

CARISIANE SILVEIRA MARQUES

**AS RELAÇÕES FAMILIARES SOB O PRISMA DA AFETIVIDADE
OS VIESES BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO**

PORTO ALEGRE

2010

INTRODUÇÃO

O presente trabalho elaborado tem como escopo as relações familiares com fulcro no princípio da afetividade, em especial, nas relações entre pais e filhos, abordar as paternidades jurídica, biológica e a socioafetiva, perpassando pela evolução da família clássica transpessoal para a família eudemonista, enfatizando o afeto nas relações entre pais e filhos, através da interface com outras áreas de estudo.

Em específico, objetiva-se apontar através da fundamentação teórica, doutrinária e tendência jurisprudencial, os elementos que caracterizam a paternidade biológica e a socioafetiva, bem como os seus fundamentos e princípios constitucionais norteadores do Direito de Família, e, para tanto, abordar algumas mudanças paradigmáticas na seara da família que elevam o afeto a princípio jurídico digno de tutela.

Pretende-se, ainda, com base em uma visão constitucional do Direito de Família, balizar as transformações ocorridas no âmbito familiar e, principalmente nas relações entre pais e filhos através de estudos doutrinários e jurisprudenciais.

Na primeira parte do trabalho, é mister abordar a família nos moldes do Código Civil de 1916, posto que, conforme sociedade à época, a única união reconhecida era a de homem e mulher através dos enlaces matrimoniais, sendo que, o casamento era indissolúvel e com a finalidade de procriar, perpetuar a família, conforme dogmas da Igreja Católica, posto que, a mesma, tinha grande influência no Estado e conseqüentemente, nas leis.

Para compreender as mudanças ocorridas na família é necessário contextualizar o homem, em um primeiro momento, como sujeito tutelado a partir do patrimônio que dispunha, posto que o paradigma do Código Civil brasileiro de 1916 albergava o cidadão dotado de patrimônio, ou seja, o homem comum. E, nesta perspectiva, havia uma preocupação excessiva em manter a instituição familiar posto que a mesma representava segurança jurídica.

Neste sentido, o ter prevalecia em detrimento do ter, ou seja, os valores existenciais e essenciais para o pleno desenvolvimento humano, isto é, valores de

cunho não material e patrimonial ocupavam um papel secundário no ordenamento jurídico.

A família institucionalizada voltada para a manutenção da segurança jurídica e permeada por valores religiosos contribuía para situações discriminatórias que acabavam por gerar grandes desigualdades, como por exemplo, as questões atinentes a paternidade, tendo em vista que somente os filhos oriundos das relações matrimoniais percebiam a tutela jurídica, os demais eram excluídos pelo próprio ordenamento que lhes negava o direito de ação de investigação de paternidade.

Mudanças de cunho social, como por exemplo, movimentos feministas que clamavam pela inserção da mulher no mercado de trabalho, advento dos métodos contraceptivos, bem como a Lei do Divórcio e Estatuto da Mulher Casada redefinem tanto o papel do homem quanto o da mulher no seio da família e, conseqüentemente a função do homem enquanto pai.

Na segunda parte do trabalho é imprescindível analisar a família, e em especial a relação paterno filial sob o viés da Constituição Federal que tem como princípio basilar e fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, conforme o que preconiza o artigo 1º, inciso III e, em virtude do referido princípio, a família é entendida e protegida independente da sua origem, ou seja, admite-se várias formas e não somente a família constituída através do matrimônio, haja vista que o homem enquanto pessoa, desvinculado dos bens materiais passa a ser o centro de toda a esfera jurídica.

Nesta esteira tem-se a pluralidade de famílias e, em uma perspectiva constitucional todas são dignas de tutela e reconhecimento no ordenamento jurídico, posto que é no seio da família que o indivíduo desenvolve seus mais nobres valores. Os referidos valores fazem parte de sua própria história, seja ela social ou biológica, e suma, contribuem para o desenvolvimento da própria personalidade.

O que funda, justifica e consolida a família é o afeto e neste prisma é digno de tutela, tendo em vista que é elemento essencial para o desenvolvimento humano.

Desta forma, a relação pai/filho também passa por um redimensionamento, em um primeiro momento, a própria mudança ocorrida nas questões atinentes à mulher como igualdade, liberdade, que conferiram a mesma a possibilidade de inserção no mercado de trabalho, uma vez que este novo contexto impõe ao homem

participação efetiva na vida do filho, pois não há mais como manter a dicotomia homem/trabalho e mulher/casa/educação dos filhos.

A paternidade passa a ser compreendida para além do vínculo jurídico, ou seja, sob o viés biológico e sociológico e, indispensável adentrar em outras áreas do conhecimento para compreender a paternidade por uma perspectiva que advém das várias possibilidades de constituir família.

Na seara da psicanálise o pai representa função e, neste sentido, poderá ser compreendido como pai qualquer membro da família, ou seja, está desvinculado da questão biológica.

Na seara do Direito se sobrepunha a paternidade jurídica em virtude dos valores preponderantes na família clássica, entretanto, posteriormente, com o avanço da medicina o exame de DNA possibilita o conhecimento da paternidade biológica, portanto, tem-se a paternidade jurídica e a biológica e, em consonância com a pluralidade de famílias, bem como os princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família, a paternidade socioafetiva surge como outro prisma da paternidade.

Neste contexto, insere-se no ordenamento jurídico a paternidade socioafetiva, reconhecida através da interpretação sistêmica do direito, com fulcro na Constituição Federal de 1988, no Código Civil brasileiro de 2002, tendo como bojo o princípio da dignidade humana, posto que é no seio da família que se tem o carinho, afeto, educação, cultura, enfim a base para a formação do se enquanto pessoa.

Acrescenta-se também que a socioafetividade está intrinsecamente atrelada a responsabilidade do pai para com o seu filho, tendo em vista que o afeto é o indicativo do pleno desenvolvimento da criança refletindo em vários setores e áreas da vida social e no âmbito familiar.

Nesta perspectiva, não há como o Direito se eximir em albergar tanto a paternidade biológica quanto a socioafetiva e, este é o novo desafio para os operadores da ciência jurídica: a compreensão homem sob dois vieses: o sociológico e o afetivo sem haver sobreposição de um em detrimento ao outro.

RESUMO

A família brasileira contemporânea é compreendida como espaço para o pleno desenvolvimento de seus integrantes. Neste prisma a Constituição Federal de brasileira de 1988 abarca modelos para além do casamento com o intento de garantir os direitos fundamentais do homem e, o afeto e elevado a princípio jurídico que norteia o Direito de Família. Em consonância com as mudanças no âmbito familiar, a tutela jurídica do afeto, bem como a máxima proteção auferida a dignidade da pessoa humana, a paternidade vai além do liame biológico, ou seja, e entendida também a partir dos laços afetivos estabelecidos entre pai e filho, independente de existir laços biológicos. A interpretação civil-constitucional das leis, bem como a interface com outras áreas do conhecimento possibilitam ao homem uma relação biológica que faz parte dos direitos personalíssimos e uma relação socioafetiva que garante ao filho o desenvolvimento social, emocional e cultural com fulcro na paternidade responsável. Neste aspecto a intenção é enfatizar a importância do afeto sem desconsiderar a paternidade biológica, posto que o homem poderá ser visto a partir de dois vieses: o biológico e o socioafetivo.

Palavras-chave: família, direitos fundamentais, afeto, dignidade da pessoa humana, paternidade biológica e socioafetiva.

1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA CLÁSSICA PARA A CONTEMPORANIEDADE

Tanto na área social e jurídica, o conceito e a abrangência da família¹ são os que mais variam, de acordo com o tempo e o espaço, bem como a evolução humana que pode ser delineada em três etapas distintas: o estado selvagem, a barbárie e a civilização. Conforme apontamentos históricos, no estado selvagem, os seres humanos garantiam a sobrevivência por meios naturais, ou seja, com o que era oferecido pela natureza, como por exemplo, frutos, além de utilizarem a caça de animais, em uma segunda fase, na barbárie o homem começa a fazer uso da cerâmica, agricultura e da domesticação dos animais e, enfim, na civilização, inicia o processo de industrialização e da arte, sendo que em todas as fases encontra-se a família.²

Neste sentido, constata-se que “a família não é criação do Estado ou da Igreja”,³ pois em todas as fases da evolução humana a família sempre esteve presente, ou seja, “antecede ao Estado, preexiste à Igreja e é contemporânea do

¹ O vocábulo família em sentido lato compreende todas as pessoas descendentes de ancestral comum, unidas pelos laços do parentesco, às quais se juntam os afins e, em sentido estrito, o grupo composto pelos cônjuges e filhos. O critério utilizado para a definição em sentido estrito é o da legitimidade, conforme vigência do Código Civil Brasileiro de 1916, no qual reconhecia somente as relações advindas do casamento, bem como os filhos oriundos da referida relação. (GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 33)

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 18

³ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (coord.). **Nova Realidade do Direito de Família**. Rio de Janeiro: COAD, 1999. p. 52 a 59., T. 2.

direito”,⁴ sendo que nem o Estado nem a Igreja detêm o poder de dispor, impor ou desenhar o perfil da família e sim reconhecê-la e prestar-lhe tutela, assegurando a liberdade e opção de escolha para que com isso seja espaço para desenvolvimento e realização das pessoas.⁵

1.1 Historicidade da entidade familiar

Atualmente a conceituação de família está muito distante do que fora no passado, como por exemplo, no tocante as relações sexuais, estudos antropológicos realizados acerca das civilizações primitivas, apontam que as referidas relações ocorriam entre todos os membros que faziam parte da tribo, ou seja, prevalecia a endogamia, sendo que neste sentido, a mãe era certa, porém, se desconhecia o pai. Sob essa perspectiva afirma-se que a família inicialmente teve caráter matriarcal.⁶

Quanto ao ato sexual “o cristianismo o teria associado ao mal, ao pecado, à queda, à morte, ao passo que a Antigüidade o teria dotado de significações positivas”⁷ e nesta perspectiva para ser dissociado de significações negativas deveria estar associado ao casamento e a procriação, sendo inadmissível as relações de pessoas do mesmo sexo, entretanto na Roma e na Grécia as mencionadas relações eram aceitas, não sendo alvo de repúdio nem caracterizando algum tipo de problema.⁸ A monogamia no casamento tem natureza diferente para a mulher, pois “no caso da mulher é por estar sob o poder de seu marido que essa obrigação lhe é imposta”⁹ e, no caso do homem “é porque exerce o poder e porque

⁴ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (coord.). **Nova Realidade do Direito de Família**. Rio de Janeiro: COAD, 1999. p. 52 a 59. T. 2..

⁵ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (coord.). **Nova Realidade do Direito de Família**. Rio de Janeiro: COAD, 1999. p. 52 a 59. T. 2.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3. p. 17.

⁷ FOUCALT, Michel. **História da sexualidade 2**. O uso dos prazeres. 8 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 17

⁸ FOCAULT, Michel. **História da sexualidade 2**. O uso dos prazeres. 8 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 17

⁹ FOCAULT, Michel. **História da sexualidade 2**. O uso dos prazeres. 8 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 134

deve dar provas do domínio de si na prática desse poder, que deve restringir as escolhas sexuais”.¹⁰

As mudanças referentes às relações sexuais entre homens e mulheres perpassam pelo contexto histórico e social, uma vez que, com o passar do tempo, em virtude das guerras, bem como a carência de mulheres, os homens passaram a buscar relações com mulheres pertencentes a outras tribos, o que, segundo os historiadores, seria uma manifestação contrária ao incesto. Nesta linha, o homem começa mudar a questão da relação sexual, ou seja, há uma forte tendência em ter relacionamento sexual com uma mulher o que denota o início da monogamia. Neste prisma, a monogamia tem um importante papel social no tocante à questão paterna, uma vez que dá ensejo ao exercício do pátrio poder, bem como tem um papel importante no setor econômico, haja vista que a família representava uma unidade de produção baseada na economia da época basicamente rural.¹¹

Referente ao papel do homem na família, conforme registro histórico comprova-se que a família viveu por longos anos sob a forma patriarcal, conferindo ao homem plenos poderes em relação aos outros indivíduos que compunham a família. Tal característica remete a Roma, onde a família era organizada sobre o princípio da autoridade do “pater” que detinha um poder quase que absoluto sob a mulher, os filhos e os escravos, além de desempenhar as funções de chefe político, sacerdote e juiz; comandava os cultos religiosos, detinha poder de vida ou de morte sobre os filhos e a mulher vivia sob sua dependência. E ainda, a organização da família estava em torno da função religiosa, ou seja, ao pater cabia a função de perpetuar os cultos religiosos para os seus descendentes.¹²

O elemento catalisador e organizador do grupo familiar não era apenas de natureza econômica, o aspecto religioso guardava singular importância. Os poderes outorgados ao *pater familias* não se justificavam, tão somente, no fato de ser ele o homem forte, provedor e protetor do grupo, mas, antes, na sua condição de sacerdote, o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos

¹⁰ FOCAULT, Michel. **História da sexualidade 2**. O uso dos prazeres. 8 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 134

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3. p. 17.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 16 ed. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v 5 p. 26 e 27.

misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside nele.¹³

Nota-se que no Direito Romano “[...] a família é um grupo essencial para perpetuar o culto familiar; o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família e, por muito tempo, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva, uma vez que, a instituição do casamento representava um dogma da religião doméstica [...]”.¹⁴

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objetivo principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto.¹⁵

Outrossim, fenômenos sociais contribuíram para a transformação da família, como por exemplo no tocante a educação dos filhos¹⁶; antes de responsabilidade exclusiva dos pais; hoje, também das escolas e instituições, “[...] faz com que a família transfira para a escola o aprendizado da vida em sociedade [...]”.¹⁷ Todavia, não significa com isso que a família está imune das responsabilidades para com a educação dos filhos, pois hodiernamente existe a co-responsabilidade entre família, estado e sociedade.

¹³ COULANGES, Fustel. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e institutos da Grécia e de Roma, p.128, In: SILVA, Marcos Alves. **Do Pátrio poder à autoridade parental repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos**. Rio de Janeiro: Del Rey, 2002.p. 25.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3. p. 19.

¹⁵ COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 47.

¹⁶ Assim, o serviço doméstico se confundia com a aprendizagem, como uma forma muito comum de educação. A criança aprendia pela prática, e essa prática não parava nos limites de uma profissão, ainda mais porque na época não havia limites entre a profissão e a vida particular; a participação na vida profissional – expressão bastante anacrônica, aliás – acarretava a participação na vida privada, com a qual se confundia aquela. Era através do serviço doméstico que o mestre transmitia a uma criança, não ao seu filho, mas ao filho de outro homem, a bagagem de conhecimentos, a experiência prática e o valor humano que pudesse possuir. (ARIËS, Philippe. **A História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Guanabarra: Rio de Janeiro, 1981. p. 239)

¹⁷ ARIËS, Philippe. **A História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Guanabarra: Rio de Janeiro, 1981. p. 239.

