

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

**MODELOS DE FAMÍLIAS SOCIOAFETIVAS, PRINCÍPIOS LEGITIMADORES E
SEUS EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO**

LUNARA DE SOUZA ROCHA

**Rio de Janeiro
2017 / 1º Semestre**

LUNARA DE SOUZA ROCHA

**MODELOS DE FAMÍLIAS SOCIOAFETIVAS, PRINCÍPIOS LEGITIMADORES E
SEUS EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Cristina Gomes Campos Seta.**

Rio de Janeiro
2017/ 1º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

R672m Rocha, Lunara de Souza
MODELOS DE FAMÍLIAS SOCIOAFETIVAS, PRINCÍPIOS
LEGITIMADORES E SEUS EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO /
Lunara de Souza Rocha. -- Rio de Janeiro, 2017.
60 f.

Orientadora: Cristina Gomes Campos Seta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Filiação socioafetiva. 2. Multiparentalidade.
3. RE898060. I. Seta, Cristina Gomes Campos,
orient. II. Título.

342.16

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

LUNARA DE SOUZA ROCHA

**MODELOS DE FAMÍLIAS SOCIOAFETIVAS, PRINCÍPIOS LEGITIMADORES E
SEUS EFEITOS NO MUNDO JURÍDICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Cristina Gomes Campos Seta.**

Data de aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientadora Prof.^a Cristina Gomes Campos Seta

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/ 1º Semestre

Dedico este trabalho à minha mãe maravilhosa, por todo amor e suporte ao longo da vida e por ser a responsável por eu ter chegado ao final dessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe pelo suporte dado durante toda a minha vida, por ter estado ao meu lado em cada momento, me orientando, ajudando e principalmente sonhando o meu sonho. Você tornou minha caminhada leve e fez esse sonho se tornar real.

Às minhas irmãs, Luamara e Marissol, que sempre estiveram do meu lado e acreditaram em mim.

À toda a minha família por estar sempre presente, por me ajudar e por entender meus momentos de ausência causados pela faculdade, treinos e atléica.

Ao vôlei da Nacional, por tornar esses cinco anos maravilhosos, pela entrega nos treinos e na quadra, pelas amizades que vão além da FND. Ao basquete, por ser um time tão receptivo e por me permitir treinar com vocês e viver um pouquinho desse esporte lindo.

À Elen, ao Júnior, à Rebeca, ao Jorge, ao Gabriel e ao Omar, treinadores incríveis, vocês nos deram a chance de continuar praticando nosso esporte do coração mesmo estando na faculdade, fizeram a vida ser muito mais feliz na Nacional, toda minha admiração, carinho e gratidão por vocês.

Ao Frozen (Ana, Bia, Yas, Carol, Maria, Rebecca, Luly e Bruna), eu realmente não sei como vocês me aturaram, obrigada pela amizade de sempre, pelos cuidados e companheirismo durante esses anos.

À Paula, irmã que a Nacional me deu e que vou levar sempre comigo. Não tem como pensar na minha graduação sem lembrar de você. Obrigada pelos momentos maravilhosos e pelos ruins também, todos serviram de aprendizado e obrigada por facilitar minha vida sempre. À Mari Bosco por ser essa amiga linda e sempre disposta a ajudar, o mundo seria bem melhor se tivesse mais Maris.

Ao meu sobrinho Ronald, meu afilhado Villian e minha afilhada Milena por serem meu motivo para continuar todos os dias.

À minha orientadora, Prof.^a Cristina Seta que despertou em mim o interesse pelo tema durante uma de suas aulas de Direito de Família e me orientou nesse trabalho.

À Prof.^a Ana Lúcia Sabadell pela experiência maravilhosa que tive como monitora e que aumentou meu amor pelo magistério e pela grande ajuda no final dessa monografia.

Aos funcionários da faculdade que são quem fazem a FND funcionar todos os dias e mesmo trabalhando muito são sempre gentis e dispostos a nos ajudar.

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por objeto o estudo da filiação na nossa sociedade. Inicialmente fazemos um estudo detalhado da evolução das famílias ao longo dos anos visando entender o motivo do engessamento das nossas normas. Ao longo do estudo podemos analisar a legislação relativa ao direito de família, não deixando de analisar a Constituição. Demonstramos a previsão legal que legitima a socioafetividade e fizemos questão de demonstrar como ela funciona no mundo real através de julgados de diferentes tribunais. O estudo demonstra as formas de família socioafetiva, mas deixa claro que é possível exaurir as possibilidades, visto que conforme a sociedade evoluir, muda seus hábitos novas formas nascem. Por fim se faz uma análise do Recurso extraordinário 898060 com repercussão geral que reconheceu a multiparentalidade. A partir dele se analisa os critérios patrimoniais dessas novas configurações.

Palavras-chave: filiação socioafetiva; filiação biológica; verdade biológica; RE898060.

ABSTRACT

This monographic paper is aimed at the study of parentage in our society. Firstly we make a detailed study of the evolution of the families over the years in order to understand the reason for the plastering of our norms. Throughout the study we can analyze the legislation of family law, while making an analysis of the Constitution. We demonstrate the legal prediction that legitimates socioaffectivity and we made a point that makes evident how it works in the real world by judgments of different courts. The study demonstrates the forms of socioaffective families, but makes clear that it is not possible to exhaust the possibilities; as society evolves and its habits change, newtypes are born. Finally, an analysis of the Extraordinary Appeal 898060, the one with general repercussion, recognizes the multiparentality is made. Based on that, it is possible to analyzes the patrimonial criteria of these new configurations.

Key-words: socioaffective filiation; biological filiation; biological truth.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	9
2 – A FAMÍLIA	11
2.1 – Conceito.....	11
2.2 – Evolução histórica da família no Brasil.....	12
2.3 – Evolução legislativa no Direito de família	14
2.3.1 – A família pré contistuição de 1988.....	14
2.3.2 – A família na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002.....	17
3 –PRINCÍPIOS NORTEADORES	21
3.1 – Considerações gerais	21
3.2 – Princípio da dignidade da pessoa humana	21
3.3 – Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	22
3.4 – Princípio da afetividade	25
3.5 – Do pluralismo das entidades familiares	28
4 – FAMÍLIAS SOCIOAFETIVAS	31
4.1 – Modelos de famílias socioafetivas.....	31
4.2 – Posse do estado de filho.....	35
4.3 – Filiação biológica, jurídica e socioafetiva	38
4.4 – Prevalência da filiação socioafetiva.....	40
4.5 – Impossibilidade de desconstituição	43
4.6 – Recurso extraordinário 898060.....	46
5 – EFEITOS PATRIMONIAIS	51
5.1 – Do direito a herança.....	51
5.2 – Pluralidade de patrimônios	53
6 – CONCLUSÕES	56
7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

As relações familiares vêm se modificando através do tempo, nos últimos anos houve uma modificação enorme na figura da família. Surgiram inúmeros modelos de família, algumas contempladas pela Constituição e outras não, porém todas merecendo igual proteção do Estado. Apesar das evoluções trazidas pela Constituição de 1988, não podemos dizer que ela se apresenta totalmente alinhada com a nossa atualidade. É claro que esse fato é normal diante de um panorama que sofreu muita modificação e que se modifica a cada dia.

Apesar das previsões da nossa Constituição de 1988, o Código Civil de 2002 não acompanhou essa modernidade e evolução, tendo a parte de direito de família se mantido bastante conservadora, sendo alvo de muitas críticas após sua promulgação.

Nosso Código Civil de 1916 reproduzia o patriarcalismo do Código Português e do Direito Romano. A família era constituída apenas pelo casamento, havendo distinção entre filhos legítimos (decorrente do casamento) e ilegítimos (tidos fora do casamento). Os filhos “ilegítimos” levavam essa marca para vida, visto que o caráter ilegítimo tornava-se público e notório uma vez que constava no registro de nascimento. Havia ainda distinção quanto à sucessão dos filhos legítimos e ilegítimos, além dos adotados também serem tratados de maneira desigual, enquadrando-se nos filhos ilegítimos.

A mudança começa a ocorrer com a Constituição de 1988 que traz a dignidade da pessoa humana como um dos principais princípios, busca ainda promover a igualdade entre o homem e a mulher, além de acabar com um conceito retrogrado de família que vigorava até aquele momento e não mais se encaixava na realidade da nossa sociedade. Há nesse momento uma igualdade entre o marido e a mulher, bem como a possibilidade de outras configurações de família, além da vedação da discriminação entre filhos, não importando a origem.

"Art. 227. 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".

De acordo com PERLINGIERI (2002) família é:

“Formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.”

Logo, não se concebe família apenas por meio de laços consanguíneos, mas também por laços de afeto, mudanças impostas pela época, pelos costumes e pela necessidade de adequação as novas relações sociais.

CAPÍTULO I – A FAMÍLIA

1.1 Conceito

É extremamente difícil conceituar família nos dias de hoje, pois as configurações estão cada vez mais diversificadas. O que temos são famílias, um termo plural, complexo e com inúmeros sentidos e configurações, um conceito tradicional não mais representa nossa sociedade, podendo causar exclusões e ferir princípios básicos da nossa Carta Magna.

Caio Mário em seu livro diz¹:

“Em sentido genérico e biológico, considerasse família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescentasse o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura da romana *Gens* ou da grega *Genos* do que da família propriamente dita”.

Esse conceito apresentado não merece prosperar nos dias atuais, visto que uma família não necessariamente é formada por um tronco ancestral comum. Essa seria uma maneira bem genérica de se conceituar, talvez fazendo sentido se fosse utilizada uns 20 anos ou mais atrás, não em 2017, onde descender do mesmo tronco ancestral trata-se apenas de um detalhe encontrado em algumas configurações de família. Pai, mãe, filho(s) não mais são a maior parte de modelo de arranjo familiar no Brasil.

Como nos mostra Maria Berenice Dias em sua obra, família é um agrupamento informal, formado de maneira espontânea no meio social, cuja a estruturação se dá através do direito. A posição ocupada pelo indivíduo não é importante, também não é importante a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que realmente importa é pertencer aquele cerne, é integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.²Essa talvez seja uma das poucas definições que consiga englobar todas as formas de família que possuímos atualmente em nossa sociedade, restringindo o conceito, porém sem excluir nenhuma configuração de família.

¹ Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições do Direito Civil – Vol. V – Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 25.

²Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo: Editora revista dos tribunais Ltda., 2015. p. 47.

Complementando esse sentido temos a posição adotada por Rodrigo da Cunha Pereira que se reporta à Lacan e afirma ser a família “uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. (...) Um indivíduo pode ocupar um lugar de pai sem ser o pai biológico.”³

Dessa difícil missão de conceituar família o que sabemos é que ela não se determina mais unicamente pelo fator biológico, ele pode sim ser um fator determinante em algumas configurações de família, como em algumas outras ser apenas um fator fático e de extrema irrelevância.

1.2 Evolução histórica da família no Brasil

A família é o marco das relações sociais, pois trata-se do início da vida humana. De alguma forma todos estão ligados a uma família, seja no plano próximo ou distante, seja biológica ou afetiva.

A ideia de família sofre variações de acordo com o tempo, local, situação econômica, política, religiosa, tudo contribui e influencia nos modelos de famílias de um povo, possuindo cada qual sua própria configuração. Ainda dentro de uma mesma sociedade esses modelos possuem variações, pois somos seres complexos e formados pelo meio que nos cercam, pelas experiências de vida.

Sabemos que o Direito Brasileiro possui sua origem no Direito romano, dessa forma nossa análise da evolução de família no nosso ordenamento deve ser iniciada analisando a estrutura familiar romana.

No Direito romano a família era fundada em torno do chefe, *o pater* família, ele possuía o comando sobre todos dentro da família e todos deviam autoridade a ele. Os filhos eram incapazes enquanto existisse o *pater* família, deixando essa posição apenas com a morte do

³Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições do Direito Civil – Vol. V – Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 25.

chefe e se tornando o próximo *pater* família. Não possuíam ingerência sobre nada, ainda que adquirissem algum bem ou patrimônio, esses pertenceriam ao *pater*.

Ainda mais difícil era a condição de filha, a mulher passava da condição de filha à de esposa, sem nenhuma modificação na sua capacidade, apenas passando a ser submetida ao marido, devendo a ele obediência e jamais poderia se tornar *pater*.

Caio Mário sobre a família romana:⁴

“O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manumariti*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio* perpétua que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido”.

Como restou demonstrado no fragmento acima todo poder da família se concentrava nas mãos do *pater*, restando ao resto apenas obediência.

As mudanças apenas começaram a ocorrer quando as necessidades militares passaram a estimular a criação de patrimônios individuais para os filhos, esses eram compostos pelos bens adquiridos como soldado, por atividades intelectuais, artísticas ou funcionais.

Na Idade média há forte influência da igreja Católica nas relações familiares, tornando o casamento religioso como início das relações familiares. A mulher passa a ter direito sobre parte dos bens do marido, porém vale ressaltar que a ele ainda é reservado o poder familiar, ainda que com menos autoritarismo e mais restrições.

