757.411 - MG (2005/0085464-3). Rel.Min. Fernando Gonçalves. j.29-11-2005, DJ, 27-03-2006. Disponível em:  
 <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=757411+&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=757411+&b=ACOR)>. Acesso em: 14/10/2008.

Proc. 141/1030012032-0, julgado em 15-09-2003 pelo Juiz de Direito Mário Romano Maggioni, Comarca de Capão da Canoa (RS). Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n.25, 2004.

Processo nº 000.01.036747-0, julgado em 07-06-2004 pelo Juiz de Direito Luis Fernando Cirillo, 31ª. Vara Cível Central de São Paulo (SP). *In*: MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral. Fundamentos da Responsabilidade Civil. IOB de Direito de Família. nº 46. fev./mar. 2008. São Paulo: IOB Thomson, 2008.

TJ/MG, AC. 0408550-5, 7ª Câm. Cív., rel. Dês. Unias Silva, j. 1º-4-2004, DJU, 29-04-2004. Disponível em:  
 <[http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt\\_/juris\\_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt\\_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=rela%E7%E3o+e+paterno+e+filial&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=0%2C34223&dataInicial=29%2F04%2F2004&dataFinal=30%2F04%2F2004&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=01%2F04%2F2004&dataAcordaoFinal=02%2F04%2F2004&pesquisar=Pesquisar](http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=rela%E7%E3o+e+paterno+e+filial&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=0%2C34223&dataInicial=29%2F04%2F2004&dataFinal=30%2F04%2F2004&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=01%2F04%2F2004&dataAcordaoFinal=02%2F04%2F2004&pesquisar=Pesquisar)>. Acesso em: 11/10/10/2008.

TJ/RJ, Ap. Cív. 2005.001.20610, 17ª Câm. Cível., Rel. Dês. Camilo Ribeiro Ruliere, j. 19-10-2005. *In*: JR, Moacir César Pena. Direito das pessoas e das famílias. São Paulo: Saraiva. 2008.