A família tem deveres quanto à matrícula do filho no colégio, ao acompanhamento de seu desempenho escolar, ao auxílio nas atividades escolares e a participar efetivamente da vida escolar, indo a reuniões, dando o suporte necessário para o pleno desenvolvimento escolar do filho. Tais responsabilidades não podem ser transferidas para o estado. O estado deverá oferecer vagas, facilitar o acesso ao ensino público, todavia é mister a participação da família para efetivar a educação.¹⁸

No tocante a condição da mulher, as mudanças na área social, cultural e econômica¹⁹ na segunda metade do século XX provocaram uma alteração nos papéis do homem e da mulher dentro da estrutura familiar, pondo fim na ideologia que o espaço público (mercado de trabalho) é reservado ao homem e que o espaço privado (trabalho doméstico) é reservado à mulher, em função disso há um redimensionamento do papel do homem perante os filhos e os afazeres domésticos que antes eram funções exclusivas da mulher.²⁰

Através do Movimento Feminista destacam-se as lutas emancipatórias pela busca da igualdade e da liberdade, desencadeando uma série de reivindicações no que se refere à inserção da mulher no mercado de trabalho.

Igualmente, o surgimento na década de 70 dos métodos de contracepção propiciando uma mudança nos costumes, tabus e pondo fim e, a questão sexual, tabus e a finalidade do casamento para procriação perdem espaço para a liberdade de escolha em ter ou não filhos e para a opção de fundar a família através do casamento ou não.²¹

1.2 Da codificação a constitucionalização da família brasileira

¹⁸ Achar nota para esse parágrafo NÃO posso ESQUECER.

¹⁹ A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No final do século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio da família [...]. (VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. Direito de Família. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3. p. 23)

²⁰ HENNIFEN, Inês; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. A Paternidade na Contemporaneidade: um estudo de mídia sob a perspectiva dos estudos culturais. **Psicologia & Sociedade: Revista da Associação Brasileira de Psicologia Social - ABRAPSO**, v. 14, n. 1, p.44-63, jan./jun. 2002

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE. Eduardo de Oliveira. **Direito de Família**. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do Direito de Família. CAMBI. Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.4 p. 136

O Estado sofreu grande influência da Igreja Católica, e o Direito Canônico de forma indireta regulou a família até o século XVII, inspirando, inclusive, as leis civis. O casamento era indissolúvel e a relação carnal tinha o objetivo exclusivo de procriação, ou seja, como uma forma de perpetuar a família.²² Frisa-se que somente os filhos oriundos do casamento eram reconhecidos como tais pelo ordenamento jurídico, pois o interesse pela preservação da estrutura familiar, da moral, dos bons costumes, sempre resistiu em admitir a identificação dos filhos frutos de relações extramatrimoniais.²³

O Código Civil brasileiro de 1916 conferia tutela jurídica a família instituição, ou seja, conforme dispositivos legais, a família constituída exclusivamente pelo matrimônio vedando, inclusive o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento; este filho “[...] para o direito, uma vez ilegítimo, não passava para o mundo do direito, ficava no universo do não-direito [...]”²⁴, bem como fazendo distinções e trazendo qualificações discriminatórias as pessoas unidas por enlaces não matrimoniais. A legislação vigente a época privilegiava a instituição família com o intuito de manter e fortalecer os interesses econômicos, principalmente nas classes abastadas.²⁵

Vale ressaltar que a família brasileira apresentava situação que se assemelhava à família romana, sendo que o homem era o que detinha o poder de chefiar e administrar a família, ocupando o espaço no mercado de trabalho e a mulher ocupando espaço no lar, envolvida com afazeres domésticos e criação e educação dos filhos. Quanto aos filhos, estes, submetiam-se a autoridade paterna e carregavam a responsabilidade de perpetuarem a instituição família. Os cônjuges, sem a possibilidade de dissolver o vínculo matrimonial, pois o mesmo tinha caráter

²² VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3. p. 23

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p 71.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Limites e possibilidade da nova teoria geral do Direito Civil**. Estudos Jurídicos, Curitiba: Universitária Champagnat, Volume 2, nº 1, p. 101-109, 1995.

²⁵ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.08.

eminentemente social e sua função era a procriação devido à economia da época basicamente rural, portanto havia necessidade de prole para fins de produção.²⁶

O casamento era praticamente um sinônimo de família, pois atrelado a esta visão foi que Beviláqua definiu Direito de Família:

Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.²⁷

Nesta linha de intelecção, o casamento era a única forma de constituir família, através do mesmo se estabelecia um vínculo jurídico entre o homem e a mulher e daí decorriam todos os demais direitos na seara da Família. O homem e a mulher formavam uma unidade patrimonial, as pessoas se confundem com patrimônio, em consonância com os valores predominantes na sociedade em voga, isto é, uma visão de Direito voltada para o patrimônio. “Deste modo, o casamento formal era a melhor maneira de conter as relações afetivas dentro da função procriativa da família pregadas até hoje pela Igreja.”²⁸

O Código Civil brasileiro de 1916 elegeu como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, e neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais matizaram o Direito de Família, sendo que no Livro de Família constante no Código Civil Brasileiro de 1916, 151 artigos foram destinados ao interesse patrimonial.²⁹

Este conceito, bem como o modelo estabelecido de família sofreu grande transformação a partir da Revolução Industrial, haja vista que neste momento as

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3. p. 28 e 29.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3. p. 23.

²⁸ MUNIZ, Francisco José Ferreira. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira **A família na evolução do direito brasileiro**. Direitos de família e do menor.. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 77

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 09 mar. 2010.

mulheres começam a ingressar no mercado de trabalho e, conseqüentemente a reivindicar alguns direitos, tais como: liberdade e igualdade³⁰.

A evolução da sociedade bem como de seu núcleo central, ou seja, a família força os legisladores a alterarem e criarem novos dispositivos legais aplicáveis ao Direito de Família. Um dos marcos na legislação foi à criação do Estatuto da Mulher Casada, Lei. 4.121 de 1962, que conferiu às mulheres casadas capacidade plena, uma vez que, até então, a mulher considerada relativamente incapaz para atos da vida civil necessitava autorização do marido para trabalhar. Se casada era subordinada ao marido, caso fosse solteira, era subordinada ao pai, com o referido estatuto, a mulher tem assegurado a propriedade dos bens adquiridos através de seu trabalho. Neste prisma, o mencionado estatuto consolidou o início da Emancipação da mulher, o que de certa forma altera a condição masculina, ou seja, os espaços antes ocupados pelo homem passam a ser compartilhados com a mulher como, por exemplo, os afazeres domésticos, a responsabilidade com a educação e criação dos filhos, bem como o sustento do lar.³¹

Outro marco na evolução da família clássica para a contemporânea aconteceu em 1977, com a instituição da Lei do Divórcio, em que pese à citada lei perquerir a culpa, ou seja, se não houvesse consenso entre o casal acerca da dissolução da sociedade conjugal, somente se incorresse em uma das hipóteses enumeradas no Artigo 317 de mencionada Lei é que seria autorizado o desenlace.³² Nesta percepção “o culpado deverá ser castigado, para por isso, como se fosse possível uma relação amorosa estar sujeitada a esse jogo de pecado original, da idéia de crime e castigo.”³³

Ainda assim, a Lei do Divórcio de 1977 quebra o paradigma vigente, isto é, põe fim a sacralização e indissolubilidade do casamento; concretiza a possibilidade de dissolver o vínculo jurídico do matrimônio, uma vez que, a realidade social apontava novos moldes de família e, a idéia de continuar, permanecer unida a outra

³⁰ DIAS, Maria Berenice. . A feminilização da Magistratura. **THEMIS. Gênero e Direito**. Porto Alegre, a. II, n. 2, 2001. p. 76-83.

³¹ DIAS. Maria Berenice. A feminilização da Magistratura. **THEMIS. Gênero e Direito**. Porto Alegre, a. II, n. 2, 2001. p. 76-83.

³² TEPENDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 419.

³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE. Eduardo de Oliveira. **Direito de Família**. A culpa no desenlace conjugal. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.4

pessoa por imposição legal, ou melhor, por impedimento de dissolução da sociedade conjugal não mais pode persistir, haja vista estar na contramão da afronta a pessoa em toda sua essência, afrontando um dos princípios concretizadores do princípio do princípio da dignidade humana que é o da liberdade.³⁴

Frisa-se que a lei referida não foi o suficiente para o reconhecimento de outras formas de constituir família, isto é, somente posteriormente, ou seja, em 1988 com a entrada em vigor da Constituição Federal é que se abre a possibilidade para além da família oriunda do casamento, uma vez que o texto constitucional consagra que a família tem proteção especial do Estado e, em seu Artigo 226 elenca outras formas de constituir família que vão além do casamento, bem como em seu Artigo 227, parágrafo 6º veda qualquer discriminação com relação aos filhos sejam eles havidos na relação de casamento ou não, ou por adoção.³⁵

É mister informar que apesar de ser o casamento na vigência do Código Civil brasileiro de 1916, a única forma de constituir família, as entidade familiares extramatrimoniais, ou seja, as relações concubinárias, faziam parte da sociedade brasileira, todavia, recebiam tratamento hostil e discriminatório, sendo que o tratamento jurídico oferecido pertencia a seara do direito obrigacional e não o de família. Tal diferença de tratamento jurídico estava atrelada aos valores morais, sociais e religiosos, por entender que se aos concubinos fosse oferecido tutela jurídica a estabilidade e a dignidade da família oriunda do casamento estaria prejudicada e comprometida.³⁶

³⁴ Segundo Ricardo Aronne, um dos princípios concretizadores da dignidade da pessoa humana – princípios gerais – são o princípio da liberdade e o princípio da igualdade.. Só haverá dignidade na existência de igualdade e liberdade. O momento do texto é próprio para pontuar a diversidade do sistema contemporâneo para com o liberal clássico, no qual se erigiu a codificação civil brasileira. Em tal sistema, a igualdade era de ordem formal, pois garantidora da liberdade – estruturante – mediante a legalidade – fundamental -, positivando-se como princípio geral, a dar sentido aos que lhe antecediam em abstração. Atualmente, se observa a liberdade em patamar de concreidade isonômico ao da igualdade. Ambos os princípios advêm para a concretização da dignidade da pessoa humana, ganhando sentido naquele e conseqüente valoração diferida no caso concreto, alinhando-se por relativização mútua, em concordância prática. Neste sentido, tanto igualdade como liberdade têm apreensão material no sistema, implicando tratamento desigual para os desiguais, ou restrição de liberdade para sua própria realização, no sentido da garantia da pessoa humana, na acepção intersubjetivada”.(Aronne, Ricardo. apud CARDOSO, Simone Tassinari. KASTRO, Felipe Pasto. **Do contrato parental à socioafetividade**. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004. p. ___)

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 43.

³⁶ TEPENDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 371.

Da visão transpessoal, espalhada pelo Código, na qual o indivíduo vivia em função a instituição família, à visão eudemonista consagrada na Constituição, há uma mudança, cuja a referência é decisiva para demonstrar este novo desenho: a realização da pessoa por intermédio da família.³⁷

Com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988 que proclama ser a família base da sociedade bem como a repersonalização³⁸ e publicização³⁹ do Direito Civil, os princípios como o da solidariedade mútua, convivência, afeto, dignidade são basilares na Família Contemporânea e definem o que vem a ser a família eudemonista⁴⁰ – voltada totalmente para a realização do indivíduo. Através do Direito as relações passam por um redimensionamento, no sentido de preservar os aspectos desprovidos de conteúdo econômico em detrimento ao patrimonialismo exarcebado no Código Civil brasileiro de 1916.⁴¹

A Constituição Federal brasileira de 1988 impõe ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX e na qual se inspirou o Código Civil

³⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.125.

³⁸ Este Direito Civil “repersonalizado” que se ancora em princípios e fins para além da suposta autonomia e pretensa igualdade; sem carpir-se no futuro acontecido ontem, saudar o reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade, mesmo que seja para prantear os não reconhecidos, os excluídos de todos os gêneros; no véu da liberdade contratual encontrar mais responsabilidade que propriedade, menos posse na formação epistemológica do núcleo familiar; e fotografar a legitimidade da herança e direito de testar na concessão que também outorga personalidade jurídica aos entes coletivos. E aí filmar o roteiro das tendências contemporâneas. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 , p. 6)

³⁹ A denominada publicização compreende o processo de crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do século XX. Tem-se a redução do espaço de autonomia privada para a garantia da tutela jurídica dos mais fracos. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 04 abr. 2010).

⁴⁰ “Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos seus componentes que a integram” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4 ed., 2007 , p. 52 e 53.)

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 09 mar. 2010.

pátrio, pois ao erigir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, é mister a constitucionalização⁴² do Direito Civil. Esta nova leitura voltada para a constituição reflete diretamente no Direito de Família, e especificamente nas questões atinentes as relações de parentesco, principalmente na paternidade e na forma de constituir uma entidade familiar.⁴³

Acrescenta-se que a mudança no Direito de Família advém de três eixos: da igualdade de homens e mulheres perante a lei; do reconhecimento de outras famílias que não só as constituídas pelo casamento e da igualdade entre os filhos independentes de sua origem – se havidos dentro ou fora do casamento.⁴⁴

Além da constitucionalização do Direito Civil, é necessária uma interpretação sistemática acerca dos temas pertinentes a seara da família, principalmente os que envolvem puramente relações humanas. Neste prisma, Caio Mário da Silva Pereira, adverte que: “As relações humanas não podem ser tratadas pelo sistema Judiciário como se elas fossem apenas determinadas pelo mundo da objetividade. Outras ciências indicam novos rumos ao Direito”.⁴⁵

Ao ressaltar a interface com outras áreas do saber⁴⁶, cabe informar que na seara da Psicologia o conceito de família é o que segue:

A família é um sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, ideais e idéias, sonhos e realizações. Uma instituição que mexo com nossos mais caros sentimentos. Paradigmática para outros relacionamentos, célula mater da sociedade. A dinâmica da família perpassa pela formação do casal; o nascimento dos filhos, a adolescência dos filhos, a saída dos membros do lar, a morte, o envelhecimento, as doenças, e a cada

⁴² Acerca da constitucionalização do Direito Civil, Luiz Edson Fachin assevera que: “Cabem, hoje, não apenas a recepção da constitucionalização do Direito civil, mas uma análise de quais são as conseqüências práticas por ela trazidas, bem como possíveis críticas a serem dirigidas a esse fenômeno. Não é um convite à sua cega adesão, mas, sobretudo, à sua reflexão.” (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 314).

⁴³ FACHIN, Luiz Edson. RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, in RDCT, In: Revista de Direito Civil, nº 65, Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 243-263.

⁴⁴ PEREIRA, Rodrigo.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Discurso proferido na Universidade de Coimbra. *Jornal “Estado de Minas”*. 2. ed. Belo Horizonte, 19 agosto1999, p. 10.