Por fim, esse modelo patriarcal começa sofrer uma decadência diante das mudanças na sociedade. A revolução industrial é um grande marco, uma vez que cresce a necessidade de mão-de-obra, levando as mulheres a trabalharem nas fábricas e fazendo com que os homens não fossem mais a única fonte de renda da família.

⁴ Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições do Direito Civil – Vol. V – Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 31.

A mudança para as grandes cidades também foi importante nesse contexto, as famílias passaram a possuir uma configuração menor, ajudando na proximidade entre os membros e nos laços de afetividade.

Hoje as famílias são pautadas na afetividade, na cooperação, na igualdade entre os cônjuges, na primazia da realidade, critérios defendidos pelo Direito brasileiro, mas que nem sempre prevalecem na realidade fática do cotidiano.

O retorno ao direito romano é de grande relevância e importância, ao analisarmos as relações familiares modernas, podemos a princípio pensar que nada tem em comum com o direito romano, mas basta uma análise mais aprofundada para demonstrar que não podemos negar que ainda hoje há grande presença patriarcal nas relações familiares, ainda que a Constituição de 1988 seja categórica ao afirmar a igualdade entre homens e mulheres, de consagrar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Ainda passamos por um processo de evolução, onde determinados grupos avançaram mais e outros menos, todos dentro de uma mesma sociedade, de um mesmo tempo. Não há unidade dentro de relações complexas, por isso cabe ao judiciário garantir um mínimo de segurança e estabilidade para evitar o caos completo e o retrocesso.

Não é possível pensar no Direito, seja ele qual for, sem antes analisar suas influências históricas e seu papel na sociedade, só assim é possível uma real codificação que atenda a maioria da sociedade e que vise o bem estar social.

1.3. Evolução Legislativa do Direito de Família

1.3.1. A família pré Constituição de 1988

O marco da legislação envolvendo o direito de família foi o código civil de 1916, obra de Clóvis Beviláqua.

A estrutura familiar constante antes de 1988 buscava manter um modelo patriarcal, deixando de fora da tutela jurisdicional os modelos de família que não se encaixassem, excluindo ainda os filhos que não fossem gerados na constância do casamento.

Havia uma grande pressão das classes dominantes da sociedade para que esse modelo fosse mantido. As relações fora do casamento não deveriam colocar em risco o patrimônio e a segurança da família legítima. Na época era comum que os homens, mesmo que casados, dormissem com outras mulheres, não sendo raros os casos em que elas engravidavam.

Luiz Edson Fachin⁵ enfatiza que o sistema adotado pelo Código Civil de 1916 tratava de um sistema fechado que abordava apenas disposições que favoreciam a classe dominante. Desta forma, não foram codificados institutos que a sociedade da época não queria ver disciplinados, como o modo de apropriação de bens e a vida em comunhão.

A legislação civil era extremamente preocupada com a manutenção do casamento, sendo a ele dedicado uma parte especial do código civil, disciplinando sobre suas formalidades, impedimentos para realização, obrigações dos cônjuges, regimes de casamento, entre outros pontos.

O casamento era indissolúvel, possuindo a mulher capacidade relativa. Ao homem cabia a chefia da sociedade conjugal e à mulher cabia colaborar nos exercícios do encargo da família. O artigo 230 do CC/16 demonstra essa indissolubilidade e o 240, do mesmo CC/16, a capacidade relativa da mulher.

Art. 230. O regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.

Art. 240. A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324).

Art. 324. A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido.

Os filhos eram diferenciados em legítimos, ilegítimos, naturais e adotivos, essa distinção constava no registro de nascimento. Os filhos adotados só teriam direito à herança caso o adotante não tivesse qualquer outro filho legítimo, legitimados ou reconhecidos.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

⁵FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.

Outro ponto importante na filiação era a guarda da criança e do adolescente caso houvesse um desquite, nesse caso a guarda ficaria com a pessoa que não tivesse sido responsável pelo desquite, só perdendo em situações gravíssimas. O instituto não se preocupava com o bem estar da criança e do adolescente, apenas em “punir” aquele que tivesse dado causa ao desquite.

A legislação se voltava para uma pequena parte da sociedade, aquela que possuía maior renda e que conhecia as leis, o que não era a realidade da grande maioria da época. Luiz Edson Fachin destaca em sua obra que a sociedade da época, bem como a legislação era pautada em três pilares fundamentais, eram eles, o contrato, a família e os modos de apropriação de posse e propriedade.

“Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas.”⁶

Em 1937 a Constituição equiparou os filhos naturais aos filhos legítimos.

Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Já em 1941, o Decreto lei 3200 proibia a qualificação do filho nas certidões de nascimento, era o fim do constrangimento de ter cunhado em seu documento o “filho ilegítimo”, “filho adotivo”, “filho legitimado”, a partir desse momento os registros não teriam mais essa discriminação. Esse decreto também regulava o casamento de colaterais de 3º grau, assegurava a gratuidade no casamento de pessoas pobres, permitia que o desconto da pensão alimentícia fosse feito em folha, entre outras coisas.

A Constituição de 1946 não trouxe inovações ao Direito de família, apesar da segunda Guerra Mundial trazer grandes transformações sociais. As famílias sofreram grandes abalos estruturais, a nova realidade social apresentava divórcios e casamentos que não eram mais restritos ao casamento civil.

⁶FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.

Em 1949, a Lei 883 permitia que os filhos naturais fossem reconhecidos e pudessem investigar a paternidade, porém os adúlteros apenas poderiam ser reconhecidos e investigar a paternidade quando dissolvida a sociedade conjugal ou quando seu genitor, ou genitora estivesse separado de fato do respectivo cônjuge há mais de cinco anos contínuos.

Uma das grandes evoluções no Direito de Família foi **Estatuto da Mulher Casada**, Lei 4.121/62, devolvendo plena capacidade à mulher, além de assegurar-lhes bens adquiridos com o próprio trabalho.

Surge ainda EC 9/77 e a Lei 6.515/77, criando o instituto do divórcio e acabando com a indissolubilidade do casamento.

Em 1977, a lei 6.515 acrescentou na Lei 883/49 um parágrafo no qual admitia o reconhecimento do filho havido fora do casamento, na constância do casamento, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho e, nesta parte, irrevogável.

Em 1979, cria-se a adoção plena, reconhecendo direitos sucessórios ao adotado e a adoção simples, sendo do adotado metade do que recolhesse o filho legítimo.

1.3.2. Constituição de 1988 e Código civil de 2002

Como restou demonstrado o Código Civil de 1916 era discriminatório e ultrapassado. Pregava a indissolubilidade do casamento, a formação de família apenas com o casamento, discriminava as pessoas unidas sem casamento e distinguia os filhos, excluindo direitos e buscando manter a família constituída pelo casamento. Ocorre que com a evolução social e o passar dos tempos, o código foi ficando cada vez mais ultrapassado, até que com a Constituição de 1988 não haveria mais argumento que possibilitasse a manutenção do mesmo. A família é consagrada como base da sociedade civil, garantindo-lhe proteção do Estado.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Zeno Veloso diz que a Constituição num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceitos.

A Constituição de 1988 promoveu a igualdade entre homens e mulheres, estendeu o direito de família, passou a proteger de forma igualitária todos os membros da família. Passou a proteger não só a família constituída pelo casamento, mas também a união estável, a família monoparental. Consagrou a igualdade entre os filhos, não sendo mais relevante se foram havidos dentro ou fora do casamento, se eram adotivos, com a Constituição eram todos filhos, apenas filhos, não se admitiria qualquer forma de qualificação com intuito de distingui-los, além de garantir-lhes os mesmos direitos. Os dispositivos legais que já se apresentavam ultrapassados, com o advento da Constituição foram derogados em grande número. O código civil perde o papel de lei fundamental do direito de família, como afirma Luiz Edson Fachin.⁷

Com o advento da Carta de 1988 defendeu-se uma constitucionalização do direito civil, uma vez que não se pode conceber um ordenamento jurídico ignorando todo seu conjunto. A Constituição é a lei maior de um Estado, devendo o sistema jurídico acompanhá-la, ser interpretado conforme seus preceitos e fundamentos.

Ocorre que o ordenamento jurídico se apresentava ultrapassado frente à Constituição, muitas vezes com dispositivos legais que entravam em contradição com a Carta Maior. O direito de família não fugia a essa regra, com um código de 1916 e leis autônomas espalhadas, muitas vezes colidiam com as ideias e princípios presentes na Constituição. Esse fenômeno causou um completo esvaziamento nessas normas e principalmente do Código Civil.

Maria Berenice fala em sua obra da resistência das classes dominantes em aceitar a derrogação dos dispositivos infraconstitucionais⁸:

“O fato de não ter sido alterada a legislação infraconstitucional não emprestou sobrevida à separação, mas a resistência de alas conservadoras insistem em afirmar a permanência do instituto já sepultado pela jurisprudência.”

Desde de 1975 já tramitava no Congresso Nacional o projeto de Lei 634 que seria o novo código civil, como se pode inferir até a real entrada em vigor do código civil de 2002 foram longos anos de tramitação.

⁷ Luiz Edson Fachin, Da paternidade, relação biológica e afetiva. Rio de Janeiro. Editora Renovar. p. 83.

⁸ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo. Editora revista dos tribunais Ltda., 2015. p. 33.

O texto aprovado foi amplamente criticado por estar ultrapassado e não atender as necessidades da sociedade, o que era evidente devido a grande demora na tramitação, mais de 20 anos até que o texto final fosse aprovado. O mínimo esperado era um texto que tivesse acompanhado o progresso social, porém o que se viu foi um texto conservador. Caio Mário⁹ destaca que o texto consolidado se revelava muito tímido e divorciado do progresso social, em troca do comodismo das soluções passadistas.

Madaleno aponta ainda que Francisco José Cahali também criticou a obra.

“Francisco José Cahali também não demonstrou maior ânimo com o livro familista codificado para as próximas gerações, vaticinando que muitas das disposições do novo Código apenas reproduziam a legislação precedente, ou a simples confirmação das regras vigentes, embora escritas em outros termos.”

Miguel Reale fora responsável pela comissão revisora e elaboradora do código e rebateu as críticas sobre a desatualização do código devido ao longo tempo de tramitação, afirmou que em diversas oportunidades o texto foi atualizado e complementado.

Para Maria Berenice¹⁰ o grande ganho talvez tenha sido excluir expressões e conceitos que causam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna confirmação da sociedade. Como exemplos cita os dispositivos que retratavam ranços e preconceitos, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc.

Outra grande relevância do código civil foi a possibilidade da dissolução do casamento de maneira extrajudicial, não sendo necessário sempre o judiciário.

Do final do século passado até hoje a família passou por suas maiores modificações, de uma única formatação e conceito chegamos a incontáveis formas de família, de diversas formas e composições.

⁹ *Apud* Madaleno, 2015. p. 32.

¹⁰ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo. Editora revista dos tribunais Ltda., 2015. p. 33.

Chegamos num momento em que não se pode desqualificar qualquer tipo de família, merecendo todas elas proteção do Estado. O modelo que era considerado tradicional não mais se sustenta na nossa sociedade. Se hoje não se aceita discriminações a qualquer tipo de família, se todas merecem proteção do Estado, não podemos ignorar o processo lento e gradual ao longo dos anos para que chegássemos ao que temos atualmente. Entretanto, trata-se de um direito em constante mudança e evolução, a sociedade muda o tempo todo e esse campo é bastante delicado e de grande mutabilidade, sendo necessário que o direito esteja o tempo todo se atualizando e progredindo para alcançar as mudanças da sociedade.

O que vale é a proteção da família como essencial para formação sólida dos seus integrantes, desde o começo da vida é ali que o ser humano irá se desenvolver, aprenderá a se relacionar e irá interferir no seu desenvolvimento e na sua vida futura.

CAPÍTULO II – PRINCÍPIOS NORTEADORES

2.1. Considerações Gerais

O direito brasileiro possui uma grande quantidade de princípios que são responsáveis por nortear o ordenamento jurídico, são usados nas interpretações das leis, além de serem importantes na presença de lacunas ou obscuridade. Os princípios não servem mais apenas como orientação ao sistema infraconstitucional, eles possuem força normativa, estão presentes na Constituição.

“Portadores de dimensão ética e política, os princípios – sejam expressos, sejam dispersos, sejam implícitos – exigem um esforço muito maior do que amera aplicação das regras, visto que, por serem abstratos, aplicam-se a uma gama de hipóteses concretas.”¹¹

No direito de família não é diferente, os princípios estão presentes orientando as normas relativas ao direito de família. A Constituição em sua parte de direito de família imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família.

Com a Constituição de 1988 houve uma nova construção do conceito de pessoa, esse é um dos motivos do surgimento de princípios e regras que visam proteger a personalidade humana, principalmente na qualidade de ser humano.