⁴⁶ [...] o pensar interdisciplinar parte da premissa de que nenhuma forma de conhecimento é em si exaustiva.[...] . FAZENDA. Ivani Catarina. **Interdisciplinaridade**: um projeto em parceria. São Paulo: Loyola, 1993. p. 15

evento que ocorre, mudam as posições dos membros da família, mudam as funções, manifestam-se os afetos.⁴⁷

Desta forma, o conceito de entidade familiar não está mais condicionado à casamento para fins de procriação, uma vez que a constitucionalização da família conduz ao reconhecimento e tutela das uniões estáveis⁴⁸, família homoafetiva⁴⁹, homoparental⁵⁰ e a monoparental⁵¹, uma vez que o elemento identificador da mencionada entidade não está mais atrelado às formalidades religiosas do matrimônio, mas sim ao comprometimento mútuo decorrente do laço da afetividade.⁵²

Importante registrar que além das famílias mencionadas no contexto atual, surge um novo modelo: as reconstituídas, que são aquelas em que as pessoas já foram casadas, possuem filhos, e reconstituem ao lado de um novo parceiro ou companheiro, uma nova família. A referida família, antes monoparental tem tendência a ser numerosa, posto que envolvem os filhos da relação anterior e

⁴⁷ GROENINGA., Giselle Câmara. **Família:** um caleidoscópio de relações, em Direito de Família e Psicanálise, Rumo a uma nova Epistemologia, org. GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha: IMAGO, 2003, p. 125.

⁴⁸ A expressão “união estável” foi escolhida pela Constituição Federal de 1988, substituindo o sentido preconceituoso e moralizador da expressão concubinato. E denominação concubinato, imbuída de um sentido pejorativo, de relação hors La loi ou clandestina estigmatizava, especialmente, a mulher designada de concubina. **(Maria Cláudia Crespo Brauner)**

⁴⁹ A homossexualidade, não sendo mais considerada uma doença e não constituindo um crime, progressivamente vem sendo aceita e reconhecida em lei, nos países democráticos. As relações afetivas entre duas pessoas do mesmo sexo constituem uma realidade vista e reconhecida em muitos lugares. [...] A gradual aceitação dessas relações por parte da sociedade demonstra a observância do princípio da tolerância, do respeito ao direito de liberdade e à intimidade dos indivíduos. (Brauer)

⁵⁰ **EMENTA:** FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontrovertido que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. **Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos.** Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018249631, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

⁵¹ Família constituída por apenas um dos pais e seu (s) filho (s). (Brauer)

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Álbum de Família.**

agregados a esta nova estrutura convivem com pessoas que não tem laços sangüíneos, porém, muitas vezes constroem laços afetivos.⁵³

A inclusão destas novas famílias deve ser buscada na tentativa de tutelar os direitos dos filhos afetivos, preexistentes às novas relações conjugais, fazendo-se necessário discutir as alternativas visando a garantir a solução dos conflitos que podem resultar dessas relações.⁵⁴

Em que pese a Constituição Federal de 1988 privilegiar o pluralismo⁵⁵ das entidades familiares, há uma divergência entre os civilistas no que tange ao artigo 226, tendo em vista que a interpretação da corrente majoritária considera o referido artigo *numerus clausus*, ou seja, abarcando somente os tipos de famílias que estão elencadas nos incisos do mencionado artigo. Além disso, para os doutrinadores que defendem a tese não há unanimidade no que se refere à primazia de um tipo de família em detrimento aos demais.⁵⁶

Alguns consideram que há primazia no casamento em detrimento aos outros modelos; a outra corrente defende que há igualdade nos três tipos de família. Por outro lado, a outra corrente aduz que o artigo 226 é meramente exemplificativo no tocante aos modelos de família e, que no rol do mesmo artigo, o que significa que tutela a família e não somente os três tipos explicitados na constituição, haja vista que as normas constitucionais são de inclusão e não de exclusão. No momento em que é reconhecido e positivado que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” o referido enunciado estende a tutela jurídica a diversos tipos

⁵³ BRAUER

⁵⁴ BRAUER

⁵⁵ Segundo Antonio Carlos Wolkmer, “Uma perspectiva interdisciplinar revela que a inter-relação fragmentada do legal não é mais vista como anárquica e que é perfeitamente admissível viver num mundo de juridicidade policêntrica. Neste contexto, o pluralismo enquanto perspectiva interdisciplinar consegue, no largo espectro da historicidade de uma comunidade regional ou global, intercalar o “singular” com a “pluralidade”, a junção democrática da variedade com a equivalência, a tolerância expressa na convivência do particular com a multiplicidade.”. (Wolkmer. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 322).

⁵⁶ L ÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

de família, tendo como pressuposto a concretização da igualdade e liberdade, bem como à realização da dignidade da pessoa humana⁵⁷, pois “[...] não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos ou preferenciais. O que as unifica é a função de lócus de afetividade e da tutela da realização das pessoas que as integram [...]”⁵⁸

Além do embate jurídico acerca das entidades familiares, há o embate jurídico referente à paternidade jurídica, sociológica e biológica apesar da constituição reconhecer todas, porém “são espantosos e recorrentes os desvios doutrinários e jurisprudenciais, seduzidos pela impressão de certeza de exames genéticos, particularmente do DNA”,⁵⁹ o que vai de encontro aos princípios constitucionais do direito de família, pois estar-se promovendo a realidade biológica em detrimento da sociológica. Em suma desconsiderando uma verdade real em prol da herança genética.⁶⁰

Deste modo, apesar das inovações trazidas na Constituição Federal de 1988 no Direito de Família, ainda há muitas controvérsias nas interpretações envolvendo as questões familiares, bem como, a resistência em tratar na área da família as relações homoafetiva, por exemplo, o reconhecimento efetivo da paternidade socioafetiva, e, são esses novos paradigmas jurídicos que deram origem ao Estatuto da Família⁶¹, Projeto de Lei nº 647/2007, considerando que

⁵⁷ L ÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 15-21, jul./set. 2006

⁶⁰ LÔBO, , Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 15-21, jul./set. 2006.

⁶¹ Sobre o Estatuto, in verbis, o artigo que trata da União Homoafetivo e o artigo que trata da paternidade socioafetiva, respectivamente:

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança.

DA FILIAÇÃO

“Direito e sociedade estão em permanente interação e, para que aquele permaneça como meio regulador do convívio social, diante das substanciais mudanças ocorrida, necessário é renovar as premissas”⁶², logo, o referido estatuto em sua versão original, não acrescidas as emendas propostas vem positivar de forma expressa as relações familiares fundadas no afeto⁶³

Casamento, uniões estáveis, famílias recompostas, monoparentais, nucleares, binucleares, homoafetivas, família geradas através de processo artificiais... Estes são alguns dos diversos arranjos familiares do século XXI, que compõem a nova realidade, cujo ordenamento jurídico atual não traduz essa realidade. A família não está em desordem. Ela foi, é, e continuará sendo o núcleo básico, essencial e estruturante do sujeito. O Estatuto das Famílias pretende regulamentar e legitimar todas as formas de famílias. Ele certamente trará incômodo e talvez até arrepios, mas não poderia deixar de ser a mais autêntica tradução da realidade. O PL traz consigo, em sua essência, o valor jurídico norteador de todas as relações: o afeto.⁶⁴

O estatuto acima mencionado (projeto lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM que está tramitando) busca consolidar os caminhos trilhados pela jurisprudência e pela constitucionalização do direito de família e reforça que o que define a existência de uma entidade familiar não são somente as relações advindas da consangüinidade, das relações matrimoniais, mas sim as relações construídas pelo afeto, pois este é o norteador das relações familiares.⁶⁵ “Indiscutivelmente a afetividade é traduzida no respeito de cada um por si e por

Art. 75. O filho não registrado ou não reconhecido pode, a qualquer tempo, investigar a paternidade ou a maternidade, biológica ou socioafetiva

⁶² CABRAL, Hidelgiza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=>>. Acesso em 22 março 2010.

⁶³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Estatuto das Famílias. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=356>> Acesso em 22 março 2010.

⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Estatuto das Famílias. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=356>> Acesso em 22 março 2010. .

⁶⁵ OLIVIERA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 384

todos os membros uma vez que esta é uma das maiores características da família atual.”⁶⁶

Todavia, concomitantemente, tramitam algumas emendas como, por exemplo, a Emenda nº 28, de autoria do Deputado Antônio Carlos Chamariz, que suprime, em todos os artigos, a expressão “socioafetividade”, e a Emenda nº 29, de autoria do Deputado Antônio Carlos Chamariz, que suprime o artigo 68 do Estatuto das Famílias. Enfatiza-se que tanto uma emenda quanto a outra citada vão de encontro à constitucionalização do direito civil, a princípios como dignidade, liberdade, afetividade que norteiam toda a estrutura jurídica do direito de família, bem como, estão em descompasso com o conceito de família fundada no afeto, conforme grandes doutrinadores como Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Rosana Amaro Fachin, Paulo Luiz Netto Lobo, Luiz Edson Fachin, entre outros, definem família atual.

As alterações propostas no Estatuto da Família são consideradas um retrocesso se comparadas às decisões proferidas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e aos posicionamentos defendidos pelos doutrinadores já referidos. Em suma, é um paradoxo, posto que o que funda a família e o afeto, e, este norteia as relações familiares suprimir um artigo que reconhece a união entre pessoas do mesmo sexo e suprimir a expressão socioafetividade do Estatuto da Família representa um retrocesso e, mais que isso, uma visão calcada no já revogado Código Civil de 1916⁶⁷.

1.2 Da paternidade e seus desdobramentos: uma abordagem conceitual

⁶⁶ OLIVIERA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 384

⁶⁷ As emendas propostas remetem a assertiva do doutrinador João Baptista Villela. “O velho código civil continua, pois, dando uma lição de jovialidade e frescor”. (VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In “Nova Realidade do Direito d Família”, Coordenação Científica Sérgio Couto. Rio de Janeiro: COAD, Tomo 2, 1999, p. 52 a 59).

Na família clássica patriarcal a figura paterna⁶⁸ estava intrinsecamente ligada à autoridade, ao poder, sendo taxativamente separadas as funções desempenhadas pelo homem e pela mulher em relação ao filho, ou seja, a educação, cuidado, zelo, carinho eram funções eminentemente maternas e as relativas ao provento das necessidades materiais eram atribuídas ao pai e, nesta lógica, a guarda do filho, nos casos de separação, geralmente não era pleiteadas pelo homem e, caso fosse, muitas vezes não lhe era concedida, posto que as leis, o juiz, pertenciam a um sistema cultural e social no qual vinculava o afeto à função maternal.⁶⁹

A contemporaneidade é marcada por grandes rupturas, quebra de paradigmas e, principalmente de alterações de papéis dentro do âmbito familiar, principalmente nas posições de ser pai⁷⁰ bem como o relacionamento com o filho. Ser pai era considerado, até pouco tempo, algo da ordem do natural, uma vez que a finalidade da família era justamente a procriação, logo, ser pai era consequência natural e lógica para aqueles que constituíam família através dos enlaces matrimoniais.⁷¹ Nesse viés, “paternidade é uma experiência humana profundamente implicada com propósitos sociais e institucionais que a legítima, ou seja, uma construção que deve ser compreendida face ao contexto sócio-cultural de um tempo”.⁷²

⁶⁸ No patriarcado, em Roma, o pai, além de encarnar a lei, a autoridade, era instituído de um poder quase divino. Por outro lado, pouca atenção foi dada ao outro lado desse sistema: as crianças eram abandonadas afetivamente pelo pai e eram criadas quase que exclusivamente pela mãe. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. PEREIRA, Ricardo da Cunha. Pai por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. São Paulo: Renovar 1999.

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=41>> Acesso em 21 maio 2010.

⁷⁰ “Hoje há alguns movimentos que procuram auxiliar os homens nesta tarefa de pai, ainda são poucos, mas existem grupos que se organizam no sentido de fazerem turmas de pais, de casais, onde vão discutir a questão da paternidade e do cuidado com os filhos. É algo que precisa ser incentivado e divulgado.” (MACIEL, Rubens de Aguiar. **A falta do pai é sempre prejudicial**.) Entrevista. Pailegal.net Disponível em <<http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextold+1272985581>> Acesso em: 15 maio 2010.

⁷¹ HENNIFEN, Inês; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. A Paternidade na Contemporaneidade: um estudo de mídia sob a perspectiva dos estudos culturais. **Psicologia & Sociedade**: Revista da Associação Brasileira de Psicologia Social - ABRAPSO, v. 14, n. 1, p.44-63, jan./jun. 2002

⁷² HENNIFEN, Inês; GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. A Paternidade na Contemporaneidade: um estudo de mídia sob a perspectiva dos estudos culturais. **Psicologia & Sociedade**: Revista da Associação Brasileira de Psicologia Social - ABRAPSO, v. 14, n. 1, p.44-63, jan./jun. 2002

Com a transformação da família clássica para a contemporânea, os interesses individuais, ou seja, a preocupação com a realização da pessoa que integra o grupo/entidade familiar passaram a ter grande valorização, sendo pressuposto para o pleno desenvolvimento do indivíduo, posto que é no seio da família que se tem o carinho, afeto educação, cultura, enfim, a base para a formação social, intelectual e emocional do ser humano, a relação entre pai e filho também é redimensionada, ou seja, não se resume somente a herança genérica.⁷³

Em outras áreas que tem interface com o Direito de Família, como por exemplo, a Psicologia, a transição da família clássica para a contemporânea, reflete diretamente nas questões atinentes a paternidade.

Na família contemporânea ter pai e mãe não deixou de ser importante. O que mudou é a consciência de que esta não é a única maneira de constituir uma família. O que importa é que, nas mais diversas configurações familiares, possa existir alguém que assegure a existência de um vínculo afetivo que dê conta das necessidades básicas para o desenvolvimento saudável da criança. Na psicologia, chamamos isso de função paterna e materna, as quais, necessariamente, não precisam ser exercidas por um homem e uma mulher, unidos legalmente pelo matrimônio, como antigamente se acreditava.⁷⁴

Ressalta-se que no que diz respeito às *funções paternas*⁷⁵, atualmente, além de prover o filho com as necessidades materiais, também desempenha a função que em outros tempos eram tipicamente materna, ou seja, o pai também educa, concede carinho, contribui efetivamente para o pleno desenvolvimento de seu filho. Em síntese, leva o filho à escola, auxilia nos deveres escolares, leva ao médico, a

⁷³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 46

⁷⁴ Revista o Instituto Humanistas Unisinos.

⁷⁵ A função do pai diz mais respeito à formação emocional e da personalidade da criança. O pai vai surgir como um exemplo em muitos aspectos para o filho. Vai surgir como aquele que deve estimular a criança a sair do vínculo simbiótico com a mãe. O pai irá induzir a criança para que ela vá se desligando da mãe, e vá se introduzindo na sociedade. A falta do pai é sempre prejudicial por Entrevista com Rubens de Aguiar Maciel – IHU. Pailegal.net. (ver com prof.)

pracinha, brinca, enfim, participa como figura principal e essencial na criação e educação do filho, portanto, este pai poderá ser ou não biológico.⁷⁶

Em reportagem publicada na revista *Máxima*, no mês que celebra o dia dos pais, as experiências de três pais ratificam as alterações, ou melhor, divisões de funções no âmbito familiar:

Cada vez mais se tende para um ponto de equilíbrio em que as tarefas já não são executadas em função do gênero, como o haviam sido durante séculos, mas da disponibilidade cada um. A própria sociedade começa a ver com mais naturalidade que o homem se envolva nos cuidados com os filhos, como dar de comer, mudar fraldas, ar o banho, entrando “num universo emocional” que até aqui “fora considerado espaço das mulheres” conforme explicam alguns especialistas. A legislação⁷⁷, reflexo desta mesma visão, foi também introduzindo novos direitos aos novos pais⁷⁸.