2.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Trata-se de princípio norteador da Constituição de 1988, sendo todo o direito nacional pautado nele, não podendo ser mitigado. O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, todos os outros dele provêm, é a base sob qual o direito e os outros princípios crescem. É um princípio tão universal que fica difícil explicar em palavras o que seria, englobando inúmeras situações que não podem ser previstas antes.

Não poderia então deixar de fazer parte do Direito de família, de reger as relações interpessoais. A Constituição invoca mais de uma vez o princípio da dignidade da pessoa

¹¹ Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições do Direito Civil – Vol. V – Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 62.

humana nas relações familiares, devendo ser observado esse princípio como fundamento de garantia de direitos básicos.

Esse princípio é responsável pela grande mudança na maneira de enxergar as famílias, seja em sua configuração, seja no papel de cada um dos membros. Os membros passam a serem vistos como sujeitos autônomos, os filhos como sujeitos de direito, todos devendo conviver em harmonia e prezando pela dignidade uns dos outros, que devem ser tratados de forma igual. Ainda respeitando a dignidade da pessoa humana, o Estado e os cidadãos não podem mais discriminar uma família pela sua configuração.

Na filiação socioafetiva o princípio da dignidade da pessoa humana representa um ponto de extrema importância para entender quem é merecedor do estado de filiação, do estado de pai ou do estado de mãe, não se pode obrigar uma criança ou adolescente a construir laços com pais pautados apenas no fator biológico, principalmente quando ela já possui laços fortes de afetividade com outras pessoas que exercem o papel de sua família. O princípio ainda garante aos filhos total igualdade, independente de sua origem, não podendo haver discriminação e nem tratamento desigual, sob pena de ferir a dignidade da pessoa humana.

Como podemos ver o princípio da dignidade da pessoa humana é de grande abrangência, sendo impossível enumerar todos os casos em que ele aparece. O que se deve levar é que sendo a base do nosso ordenamento não podemos deixar de observá-lo nas relações pessoais, visando garantir dignidade a todos, como orienta nossa Carta Magna.

“A dignidade da pessoa humana encontra na **família** o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares - o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.”¹²

2.3. Princípio do Melhor interesse da Criança e Adolescente

A Constituição de 1988 visa acabar com a ideia da criança e adolescente como a extensão dos seus responsáveis, como seres sem vontade própria, objetos de uma relação. A

¹²Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo. Editora revista dos tribunais Ltda., 2015. p.75-76.

carta magna traz a criança e o adolescente como sujeitos de direito, merecedores de atenção quanto as suas vontades e necessidades, devendo os responsáveis guiá-los e orientá-los no caminho certo, mas respeitar sua autonomia e interesses.

O art. 3º do ECA de forma expressa consagra a criança e o adolescente como sujeitos de direitos.

“Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

O artigo 3º ainda reforça o princípio da proteção integral do menor, devendo todos assegurar as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Antes mesmo do art. 3º do ECA o princípio da proteção integral já era consagrado no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 4º do ECA praticamente copia o art. 227 da Constituição, apenas se aprofundando um pouco mais.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;**
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;**
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;**
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.**

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente não se encontra expresso na Constituição e no ECA, porém está consolidado na doutrina e na jurisprudência. Trata-se de um desdobramento do princípio da proteção integral. Sendo assim, analisaremos ambos os

princípios nesse subtítulo, pois não cabe separá-los, eles se complementam e se fundamentam. Esse princípio chega ao nosso ordenamento com a Constituição de 1988, sendo uma inspiração do art. 3.1 da Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente:

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança”.

A sociedade atual deve conferir proteção à criança e ao adolescente, resguardá-los dos perigos e promover seu correto desenvolvimento. Submeter a criança a vontade dos responsáveis sem ao menos analisar seus anseios vai de encontro com os princípios norteadores do Direito da Criança e do adolescente, fere o princípio do melhor interesse do menor, da prioridade absoluta e da dignidade da pessoa humana.

Os casos em que os responsáveis põem seu interesse acima do da criança e do adolescente são incontáveis, muito difundido pelo pensar popular “*Criança não tem o que querer*”, pensamento que se encontra em desacordo com o nosso ordenamento atual. Criança não só tem o que querer, como em casos de conflitos, o interesse dela deve prevalecer, deve ser resguardado e priorizado.

A jurisprudência é unânime em reconhecer o melhor interesse da criança em diversos casos, sendo indiferente o assunto.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ART. 24 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ABANDONO, NEGLIGÊNCIA E OMISSÃO COMPROVADOS. Embora a destituição do poder familiar seja uma medida extrema, encontra fundamento na prova dos autos, a qual evidencia a absoluta falta de condições dos genitores, em assumir a responsabilidade pela realização dos deveres decorrentes do poder familiar. Sentença confirmada. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70061139507, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 30/09/2014).

DIREITO DE FAMÍLIA. VISITAÇÃO PROVISÓRIA. MÃE. CABIMENTO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

NECESSIDADE. PREJUÍZOS. MENOR. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. OS PAIS QUE NÃO DETEM A GUARDA TEM DIREITO À VISITAÇÃO DOS FILHOS.

2. NÃO RESTANDO DEMONSTRADO PREJUÍZOS À ROTINA OU RISCO AO MENOR, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ALTERAÇÃO DO REGIME PROVISÓRIO DE VISITAÇÃO MATERNO. 3. A AÇÃO QUE VERSA SOBRE DIREITO DE FAMÍLIA QUE SE ENCONTRE EM SEDE DE INSTRUÇÃO INCIPIENTE, NECESSITA DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA APARELHAR A DEMANDA COM ELEMENTOS QUE VISEM A SOLUÇÃO DA LIDE DE FORMA QUE SEJA RESPEITADO O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Há uma enorme tendência em se fortalecer os laços familiares e manter a criança e o adolescente junto a sua família, porém como fica elucidado nesse julgado o interesse da criança é sempre superior a qualquer outro, nem mesmo estar na presença dos genitores pode ser superior ao melhor interesse da criança e do adolescente. Se constatado que esses genitores não garantem os direitos fundamentais dessa criança, não contribuem adequadamente com sua formação, cabe a destituição do poder familiar, ainda que se trate de medida extrema. O caso apresentado é de clara constatação da prevalência do direito da criança e do adolescente, porém em qualquer outro caso em que esteja presente conflito entre genitores e a criança e o adolescente, deve-se analisar o melhor desses últimos, ainda que isso signifique restringir o poder familiar e as necessidades dos genitores.

Não se pode resolver qualquer caso que envolva criança e adolescente sem antes se analisar o melhor interesse da criança e do adolescente, esse é um critério básico para que as decisões estejam em acordo com a Constituição, o ECA e a Convenção Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

2.3. Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade não se encontra positivado, porém retira seu fundamento do art. 5º, § 2º da Constituição da República, é uma grande conquista das sociedades contemporâneas, que consagram as relações de afetuosidade e reciprocidade superiores as meramente patrimoniais e sanguíneas. Para Paulo Lôbo¹³ o princípio da afetividade fundamenta o direito das famílias, dando estabilidade às relações socioafetivas e da comunhão da vida, fazendo com que essas se sobreponham em face das considerações de caráter

¹³ Lôbo, Paulo. Socioafetividade: O estado da arte no direito de família brasileiro – RJLB nº1, 2015. p.11.

patrimonial e biológico. Trata-se de observar a nova ordem advinda com a Constituição de 1988, primar pela socioafetividade em detrimento do patrimônio proteja a dignidade humana, sendo o mais importante nas relações interpessoais.

É unânime entre os doutrinadores que ainda que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição e no código civil podemos vê-la presente e protegida em seus âmbitos. Exemplo comum em quase todos os livros é o reconhecimento da união estável como entidade familiar e que merece tutela jurídica. Mostra que as famílias não constituídas pelo casamento também merecem a tutela do Estado, pois está presente afetividade, o que deve ser a base das relações interpessoais dentro da família, por se tratar de necessidade inerente ao ser humano.

Dentro do tema dessa monografia temos como exemplo a consagração da igualdade entre filhos biológicos e adotivos (CF 227, § 6º); a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227, §§ 5º e 6º); a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF 226, § 4º); e o direito familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CF 227). Em todos esses casos está presente a afetividade como formação dos vínculos familiares. No código civil podemos nos deparar com a afetividade no instituto da guarda em favor de terceira pessoa (CC 1.584, § 5º); estabelecimento de comunhão plena de vida no casamento (CC 1.511); admissão de outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (CC 1.596); na fixação de irrevogabilidade da perfilhação (CC 1.604). Fica claro com esses exemplos que mesmo sem estar presente a palavra afeto no nosso ordenamento, ainda assim ela está presente em seus artigos que regulamentam o direito de família.¹⁴

O afeto é a base dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, dando dignidade à existência humana. Faz parte da natureza humana a necessidade de afeto, sendo de suma importância no desenvolvimento adequado da criança e do adolescente. Em sua obra, Rolf Madaleno cita Giselle Câmara Groeninga: “O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável.” Rolf ainda complementa dizendo: “certamente nunca será inteiramente saudável

¹⁴Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo. Editora revista dos tribunais Ltda, 2015. p.52 - 53.

aquele que não pode merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém.”¹⁵

A partir do momento que a família passa a não ser apenas aquela constituída pelo casamento, que as relações são menos instrumentalizadas, acentuando os sentimentos entre seus membros, esse princípio passa a ganhar força. Na atualidade as pessoas não mais se unem por obrigação ou vontade da família, na quase totalidade dos casos a união surge de laços de afetividade presentes entre eles, nascendo vontade de constituir família, seja qual for sua estrutura.

“Afetividade, como elemento nuclear e definidor da união familiar, tem a função de unificar e estabilizar o respeito, a liberdade, a igualdade, o companheirismo, a cooperação, a amizade e a cumplicidade. Isso deve ocorrer na relação entre os pais e os filhos, todos unidos pelos sentimentos.”¹⁶

Em relação aos filhos nem sempre isso acontece, vivemos na época da liberdade e nem todo relacionamento resulta em formação de família, não são raros os casos em que ocorre uma gravidez indesejada, seja por parte da mulher, seja por parte do homem ou por parte dos dois. Tendo como base esses casos, vamos elencar algumas hipóteses que ocorrem cotidianamente, porém devemos lembrar que a gravidez indesejada também ocorre dentro das famílias e que a ordem que será apresentada não tem a ver com a intensidade que ocorre na sociedade.

- 1ª hipótese: os pais passam por cima disso e constroem laços afetivos com aquela criança;
- 2ª hipótese: o pai some ou ainda que presente não reconhece aquela criança e não cria laços afetivos com ela, o mesmo podendo ocorrer com a mãe.
- 3ª hipóteses: a criança vai para adoção, ganhando novos pais;
- 4ª hipótese: a criança é criada pela família ampliada, ou seja, tios, avôs, ou outros parentes próximos;
- 5ª hipótese: a criança é criada por apenas um dos genitores;

¹⁵ Madaleno, Rolf. Curso de Direito de família. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2013. p. 99.

¹⁶ Goulart, Fabiane Aline Teles. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões nº32 de 2013. p. 20.

- 6ª hipótese: a criança é criada por um dos genitores e pelo cônjuge dele, que cria laços afetivos com a criança, sendo reconhecido por ela e pela sociedade como pai/mãe dela e também a reconhecendo como filha.

As hipóteses elencadas não são exaustivas, quando se trata de relações humanas, os desdobramentos podem ser muitos, o que se busca elucidar com as hipóteses acima é que não importa apenas os laços biológicos, mas importante se faz os de afetividade, devendo ser observado para garantir o melhor interesse da criança e do adolescente. Sendo o princípio da realidade afetiva muito importante no direito da criança e do adolescente, devendo garantir sua integridade psíquica quando se tratar de conflitos entre pais biológicos e socioafetivos.

Destaco uma citação que Fabiane Aline Teles Goulart faz em seu texto na Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões:

“(...) o afeto é subjetivo, não podendo ser mensurável, ninguém pode ser obrigado por lei ou socialmente amar outra pessoa, mesmo que essa pessoa seja seu descendente consanguíneo, não será comprovando o laço biológico que o afeto vai surgir. Pode-se ter a paternidade biológica, mas não ter intrinsecamente a paternidade afetiva associados. Sendo insuficiente uma paternidade que se funda apenas no dado genético, umas vez que sem o exercício da sua função mais se apresenta como um vínculo fictício, pois não encontra correspondência com o ato de ser pai, isto é, amar, cuidar, educar”¹⁷

3.4. Do pluralismo das entidades familiares

Nas codificações anteriores a Constituição de 1988 apenas o modelo de família matrimonializada era reconhecida e merecia proteção do Estado. Com o passar dos tempos esse modelo foi ficando cada vez mais insustentável, a sociedade evoluiu, as famílias ganharam novos contornos e o direito ficando de forma absurdamente defasado e excluindo um inúmero imenso de pessoas de sua proteção.