O conceito de paternidade passou por um redimensionamento a partir da ampliação do conceito de família. Juridicamente,⁷⁹ paternidade é a relação de parentesco entre pai e filho. No sentido biológico é o liame biológico que liga o genitor e o filho. No sentido sociológico designa aquele que mesmo sem ser o genitor assume o papel de pai. [...] A verdade biológica impõe a paternidade, mas a verdade sociológica constrói paulatinamente, a paternidade. [...] ⁸⁰, tendo em vista que a relação paterno-filial não é somente explicada através da descendência genética, e sim, através da relação construída com base no afeto, perpassando por deveres materiais, mas tendo grande relevância os valores transmitidos que é o alicerce para a formação da personalidade e desenvolvimento emocional, social e cultural do indivíduo.⁸¹

⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=41>> Acesso em 21 maio 2010.

⁷⁷ A licença paternidade é um direito concedido ao pai (procurar a respeito)

⁷⁸ FERRÃO, Julia. Os novos pais. **Máxima**, [s.l.], a. 19. n 223. p. 95-96. abril de 2007. p. 95.

⁷⁹ A paternidade jurídica distancia-se da sua base biológica para atender interesses em defesa da própria família, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica. (FACHIN, Luis Edson. **Direito além do novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. v. 5 n. 17 abr/maio 2003. p. 14)

⁸⁰ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 49.

⁸¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 43-48.

Em suma, paternidade hoje não é uma obrigação, mas sim uma opção⁸², e neste sentido, cabe mencionar as palavras de João Batista Villela:

Chegados à plenitude desse novo estágio, os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é dom de si mesmo.

Nesta linha de pensamento, ser pai é uma escolha, está ligado à liberdade de escolha e a vontade de ter ou não um filho, e exemplo disso, é o caso a adoção⁸³, bem como as técnicas de reprodução humana, são consideradas um ato unicamente de vontade, posto que, representa a livre escolha de alguém em assumir as responsabilidades que uma paternidade acarreta.

E ainda, além da liberdade de escolha, ser pai também pressupõe responsabilidade, posto que a relação de um pai com seu filho requer “afeto não só com açúcar, com autoridade também. Esta é uma das funções do pai, estabelecer limites.”⁸⁴ Os limites impostos como forma de autoridade parental⁸⁵ e não como forma de poder, ou seja, de forma positiva, contribuem para evitar a vulnerabilidade

⁸² O controle de natalidade, permitindo dominar a procriação separou – de forma definitiva – a atividade sexual do fenômeno procriativo. Substancial revolução que provocou inimaginável impacto sobre o comportamento humano; o que antes era obrigação, torna-se agora, opção; antes não se podia ter o sexo sem aceitar, ao menos eventualmente, os ônus da paternidade; hoje tem-se o sexo e a procriação como opção, desejo, projeto parental, do casal, sem qualquer obrigação natural. (LEITE. Eduardo Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 119).

⁸³ A adoção é um ato jurídico e um ato de vontade que se prova e que se estabelece quer através de um contrato, quer através de um julgamento (ato de vontade do juiz, mas que supõe previamente a vontade dos interessados.) (LEITE. Eduardo Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 122).

⁸⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Autoridade parental é responsabilidade social**. Boletim IBDFAM. p. 3-5, p.5. Setembro/outubro 2005.

⁸⁵ Um dos grandes problemas sociais que vemos hoje é a falta de pai, no sentido de autoridade que historicamente está representada pelo genitor. Quando o Código Civil mudou “pátrio poder” para “poder familiar”, entendemos que está inadequada porque não traduz a realidade hoje, que é o de autoridade familiar. A marginalidade tem raízes na ausência dessa função paterna. Essas crianças de rua não são frutos do abandono só do Estado, mas do pai, seja biológico ou não. A falta de um pai gera um custo social muito grande. O Estado não entendeu isso de valorização da família, pressupondo o afeto. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Autoridade parental é responsabilidade social**. Boletim IBDFAM. p. 3-5, p.5. Setembro/outubro 2005).

da criança frente à várias situações que poderá enfrentar na infância, na adolescência e quando adulto.

Indiscutivelmente “A relação de pai e filho é fundada na afetividade, na relação de afeto que se fortalece no dia-a-dia, e não necessariamente na origem biológica.”⁸⁶, e, seguindo este raciocínio, “O afeto, como demonstram a experiência e as ciências psicológicas, não é fruto da origem biológica. Em muitos casos, a consangüinidade tem servido à desagregação, à violência entre grupos familiares, à primazia do interesse patrimonial, não sendo causa necessária da construção do mais nobre dos sentimentos humanos, a solidariedade”⁸⁷.

No campo psicanalítico a família é considerada base cultural da sociedade, sendo constituída através de uma edificação psíquica na qual as pessoas ocupam um lugar e uma função, sendo que a paternidade é definida como algo que não está vinculado a questão biológica e, nem mesmo, a figura do homem, **“é menos a figura do pai, enquanto macho, do que o pai enquanto autoridade ou limite para o filho, introduzindo a idéia da lei”**. O exercício da paternidade poderá ser praticado por qualquer pessoa, independente do sexo, ou do grau de parentesco, pois na psicanálise a figura do pai esta atrelada a idéia de construção de identidade, base, meio no qual a criança se desenvolve e se descobre como sujeito. Nota-se que há uma diferença entre o pai, quem o representa e a sua figura física.⁸⁸

Enfatiza-se que os filhos recebem através da família desde o início da vida, ou seja, ainda quando bebês o suprimento para suas necessidades que vão desde “o alimento para o corpo tanto quanto o alimento para espírito, com afeto compreensão”⁸⁹ e, quando não acontece de forma completa, ou até mesmo, não

⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM. .a. 1, v. 1, Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 70

⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **O exame de DNA e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM. A. 11, v. 1, Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 70

⁸⁸ WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-86.

⁸⁹ ZAVASCHI, Maria Lucrecia Sherer. A criança necessita de uma família. AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. (org.) **Infância em Família: um compromisso de todos**. A criança necessita de uma família. ZAVASCHI, Maria Lucrecia Sherer. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família., 2004. p. 59-66. p. 59.

recebem, principalmente a base, a estrutura que lhe confira o pleno desenvolvimento da personalidade, talvez carregue “cicatrices indeléveis para toda a vida.”⁹⁰

O critério do estabelecimento da verdade socioafetiva se agiganta na seara jurídica no que tange ao estabelecimento da paternidade/filiação, e quando o juiz estiver diante de um caso dessa natureza é mister a interpretação sistêmica, tendo em vista que a socioafetividade tem caráter sociológico e psicológico⁹¹, portanto, na medida do possível, é importante o auxílio dos profissionais destas áreas⁹².

DA AFETIVIDADE PRESUMIDA À AFETIVIDADE PROTEGIDA NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O afeto é o contorno das relações familiares, tendo papel relevante, ou seja, é um valor imprescindível para a formação e realização das pessoas, e o fundamento constitucional da afetividade e é um dos pressupostos para a efetiva concretização do princípio da dignidade humana⁹³ (art. 1º CF), da solidariedade, que

⁹⁰ ZAVASCHI, Maria Lucrecia Sherer. A criança necessita de uma família. AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. (org.) **Infância em Família: um compromisso de todos. A criança necessita de uma família.** ZAVASCHI, Maria Lucrecia Sherer. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família., 2004. p. 59-66. p. 59.

⁹¹ No direito de família torna-se imprescindível à atuação do psicólogo. As questões familiares são mais amplas e complexas. Não se limitam à letra fria e objetiva da lei, esta nem sempre é suficiente para dirimir as questões familiares levadas ao judiciário. A psicologia, como ciência do comportamento humano, vem, através de seu aparato, buscar compreender elementos e aspectos emocionais de cada indivíduo e da dinâmica familiar, e assim, encontrar uma saída que atenda adequadamente as necessidades daquela família, que muitas vezes passam despercebidas nos litígios judiciais.

⁹² VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família.** São Paulo: Atlas, 2002, v 6, p. 264.

⁹³ Segundo Kant, o ser humano existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário de alguma vontade. Logo, ele deve ser sempre considerado como fim. Então, somente os seres racionais são pessoas, pois a natureza os distingue como fins em si mesmos e, por isso, são objeto de respeito. Assim, tem-se que “a natureza racional existe como fim em si”. Portanto, conclui com a formulação do seguinte imperativo: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.* Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58 e 59).

tem relação estreita com o princípio acima mencionado (art. 3º, inciso I da CF), da convivência familiar e comunitária (art. 227 da CF⁹⁴).⁹⁵

Em relação ao afeto, cabe aqui citar um trecho do clássico O Pequeno Príncipe, Saint-Exupéry, posto que neste episódio, o autor salienta a importância da afetividade e da arte de “criar laços”:

Sou uma raposa, disse a raposa.
- Vem brincar comigo, propôs o príncipezinho. Estou tão triste...
- Eu não posso brincar contigo, disse a raposa. Não me cativaram ainda.
- Ah! Desculpa, disse o príncipezinho.
Após uma reflexão acrescentou:
- Que quer dizer "cativar"?
- Tu não és daqui, disse a raposa. Que procuras?
- Procuo os homens, disse o príncipezinho. Que quer dizer "cativar"?
- Os homens, disse a raposa, têm fuzis e caçam. É bem incômodo! Criam galinhas também. É a única coisa interessante que eles fazem. Tu procuras galinhas?
- Não, disse o príncipezinho. Eu procuro amigos. Que quer dizer "cativar"?
- É uma coisa muito esquecida, disse a raposa. Significa "criar laços..."
- Criar laços?
- Exatamente, disse a raposa. Tu não és ainda para mim senão um garoto inteiramente igual a cem mil outros garotos. E eu não tenho necessidade de ti. E tu não tens também necessidade de mim. Não passo a teus olhos de uma raposa igual a cem mil outras raposas. Mas, se tu me cativas, nós teremos necessidade um do outro. Serás para mim único no mundo. E eu serei para ti única no mundo...- Começo a compreender, disse o príncipezinho. Existe uma flor... eu creio que ela me cativou....⁹⁶

Nesta passagem, fica evidenciado o quão importante é cativar, criar laços de afeto para estabelecer uma relação com o outro, sendo que tais relações poderão

O princípio da dignidade humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. A Constituição, no artigo 1º, o tem como um dos fundamentos da organização social e política do país e da própria família (artigo 226, & 7º). Na família patriarcal, a cidadania plena concentrava-se na pessoa do chefe, dotado de direitos que eram negados aos demais membros, a mulher e os filhos, cuja dignidade não poderia ser a mesma. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE. Eduardo de Oliveira. Direito de Família. **Direito de Família**. O Ensino do Direito de Família no Brasil. LOBO. Paulo Luiz Netto. V.4 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999)

⁹⁴ 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, crueldade. BRASIL, Constituição (1988). São Paulo: Saraiva, 2007.

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 09 mar. 2010.

⁹⁶ SAINT-EXUPÉRY, 1981, p. 68-69.

ter grande significado ou não, poderão ser longas, curtas,⁹⁷ haja vista que um envolvimento verdadeiro entre pessoas somente é possível quando desenvolvidos e estreitados os laços afetivos e, esses, são construídos no dia a dia, nas pequenas coisas e em pequenos gestos. Tais elementos são pressupostos para as relações interpessoais e adquirem grande proporção e importância quando na esfera familiar, pois o desenho da família atual requer o afeto⁹⁸, uma vez que é elemento essencial para a manutenção da mesma, pois as relações familiares são permeadas pelo **afeto**.⁹⁹

Ressalta-se que “as trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas” e, além disso, influenciam o “ser com os outros, aprendido com as pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e freqüentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente”, e, neste sentido as relações existentes de afeto no seio da família são de suma importância para a formação social e emocional do indivíduo.¹⁰⁰

Ademais, frisa-se que atualmente, devido à ruptura do paradigma família/casamento indissolúvel com a finalidade de procriar, no Direito de Família, a afetividade exerce uma função essencial e tutelada pelo Direito, tendo em vista seu papel mais elevado, que é efetivar a dignidade da pessoa humana. Hoje o seio da família representa o espaço para o desenvolvimento pleno da pessoa, a proteção, o abrigo, o lugar para compartilhar sentimentos; alegrias, tristezas, vitórias, derrotas; receber e dar apoio; de respeitar e ser respeitado no tocante à liberdade individual

⁹⁷ CABRAL, Hidelgiza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=>>. Acesso em 15 março 2010.

⁹⁸ O vocábulo afetividade é formado pela junção dos termos afetivo e (i) dade, que, segundo a psicologia, é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagradado, de alegria ou tristeza. O afeto, do latim, affectus, diz respeito à afeição por alguém, inclinação, simpatia, amizade ou amor.

⁹⁹ COSTA, Ana Surany Martins. Filiação socioafetiva: uma nova dimensão afetiva das relações parentais. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=381>>. Acesso em 02 abril 2010.

¹⁰⁰ SZYMANSKI, Heloisa. **Viver em Família como experiência de Cuidado Mútuo**. Revista Serviço Social & Sociedade. São Paulo, n. 71, p. 12, set. 2002

de cada membro desta entidade, bem como em suas escolhas, sejam elas no campo profissional ou pessoal, enfim, é o porto seguro do indivíduo.¹⁰¹

Portanto, “não é a família per se que é constitucionalmente protegida, mas o lócus indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana”¹⁰², logo, não poderá ser tutelada algumas entidades em detrimento à outras, pois estar-se-ia promovendo a injustiça refletindo diretamente no indivíduo, pois representaria a violação ao princípio da dignidade humana¹⁰³.

Ressalta-se que para efetivar o mencionado princípio, é mister relacioná-lo com afetividade, posto que é da mesma que decorrem os princípios constitucionais do Direito de Família.¹⁰⁴ Desta forma, constata-se que “O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.”¹⁰⁵

Importante registrar que, com o deslocamento do foco, ou seja, se no passado o centro do ordenamento jurídico fora a família instituição e a preservação do patrimônio, hoje o centro é o homem no sentido existencial¹⁰⁶, e o berço da família é o primeiro espaço que se desenvolvem os valores próprios da personalidade, considerando que “diante da valorização da pessoa humana, o próprio conceito de personalidade sofreu um alargamento, passando a ser considerado, para além da identificação com a capacidade de ser sujeito de direitos”¹⁰⁷

¹⁰¹ PERROT, Michele. O Nó e o ninho. Veja 25: reflexões para o futuro, São Paulo, Abril 1993. p 75-81

¹⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em:

<<http://WWW.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>. Acesso em: 16 mar. 2010

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em:

<<http://WWW.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>> Acesso em: 16 mar. 2010

¹⁰⁴ CABRAL, Hidelgiza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>>. Acesso em 16 mar. 2010.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Álbum de Família**.

¹⁰⁶ CARDOSO, Simone Tassinari. KASTRO, Felipe Pastro **Do contrato parental à socioafetividade**. Família, Entidade Familiar e União de Indivíduos do mesmo Sexo. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2004. p. 45.

¹⁰⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.253.