¹⁷Goulart, Fabiane Aline Teles. O Reconhecimento da filiação socioafetiva com seus efeitos sucessórios. Revista Brasileira de Direito da Famílias e Sucessões, nº 32 – Ano XIV, p. 31.

Com o advento da Constituição de 1988 novos arranjos de família passaram a ser reconhecidas pelo Estado, como a união estável e a família monoparental. Basicamente esses dois novos arranjos familiares foram abarcados pela Constituição.

Parece um grande avanço, porém nada mais representou que um pequeno passo, a Constituição de 1988 continuou por manter muitas famílias sem o reconhecimento estatal, apesar de consagrar que a família tem especial proteção do estado, em seus parágrafos falou apenas da família monoparental e da união estável. O direito deve possuir normas abstratas para abarcar o maior número possível de situações, porém parece que a Constituição buscou delimitar essas situações. O mesmo ocorreu ao consagrar a união estável como sendo a união entre um homem e uma mulher. Apesar de querer acreditar que o legislador não queria excluir parte da população, sabemos que o real intuito dele era esse e não outro, para ele essa era a união estável que poderia existir e ser tutelada pelo Estado.

Diante desse cenário fica sobre a responsabilidade dos juízes interpretar essas normas e reconhecer ou não novas configurações de família. O problema disso é que até se construir uma jurisprudência pacificada há sofrimento por parte dessas pessoas, essas famílias se tornam invisíveis para o Estado, seus direitos são desrespeitados o tempo todo. Além disso, conseguir esse reconhecimento demanda tempo, tudo isso podendo ter sido resolvido pela falta de discriminação por parte dos legisladores.

Diante das novas configurações de família se tem entendido que a família não pode se enquadrar numa moldura rígida, em um suposto rol taxativo presente na Constituição, por isso a doutrina passou a encarar aquele rol como exemplificativo.¹⁸

Afirma Maria Berenice Dias que: “O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.”¹⁹

¹⁸ Tartuce, Flavio. Direito Família. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017. p. 35.

¹⁹ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2015 p. 133.

Fica claro a inadequação dos modelos tradicionais serem os únicos reconhecidos pelo Estado, isso fere o princípio que é a base da Constituição de 1988 que a dignidade da pessoa humana.

O direito deve garantir a dignidade e a felicidade do indivíduo, esses são mandamentos comuns. O Ministro Fux afirma que os indivíduos são senhores dos seus próprios destinos, condutas e modos de vida, fica vedado a quem quer que seja, nisso ele incluiu legisladores e governantes, pretender submetê-los aos seus próprios projetos em nome de coletivos, tradições ou projetos de qualquer sorte.

CAPÍTULO III – RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

3.1. Modelos de famílias socioafetivas

3.1.1. Adoção

A adoção é um ato jurídico responsável por dar ao adotado uma família que possa cuidar, amar, educar e criar. É um ato de vontade que depende de decisão judicial para se concretizar. Após a decisão judicial o vínculo biológico deixa de existir nascendo uma nova filiação, uma nova família que será formada por laços de afetividade e solidariedade, visando o benefício do filho adotado. Os pais serão responsáveis pelo desenvolvimento daquele filho, ajudarão na formação do caráter, irão proteger, educar e amar.

“A adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração”²⁰

Segundo Maria Berenice Dias, a adoção é um “ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.”²¹

3.1.2. Adoção “à brasileira”

É uma prática bastante comum no Brasil e por isso recebeu esse nome. A adoção à brasileira ocorre quando alguém registra filho de outrem como se seu fosse, assumindo perante o filho e a sociedade o papel de pai daquele indivíduo. Não se equipara a adoção, pois nesse caso não houve os trâmites legais que destituem o poder familiar e o entrega para outro por sentença judicial. A pessoa apenas vai ao cartório e registra filho de outrem como se seu

²⁰Lôbo, Paulo. Direito de família. São Paulo. Editora Saraiva, 2011. p. 273.

²¹Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo. Editora revista dos tribunais Ltda., 2017. p.481.

fosse. Cria-se aí um vínculo afetivo e a pessoa que registrou não poderá alegar posteriormente falsidade do registro civil para desconstituir essa relação.

Esse tipo de adoção acontece muito quando a mulher tem um companheiro ou marido que não aquele pai biológico da criança ou ainda por parentes próximos que visando não permitir que aquela criança tenha um espaço em branco na certidão de nascimento, promove o registro como se fosse pai da criança.

“A convivência familiar duradoura transforma a “adoção à brasileira” em posse de estado de filho, que é espécie do gênero estado de filiação, que independe do fato originário da falsidade ou não da declaração. Bastam para a posse do estado de filho o nome, o tratamento e a reputação, que são consolidados na convivência familiar duradoura. Assim, a posse de estado de filho convalida a declaração e o respectivo registro de nascimento, que não mais pode ser cancelado, podendo valer-se o filho de ação declaratória dessa relação jurídica, inclusive incidental, para obstar ação que vise à invalidação ou desconstituição do registro.”²²

3.1.3. Adoção civil

Na adoção civil há criação de vínculo paterno-materno-filial entre pessoas estranhas, não há parentesco biológico consanguíneo. Pessoas movidas por solidariedade e amor por aquele filho criam laços de afetividade com ele, integram aquele indivíduo a família e o criam como filho.

Apesar da consagração dos laços afetivos, o que vemos nos julgados que tratam sobre o tema é que os tribunais não têm caracterizado essa ligação como filiação socioafetiva, alegam faltar a vontade de reconhecer àquele como filho. Por vezes podemos perceber que falta ao magistrado conseguir alcançar o fato de que esse tipo de filiação é muito característico nos lugares mais pobres e/ou de interior das capitais, o que explica a falta de tentativa de dar juridicidade a essa relação. Na grande maioria das vezes a pessoa não sabe que é possível dar juridicidade a essa relação ou não possuem meios de acesso a justiça. São levados pelo ditado popular “*pai (podendo ser usado para mãe também) é quem cria*”, acreditam que isso basta, e deveria bastar, restando configurado a filiação socioafetiva, independente de registro civil o filho deve possuir os mesmos direitos dos filhos biológicos.

²² Lôbo, Paulo. Direito de família. São Paulo. Editora Saraiva, 2011. p. 251.

Como forma de elucidar esse entendimento irei apresentar aqui alguns julgados interessantes nos quais o “filho de criação” não foi equiparado a filho para efeitos legais. No primeiro caso apresentada a pessoa foi entregue aos pais ainda bem nova, com apenas 3 meses de idade, porém ainda assim persistiu o entendimento de que ela não se equipararia a filha.

ADMINISTRATIVO - MILITAR - PENSÃO POR MORTE - FILHA DE CRIAÇÃO - MAIOR DE IDADE - PENSÃO - LEI Nº 3765/60 - SÚMULA Nº 116/TCU - PRECEDENTES.

-Objetivando habilitar-se à pensão militar; aduzindo a qualidade de filha de criação de ex-militar falecido em 1985 e de sua obituada esposa, beneficiária de indicado benefício, ante o fato de ter sido entregue aos 3 (três) meses de idade aos mesmos, e desde então por eles criada como filha, ajuizou a ora apelante o presente feito, julgado improcedente, entendendo o Magistrado de piso pela inexistência de previsão na norma de regência art. 7º, Lei 3765/60, de enquadramento de filha de criação como beneficiária da pensão militar.

-Em que pese a orientação firmada pelo Tribunal de Contas da União Súmula nº 116, certo é que o deferimento da pensão em epígrafe, nos moldes em que postulada, não prescinde da constatação da condição de filho, nos termos da Lei Civil, à época do óbito do instituidor 1985 . -O art. 7º, II da Lei nº 3765/60 elenca como beneficiários da pensão militar, dentre outros, os filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválido, estando ligada tal nomenclatura à antiga classificação de filiação (legítimos, ilegítimos e adotivos), não se estendendo aos chamados filhos de criação pelo que, inexistente previsão legal de enquadramento da filha de criação como beneficiária da pensão militar.

- De toda sorte, sequer se poderia cogitar do pensionamento a título de beneficiário instituído, dada a impossibilidade de reversão em favor deste, como se observa do art. 24, parágrafo único, da Lei nº 3.765/60.

-Destarte, A lei acima descrita não faz das chamadas filhas de criação beneficiárias da pensão e, sim, coíbe a discriminação em relação aos filhos, fazendo prevalecer o tratamento igualitário e estendendo o direito ao pensionato aos filhos legítimos, ilegítimos e adotivos. (TRF2, AC , DJ03/09/08), sendo certo que, A condição de filho não admite elastério. A filha de criação ou agregada não pode ser equiparada a filhos de qualquer condição.(mutatis TRF4, MAS 970423059-1/RS, DJ 09/08/00) - Fixadas estas premissas, correta, portanto a decisão objurgada, restando justificado o não pagamento do benefício perseguido, posto que, Não há amparo legal à concessão da pensão militar para "filha de criação", com base exclusivamente no argumento de que a menor vivia sob a guarda do falecido (TRF2, AC, DJ06/03/03; mutatis, TRF2, AC , DJ 12/06/07; mutatis, TRF2, AC , DJ02/12/05, mutatis TRF4, AC 20010401032582-0/RS, DJ 14/11/01), e, sobretudo por cuidar-se de pessoa maior, presumidamente válida, sem provas de dependência econômica, o que deságua na sua manutenção.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMOÇÃO DE INVENTARIANTE, FILHA DE CRIAÇÃO DO DE CUJUS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PARENTESCO JURÍDICO.

1. O fato de a agravante ter sido criada, como se filha fosse, pelo de cujus não lhe garante a condição de herdeira, diante da ausência de comprovação de parentesco jurídico.

2. Correta a decisão que removeu a filha de criação da inventariança, pela falta de comprovação de parentesco jurídico, em favor de sobrinho do falecido, observado

os limites cognitivos do processo de inventário. Recurso manifestamente improcedente, ao qual se nega seguimento, nos termos do artigo 557 do CPC.

Como fica demonstrado nesses julgados o fator se complica quando presente herança, pensão, basicamente sucessão. De um lado fica o filho socioafetivo que não possui o vínculo registral e do outro aqueles que querem suceder ou como demonstrado no primeiro caso o Estado que não quer conceder a pensão.

A utilização pelos próprios julgadores da expressão “filho de criação” só demonstra a perpetuação do preconceito persistente diante dessa realidade. Trata-se de filho e apenas filho, não se aceita mais a adjetivação do filho, quando isso ocorre há grave ofensa ao Princípio da igualdade entre os filhos, consagrado pela Constituição de 1988. Todos eles são iguais e merecem os mesmos direitos e proteções. Cabe ao Estado manter os vínculos pautados na afetividade, carinho, cuidado, zelo, independente de nome e de registro civil.

“Está na hora de a pejorativa complementação "de criação" ser abolida. A identidade dos vínculos de filiação divorciou-se das verdades biológica, registral e jurídica. Sustenta Belmiro Welter que quem sempre foi chamado de "filho de criação", ou seja, aquela criança - normalmente carente -que passa a conviver no seio de uma família, ainda que sabendo da inexistência de vínculo biológico, merece desfrutar de todos os direitos atinentes à filiação.”²³

3.1.4. Homoparental

É a filiação formada por pessoas do mesmo sexo, o filho terá dois pais ou duas mães. O casal recorre à adoção ou a técnicas de reprodução assistida.

Durante muito tempo esses casais foram impossibilitados de adotar em conjunto e quando um conseguia realizar uma adoção de forma autônoma a criança possuiria laços jurídicos apenas com ele, ficando o parceiro de fora dessa relação, o que em caso de separação causava ainda mais sofrimento para a criança, pois a parte que não possuía vínculo jurídico poderia não assumir suas responsabilidades perante o filho, ou a parte que possuía o vínculo jurídico podia dificultar o convívio dessa criança com o a outra parte. Ocorre mais uma vez a filiação socioafetiva em relação aos genitores, seja na reprodução assistida ou na adoção por uma das partes.

²³ Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo. Editora revista dos tribunais Ltda., 2017. p. 503.

“O resultado também vinha em prejuízo à criança. Vivendo em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um dopar, restava absolutamente desamparada com relação ao outro, que também considerava pai ou mãe, mas que não tinham os deveres decorrentes do poder familiar.”²⁴

3.2. Posse do estado de filho

A posse do estado de filiação é um dos pontos centrais quando se trata de filiação socioafetiva. Posse do estado de filiação é quando alguém assume o papel de mãe/pai em face daquele que assume o papel de filho. Não se trata da relação biológica, porém pode ocorrer dentro dela também. É algo bem mais profundo, é a externalização do afeto nas relações familiares.

Para Fachin²⁵ esse instituto serve para valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação, posto que sua ausência possa pôr em dúvida o vínculo da filiação.