Os mencionados valores próprios da personalidade estão intrinsecamente ligados com o “reduto inatingível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”¹⁰⁸, ou seja, a dignidade do homem, posto que é necessário uma gama de direitos e deveres fundamentais para que seja assegurado a cada indivíduo condições mínimas para seu desenvolvimento não só material, mas principalmente sócio-emocional. A realização dos direitos fundamentais da pessoa humana se apresenta na qualidade de atuação do *status personae*, como o fundamento e a razão de ser da tutela e da promoção das entidades familiares que assim se conformam.¹⁰⁹

Seguindo esta linha, Gustavo Tependino afirma que:

[...] do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores culturais éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada, à dignidade de seus membros[...].¹¹⁰

O mesmo autor sinaliza que “é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo”¹¹¹, e em decorrência disso, na esfera jurídica, os direitos personalíssimos ganham grande dimensão e sua violação pode dar ensejo a uma ação: se o ordenamento jurídico vigente na família clássica negou o direito do filho adulterino propor ação de investigação de paternidade, visto que a legislação lhe negava o direito a conhecer e ter um pai devido ao fato de ser fruto de uma relação não tutelada pelo mundo jurídico, hoje, é possível propor ação de indenização por abandono paterno, em nome da dignidade da pessoa humana

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humanas e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32

¹⁰⁹ CABRAL, Hidelgiza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. Disponível em: **Instituto Brasileiro de Direito de Família**.

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>>. Acesso em 16 mar. 2010.

¹¹⁰ TEPENDINO, Gustavo. **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹¹¹ TEPENDINO, Gustavo. **Temas de Direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

bem como em nome do princípio da afetividade que norteia as relações familiares.

112

“A affectio, no modelo de família patriarcal, tinha sua existência presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida.” Nesta família o afeto despertava interesse somente naqueles que sentiam e estavam envolvidos na relação, ou seja, nos pais e filhos, maridos e mulheres, amantes, enfim, para a esfera jurídica tal sentimento era presumido: não havia discussão acerca do tema; era presumido, tomado como existente¹¹³. Tal fato decorre das normas previstas no Código Civil brasileiro de 1916, que reconhecia somente a união entre homem e mulher oriunda do matrimônio, pois o “[...] affectio maritalis é manifestado sob o compromisso público e solene dos nubentes de manter a vida em comum, assistir-se mutuamente e procriar e educar os filhos [...]”.¹¹⁴

Os modelos pré-estabelecidos e tutelados pelo Ordenamento Jurídico tornam-se excludentes, em descompasso com as mudanças sofridas pela família tanto de função, natureza, composição, tendo em vista que “[...] A família, como fato cultural, está ‘antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico [...]’”, ou seja, não são as leis que determinam um estereótipo de família e sim adaptam, molduram aos anseios desta.¹¹⁵ Desta forma o Direito não tem autonomia para definir um modelo de família ideal, o correto, o que deva receber a tutela jurídica, posto que cabe sim a proteção a pessoa sem que haja interferência em sua escolha no tocante a estrutura familiar.

O doutrinador Rodrigo da Cunha Pereira, faz a seguinte assertiva acerca do Direito e da estrutura familiar:

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª.Turma, Resp. 757411/MG; RECURSO ESPECIAL 2005/0085464-3, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, julgada em 29 de novembro de 2005 e publicada no DJ em 26/03/2006, resultando na seguinte Ementa:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. **ABANDONO MORAL**. REPARAÇÃO. **DANOS MORAIS**. IMPOSSIBILIDADE.

1. A **indenização** por **dano moral** pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o **abandono afetivo**, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido”.

¹¹³

¹¹⁴BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**. 2 ed. Ver., atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 10-11.

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

[...] que existe antes e acima do Direito, que nos interessa investigar e trazer para o Direito. E é mesmo sobre ela que o que o Direito vem, através dos tempos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estruturação familiar na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais que remetem a um ordenamento jurídico [...]¹¹⁶.

Nesta linha, a estrutura familiar advinda do matrimônio começa a agregar outros modelos que não o mencionado. A realidade, o contexto social, timidamente clamava por amparo legal que abrangesse toda a sociedade, posto que, muitos homens, mulheres, enfim cidadãos viviam sem amparo jurídico, famílias não matrimonializadas, monoparentais, homoafetivas, consagram as várias possibilidades que vão muito mais além que um único modelo de família.¹¹⁷ No momento que há esta quebra de paradigma do modelo conceitual de família, ou seja, a uma dicotomia entre família, patrimônio e religião, o afeto passa a ganhar visibilidade e tutela jurídica, haja vista que a realidade social vinha de encontro com o estereótipo contido e protegido pela Legislação Brasileira, em específico no Código Civil brasileiro de 1916.

Tal fato impõe ao Direito uma visão voltada mais ao sujeito do que ao patrimônio, tendo em vista que quando o centro da família passa a ser o sujeito e não a família como instituição, se sobrepõe na esfera jurídica o afeto, este deixa de ser somente presumido e passa a ser protegido. Se na família clássica a *affectio*¹¹⁸ era presumida, ou seja, não se questionava a existência ou não do afeto, posto que,

¹¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

¹¹⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.225. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem Psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

¹¹⁸ A *affectio*, no modelo de família patriarcal, tinha sua existência presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida. Desta forma, o casamento já trazia consigo a *affectio maritalis*, justificando previamente a necessidade de continuidade da relação. Não se questionava tal elemento, uma vez que ele fazia parte da estrutura do matrimônio. A continuidade do casamento podia ser motivada por outros elementos como, por exemplo, a impossibilidade de dissolução de vínculo: neste caso a *affectio*, presumida se fazia presente.

a visão patrimonialista da época privilegiava o patrimônio em detrimento do sujeito, hoje a *affectio* é o elemento que fundamenta as relações familiares.¹¹⁹

A família atual está matizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade. Assim enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada.¹²⁰

O afeto constitui uma liberdade do indivíduo em afeiçoar-se a outro, representa direito individual e o mencionado direito deverá ser assegurado pelo Estado através do repúdio a qualquer discriminação referente ao tipo de entidade familiar, ou seja, se formada por homem e mulher, se formada por homem e homem, mulher e mulher, bem como no que diz respeito aos filhos, se biológicos ou não.¹²¹

Esta valoração do afeto nas relações familiares invade paulatinamente o campo jurídico, todavia consagra-se com a constitucionalização do Direito Civil, posto que, conforme texto constitucional o Capítulo dedicado a família institui uma visão democrática, privilegiando todos os membros integrantes da família lhes conferindo tratamento igualitário e o pátrio poder é substituído pelo poder familiar. Nessa perspectiva, o afeto é um axioma que tem como finalidade a concretização da igualdade material¹²², através do respeito por cada indivíduo e suas diferenças, bem como tem suma importância na construção e desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo que integra o grupo/entidade familiar.

¹¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. p .297 e 298

¹²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 27 mar. 2010.

¹²¹ BARROS, Sérgio Resende. Revista Especial Del Rey IBDFAM - Maio 2002

¹²² O princípio da igualdade formal e material relaciona-se à paridade de direitos entre os cônjuges ou companheiros e entre os filhos. Não há cogitar de igualdade entre pais e filhos, porque cuida de igualar os iguais. A consequência mais evidente é o desaparecimento de hierarquia entre os que o direito passou a considerar pares, tornando perempta a concepção patriarcal de chefia. A igualdade não apaga as diferenças entre os gêneros, que não pode ser ignorada pelo direito. Ultrapassada a fase de conquistas da igualdade formal, no plano do direito as demais ciências demonstram que as diferenças não poderiam ser afastadas. A mulher é diferente do homem, mas enquanto pessoa humana deve exercer os mesmos direitos. A história ensina que a diferença serviu de justificativas a preconceitos de supremacia masculina, vedando à mulher o exercício pleno de sua cidadania ou sua realização como sujeito de direito. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE. Eduardo de Oliveira. **Direito de Família. Direito de Família**. O Ensino do Direito de Família no Brasil. LOBO. Paulo Luiz Netto. v.4 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

A afetividade é o elemento que funda, justifica e solidifica as relações familiares.¹²³ “Esta noção contemporânea pode ser localizada em duas situações nas relações jurídicas de família: na formação e dissolução de casais e nas relações paterno-filiais.”¹²⁴

E ainda, cumpre registrar que, conforme leciona Sérgio Resende de Barros, o afeto cria vínculos jurídicos.

[...] por ser uma relação entre os indivíduos, o afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidades entre os sujeitos. Daí, porque o direito o protege não apenas como fato individual, mas, também como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, etc.¹²⁵

Neste sentido, a doutrinadora Maria Cláudia Crespo Brauner, assinala que:

O afeto passa a ter relevância para o Direito e transforma-se em um elemento importante tanto para a continuação, quanto para o desfazimento das relações conjugais, quando fraturado o vínculo afetivo. Separações, divórcios, dissoluções de uniões estáveis também fazem parte da dinâmica incessante das relações entre os indivíduos, tendo em vista que envolvem os mais complexos e instáveis sentimentos. Igualmente, em virtude da valorização do afeto e a busca da realização pessoal, as rupturas das uniões formais ou informais devem ser desdramatizadas, não mais fundadas na noção de culpa, mas, ao contrário, incorporando a noção de ruptura do vínculo afetivo.¹²⁶

É certo que separações estão ligadas a sentimentos de tristeza e dor, todavia se ocorrerem no âmbito de um relacionamento afetivo, é pouco provável

¹²³ CABRAL, Hidalgiza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>>. Acesso em 12 abril 2010.

¹²⁴

¹²⁵ BARROS, Sérgio Resende. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre : Síntese, v.4, n.14, jul.-set. 2002, p. 6

¹²⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo.

que as cicatrizes provocadas pela ruptura do vínculo afetivo produzirão reflexos no desenvolvimento emocional, pois para a completude do desenvolvimento humano necessário se faz a ligação com o pai/filho, mãe/filho, marido/mulher, companheiro/companheira, como também a ruptura da mesma. O elo com a família é condição humana fundamental para a existência e, segundo o psicoterapeuta Ian Suttie o amor pelo outro aparece “simultaneamente com o reconhecimento da sua existência”.¹²⁷

O que funda e justifica a união entre pessoas para constituir a família pode ser elucidado nas palavras do Professor Eduardo de Oliveira Leite:

O essencial é saber o que faz com que o casal seja um casal. A simples união sexual, seja ela repelida, não poderia ser evidentemente, o suficiente. E tampouco a simples coabitação, seja ela durável. O casal, no sentido que tomo, supõe amor e duração. O casal só se permanecerá como casal através desta fidelidade ao amor dado e ao amor recebido, ao amor compartilhado e à recordação desse amor.¹²⁸

A consolidação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afeto projeta-se no campo jurídico constitucional e recebe a tutela através das referências abaixo elencadas, tendo em vista que nas mesmas encontra-se abrigado implicitamente o princípio da afetividade:

- a) todos os filhos são iguais, independente de sua origem (art. 227, 6º)
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, 3º e 4º)
- d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, 3º e 6º)
- e) o direito à convivência familiar é considerado prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227)¹²⁹

¹²⁷ VIORST, Judith. **Perdas Necessárias**. Melhoramentos: São Paulo. P. 27-29.

¹²⁸ Leite. Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1992. p.65

¹²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em:

Acerca do artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, Rodrigo da Cunha Pereira considera que reside o princípio da afetividade¹³⁰, uma vez que:

"assimila o marco ora tratado da nova família, com contornos diferenciados, pois prioriza a necessidade da realização da personalidade dos seus membros, ou seja, a família-função, em que subsiste a afetividade que, por sua vez, justifica a permanência da entidade familiar.¹³¹

No âmbito da filiação, “[...] o direito sempre se valeu de presunções, pela natural dificuldade em se atribuir a paternidade ou maternidade a alguém [...]”¹³² neste viés, a mesma presunção atribuída ao afeto que era conferida ao marido e a mulher se dava em relação aos filhos, ou seja, o casamento fundamentava a legitimidade da filiação, conforme critérios do artigo 338 do Código Civil brasileiro de 1916,¹³³ sendo que os mesmos dispositivos foram reproduzidos no Código Civil brasileiro de 2002, artigo 1597, inciso I e II, todavia a “[...] constituição tomou partido pelo conceito aberto de paternidade. Não há qualquer preceito constitucional que

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=128>> Acesso em : 03 de abril de 2010.

¹³⁰ O princípio da afetividade não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico, mas a Constituição Federal, ao estabelecer a pluralidade das entidades familiares, reconhece a afetividade como base da família. A afetividade, como elemento formador da família deve se adaptar aos anseios do ser humano e acompanhar suas transformações. Segundo Maria Berenice Dias: “[...] A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família [...]” . CABRAL, Hidalgiza Lacerda Tinoco Boechat. Afetividade como fundamento na parentalidade responsável. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>>. Acesso em 12 abril 2010.

¹³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese de Doutorado. Curitiba: UFPR, 2005. p. 130.

¹³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

¹³³ Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal

II os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação. BRASIL. **Código Civil**: mini/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a cola boração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9. Ed – São Paulo: Saraiva: 2003.

autorize a confusão entre genitor e pai [...]”¹³⁴ e “há vários fundamentos do estado de filiação geral que não se resume à filiação biológica”¹³⁵, ou seja, tem-se a filiação biológica, a jurídica e a socioafetiva, ambas reconhecidas pelo Ordenamento Jurídico e superando a máxima “pater is est quem nuptae demonstrant”,¹³⁶ nesta esteira, a paternidade poderá ser reconhecida pelos vínculos jurídicos, biológicos ou socioafetivos:

A literatura jurídica costuma afirmar a existência de três espécies de paternidade: a biológica que se origina do congresso sexual entre os pais e que redundando na filiação consanguínea, baseada no matrimônio, na união estável, ou nas relações entretidas por pessoas impedidas de casar; a jurídica, que decorre da presunção resultante da convivência com mãe; e a socioafetiva, que se constitui em ato de opção fundado no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada adoção a brasileira.¹³⁷

O real sentido nas relações paterno-filiais transcende a lei e o sangue, não podendo ter somente uma determinação científica e prescrita; os vínculos que norteiam esta relação são sólidos e profundos, construídos dia a dia, não podendo ser vistos cientificamente, todavia são visíveis para além da verdade científica ou biológica, de tal forma que os verdadeiros pais são os que constroem uma relação com base sólida com laços afetivos. Em suma, o vínculo de sangue tem papel

¹³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

¹³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

¹³⁶ Pater era utilizado restritamente, quando se invocava um poder, uma autoridade, uma dignidade majestosa. Como o genitor foi investido no cargo maior a ser exercido dentro da pequena sociedade organizada, que era a família, sua importância foi de tal modo ressaltada, que o poder paterno mergulhou, em detrimento da figura do pai. (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 44).

¹³⁷ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A investigação da paternidade socioafetiva. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 64, 01/05/2009. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6105>. Acesso em 18/04/2010.

secundário para determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto¹³⁸

Nesta esteira consolida-se no Direito Brasileiro, a família socioafetiva tendo como pilar a Constituição Federal de 1988 que veda a discriminação entre os filhos, proclama a igualdade entre homem e mulher, chama os pais para uma paternidade responsável, em suma:¹³⁹ “A afetividade invade a ciência jurídica transcendendo aos aspectos exclusivamente psicológicos e sociológicos.”¹⁴⁰

Em se tratando do Direito de Família, por analogia pode-se constatar que: “O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos,”¹⁴¹ pois o que norteia o direito de família é o princípio da afetividade.

2.1 A relação paterno-filial: os vieses biológico e socioafetivo

A relação paterno-filial é um dos temas mais polêmicos e complexos do Direito de Família, do Código Civil brasileiro de 1916 ao de 2002, perpassando pela Constituição Federal brasileira de 1988, ocorreram grandes modificações no tocante as concepções acerca do tema, bem como a maior valoração do critério socioafetivo como fundamento do liame que liga o pai ao filho.¹⁴² “Até a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988 “prevalecia o critério da verdade legal¹⁴³. Depois a predominância foi para a verdade biológica.”¹⁴⁴

¹³⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 84 e 85.

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5 p.33.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v 5 p.33.

¹⁴¹ VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família. In: COUTO, Sérgio (coord.). Nova Realidade do Direito de Família. Rio de Janeiro: COAD, 1999, p. 52 a 59. T. 2.

¹⁴² PEREIRA, Sérgio Gischkow. A imprescritibilidade das ações de Estado e a socioafetividade: repercussão do tema no pertinente aos arts. 1.601 e 1.614 do Código Civil. In: WELTER, Belmito Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.) **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 425-438. p. 426.

¹⁴³ A família constituída pelos sagrados laços do matrimônio era a única a merecer o reconhecimento e a proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de **família legítima**. Quando a lei trata da filiação, está a tratar exclusivamente dos filhos havidos no casamento. Desvincula-se o legislador da

Com a ascendência do afeto nas relações familiares, a verdade socioafetiva adquire imensas proporções na seara da família e, assim, enquanto a verdade biológica é alcançada através da medicina,¹⁴⁵ a verdade socioafetiva é decorrente “da estabilidade dos laços afetivos, construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial para a atribuição de paternidade [...]”¹⁴⁶

“A filiação¹⁴⁷ decorre do fato da concepção e geração do ser, como fruto da união sexual de outros dois seres, masculino e feminino”,¹⁴⁸ sendo que a natureza biológica da filiação é de suma importância para o Direito, pois se transforma em fato jurídico gerando efeitos, todavia, “[...] Filho era somente o filho no sentido jurídico. A descendência genética podia (e deveria) coincidir com a concepção do direito [...]”¹⁴⁹, pois os axiomas determinantes da estrutura familiar calcados nos valores sociais da época da vigência do Código Civil brasileiro de 1916, principalmente no período Brasil colonial, impunham a regra *pater ist*, ou seja, a paternidade biológica deveria coincidir com a jurídica.¹⁵⁰

A vigência da regra *pater ist* buscava alcançar a paternidade jurídica¹⁵¹, posto que, “distanciava-se da sua base biológica para atender interesses em defesa

verdade biológica e gera uma **paternidade jurídica**. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 326)

¹⁴⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A imprescritibilidade das ações de Estado e a socioafetividade: repercussão do tema no pertinente aos arts. 1.601 e 1.614 do Código Civil. In: WELTER, Belmito Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.) **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 425-438. p. 425.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006. p. 359 e 360.

¹⁴⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito a origem genética: uma distinção necessária**

¹⁴⁷ Filiação é “a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos” (VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 7).

¹⁴⁸ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho: Paternidade Socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 38

¹⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 48

¹⁵⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de Paternidade: posse de estado de filho: Paternidade Socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 29-39

¹⁵¹ Segundo Silvio de Salvo Venosa, “a lei presume a filiação legítima com fundamentos nos dados científicos. Desse modo, se o filho nasceu até seis meses após o casamento, presumimos ser legítimo. Se o nascimento ocorre antes dos 180 dias, não opera a presunção. Entendemos que é de seis meses o período mínimo de gestação viável. Fora desses períodos, ainda que possam ocorrer nascimentos, a presunção não opera. (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6 p. 232).

da própria família, calcados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica.”¹⁵²

O sistema do Código, ainda que quisesse buscar através da regra *pater is est* a coincidência entre a paternidade biológica e a paternidade jurídica, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em favor da segunda. Dá, assim, preferência a um critério “nupcialista de paternidade” (segundo o qual é reconhecido como pai aquele que contraiu núpcias com a mãe) e não a um critério “biologista da paternidade”, que atende à verdadeira filiação do ponto de vista biológico.¹⁵³

Sérgio Gischkow Pereira assegura que na legislação atual a regra *pater is est* “não foi abolida, mas recebeu atenuações, foi relativizada,¹⁵⁴ ou seja, diante de uma situação real na qual exista a paternidade jurídica e a biológica, ao genitor é defeso a impugnação da paternidade com base em uma provável questionamento acerca dessa relação já estabelecida.

Paulo Luiz Netto Lobo enfatiza que “a presunção fazia sentido quando a filiação biológica era determinante, no modelo patriarcal de família,¹⁵⁵ pois à época o único modelo de família admitido era o advindo dos laços matrimoniais e, havia uma preocupação excessiva com as questões patrimoniais. Hoje, a presunção não tem o mesmo sentido, isto é, não coaduna com a realidade e a diversidade da família.

Atualmente, com o desenvolvimento da Medicina é possível determinar com noventa e nove por cento de certeza a origem genética do indivíduo, todavia, esta certeza absoluta refere-se somente aos laços de sangue, pois o liame que une o pai

¹⁵² FACHIN, Luiz Edson. **Direito além do novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM. V 5. n 17, abr./maio 2003. p. 14

¹⁵³ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p. 33.

¹⁵⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A imprescritibilidade das ações de Estado e a socioafetividade: repercussão do tema no pertinente aos arts. 1.601 e 1.614 do Código Civil. In: WELTER, Belmito Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.) **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 425-438. p. 428.

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 16 maio 2010.

ao filho vai muito além de um dado científico.¹⁵⁶ “A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Esta antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen.”¹⁵⁷

O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. Os desenvolvimentos científicos, que tendem a um grau elevadíssimo de certeza da origem genética, pouco contribuem para clarear a relação entre pais e filhos, pois a imputação da paternidade biológica não substitui a convivência, a construção permanente dos laços afetivos.¹⁵⁸

É mister informar que, "através da verdade biológica, pai e filho buscam uma certa face de sua identidade, o primeiro sabendo-se perpetuado e o segundo conhecendo um pouco de si mesmo", ou seja, a verdade biológica representa o conhecimento das origens, tendo em vista que todos da espécie humana possuem caracteres genéticos herdados de alguém, e este é necessariamente o pai biológico.¹⁵⁹

Neste viés, mesmo já tendo um pai que não o biológico, a lei concede o direito a conhecer sua origem genética, uma vez que representa um direito personalíssimo¹⁶⁰, pois a todo o indivíduo é facultado ter informação de sua origem genética.¹⁶¹ “[...] cercear o direito do conhecimento da origem genética caracteriza

¹⁵⁶ O exame do DNA possibilita a determinação ou exclusão da paternidade biológica com 99,999% de certeza, ou seja, com possibilidade mínima de erro. (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Quem são os pais: DNA e a filiação, proposta de solução ou início dos dilemas? In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**. DNA como meio de prova de filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 206)

¹⁵⁷ VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família. In: COUTO, Sérgio (coord.). **Nova Realidade do Direito de Família**. Rio de Janeiro: COAD, 1999, p. 52 a 59. T.2.

¹⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 18 abr. 2010

¹⁵⁹ RAMOS, Carmem Lucia Silveira (organizadora) .. et al. Diálogos sobre direito civil. **Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica**. VENCELAU, Rose Melo. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p 380.

¹⁶⁰ O artigo 27 da Lei 8.069/90 estabelece o seguinte :

"Art. 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."

¹⁶¹ VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 7

violação ao princípio da dignidade da pessoa humana [...]”¹⁶², haja vista que o referido direito é personalíssimo, indisponível e imprescritível, pois pode ser exercido sem qualquer restrição. Em suma, é necessário “[...] distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão e o direito à filiação, nem sempre genético [...]”.¹⁶³

A dimensão da origem genética refere-se a “uma dimensão absoluta ou individual, na qual cada ser humano tem uma identidade definida por si próprio, expressão de caráter único, indivisível e irrepetível de cada um”¹⁶⁴ ao passo que a filiação “revela que cada ser humano tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, [...]podendo falar-se num direito à historicidade pessoal.”¹⁶⁵

Neste prisma o exame de DNA é uma prova verossímil e incontestável de investigação de paternidade.¹⁶⁶ Frisa-se a verdade alcançada através do exame de DNA é real no sentido de determinar a origem genética do indivíduo, ou melhor, propicia o conhecimento do genitor e não necessariamente do pai.¹⁶⁷

“A superioridade dessa prova é informada também pela recusa ao exame de DNA, quando a jurisprudência brasileira passou a avaliá-la sempre de modo desfavorável ao réu, nas ações de investigação”¹⁶⁸ ou seja, “a recusa”¹⁶⁹ do suposto

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 833.712 (RS 2006/0070609-4). Recorrente: M.G.A. Recorrido: N.O.F. Espólio. Relatora: MInstra Nancy Andrichi. Brasília, 17 de maio de 2007. DJU 04/06/2007; p. 347

¹⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 29-30.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 29-30.

¹⁶⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A beatificação do DNA.

¹⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 09 maio 2010.

¹⁶⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e Jurisprudência Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 56 e 57.

¹⁶⁹ A recusa em submeter-se ao exame de DNA tem posicionamentos contrários na doutrina. No entendimento de Silvio de Salvo Venosa, o réu tem o “**ônus probatório** de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele”. Em seguida, pondera o autor que “o juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta todo o conjunto probatório”, pois “nunca a ausência da prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade”(VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 320). Para Arnaldo Rizzardo, “a negativa pode ser considerada a desfavor da pessoa, o que **não se confunde com presunção de admitir a**

pai a submeter-se ao exame de DNA, em ação investigatória, induz presunção júrís tantun de paternidade.”¹⁷⁰

Entretanto são relevantes as considerações de Paulo Luiz Netto Lobo, a respeito da investigação da paternidade:

A investigação ou reconhecimento judicial da paternidade tem por objetivo assegurar pai a quem não o tem, ou seja, na hipótese de genitor biológico que se negou a assumir a paternidade. Portanto, é incabível nas hipóteses de existência de estados de filiação não biológica protegidos pelo direito: adoção, inseminação artificial heteróloga e posse de estado de filiação. É totalmente incabível para constituir paternidade desconstituindo a existente.¹⁷¹

Ainda, sobre o reconhecimento da paternidade de origem biológica, cabe aqui transcrever o que diz o doutrinador Mário Aguiar Moura:

“o reconhecimento tem natureza declaratória. Serve apenas para fazer ingressar no mundo jurídico uma situação que existia de fato. **Repousando sobre a filiação biológica**, a filiação jurídica, mesmo que declarada muito tempo depois do nascimento, preenche todo o espaço decorrido em que não existiu o reconhecimento. Retroage até a época da concepção, no sentido de o reconhecido adquirir todos os direitos que porventura se tenham concretizado e atualizado médio tempore”¹⁷²

imputação.”(RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 495) e, contrária a tais entendimentos, Maria Berenice Dias sustenta que a resistência do réu é suficiente para provar a paternidade, **mesmo que inexistam outras provas**, "sob pena de o direito à identidade deixar de ser uma questão de ordem pública para tornar-se uma questão de ordem privada".(DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 335).

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. Conferência proferida no “III Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF – Família, Lei e Jurisdição”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção Distrito Federal, entre os dias 22 e 26 de maio de 2006, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Revista CEJ, Brasília, n. 34, p. 15-21, jul./set. 2006

¹⁷¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 22 maio 2010.

¹⁷² MOURA, Mário Aguiar. Tratado Prático da Filiação. V 1, 1979, p. 255

Hodiernamente, os laços afetivos têm grande relevância para as questões atinentes a paternidade, haja vista que, conforme os novos paradigmas da família¹⁷³, o afeto é considerado base essencial para o reconhecimento de uma entidade familiar e, a relação entre pai e filho é fundada e justificada através da afetividade. Contudo, não desconsidera o vínculo biológico, porém “dá notícia do incremento da paternidade socioafetiva, da qual surge um novo personagem a desempenhar o importante papel de pai: o pai social, que é o pai de afeto”¹⁷⁴.

Nota-se que para atingir a verdade biológica, basta um exame de DNA, haja vista que o exame é de alta tecnologia e alcança um percentual elevado no tocante aos percentuais que evidenciam a origem genética de uma pessoa e, ademais, é uma maneira menos complexa e mais confortável de um magistrado imputar a paternidade a alguém.

Todavia, a verdade social da paternidade socioafetiva é tão real quanto a biológica, aferível por todos os meios de prova admitidos em direito,¹⁷⁵ sendo “absolutamente razoável e sustentável ação declaratória de paternidade socioafetiva [...] em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa, solidariedade humana e maior interesse da criança e do adolescente.”¹⁷⁶

A mencionada verdade social leva em conta não somente o texto da Lei, mas o contexto da construção dessa paternidade:

Perante uma situação em que se discuta a existência de um direito fundamental não enumerado, é preciso interpretar as normas de princípios a serem consideradas e, se for o caso, as relativas ao regime, a fim de constatar a dimensão da zona cinzenta nelas presente e elaborar o preceito capaz de suprir a lacuna. A natureza fundamental desse direito assim revelado há de ser argumentativamente demonstrada, pela sua

¹⁷³ A própria modificação na concepção jurídica de família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que paternidade socioafetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para solução de conflitos de paternidade. (BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho – paternidade socioafetiva. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1999, p. 54).

¹⁷⁴ ALMEIDA, Maria Cristina de. **Investigação de Paternidade e DNA**: Aspectos Polêmicos. 2001, p.159-60

¹⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 09 maio 2010.

¹⁷⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira. A investigação da paternidade socioafetiva. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=304>> Acesso em: 27 maio 2010.

compatibilidade ao sistema de direitos existente e à própria Constituição material, cujo pressuposto antropológico é a dignidade da pessoa humana, a ser realizada em uma sociedade de pessoas livres e iguais, em um Estado de Direito, organizado sob regime de Democracia Social. O resultado deve ser compatível com o texto constitucional, como um todo, pois a interpretação e a integração devem ser sistemáticas. No trabalho integrativo, mister examinar não apenas o texto, mas também o contexto, a realidade social onde aquele se insere.¹⁷⁷

Destaca-se o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, acerca da paternidade:

Ter filhos é uma experiência única e, embora acompanhada de imensas dificuldades, essencialmente gratificante. Quem passa por ela no momento certo da vida, enriquece-a muito. Como antes de transmitir conceito e valores é preciso clarificá-los, preparar alguém para viver em sociedade importa reestruturar-se internamente. Acompanhar de perto o crescimento de novo ser da espécie, contribuindo de modo decisivo para sua formação, desperta o sentimento de responsabilidade pela preservação e renovação de uma herança cultura milenar. Mostrar o mundo para o filho é redescobri-lo nos seus perdidos detalhes: depois de crescer, a gente só se recorda que a lagarta se metamorfoseia em borboleta, e tantas coisas mais, ao falar disso com ele. Ter filhos, vivenciando intensamente a relação é rejuvenescer.¹⁷⁸

E ainda, o mesmo autor aduz que ser pai necessariamente não é ser o genitor “A experiência de paternidade ou maternidade não pressupõe necessariamente a geração do filho. Ela é tão ou mais enriquecedora, mesmo que a criança ou adolescente não seja portador da herança genética dos dois pais”¹⁷⁹

Ademais, [...] a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação [...] ¹⁸⁰, ou seja, a socioafetividade nas relações entre pai e filho vai ao encontro da família eudemonista.