“A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se baseia no campo da afetividade, ultrapassando a verdade jurídica ou aquela constituída pela certeza científica. Ela emerge como elemento caracterizador da filiação de afeto, para demonstrar a verdade socioafetiva, formada por situações de fato.”²⁶

No direito anterior a posse do estado de filho era utilizada e admitida apenas para fins de prova e suprimento do registro civil, caso os pais vivessem família constituída pelo casamento. Com o advento da Constituição de 1988 e tendo o seu artigo 226 previsto outras formas de entidades familiares essas servem de fundamento para a posse do estado de filho, e não mais apenas aquela família constituída pelo casamento.

O instituto se faz necessário quando há conflitos entre a filiação de fato e a tida como “de direito”, quando a realidade fática não condiz com a realidade biológica, em outras palavras, quando as relações de afeto entre pai/mãe e filho não enquadram com a

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo: Editora revista dos tribunais Ltda., 2015. p. 502.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 151.

²⁶ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto com valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 148.

paternidade/maternidade jurídica, ou quando ainda que exista a paternidade/maternidade biológica, a posse do estado de filho se dá com um terceiro. Diante disso, esse instituto se faz muito importante, visto que buscará o melhor interesse da criança e adolescente e levará em consideração os laços afetivos construídos, garantindo que o desenvolvimento daquela criança ou adolescente não seja prejudicado.

O afeto não se vende, não se compra e não se ganha judicialmente, ele é construído ao longo do tempo, com carinho, atenção, presença, cuidado. Impor a uma criança ou adolescente a convivência com pessoas que ela nunca enxergou como pai/mãe, somente por possuir vínculos biológicos com ela, é confundir a cabeça dela, causando sofrimento e problemas no seu desenvolvimento. Todos possuem necessidades afetivas, porém as crianças e adolescentes como seres em desenvolvimento, seres vulneráveis, devem possuir uma atenção muito maior, sendo priorizado suas necessidades afetivas, ainda que seja necessário sacrificar a dos seus pais.

Fabiane Aline Teles diz que não são os pais biológicos e nem afetivos que tem o direito de ficar com a criança, mas é a criança que tem direito de ficar com aquela família com a qual criou vínculo. (...) possibilitando que esta criança tenha um ambiente de equilíbrio, de proteção, cumplicidade e afeto.²⁷

Apesar de ser um instituto extremamente importante para dirimir problemas de filiação, ele não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro, cabendo ao julgador um papel muito importante nesses litígios, pois ele se utilizará dos princípios constitucionais para suprir os vazios normativos presentes no Direito de Família.

A posse do estado de filho é verificada em cada caso concreto, não possuindo no nosso ordenamento qualquer parâmetro para auxiliar os juízes nessa decisão. O código civil francês, por exemplo, em seu art. 311-2, na sua atual redação, apresenta algumas espécies de presunção de estado de filiação, não sendo necessária a reunião delas:

- a) **Quando o indivíduo porta o nome dos seus pais;**
- b) **Quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais;**
- c) **Quando os pais proveem sua educação e seu sustento;**

²⁷ Goulart, Fabiane Aline Teles. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões nº32 de 2013. p. 30.

- d) Quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família;
- e) Quando a autoridade pública o considere como tal.

Trata de um artigo muito interessante e que de forma clara ajudaria muito na uniformização desses parâmetros no nosso ordenamento, apesar de não se tratar de um rol taxativo, visto que limitar as hipóteses para configuração da posse do estado de filho resultaria em exclusões a medida que novas formas de se relacionar com o outro vão surgindo, porém ter um parâmetro seria de grande valia no nosso código tão desleixado quando se trata de direito de família, principalmente no que diz respeito na relação de pai/mãe e filhos.

Na ausência desses parâmetros é possível ver na doutrina alguns pontos que devem ser observados quando necessário dirimir problemas de filiação, são três elementos principais que caracterizariam a posse do estado de filho, **o nome, o trato e a fama**.

O primeiro ponto é considerado um dos menos relevantes para os doutrinadores, a jurisprudência entende da mesma maneira, não podendo o nome ser um fator decisivo nem para configurar e nem para desconfigurar a posse do estado de filho. Ainda que o filho não utilize ou nunca tenha utilizado o nome da família do suposto pai/mãe isso não obsta ao reconhecimento da posse do estado de filho, muitos são os fatores que fazem com a criança e o adolescente não tenha o nome da família do suposto pai/mãe. José Bernardo²⁸ de maneira magnífica afirma que:

“(...) a doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a posse do estado de filho se concorrerem os demais elementos – trato e fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado.”

O segundo elemento é muito importante e não pode ser ignorado, trata-se de um dos principais pontos para se configurar esse instituto. É o comportamento real da relação paterno/materno-filial. Essa relação deve prover as necessidades da criança e do adolescente como educação e instrução, mas principalmente dando afeto e carinho, como preceitua a Constituição da República e o Estatuto da Criança e do adolescente.

²⁸ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999. p. 53 - 54.

Devemos ainda ressaltar que o uso do termo “pai”, “mãe” e “filho” não se fazem necessários para configurar essa relação. O que se valoriza nessa relação é a afetividade, o cuidado diário que se tem em relação à criança e adolescente como se pai/mãe dele fosse.

O terceiro elemento é a fama, esse elemento diz respeito a maneira que aquelas pessoas são vistas pela sociedade que os cercam, o suposto filho é visto por todos como legítimo daqueles que o criam. Essa sociedade é formada por todos que o cercam, parentes, vizinhos, amigos, empregados, professores, entre outros. É a realidade fática dessa relação!

A comprovação dos elementos trato e fama são suficientes para o reconhecimento e constituição dessa relação socioafetiva. São aceitos todos os meios de provas admitidas em direito para confirmar essa relação.

Edson Fachin acredita ser necessário três elementos para caracterizar a posse do estado de filho, seriam eles, a publicidade, a continuidade e a ausência de equívoco. São elementos bastante relevantes e importantes. A publicidade se equipara ao elemento fama, não sendo necessário maiores explicações a respeito. A continuidade, é necessário um lapso temporal para que a posse do estado de filho se caracterize, tempo necessário para se construir laços de afetividade, não sendo exigido atualidade, pois ainda que afastados os laços afetivos construídos podem perdurar. Os fatos formadores desse vínculo devem ficar claros, não havendo dúvidas ou equívoco.

3.3. Filiação biológica, filiação jurídica e Filiação socioafetiva

A filiação é fator muito importante na vida do ser humano, sendo responsável pelo seu desenvolvimento durante a infância e a juventude, além de formar sua personalidade.

Podemos dividir as formas de filiação em três grandes grupos, seriam eles a filiação socioafetiva, a jurídica e a biológica. A filiação biológica é a geneticamente comprovada, é possuir o mesmo tipo de DNA dos seus genitores. A filiação jurídica é aquela representada na certidão de nascimento, onde constam o nome do pai e da mãe de determinada pessoa. Temos ainda a socioafetiva que é a criação de laços de afetividade, cuidado e sentimento materno/paterno filial com aquela determinada criança ou adolescente.

O ideal é que esses três tipos de filiação se reúnam numa situação fática onde os que possuem o mesmo fator genético se comprometam com os seus filhos afetivamente, garantindo seu desenvolvimento saudável, seu sustento, suas necessidades básicas, ajudando na formação de sua personalidade e que esses pais/mães estejam constituídos como pai/mãe no registro civil daquela pessoa. Essa seria uma filiação incontestável, pois estaria reunido todos os quesitos necessários para se constituir pai/mãe de uma pessoa.

Ocorre que nem sempre essa união ocorre e daí surgem alguns problemas, como brigas pela guarda e pela tutela daquela criança ou adolescente. Desde que o exame de DNA se tornou acessível houve uma grande romantização da descoberta dos laços genéticos entre as pessoas, o problema é que isso não demonstra a realidade da filiação, pois não basta que as pessoas possuam o mesmo fator genético para que a filiação exista. A filiação é bem mais que isso, é possuir a posse do estado de filho, é dar afeto necessário para ajudar no desenvolvimento da pessoa, é cuidar, zelar, educar, prover, estar presente.

O estado de filiação constitui-se *ope legis* ou em razão da posse de estado, por força da convivência familiar (*a fortiori*, social), consolidada na afetividade. Nesse sentido, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não biológica.

Hoje começamos a enxergar que a verdade biológica não é mais fator essencial para filiação, importa muito mais os laços afetivos construídos, a realidade fática que o fator biológico e jurídico. Com grande excelência nossos tribunais têm se manifestado de forma a proteger os laços afetivos aos laços biológicos, consagrando na atualidade a filiação socioafetiva como prioritária.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRETENSÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. EXAME DE DNA EXCLUDENTE DO VÍNCULO GENÉTICO ENTRE AS PARTES. FILHO ADVINDO NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. DÚVIDA, DESDE O PRINCÍPIO, ACERCA DO LIAME CONSANGUÍNEO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO. ATO IRREVOGÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.610 DO CÓDIGO CIVIL. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA PLENAMENTE CONFIGURADA. PREVALÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DO LAÇO AFETIVO AO BIOLÓGICO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O reconhecimento voluntário da filiação somente pode ser contestado acaso

comprovado vício na manifestação de vontade. Caso contrário, o ato é irrevogável (CC/2002, art. 1.610), mormente em se tendo formado a paternidade sócio-afetiva, a qual, na espécie, deve prevalecer sobre o vínculo genético, em prol dos interesses do menor envolvido.

(TJ-SC - AC: 20120487096 SC 2012.048709-6 (Acórdão), Relator: Stanley da Silva Braga, Data de Julgamento: 05/09/2012, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DECISÃO CONTRÁRIA AO RESULTADO DE EXAME DE DNA. IRRELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA. SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA. 1. A FLEXIBILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA ESTÁ ADSTRITA ÀS AÇÕES QUE VERSEM SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS, CUJA SENTENÇA FOI LASTREADA EM CONJUNTO PROBATÓRIO DEFICIENTE. 2. POSSUINDO O JULGADOR TODOS OS MEIOS DE PROVAS DISPONÍVEIS, INCLUSIVE O EXAME DE DNA, A DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ DE SER ABARCADA PELA COISA JULGADA NA SUA TOTALIDADE, AINDA QUE SE TENHA JULGADO CONTRARIAMENTE AO RESULTADO DA PERÍCIA, EM DECORRÊNCIA DA PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA E ANTE A INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍCIO DE VONTADE QUANDO DA PERFILHAÇÃO LEVADA À EFEITO PELO AUTOR DA NEGATÓRIA. 3. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJ-DF - APL: 52712820088070005 DF 0005271-28.2008.807.0005, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 25/03/2009, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 20/04/2009, DJ-e Pág. 137)

3.4. Prevalência da Filiação Socioafetiva

A filiação socioafetiva extrai seu fundamento de existência do art. 1593 do Código civil de 2002, ele se fundamenta na expressão “outra origem”, dessa forma não limitando o parentesco apenas aos critérios de consangüinidade.

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade **ou outra origem.**”

O Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 28 a 52 fala sobre as famílias substitutas, o que representa também uma forma de filiação socioafetiva, onde a nova família vai cuidar dessas crianças e adolescentes que por qualquer motivo não podem permanecer com sua antiga família.

Ser pai/mãe é muito mais que possuir identidade genética, é participar do cotidiano do filho, amar, educar, se preocupar, ajudar na formação, dar afeto, despender tempo com aquele filho.

Apesar de não estar tutelado no nosso ordenamento de maneira clara, atualmente podemos ver que há prevalência da filiação socioafetiva sob a biológica, ainda que seja necessário uma análise de cada caso concreto.

ROLF MADALENO²⁹ esclarece sobre o tema:

“O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.”

A filiação socioafetiva é a distinção entre pai/mãe e genitor/genitora, aqueles que apenas contribuem com sua carga genética não podem ser considerados pais daquela pessoa, a não ser que aliado a isso realmente cumpram com seu papel de pais, que é estar presente, dar afeto, carinho, cuidado, zelar, prover educação, cuidar da saúde, ajudar no seu desenvolvimento.

A Constituição da República traz muitos fundamentos do estado de filiação geral, não se limitando à biológica, eles estão presentes em seus artigos 226 e 227 e parágrafos.

- a) Igualdade entre os filhos, independente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) Adoção como escolha afetiva, possuindo o filho adotivo igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) O direito à convivência familiar, e não a origem genética, constituindo prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput);
- d) A família formada por qualquer dos pais e seus descendentes possui a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou existência de outro pai/mãe (genitor/genitora) (art. 226, §4º).

²⁹ Madaleno, Rolf. Curso de Direito de família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 488.

Já no Código Civil de 2002 também podemos observar o instituto da filiação socioafetiva em alguns artigos.

- a) O famoso artigo 1593 que fala do parentesco natural ou civil conforme decorra da “consanguinidade ou outra origem”. Quando o legislador adotou o termo “ou outra origem” deixa de limitar a filiação apenas a biológica e integra outros tipos de filiação, sendo a socioafetiva uma dela;
- b) O artigo 1.596 que equipara todos os filhos, não permitindo mais discriminação entre os havidos na relação do casamento ou não;
- c) O artigo 1.957, V, fala sobre a filiação por inseminação artificial heteróloga, aqui temos um ótimo parâmetro para fundamentar a filiação socioafetiva, pois o pai não será o biológico e ainda que se descubra algum dia quem é o doador ele não poderá requerer qualquer reconhecimento de paternidade, pois não é considerado pai;
- d) Artigo 1.605 consagra a posse do estado de filho, quando há defeito ou falta termo nascimento, nesses casos se prova a filiação por veementes presunções resultantes de fatos já certos, aqui o legislador protege a situação de fato em face da biológica. Apesar de ser um artigo bom, o legislador perdeu a oportunidade de aprofundar um pouco mais, podendo ter exemplificado as espécies de presunção, ou pelo menos uma duração da situação fática;
- e) Artigo 1.614, não permitindo que o filho maior seja reconhecido sem seu consentimento e o menor possa impugnar o reconhecimento nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou emancipação. Esse artigo mostra que o filho caso não queira o reconhecimento do seu genitor/genitora não será obrigado a aceitar caso ele/ela não tenha feito o registro após o seu nascimento, trata-se de autonomia e liberdade do filho que não construiu laços com aquele pai/mãe.

Diante de todos esses artigos do código civil e da Constituição não podemos defender uma filiação biológica superior à socioafetiva, mesmo que essa última não esteja expressa nos artigos, o que a meu ver seja uma grande falta do nosso legislador, apesar de ser suprida pela jurisprudência e pela doutrina.

No julgamento do REsp. n. 932692/DF a Relatora Ministra Nancy Andrihede maneira magnífica diz que “uma gota de sangue, não pode destruir vínculo de filiação, simplesmente dizendo a uma criança que ela não é mais nada para aquele que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser seu pai”³⁰

3.5. Impossibilidade de desconstituição

Durante todo o trabalho tivemos pouca necessidade em distinguir as filiações socioafetivas, porém nesse ponto essa distinção se faz necessária, pois o método de constituição daquela filiação socioafetiva influencia na discussão sobre a possibilidade ou não de desconstituição. Algumas filiações socioafetiva decorrem da lei, como a inseminação artificial e a adoção, outras se constroem sem atender as formalidades legais, como a adoção *à brasileira* e a pela posse do estado de filho.

Nas primeiras formas de filiação a constituição é irrevogável, isso se apresenta expreso no art. 48 do ECA, nesse ponto a doutrina e jurisprudência são unânimes, não tendo grandes problemas para se chegar a uma decisão.

A segunda forma de filiação socioafetiva representa muitas vezes problemas para sua solução, pois esta não se constitui perante os critérios formais previstos em lei, sendo aferido na realidade fática. A nosso ver permitir a desconstituição da filiação socioafetiva representaria um retrocesso no direito de família que muito teve que evoluir até reconhecer a igualdade entre os filhos e a afetividade como ponto essencial na formação dos laços de filiação.

Os nossos tribunais reconhecem que a filiação socioafetiva prevalece diante da filiação biológica, diante disso, podemos afirmar que seria mais que um retrocesso, uma contradição permitir que essa filiação seja desconstituída posteriormente, seja por vontade do pai, da mãe ou do filho. Além disso, representaria afronta a igualdade entre os filhos. Estranho seria defender a igualdade entre os filhos e permitir que para alguns seja permitido a revogação da filiação e proteger os outros, em clara afronta ao princípio da igualdade.

³⁰STJ. Terceira Turma. REsp. n. 932.692/DF. Relatora: Min.^a Nancy Andrighi. Julgado em 09.12.2008.

Zeno Veloso de forma muito acertada diz que permitir que o pai, a seu bel-prazer, pudesse, a qualquer tempo, desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria de extremada injustiça, caracterizando um gesto “reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo”.³¹

Depois de constituída a filiação socioafetiva não há o que se falar em ação negatória de paternidade, isso apenas seria possível em ordenamentos que não reconheçam a socioafetividade como ponto principal da formação das famílias e da filiação.

Muito se discutia a respeito da possibilidade da desconstituição da filiação socioafetiva, ainda mais recorrente ao se tratar da paternidade socioafetiva. O pai buscava através de ação negatória de paternidade desconstituir o vínculo entre pai e filho. Esse pedido não pode prosperar uma vez que presente os elementos que configuram aquela relação como sendo de pai e filho, principalmente no que diz respeito ao trato e a fama. Constituída a filiação a doutrina e a jurisprudência cada vez mais têm entendido pela impossibilidade da desconstituição.

Deve-se sempre respeitar a dignidade da pessoa humana e como mostramos no decorrer desse trabalho, “digno é preservar os vínculos nascidos do amor.” A filiação real é a responsável pelo desenvolvimento da pessoa, formando seu caráter, sua percepção de vida, de mundo, sua maneira de ver a si mesmo, esse é um dos motivos da filiação biológica ser secundária a filiação socioafetiva, portanto, permitir essa desconstituição é bagunçar totalmente a cabeça da pessoa. Retirar seu referencial fará com que o núcleo a partir do qual o indivíduo construiu sua identidade e sua referência sobre si mesmo se perca, causando prováveis reflexos desastrosos na sua personalidade.³²

Outro ponto bastante discutido é quando se alega erro na constituição desses vínculos. Nesse ponto observamos uma tendência em reconhecer o direito à desconstituição, desde que provado que a filiação fora constituída mediante erro e que não era possível saber ou

³¹ Veloso, Zeno. Negatória de paternidade: vício de consentimento. Revista brasileira de direito de família, nº 3: Porto Alegre, 1999.

³² Gularte, Andressa Ferreira. Revista Direito, Cultura e Cidadania –CNEC OSÓRIO/FACOS. Vol. 2. p. 17

desconfiar do mesmo. A desconstituição da filiação dessa maneira nos parece não ser a melhor solução, visto que vai de encontro com tudo que defendemos nessa monografia.

Permitir que essa relação que apesar de ter nascido no erro, se perpetuou por longo tempo, criando laços de afetividade, criando relação paterno/materno-filial é ir contra a prevalência da filiação socioafetiva frente à biológica. Os laços não serão desconstituídos pelo simples declaração de erro no reconhecimento do filho e pela anulação do registro civil. A relação de filiação é bem mais que um registro civil, é bem mais que material genético, é uma construção de afeto, de amor, de reciprocidade, de cuidado, de construção do ser humano que se espelha naquele que exerceu o papel de mãe/pai. A desconstituição trará sofrimento e repercutirá na saúde emocional do indivíduo.

Afiliação lhe é retirada da mesma forma que foi concedida, sem a sua manifestação de vontade, é como se ele tivesse ali à mercê das necessidades daqueles que o reconheceram e, portanto suas necessidades seriam secundárias às deles. Não se pensa nos reflexos que aquela decisão causará no filho, o seu referencial de vida, família, todas as suas lembranças, recordações, sua vida social e profissional foram construídas em cima dessa identidade e estariam prejudicadas, causando sofrimento, além de ferir de forma grave sua dignidade.

“No conflito de paternidades, faz-se importante lembrar que, diferentemente do relacionamento conjugal, que, de certa forma, é instável, podendo, inclusive, ser rompido, a relação filial, não! Aquele que já tem um estado de filiação estabelecido não pode ter alterado seu estado, sem que lhe seja digno. A desconstituição de um estado de filiação deve ser precedida de uma devida ponderação sobre o caso. Não se pode automaticamente desconstituí-lo diante da falsidade de um Registro, ou do erro no reconhecimento quanto ao vínculo biológico.”³³

Entendemos que a situação daquele que foi enganado é delicada, envolvendo também sua dignidade, porém o julgamento não pode centrar-se apenas na existência ou não de vício do reconhecimento do liame biológico e no interesse do pai.³⁴

Vanessa Ribeiro Correa de forma brilhante diz:

³³Carvalho, Carmela Salsamendi. Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade. Curitiba: Juruá Editora. p.171.

³⁴Carvalho, Carmela Salsamendi. Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade. Curitiba: Juruá Editora. p.169.

“(…) como se este fosse obrigado a sofrer todas as consequências do engano alheio. Assim é que verificado o erro, busca-se a anulação do reconhecimento, fato que diante das circunstâncias pode acarretar uma série de transtornos para o perfilhado, que sofre a desconstituição do vínculo (…) A solução desses problemas sempre foi vista através da ótica que protege os interesses do pai, bem ao gosto da codificação de 1916, analisando-se unilateralmente a matéria, já que os interesses deste é que deveriam prevalecer sempre, ainda que em detrimento dos outros membros familiares. Acontece que o direito de família, principalmente no que toca ao assunto de filiação, fora renovado através das bases constitucionais, de forma que nenhum litígio judicial que diga respeito ao assunto da paternidade pode, atualmente, afastar os interesses do filho como se estes fossem de somenos importância. Pelo contrário, a *mens constitutionis* conduziu-se inexoravelmente no sentido de proteger a prole.”³⁵

Não podemos aqui ignorar o direito de conhecer a ascendência familiar, trata-se de direito da personalidade, conquanto não possa ser confundida com o direito a filiação. Segundo o ensinamento da Maria Berenice Dias “Filiação é um **conceito relacional**: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres.” Nesses casos a ação investigatória apenas declararia a existência do vínculo biológico, direito personalíssimo da parte. A filiação seria mantida em relação aos pais afetivos.

“Em síntese, se entre as partes é comprovada a presença de um vínculo de filiação socioafetiva, é possível a busca da identificação da verdade biológica. A ação é acolhida em parte, a **sentença** tem somente conteúdo **declaratório**, sem **efeitos jurídicos** outros. Ao filho resta a segurança jurídica sobre a relação da paternidade de, quer tenha sido adotado, quer registrado por alguém que desempenha o papel de pai. Quem tem um vínculo de filiação, gozando estado de filho afetivo, já tem pai. Por isso, a sentença de procedência não é levada a registro, não se alterando a filiação que se consolidou pela convivência. A Justiça prestigia a verdade afetiva. A procedência da ação não tem efeitos retificativos junto ao registro civil, mas meramente declaratórios da filiação biológica, sem reflexos jurídicos ou de ordem patrimonial.”³⁶

A desconstituição dos vínculos é um tema bastante complicado, possuindo inúmeras vertentes e motivos, sendo impossível afirmar de maneira definitiva se é possível ou não, devendo sempre ser analisado o caso concreto, buscando a ponderação como forma de garantir a melhor decisão para ambos as partes, resguardando sempre a dignidade humana.

O tema é tão complicado que seu desenrolar suscitou o surgimento de um novo instituto, que é a multiparentalidade ou pluriparentalidade, que seria a coexistência de mais de

³⁵ Souza, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. A Teoria Geral da Invalidade dos Atos Jurídicos e o Estabelecimento da Paternidade: Revista da Faculdade de Direito de Campos, a. VIII, n.10, jun. 2007. p. 146.

³⁶Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. São Paulo. Editora revista dos tribunais Ltda., 2015. p.439.

um vínculo parental, autorizando o duplo registro para todos os fins. Esse instituto será abordado de forma rápida no próximo capítulo, quando falaremos sobre a pluralidade de patrimônios.

3.6. Recurso extraordinário 898060

Em setembro de 2016 o STF julgou o Recurso extraordinário 898060 reconhecendo a repercussão geral. A partir da ementa faremos uma análise do caso e do julgamento para esclarecer as mudanças consagradas com esse julgado de repercussão geral. Segue a ementa:

“Recurso extraordinário com agravo. Direito civil. Ação de anulação de assento de nascimento. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Controvérsia gravitante em torno da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226, *caput*, da Constituição Federal. Plenário virtual. Repercussão geral reconhecida”
(STF, ARE 692.186 RG/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.11.2012).

A decisão traz três principais consequências de destaque. A primeira seria o reconhecimento de maneira expressa da afetividade como valor jurídico e como princípio inerente a ordem civil-Constitucional brasileira. Esse entendimento já era consagrado pela nossa doutrina majoritária e pelos tribunais, porém ter esse reconhecimento do STF é um grande passo no sentido de dar às relações afetivas o valor que elas realmente merecem ter.

A segunda consequência é consagrar a paternidade socioafetiva como forma de parentesco civil, na forma do art. 1.593 do Código civil, em situação de igualdade com a filiação biológica. Segundo o STF não existiria hierarquia entre as duas modalidades, apresentando razoável equilíbrio.