¹⁷⁷ DOBROWOLSKI, Sílvio. **Hermenêutica Constitucional**. Disponível em: <http://www.Trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_silvio_dobrowolski.pdf> Acesso 23 de maio de 2010.

¹⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5. p. 144.

¹⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5. p. 144.

¹⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 55

No que diz respeito à filiação, o doutrinador Paulo Luiz Netto Lobo estabelece que:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele¹⁸¹.

Neste sentido entende-se que:

A paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas sobretudo, afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial, que, por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade. Na verdade, é preciso que se diga que a paternidade socioafetiva é única garantidora da estabilidade social, pois um filho reconhecido como tal, no relacionamento diário e afetuoso, certamente, formará uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano.¹⁸²

Nesta mesma linha, Belmiro Pedro Welter aduz que:

A filiação socioafetiva é fruto do ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociais, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho,

¹⁸¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. IN: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 507, 508

¹⁸² BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**. posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1999, p. 53.

conectando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, da solidariedade, subscrevendo a declaração do estado de filho afetivo.¹⁸³

Constata-se que para declarar uma paternidade socioafetiva deve-se perquirir acerca da posse do estado de filho, pois esta “se constitui na base sociológica da filiação”¹⁸⁴, sendo que, no conceito cunhado por José Bernardo Ramos Boeira:

A posse do estado de filho revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico, ou por força da presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva.¹⁸⁵

O mesmo autor discorre ainda:

É a posse de estado, a expressão forte e real do parentesco psicológico, a caracterizar a filiação afetiva. Aliás, não há modo mais expressivo de reconhecimento do que um pai tratar o seu filho como tal, publicamente, dando-lhe proteção e afeto, e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele, convivem. E pode-se afirmar que a desbiologização da paternidade, tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais evidente.¹⁸⁶

Neste mesmo entendimento, Zeno Veloso enfatiza que se o comportamento do pai em relação ao filho é notório e contínuo e que se perante o meio social no qual vive suas atitudes comprovam que a relação é de pai e filho, tal fato inquestionavelmente é uma prova convincente do vínculo parental.¹⁸⁷

¹⁸³ WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-86. p. 67.

¹⁸⁴ BOEIRA, José Bernardo Ramos Boeira. **Investigação de paternidade**. posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 61.

¹⁸⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos Boeira. **Investigação de paternidade**. posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 54.

¹⁸⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos Boeira. **Investigação de paternidade**. posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 54.

¹⁸⁷ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 28

Contrário ao entendimento de doutrinadores como os acima citados, acerca do conceito da posse de estado de filho, bem como da jurisprudência Belmiro Pedro Welter defende a seguinte inteligência:

Discordo da doutrina e da jurisprudência que ainda tratam a relação paterno-filial como posse de estado de filho e, sobretudo, quando faz analogia entre posse de estado de filho e a posse dos direitos reais, pelas seguintes razões: a primeira, não se trata de posse de estado de filho, mas sim de estado de filho afetivo, cujo vínculo entre pais e filho, com o advento da Constituição Federal de 1988, não é de posse e de domínio, e sim de amor, de ternura de respeito, de solidariedade, na busca da felicidade mútua, em cuja convivência não há mais nenhuma hierarquia; a segunda, equiparar a posse dos direitos reais à de estado de filho, inclusive com os mesmos requisitos do artigo 550 do Código Civil (de 1916), é demonstrar o firme propósito de manter a antiga coisificação do filho, a mesma estrutura familiar do medievo, da família patriarcal, principalmente da família romana, em que o pai detinha a posse e a propriedade do filho, da mulher e dos escravos, como poderes sobre eles de vida e de morte; a terceira, a família afetiva está inundada pelos mesmos propósitos da família biológica. É uma imagem bifronte, uma refletindo a outra, com comunhão plena de vida entre ambas as famílias, porque a família sociológica é constituída à imagem e semelhança da família genética, porquanto o que importa é a manutenção contínua dos vínculos do amor, carinho, desvelo, ternura, solidariedade, que sustentam, efetivamente, o grupo familiar.¹⁸⁸

No entanto, em que pese o entendimento contrário do doutrinador Belmiro Pedro Welter a respeito da nomenclatura empregada ao filho por outros doutrinadores, quando investigada a paternidade socioafetiva a condição sine qua non para declaração da paternidade está baseada nos vínculos do afeto que representa o liame necessário para a formação da personalidade e a realização do **ser humano**.

Frisa-se que o afeto deverá preponderar nas relações entre pais e filhos, uma vez que é pressuposto fundamental para o exercício da paternidade responsável e para o pleno desenvolvimento da criança “pois é pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor”¹⁸⁹

¹⁸⁸ WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 09 maio 2010.

Nesta linha de entendimento, cita-se a adoção como uma das espécies de paternidade socioafetiva que com fundamento o liame exclusivamente socioafetivo, que Luiz Edson Fachin define da seguinte forma:

A adoção constitui espaço em que a verdade socioafetiva da filiação se manifesta com ênfase inegável. Mais do que os laços de sangue, o que une o adotante e o adotado são os laços de afeto, que se constroem no espaço de convivência familiar.¹⁹⁰

Segue Rolf Madaleno, nesta mesma linha de inteligência:

Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição.¹⁹¹

A filiação socioafetiva não se resume tão somente na adoção, tendo em vista que tem suas origens **no filho de criação**,¹⁹² em que não há vínculo biológico ou jurídico, porém por opção e com fundamento no amor o pai o trata como filho,¹⁹³ e, em que pese à ausência do nome paterno¹⁹⁴ no registro de nascimento, [...] o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai não enfraquece a posse do estado

¹⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 151

¹⁹¹ MADALENO, Rolf. Filhos do coração. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 6, n. 23, abr./maio 2004, p.36.

¹⁹² A situação dos “filhos de criação”, embora a ausência de regulamentação sobre a adoção de fato, a paternidade afetiva pode ancorar-se nos princípios constitucionais de proteção à criança e a da doutrina integral para ser admitida. (TJRS, Sétima Câmara Cível, AC 599 296 654, Rel. Dês. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 09-10-99.)

¹⁹³ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica. 2001. p. 85.

¹⁹⁴ Acerca dos elementos que caracterizam a posse de estado de filho “a tradicional trilogia que a constitui (nomen, tractatus e fama) mostra-se, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríplice elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado.” (FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 68)

de filho [...] ¹⁹⁵ outros elementos, como “o comportamento notório e contínuo” ¹⁹⁶ dão conhecimento de que existe uma paternidade concedendo ao filho todos os direitos inerentes a esta relação, conforme ementa que segue:

AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECURSO PROVIDO POR MAIORIA ¹⁹⁷.

Destaca-se ainda, que o voto do desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, além de perquirir os elementos que caracterizam a posse de estado de filho, reconhece a paternidade com fulcro na solidariedade que no caso em concreto “é um fato social, representando um meio de transformação e promoção da pessoa humana” ¹⁹⁸, tendo em vista as condições degradantes que foi submetido o filho por total abandono material, mais que isso, pela ausência de solidariedade dos irmãos que buscavam desconstituir a paternidade socioafetiva.

No tocante a adoção, em específico na “adoção à brasileira”, espécie de filiação, a qual a criança ao nascer é registrada em nome dos pais afetivos, sem prévio processo judicial, casos em que extrajudicialmente uma pessoa decide doar seu filho genético a outrem que aceita e posteriormente comparece a um cartório e lhe conferi status de filho. ¹⁹⁹

¹⁹⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**. posse de estado de filho: paternidade socioafetiva. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1999, p. 53 e 54.

¹⁹⁶ Se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga este fato no meio em que vive qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, judicialmente, a determinação de seu estado? (VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 28).

¹⁹⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004

¹⁹⁸ COSTA, Ana Surany Martins. Filiação socioafetiva: uma nova dimensão afetiva das relações parentais. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo+381>> Acesso em 23 maio 2010.

¹⁹⁹ WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

E, existem os casos, em que espontaneamente uma pessoa comparece ao Cartório de Registro Civil registrando o filho como seu, sem que haja comprovação genética, ou seja, “aquele que toma o lugar dos pais pratica, por assim dizer, uma adoção de fato”²⁰⁰.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DESCABIMENTO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CONSOLIDADA. Mostra-se descabida a ação de investigação de paternidade quando o propósito manifesto é obtenção da herança do pai biológico e quando resta consolidada a relação jurídica de paternidade socioafetiva com o pai registral durante mais de vinte anos. Recurso desprovido.²⁰¹

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO. Autora que, ao início do feito, já contava com mais de 50 anos de idade, tendo, durante mais de meio século, constado como filha do marido de sua mãe, que a registrou como tal. Posse do estado de filho. A filiação, mais do que um fato biológico, é um fato social. Reconhecimento da prescrição, no caso concreto. Conteúdo imoral na demanda, que, convenientemente, como de regra ocorre, busca a troca de um pai pobre por um pai rico. Apelo desprovido, por maioria, vencida a Relatora.²⁰²

Observa-se que nas ementas acima, em ambos os casos, foi suscitado à questão patrimonial, e, esta, tem cunho relevante tanto em uma decisão quanto em outra, haja vista que, além de não reconhecer a paternidade biológica por existir uma paternidade socioafetiva consolidada, foi considerado que o que permeava o pleito almejava fins meramente econômicos.

Neste sentido, é oportuno referir posicionamento de Paulo Luiz Netto Lôbo acerca das questões de cunho patrimonial para fins sucessório, quando o que está em questão é o reconhecimento da paternidade biológica em detrimento da paternidade socioafetiva já consolidada. Para o mencionado doutrinador a lide seria

²⁰⁰ VILLELA, João Baptista. **O modelo constitucional da filiação**: verdades & superstições. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 2, julho/agosto/setembro de 1999.

²⁰¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70029747441. Disponível em:

<<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em : 22 de maio de 2010.

²⁰² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível n. 70004989562, j. 23.10.2002, rel. Des. Maria Berenice Dias

resolvida na seara do Direito Obrigacional e não no Direito de Família, como forma de reparação pelo inadimplemento dos deveres da paternidade.²⁰³

Posta a questão dentro desses limites, de que modo podem ser compatibilizados os interesses pessoais e patrimoniais, quando o conflito se der entre paternidade socioafetiva derivada de posse de estado de filiação e o pretendido interesse em imputar responsabilidade ao genitor biológico falecido? A resposta pode ser encontrada nas categorias gerais do sistema jurídico. O estado de filiação é matéria afeta ao direito de família, inviolável por decisão judicial que pretenda negá-lo, pelas razões já expostas. Não pode haver, conseqüentemente, sucessão hereditária entre filho de pai socioafetivo e seu genitor biológico; com relação a este não há direito de família ou de sucessões. Mas, é possível resolver-se a pretensão patrimonial no âmbito do direito das obrigações. É razoável atribuir-se-lhe um crédito decorrente do dano causado pelo inadimplemento dos deveres gerais de paternidade (educação, assistência moral, sustento, convivência familiar, além dos demais direitos fundamentais previstos no art. 227 da Constituição) por parte do genitor biológico falecido, cuja reparação pode ser fixada pelo juiz em valor equivalente ao de uma quota hereditária se herdeiro fosse. Para isso será necessário ajuizar ação de reparação de dano moral e material, habilitando-se no inventário como credor do espólio, com requerimento de reserva de bens equivalentes para garantia da ação.²⁰⁴

A Constituição Federal brasileira de 1988²⁰⁵ reconhece a paternidade biológica, a jurídica²⁰⁶ e a sociológica, alternado “o sistema de filiação, igualizando

²⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 24 maio 2010.

²⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 24 maio 2010.

²⁰⁵ A Carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade socioafetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e a gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização. (MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas Perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 41).

²⁰⁶ Segundo Belmiro Pedro Welter, a “filiação formal, ficção jurídica, mera presunção, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro pela unidade da perfilhação e da certeza científica da paternidade e da maternidade, com a produção do exame genético em DNA. (WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf

filhos havidos no casamento e fora dele, inclusive proibindo quaisquer designações²⁰⁷. “Em relação à filiação, veio corrigir injustiças quanto aos filhos fora do casamento os quais acabavam pagando por elas.”²⁰⁸

Do mesmo modo que é privilegiado o critério da paternidade biológica, também é a paternidade afetiva, e, tal fato está sacralizado através da igualdade entre os filhos biológicos e os adotivos, conforme reza o artigo 227, parágrafo 6º²⁰⁹ da Constituição Federal, haja vista que a dignidade da pessoa humana, qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado.²¹⁰

No que tange ao Código Civil de 2002, o doutrinador Paulo Luiz Lobo aponta as seguintes referências da clara opção pelo paradigma da paternidade socioafetiva²¹¹:

a) art. 1.593, para o qual o parentesco é natural ou civil, "conforme resulte de consangüinidade ou outra origem". A principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade (ou maternidade) e na filiação. A norma, ao contrário do persistente equívoco da jurisprudência, inclusive do STJ, é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade;

Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-86. p. 61).

²⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=41>> Acesso em 21 maio 2010.

²⁰⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonaste? Disponível em: Disponível em: **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=41>> Acesso em 21 maio 2010.

²⁰⁹ Artigo 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:

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>> Acesso em 28 maio 2010) .

²¹⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32.

²¹¹ O termo socioafetivo “agrupa duas realidades observáveis: uma, a integração definitiva da pessoa no grupo social familiar; outra, a relação afetiva tecida no tempo entre quem assume o papel de pai e quem assume o papel de filho. Cada realidade, por si só, permaneceria no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica, mas o fenômeno conjunto provocou a transferência para o mundo do direito, que o atraiu como categoria própria. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 10 maio 2010.

b) art. 1.596, que reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento (estes, os antigos legítimos), ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. O § 6º do art. 227 da Constituição revolucionou o conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo;

c) art. 1597, V, que admite a filiação mediante inseminação artificial heteróloga, ou seja, com utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai é exclusivamente socioafetivo, jamais podendo ser contraditada por investigação de paternidade ulterior;

d) art. 1.605, consagrador da posse do estado de filiação, quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou, "quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos". As possibilidades abertas com esta segunda hipótese são amplas. As presunções "veementes" são verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da situação de fato.²¹²

E ainda, o doutrinador Belmiro Pedro Welter sustenta que a paternidade socioafetiva pode ser admitida também com base no artigo 1603 do Código Civil, extraindo a seguinte interpretação:

"enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea a família afetiva transcende os mares do sangue, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re) velando o mistério insondável da filiação, engendrando do estado de filho afetivo."²¹³

Acerca da expressão "outra origem", constante no artigo 1503 do Código Civil brasileiro Luiz Edson Fachin defende que:

O contido no art. 1593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consangüinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu,

²¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 27 set. 2009.