A terceira consequência, e a meu ver mais importante, é a admissão da multiparentalidade, mesmo contra a vontade do pai biológico. O reconhecimento é para todos os fins, incluindo os alimentares e sucessórios.³⁷

A situação de igualdade entre a filiação socioafetiva e biológica não deve ser visto de forma isolada, para que se chegue a essa conclusão deve-se analisar o caso concreto. Seria um

³⁷Tartuce, Flavio. Direito Família. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 265 - 266.

retrocesso acreditar que ambas estão no mesmo patamar em todos os casos. Como demonstramos ao longo desse trabalho o afeto não se compra, fato inclusive afirmado no julgamento pela Ministra Carmén Lúcia, o que deve ser tutelado é o dever de cuidado que o pai biológico deve possuir com o filho, ainda que não nutra por ele afeto. Afirmar que não há hierarquia entre a filiação socioafetiva e a biológica é aceitar que a qualquer momento aquele pai que sumiu durante anos da vida do filho possa querer fazer parte da vida dele sem analisarmos se aquilo é o adequado para aquela família, para aquele filho.

O pai biológico não deveria poder requerer o reconhecimento daquele filho quando da formação de laços socioafetivos com outro pai, sendo facultado ao filho seu direito de conhecer a realidade biológica e de possuir direitos alimentares e sucessórios. Ele é quem se encontra na posição vulnerável dessa relação. Ele já foi privado da convivência com o pai biológico, não devendo ser privado dos cuidados que o dinheiro pode dar. De forma genérica essa visão pode ser vista como interesseira, porém o que se busca aqui é reconhecer que o pai biológico deve ter obrigação de alimentar, mesmo quando há constituído pai socioafetivo, pois isso na maior parte das vezes representará o melhor interesse do filho. Entretanto, não se pode aceitar que o pai após nunca ter feito parte da vida do filho tenha direito a causar caos numa relação já consolidada por laços de afeto, de cuidado, de zelo que foram responsáveis pela educação e desenvolvimento do filho, sem que ele queira essa ligação.

Aqui destacamos o paradigma utilizado pelo Ministro Fux para fundamentar a pluriparentalidade. Ele utiliza um caso julgado nos Estados Unidos da América, cita a Corte: “aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternas, não garante um benefício para o pai biológico. (...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade”.

O pai biológico não deve ser isento das suas responsabilidades patrimoniais e alimentares com o filho, ainda que ele já possua um vínculo socioafetivo constituído. Isso não coaduna com o princípio da paternidade responsável, previsto no art. 227 da Constituição. Nesses casos foram especificamente citados os pais, porém o mesmo deve ser encarado no caso das mães.

Ainda como bem diz a Ministra Carmén Lucia “amor não se impõe, mas cuidado sim e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável”.

O ponto mais importante dessa decisão é o reconhecimento da multiparentalidade. É uma grande evolução no Direito de família, inúmeros filhos poderão ter seus vínculos reconhecidos, sem a necessidade de escolha entre um ou outro. Reconhece-se, ainda que com atraso, as novas formas de família, saindo daquela moldura engessada que nosso direito perpetuou por muito tempo.

Muitos são os casos de crianças que são criadas pelo pai e pelo padrasto, reconhecendo os dois como pais, pela mãe e pela madrasta, pelos avôs, pelos tios, porém ainda mantendo vínculos com seus pais biológicos, não seria interessante que essa criança tenha que possuir apenas um pai e uma mãe, visto que na realidade fática há uma pluralidade que convive em harmonia e visam o bem estar do filho. Se as famílias assim vivem não pode o Estado querer negar a eles esse direito. Com a repercussão geral do Recurso extraordinário esse problema deixa de existir, pois a tese do STF é que não há uma hierarquia entre as duas filiações, elas podem conviver em perfeita harmonia. Não se faz mais necessário a opção por uma apenas, elas coexistem.

O Ministro Luiz Fux de maneira bastante lúcida e buscando a função social do Direito diz:

“Transportando-se a racionalidade para o Direito de Família, o direito à busca da felicidade funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. É o direito que deve se curvar às vontades e necessidades das pessoas, não o contrário, assim como um alfaiate, ao deparar-se com uma vestimenta em tamanho inadequado, faz ajustes na roupa, e não no cliente”.³⁸

Veja, o Ministro afirma que é o Direito que deve se curvar às necessidades e vontades das pessoas, não o contrário. Cabe o Direito acompanhar a evolução da sociedade, não podendo se manter estático, engessado e pretender limitar o ser humano em modelos pré-

³⁸ Fux, Luiz. Recurso extraordinário 898060. p. 11.

concebidos que além de não garantir o direito à felicidade apresenta-se demasiadamente ultrapassado.

A admissão da multiparentalidade garante a dignidade para um número enorme de pessoas, seja em situação de conflito entre filiação ou na necessidade de se reconhecer uma situação fática em que a família vive, porém o Estado não reconhecia, trazendo grande insegurança as relações e privando os filhos de muitos benefícios que assegurariam seu melhor interesse.

Vamos pensar naqueles casos em que o pai ou a mãe não sabiam que tinham um filho, por qualquer que tenha sido a situação. Os casos que o filho não sabia que aquele com quem criou laços afetivos e que o criou como pai toda a vida não é seu pai biológico, em todos esses casos simples e que nos comoveria, a multiparentalidade representa uma solução mais leve e justa para as partes, ninguém seria privado de um direito que só não exerceu por não saber possuir. Haveria nesses casos a possibilidade de construção de mais vínculos afetivos, visto ser do interesse das partes. Não cabe mais ao nosso judiciário escolher entre as filiações. O reconhecimento da multiparentalidade torna tudo mais fácil, garante o direito à felicidade de mais pessoas, garante a dignidade de mais pessoas, sem reduzir os interesses do filho. Nesse ponto não se está querendo dizer que o vínculo afetivo nasce do registro civil, mas que temos que admitir que quando essas pessoas descobrem que foram privadas do seu direito e estão dispostas a construir esses vínculos, tanto afetivos, quanto civil, o Estado não deve ser um obstáculo para se alcançar isso, pelo contrário, ele deve facilitar, incentivar.

CAPÍTULO IV – EFEITOS PATRIMONIAIS

4.1. Do direito a herança

Os filhos socioafetivos possuem os mesmos direitos que todos os outros, de início devemos ressaltar que aqui se usa esse adjetivo apenas como forma de elucidar e demonstrar a origem do vínculo e não como forma de adjetivação dos filhos, o que representa ofensa a igualdade entre os filhos e fere a dignidade da pessoa.

Superado esse ponto, passemos para análise mais focada dos efeitos patrimoniais nas filiações nascidas do vínculo afetivo. Nesse ponto não restam grandes dúvidas, visto que o filho deve suceder à herança em condições de igualdade com todos os outros herdeiros, não havendo diferença entre filho biológico e filho socioafetivo. Com a impossibilidade da desconstituição desses vínculos pelos herdeiros a situação fica mais pacífica, pois ainda que se tenha uma disputa judicial pedindo a desconstituição daquela filiação e a retirada daquele filho da sucessão essa ação não prosperará, sendo assegurado ao filho socioafetivo o direito a herança. Uma vez caracterizado e declarado a posse do estado de filho, terá ele direito a herança.

Os maiores problemas surgem quando dessa filiação socioafetiva não decorre registro, pois muitas vezes os herdeiros levados pela ganância e não querendo que mais uma pessoa faça parte da sucessão tentam fazer com que o vínculo não seja declarado. Nesses casos ocorrem longas contendas na qual o filho socioafetivo tenta provar a posse do estado de filho e ter sua filiação reconhecida e declarada para que possa participar da sucessão.

Por uma análise rápida da jurisprudência o que vemos é que apesar de ser um direito amplamente defendido pela doutrina, na prática a prova se faz bastante difícil, pois o filho deve mostrar a vontade do de cujus em criá-lo como filho, ao menos para os magistrados. Observa-se que há uma resistência maior para realizar essa declaração quando há herança envolvida, isso ocorre pelo receio dos magistrados em tornar a filiação um caça a herança, em total contrariedade ao que se tem tentado perpetuar que é a filiação focada em laços de afeto.

DE HERANÇA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA É CONCEPÇÃO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1593 DO CÓDIGO CIVIL- "O PARENTESCO É NATURAL OU CIVIL, CONFORME RESULTE DE CONSANGUINIDADE OU OUTRA ORIGEM." PROVAS PRODUZIDAS DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL COMPROVARAM A POSSE DO ESTADO DE FILHO, O LIAME PSICOLÓGICO E AFETIVO. O DIREITO AMPARA O RECONHECIMENTO DE UMA SITUAÇÃO FÁTICA EXISTENTE. DECISÃO DO JUÍZO DE PISO REFORMADA. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO ORGÃO MINISTERIAL. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (1ª CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO Nº 0296600-5 APELANTE: M.P.D.E.P E OUTRO APELADOS: E.R.M.F.L E OUTROS RELATOR: DES. JOSUÉ ANTÔNIO FONSECA DE SENA)

Quando a filiação socioafetiva já se encontra declarada, constituída mediante registro civil, não há discussão, ainda que se tente por meio judicial efetuar a desconstituição, ela não prosperará, uma vez reconhecido filho socioafetivo aquela situação torna-se irreversível. Portanto, caberá a esse filho todos os direitos inerentes a sucessão.

CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. LIAME SOCIOAFETIVO RECONHECIDO E COMPROVADO. VÍNCULO PATERNO-FILIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Afastadas as hipóteses para anulação do ato jurídico de reconhecimento da paternidade por meio do registro de nascimento, também não há que se falar em quebra do vínculo paterno-filial já existente, tão somente por força da ausência de vínculo biológico.

2. O vínculo afetivo construído entre as partes merece ser preservado e reconhecido pelo direito, a fim de que restem assegurados os valores éticos e a própria dignidade da criança envolvida, que vê no apelado a figura do pai que tem, se não oriunda da herança genética, mas criada e desenvolvida ao longo do tempo por laços de amor e confiança.

3. "Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade socioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse do estado de filho" (Edson Fachin). 4. Apelo improvido. Sentença mantida.

(TJ-MA - Apelação : APL 0323112011 MA 0000882-08.2008.8.10.0040)

DUPLA APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO ADOTIVA PÓSTUMA C/C NULIDADE DE DOAÇÃO E PARTICIPAÇÃO NA HERANÇA (SOBREPARTILHA). PRIMEIRO APELO. REQUISITOS ESSENCIAIS À VIABILIDADE DA PRETENSÃO À ADOÇÃO POST MORTEM EXISTENTES. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL INEQUÍVOCAS QUANTO A PROVA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO FALECIDO E SUA ESPOSA EM PROMOVER A ADOÇÃO DA AUTORA. ÔNUS PROBATÓRIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Os requisitos para o deferimento da adoção póstuma/reconhecimento da paternidade socioafetiva post mortem são a inequívoca manifestação do adotante de adotar e o falecimento deste no curso do processo de adoção, ou a prova concreta do inequívoco propósito de adotar. II - No caso dos autos, constatada a

vontade inequívoca do falecido e sua esposa em adotar a autora como filha, diante da prova documental e testemunhal produzida nos autos, que demonstram que os adotantes cuidavam e tratavam a apelada como filha, incensurável é decisão que julga procedente a adoção post mortem. III - Tendo a autora/apelada se desincumbindo do ônus probatório que lhe incumbia, pois além de evidente o amor e afeto que lhe foram dispensados por parte do falecido e sua esposa, ainda há elementos de prova segura nos autos da intenção do casal em adotá-la. Lado outro, importante registrar que os apelantes não se desincumbiram de desconstituir a prova testemunhal produzida em juízo, conforme ônus processual previsto no artigo 333, inciso II, do CPC, pelo que a manutenção da sentença de origem, nesse ponto, é medida impositiva. IV - SEGUNDO APELO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INOFICIOSIDADE DAS DOAÇÕES REALIZADAS EM VIDA PELO FALECIDO PAI AFETIVO E SUA ESPOSA AOS SEUS HERDEIROS NECESSÁRIOS. TRANSMISSÃO DAS PROPRIEDADES POR ATO INTER VIVOS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. A transmissão das propriedades questionadas decorreram de ato inter vivos e não causa mortis, consolidando-se em favor dos herdeiros necessários então conhecidos, inexistindo, pois, ofensa à legítima em decorrência de doação inoficiosa, porquanto estavam presentes as condições no momento da liberalidade, como decorre do art. 1.176 do Código Civil 1916 e art. 549 do CC/2002, em vigor, respectivamente, na data dos atos impugnados. V- EFEITOS DA ADOÇÃO EM RELAÇÃO AOS ADOTANTES E OS ATOS POR ELE PRATICADOS. VALIDADE DAS DOAÇÕES. É válida a doação realizada pelo de cujus/adotante, pois efetivada antes de sua morte, de modo que a declaração da presente adoção, em relação ao falecido adotante, gerará efeitos ex tunc a contar de seu falecimento, atingindo apenas os bens que ele tinha propriedade quando do seu óbito. De igual forma, não há se falar em nulidade das doações realizadas pela adotante, pois, quanto à ela, os efeitos da adoção ostentam caráter ex nunc, a partir do trânsito em julgado da sentença, dado ao caráter constitutivo da sentença. VI - PEDIDO DE PARTICIPAÇÃO NA HERANÇA (SOBREPARTILHA) EM RELAÇÃO AO BENS DEIXADOS PELO DE CUJUS. PARTILHA HOMOLOGADA ANTERIORMENTE AO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO. MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AÇÃO PERTINENTE. Embora a consequência natural do reconhecimento de filiação afetiva seja permitir a apelante que participe da partilha, esta já foi realizada amigavelmente e devidamente homologada - arrolamento sumário - devendo, pois ingressar com a ação pertinente para sua desconstituição. VII - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. Absolutamente descabido submeter-se a sentença recorrida ao rito do cumprimento de sentença previsto no artigo 475-J do CPC/73, em face dos co-herdeiros, haja vista que o édito sentencial apenas reconhece o direito sucessório da apelante em relação aos bens do falecido pai, não impondo aos co-herdeiros a obrigação de pagar quantia certa a recorrente, relativamente ao quinhão que lhe tocaria quando da partilha realizada no arrolamento sumário. VIII - OFENSA A LEGÍTIMA. INEXISTÊNCIA. Tendo que a condição da demandante de filha do de cujus somente foi reconhecida em data recente, nesta demanda, não há que se falar em ofensa a uma legítima que, à época, sequer se cogitava existir. APELAÇÕES CIVEIS CONHECIDAS E DESPROVIDAS.

4.2. Pluralidade de patrimônios

Sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a multiparentalidade abriu-se espaço para a pluralidade de patrimônios. Quando reconhecida a filiação ela dará direito à sucessão e alimentos, de tantos pais/mães que tiverem o vínculo reconhecido em relação àquela pessoa.

Antes de ser aceita a multiparentalidade, a doutrina e jurisprudência entendia que conhecer a verdade biológica era um direito personalíssimo, porém a sentença que reconhecia a filiação possuía efeitos apenas declaratórios quando já estava constituída uma relação socioafetiva em relação aquele filho. Sendo assim, da filiação biológica não surgiria o dever de alimentar e nem era possível participar da sucessão.

PROCESSO CIVIL. DUPLO REGISTRO DE PATERNIDADE. MULTIPARENTALIDADE. PAI SOCIOAFETIVO E BIOLÓGICO. VERDADE BIOLÓGICA COMPROVADA. INCLUSÃO DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA COM A MANUTENÇÃO DA SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL.

A filiação socioafetiva deverá prevalecer sobre a biológica no interesse dos próprios filhos. Precedentes do STJ. Admite-se o reconhecimento da paternidade biológica, embora já existente vínculo socioafetivo, para retificar o registro civil e anular a paternidade socioafetiva, quando o próprio filho buscar o reconhecimento biológico com outrem. Decorre essa possibilidade do direito ao reconhecimento da ancestralidade e origem genética (verdade biológica), que se inserem nos direitos da personalidade. Precedentes do STJ. De outro lado, é possível o reconhecimento da dupla paternidade nas hipóteses de adoção por casal homoafetivo. Não há amparo legal para a averbação em registro civil de dois vínculos paternos (socioafetivo e biológico) e um vínculo materno (biológico), tampouco se encontra embasamento jurisprudencial para tanto. Não é possível regular os efeitos sucessórios decorrentes dessa situação, pois se estabeleceriam três vínculos de ascendência, hipótese ainda não abarcada pela legislação civil vigente. Recurso de apelação conhecido e não provido.

(TJ-DF - Apelação Cível : APC 20141310025796)

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA E NULIDADE DE PARTILHA. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O PAI REGISTRAL. PRETENSÃO QUE VISA EXCLUSIVAMENTE AOS EFEITOS PATRIMONIAIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA.

Reconhecida a vinculação socioafetiva entre a demandante e seu pai registral, que perdurou por três décadas, pertinente, apenas, o reconhecimento da origem genética, que restou irrefutável diante da conclusão da prova técnica - exame de DNA, sem reconhecer os direitos patrimoniais e, tampouco, alterar o registro civil da demandante, sob pena de desfigurar-se os princípios basilares do Direito de Família. APELO DE MARIA EDI DESPROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O APELO DE BEATRIZ E OUTROS. (Apelação Cível Nº 70059229641, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/11/2014).

Tentava-se evitar que o filho pudesse escolher o pai/mãe pelo seu patrimônio e não pelos laços de afeto. Entendimento válido, pois a todo tempo se busca fundamentar as relações nos laços de afeto. Se defendemos que os vínculos meramente biológicos não constituem forma real de filiação, não podemos aceitar que o pai/mãe seja escolhido pelo seu patrimônio.

A filiação deve ser responsável, trata-se de mandamento Constitucional, dessa forma entendemos que os filhos ainda que por caráter meramente biológico merecem todo cuidado possível, não podendo ser impedido de participar da sucessão por não possuir laços afetivos com aquela pessoa. Não se impõe o amor, mas cuidado sim, essas foram palavras da Ministra Carmén Lúcia. Citamos isso diversas vezes, em alguns momentos pode parecer repetitivo, porém esse é o entendimento mais lúcido sobre o tema, merecendo ficar gravado e ser assimilado de forma ampla.

Entendemos que com o reconhecimento da multiparentalidade essa discussão será ainda mais presente nos nossos tribunais, porém acreditamos que a pluralidade de patrimônios é possível a partir do momento em que se declara a filiação, devendo o filho ter todos os direitos em relação a todos os pais e mães que venham ser seus. Não teria lógica ter direito ao reconhecimento de mais de um pai/mãe e ter que escolher qual patrimônio herdaria, de qual pai/mãe seria a responsabilidade do sustento. Nos casos de multiparentalidade deve existir uma cooperação, união de maneira que o filho seja o maior beneficiado.

Conclusão

Com a intenção de situar o leitor sobre o tema desse trabalho a introdução buscou retratar e delimitar o tema, expondo conceitos e desafios enfrentados pela doutrina e jurisprudência. Tentou-se também demonstrar a deficiência da nossa legislação e as evoluções ocorridas ao longo dos anos.

Iniciamos o trabalho tentando conceituar família, vimos a dificuldade existente nessa conceituação e como a limitação nesse conceito pode excluir famílias existentes e ignoradas pelo Estado. Vimos ainda o grande empenho da doutrina em chegar a uma conceituação que abranja todos os modelos de famílias existentes e as que porventura possam vir a existir.

Acreditamos na conceituação da doutrinadora Maria Berenice Dias que diz que a família ultrapassa os limites da previsão jurídica para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto. Interessante essa visão, principalmente no nosso estudo, pois o afeto é o elemento principal dessa monografia, é o ponto que fundamenta todo nosso estudo.

Passamos ao estudo dos aspectos históricos de família. Através da análise histórica ficou mais fácil entender o motivo das limitações ao direito de família, os preconceitos que até hoje nos fazem possuir uma legislação atrasada e superficial no tocante à filiação. Tentou-se de forma ampla demonstrar as influências do Direito Romano no nosso direito de família, passamos pelas conquistas das mulheres por direitos, o que sem dúvida influenciou a modificação das estruturas familiares. Quanto mais independência a mulher foi ganhando ao longo dos anos, maiores foram sendo as modificações nas estruturas familiares, que passaram da mulher como objeto pertencente ao marido, subordinada a ele, até os dias atuais, como provedora e chefe da própria família, estando em par de igualdade com os homens dentro da estrutura familiar.

Ponto importante na análise histórica é a evolução da posição do filho na sociedade, principalmente após ser consagrado sujeito de direito, pois antes disso não se pensava em melhor interesse da criança e do adolescente. Entender a criança e o adolescente como seres vulneráveis, como pessoas em desenvolvimento que merecem proteção da família, sociedade

e Estado (art. 227 CF). Esse foi um marco da Constituição de 1988, buscar proteger nossas crianças e adolescentes é proteger nosso futuro.

Diante disso, resta claro que a família não é a mesma de antigamente e que houve uma mudança nos princípios a serem observados, se antes não se possuía esse parâmetro, com a Constituição de 1988 passamos ter o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da proteção integral do menor, além do objetivo de assegurar o direito a felicidade de cada indivíduo como pontos importantes a serem observados no direito de família.

O reconhecimento de princípios tão importantes retirou o vazio das normas, preencheu, complementou, abriu espaço para um direito de família mais justo, amplo, igualitário e mais abrangente e com certeza menos excludente.

A filiação se constrói diariamente e não por vínculos meramente biológicos. Não adianta material genético sem a convivência diária, sem o cuidado, o zelo, isso sim é responsável pelo desenvolvimento do filho, são os laços afetivos que ligam um pai/mãe a um filho, sem isso são apenas dois desconhecidos que compartilham do mesmo material genético.

De forma exemplar, apesar de contida, a Constituição de 1988 abriu espaço para que esses laços fossem considerados e preservados diante dos meramente biológicos. O código civil de 2002 apesar de pouco evoluir e adentrar no assunto também abre espaço para manutenção desses laços.

A socioafetividade é uma realidade social e por isso não se podia mais ignorar fato tão sinuoso na nossa sociedade, negar a filiação socioafetiva, é negar o direito a uma família, é deixar sem a proteção do Estado uma família por não se adequar às normas antiquadas e engessadas.

Nos litígios envolvendo filiação socioafetiva e biológica devemos olhar sempre para o melhor interesse do filho, ele é o ser vulnerável da relação, ainda que o resultado desagrade seus pais, o melhor interesse do filho deve prevalecer.

A doutrina e jurisprudência nos mostra como a filiação socioafetiva tem sido mantida nas divergências de filiação, busca-se manter a situação fática já existente, evitando traumas e prejuízos para as crianças e adolescentes.

O direito garante a eles todos os direitos existentes na filiação, como vedação da desconstituição posterior dessa filiação quando já existente a posse do estado de filho, direitos inerentes a herança e direitos alimentares.

Apesar dos laços socioafetivos não se pode negar o direito ao reconhecimento da sua origem genética. O que se entendia é que era possível esse reconhecimento, o processo de reconhecimento resultaria apenas em sentença declaratória, onde a pessoa tinha declarado que era filho biológico daquela pessoa, porém uma vez que tivesse constituído a filiação socioafetiva essa prevaleceria e não seria desconstituída.

Com o julgamento do Recurso extraordinário 898060 aceita-se que o filho possa ser reconhecido pelo pai/mãe biológicos sem a necessidade de desconstituição da filiação socioafetiva, podendo ambos conviverem em harmonia, tentando dessa forma resguardar a dignidade dos envolvidos, bem como o direito à felicidade e o melhor interesse do filho. Esse julgado por ser bastante recente ainda não é possível dimensionar os problemas que pode apresentar em questões relativas a sucessão, talvez esse seja um dos grandes medos da doutrina em relação à multiparentalidade.

Conclui-se, portanto, que a filiação é um instituto complexo e com muitas facetas, não sendo possível prever todas as hipóteses de ocorrências e muito menos todos os problemas provenientes. O que se deve ter em mente é que as normas não podem mais continuar tão engessadas de forma a negar às famílias a tutela de proteção do Estado, negar o reconhecimento que todas as diferentes configurações de família merecem receber.

O julgado do STF representa um marco histórico para o direito de família brasileiro, principalmente por tratar sobre um tema repleto de dúvidas, incertezas, preconceitos de ordem religiosa. Sabemos que a partir dele muita coisa ainda precisa ser construída, porém criou-se um parâmetro, um norte nessa busca incessante de proteção dos filhos e da família. Continuamos a ter a socioafetividade como ponto crucial da relação de filiação, porém

mantemos a obrigação do pai biológico em prover o sustento dos seus filhos, ainda que contra a sua vontade, citando novamente a Ministra Carmén Lúcia, “amor não se impõe, mas cuidado sim e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável”. Não podemos também deixar de registrar a importância que isso trará às famílias compostas por mais de um pai ou mais de uma mãe, com certeza a partir desse julgado o filho se encontra ainda mais protegido, dando efetividade ao princípio do melhor interesse do filho e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- CARVALHO, Carmela Salsamendi. *Filiação Socioafetiva e “Conflitos” de Paternidade ou Maternidade*. Curitiba: Juruá Editora.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *O fundamento constitucional da filiação socioafetiva*. São Paulo: Revista do advogado, ano 2012, nº XXXII.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. São Paulo. Editora revista dos tribunais Ltda., 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.
- GOULART, Fabiane Aline Teles. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões nº32 de 2013*.
- LÔBO, Paulo. *Direito de família*. São Paulo. Editora Saraiva, 2011. p. 273.
- LÔBO, Paulo. *Socioafetividade: O estado da arte no direito de família brasileiro – RJLB nº1, 2015*.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2013.
- MADALENO, Rolf. *Filhos do coração*. Revista IBDFAM, Ano VI, nº 23 (2004).
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto com valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil – Vol. V – Direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. *A Teoria Geral da Invalidade dos Atos Jurídicos e o Estabelecimento da Paternidade*: Revista da Faculdade de Direito de Campos, a. VIII, n.10, jun. 2007.

TARTUCE, Flavio. *Direito Família*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017.

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