²¹³ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 161-162.

por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica.²¹⁴

Neste sentido, à luz da hermenêutica, tem-se que:

É na expressão “outra” origem que se encontra o respaldo legal para diversas situações em que não existe relação biológica ou consangüínea entre filho e pai, mas, em face do tratamento dado por um homem a uma criança – de pai perante a sociedade e da afetividade entre eles existente – podem ser reconhecidos direitos e deveres como se fossem oriundos de uma verdadeira relação de paternidade.²¹⁵

Desta forma, há possibilidade de reconhecer a existência de três espécies de paternidade no ordenamento jurídico, ou seja, a paternidade jurídica, a biológica e a sociológica, no entanto, Paulo Luiz Netto Lobo leciona que “a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a não biológica.”²¹⁶

E ainda, assegura que, o reconhecimento da paternidade tem como escopo a construção de uma relação e não a desconstrução de uma relação já existente com base nos laços afetivos. “A investigação de paternidade só é cabível quando não houver paternidade, nunca para desfazê-la,”²¹⁷ haja vista que “tem por objetivo

²¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família**, n 19, mar/abr, 2003, p. 3

²¹⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Paternidade Sócio-afetiva**. (Última instância Revista Jurídica. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idnoticia=13611&kW=%f3cio-afetiva

²¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 18 maio 2010

²¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 18 maio 2010

assegurar pai a quem não o tem, ou seja, na hipótese de genitor biológico que se negou a assumir a paternidade.”²¹⁸

Neste sentido, em compasso com a realidade, e com a paternidade sob mais de um viés, a luz da Teoria Tridimensional²¹⁹ do Direito de Família vai de encontro à doutrina e jurisprudência no que tange a supremacia de uma paternidade em detrimento a outra no caso em concreto.

[...] “a paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica”, ou que “a paternidade biológica se sobrepõe a paternidade socioafetiva”, isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.[...] negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica.²²⁰

Seguindo esta linha de intelecção, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconheceu a possibilidade da filha ter dois pais, ou seja, a paternidade pelos dois vieses: o biológico e o socioafetivo:

²¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 18 maio 2010

²¹⁹ A teoria tridimensional do Direito de Família - foi tese defendida por Belmiro Pedro Welter em seu Doutorado – que tem interface com a Filosofia, uma vez que parte dos estudos de Heidegger, Eigenwel, Mitwier para compreender o a condição humana a partir de três mundos. “A compreensão do ser humano não é efetivada somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), como até agora tem sido sustentado na cultura jurídica no mundo ocidental, mas também pelo modo de ser-em-família e em sociedade (mundo desafetivo) e pelo próprio modo de relacionar consigo mesmo (mundo ontológico). No século XXI é preciso reconhecer que a família não é formada como outrora, com a finalidade de procriação, mas, essencialmente com a liberdade de constituição democrática, afastando-s os conceitos prévios, principalmente religiosos, na media em que a família é linguagem, diálogo, conversação infinita e modos de ser-no-mundo-genéticoo, de ser-no-mundo-(dês)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico. (WELTER, Pedro Belmiro. Teoria Tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Ministério Público – RS**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id17076.htm?impressa=1&>> Acesso em: 25 de maio de 2010.

²²⁰ WELTER, Pedro Belmiro. Teoria Tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Ministério Público–RS** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id17076.htm?impressa=1&>> Acesso em: 25 de maio de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO AGRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL.²²¹

Nesta esteira, a partir da interface do Direito com a Filosofia, a Teoria Tridimensional “sustenta a possibilidade do ser humano ter direito aos três mundos, genético, afetivo e ontológico [...] e reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de TODOS os efeitos jurídicos.”²²²

2.2 O afeto na relação paterno-filial – Pressuposto da paternidade responsável e alicerce para o desenvolvimento pleno da pessoa.

“O direito ao pai²²³ não é o direito de conhecer o procriador. É o direito de buscar alguém que ofereça amor, afeto e serviços, como educação e saúde, para que o indivíduo possa ter um desenvolvimento harmônico.”²²⁴ Neste sentido a criança tem garantido “o direito fundamental ao afeto, à solidariedade, à felicidade, à convivência familiar, à cidadania e à dignidade humana”²²⁵.

Para garantir os mencionados direitos, parte-se da seguinte premissa que: “a afetividade seja inerente aos princípios constitucionais da dignidade humana, da

²²¹

²²² WELTER, Pedro Belmiro. Teoria Tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. **Ministério Público – RS** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/imprensa/noticias/id17076.htm?impressa=1&>> Acesso em: 25 de maio de 2010.

²²³ Toda pessoa, especialmente a pessoa humana em formação, tem direito à paternidade. Se não a tem, porque ninguém a assumiu voluntariamente, pode investigá-la para que seja reconhecida e imputada ao genitor biológico. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 18 maio 2010)

²²⁴ VILLELA, João Baptsita. Entrevista concedida para o Boletim IBDFAM n. 11, ano 2, setembro/outubro 2001, p. 3

²²⁵ WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-86. p. 61).

solidariedade e da paternidade responsável,”²²⁶ posto que desta forma a paternidade será exercida em prol do filho que terá garantido o seu pleno desenvolvimento como pessoa.

O princípio da dignidade humana pode ser concebido como estruturante e conformador dos demais, nas relações familiares. A Constituição, no artigo 1º, o tem como um dos fundamentos da organização social e política do país, e da própria família (artigo 226, § 7º). (...) No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. Concretizar esse princípio é um desafio imenso, ante a cultura secular e resistente. No que respeita à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa viragem, configurando seu específico bill of rights, ao estabelecer que é dever da família assegurar-lhe “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, além de colocá-la “à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.”²²⁷

A proteção auferida a família pela Constituição Federal brasileira de 1988, tem como fundamento preservar e desenvolver as qualidades mais relevantes entre os familiares e, principalmente a dos filhos: “o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida [...],”²²⁸ posto que, é na família que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra ambiente propício para florescer²²⁹.

²²⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, responsabilidade e o STF. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553> Acesso em 25 maio 2010.

²²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Constitucionalização do Direito Civil**. In Mundo Jurídico - Revista de Informação Legislativa, 1999 - mundojuridico.adv.br.

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 58.

²²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 58.

Nesta perspectiva, mais que assegurar direitos fundamentais²³⁰ a família é o espaço para a concretização dos direitos humanos fundamentais, pois conforme assinala Sérgio Resende de Barros:

Quando se pensa em direitos humanos fundamentais o primeiro que vem à mente é o direito à vida. Mas, já neste instante primário se evidencia o quão fundamental é a família, pois no mundo dos seres humanos – e, portanto, dos direitos humanos, - não se pode pensar a vida sem pensar a família. Uma implica a outra, necessariamente, a partir do nascimento e ao longo do desenvolvimento do ser humano. Daí que – também necessariamente – o direito à vida implica o direito à família, fundando-o primordialmente: como o primeiro na ordem jurídica da família, o mais fundamental dos direitos de família.²³¹

A dignidade humana é “um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”,²³² e, neste diapasão “a dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana”²³³ e, neste sentido, nas questões relacionadas a família o princípio da dignidade humana atrai o princípio da afetividade. “O afeto talvez seja apontado, atualmente, como principal fundamento das relações familiares. [...], podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.”²³⁴

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela

²³⁰ A dignidade da pessoa humana é indissociável da idéia de direitos fundamentais, não apenas por figurar como fundamento deles, mas também porque todos os direitos fundamentais são exigências de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais guardam, ainda que com intensidades desenvolvimento das pessoas. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 78 e 79)

²³¹ BARROS, Sérgio Resende de. apud AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 279-295. p. 283-284.

²³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105

²³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 106.

²³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 58.

preponderância de interesses patrimoniais. É o salto, à frente da pessoa humana nas relações familiares.²³⁵

“A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consangüinidade legítima”,²³⁶ pois a discriminação em relação aos filhos que não fossem advindos de uma relação fundada no matrimônio estava intrinsecamente ligada a questões de ordem patrimoniais, haja vista os valores que predominavam a época que vigia as leis que impediam de colocar no mesmo patamar os filhos, independente de suas origens.

Em relação à sorte da família e especialmente, à das crianças, foi, efetivamente, reescrever o seu destino. Nascia ali, no restabelecimento pleno da ordem democrática de direito uma nova filiação, fruto híbrido do idealismo e da cruel herança do passado. Um passado que nos acicatava a todos – governantes e governados – com o quadro de horrores que era a situação da infância no Brasil: em grande parte sem saúde, sem habitação, sem escola, sem lazer, sem pão e sem afeto. Enfim submetida ao seu próprio desvalimento.

A Constituição Federal de 1988 fez uma grande interferência no sistema jurídico brasileiro da filiação,²³⁷ pois “ocorreram diversos exemplos históricos de indignidade antes da Constituição Federal de 1988, que foram cometidos no Direito de Família”²³⁸ e, em específico em relação aos filhos, na vigência o Código Civil brasileiro de 1916, pois os mesmos não possuíam o direito de sequer pleitear o direito ao reconhecimento da filiação.

²³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. apud, DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66.

²³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 18 maio 2010.

²³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Paternidade desbiologizada**. Folha de São Paulo, 18/10/1997.

²³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 106.

Casamento: indissolubilidade do vínculo matrimonial – filhos adulterinos; sua filiação – sendo indissolúvel segundo o nosso direito, o vínculo matrimonial, são adulterinos os filhos de mulher desquitada, e como tal ficam desprovidos a ação contra o pae e seus herdeiros para pleitear o reconhecimento de filiação.²³⁹

O artigo 226, parágrafo 6º Constituição Federal elimina qualquer tipo de discriminação em relação aos filhos, assegurando que "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."²⁴⁰

Neste prisma inaugura-se um dos princípios constitucionais que modifica, redireciona o Direito de Família brasileiro, pois elimina todo e qualquer tipo de discriminação em relação aos filhos, tendo em vista que alça a pessoa humana na qualidade de ser existencial e não como sujeito titular de bens.²⁴¹ "A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais".²⁴²

Desta forma, a sacralização do princípio constitucional da igualdade como bem ensina Mônica Guazzelli Estrougo²⁴³, é causa determinante para o avanço das relações familiares entre pais e filhos, posto que, em comparação aos dispositivos do Código Civil brasileiro de 1916 em que legitimava a distinção entre os filhos naturais, adotivos, legítimos e ilegítimos, hodiernamente está completamente abolida, pois o princípio constitucional da igualdade impõe tratamento igualitário aos filhos. "Com o abrandamento do rigor legal, a esfera do desejo pessoal e do sentimento aumentou e o afeto definitivamente ganhou espaço nas relações paterno-filiais"²⁴⁴.

²³⁹ Revista Justiça, ano 1, Vol. II, POA: 1933 p. 544-555.

²⁴⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Presidência da República**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>> Acesso em 28 maio 2010> Acesso em: 28 maio 2010).

²⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 18 maio 2010.

²⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 18 maio 2010

²⁴³ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 321-340.

²⁴⁴ CARBONERA, Silvana Maria. 2000, p. 289 (livro que Cris emprestou pegar o restante dos dados)

Entretanto, no que diz respeito à igualdade entre os filhos, oportuno frisar que, em algumas situações, a mesma poderá ser relativizada, como por exemplo, no caso de reconhecimento da paternidade através de investigação por DNA.²⁴⁵

A relativização do tratamento igualitário entre os filhos pode ser observada na decisão proferida pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em decisão inédita, afirmou ser possível declarar judicialmente a paternidade biológica de alguém, sem que haja pedido de anulação do atual registro decorrente da paternidade socioafetiva através de averbação, podendo o pai biológico contemplar o filho com seus bens, valendo-se de instrumento adequado previsto no regramento jurídico.²⁴⁶ Frisa-se que ambos, pai (biológico) e filho consensualmente desejavam o reconhecimento da paternidade biológica.

Destarte que “A igualdade, na aplicação da lei, exige cuidados redobrados no que concerne aos litígios de família. Há situações em que se deve reconhecer a desigualdade e considerar a diversidade de cada caso concreto.” No caso em concreto o julgador partiu dessa premissa, tendo em vista que foi relativizado o princípio da igualdade entre os filhos, uma vez que, em termos de Direito Sucessório, este filho não está incluído no rol do artigo 1829, inciso I²⁴⁷ do Código Civil Brasileiro.

Em que pese à relativização do princípio da igualdade, no tocante as questões patrimoniais, importante ressaltar que houve a tutela dos direitos da

²⁴⁵ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. (coord.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 321-340, p. 329.

²⁴⁶ O julgador de segundo grau salientou que foi comprovada a paternidade biológica após 40 anos do nascimento do filho e inexistente interesse, de ambos, em anular ou retificar o atual registro de nascimento. “Certa a paternidade biológica, o seu reconhecimento, sem a concessão dos demais direitos decorrentes do vínculo parental e inexistindo prejuízo e resistência de quem quer que seja não viola o ordenamento jurídico”. O voto esclareceu, ainda, que o pai biológico pode contemplar o filho com seus bens, valendo-se de instrumento adequado previsto no regramento jurídico. Na avaliação da 8ª Câmara, negar o reconhecimento da verdade biológica chega a ser uma forma de restrição dos direitos da personalidade e de identidade da pessoa. “*Como é certa a paternidade biológica, é possível o seu reconhecimento judicial, sem a concessão dos direitos vinculados ao parentesco*” - conclui o julgador. (Proc. em segredo de justiça). (**Espaço Vital**, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=16114> Acesso em: 27 maio 2010).

²⁴⁷ Artigo 1.829 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. (BRASIL. Código Civil de 2002. **Presidência da República**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/>> Acesso em 28 maio 2010).

personalidade e de identidade da pessoa, haja vista que a decisão confere direito de conhecer e reconhecer sua historicidade genética, “em respeito à personalidade humana, individuando a pessoa na sua qualidade de filho.”²⁴⁸

Entretanto, é mister registrar o posicionamento doutrinário de Paulo Luiz Netto Lôbo acerca do direito da personalidade:

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos [...]²⁴⁹

Em outra decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sede de apelação, na qual o autor da demanda pleiteava o reconhecimento da paternidade socioafetiva - pós morte, tendo em vista o suposto pai socioafetivo já havia falecido, todavia enquanto vivo comportou-se como pai do autor da demanda - sem desconsiderar a paternidade biológica, o pedido é considerado juridicamente impossível, com o fundamento de que ninguém pode ser filho de dois pais.²⁵⁰

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EFEITOS MERAMENTE PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO AUTOR EM VER DESCONSTITUÍDA A

²⁴⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 127

²⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 18 maio 2010.

²⁵⁰ O processo foi extinto sem resolução do mérito, posto que, segundo voto de presidente e relator, bem como a concordância dos demais desembargadores, “O pedido é juridicamente impossível, pois o autor não pretende desfazer do vínculo biológico, inclusive almejando permanecer com o seu patronímico, o que não é possível. Embora a ação tenha sido denominada de declaratória, os seus efeitos, se procedente, implicariam a desconstituição da paternidade registral, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais”. (RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível n. 70027112192. Relato: Des. Claudir Fidélis Faccenda. 02 de abril de 2009. (**Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 25 maio 2010)

PATERNIDADE REGISTRAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO²⁵¹.

Observa-se que na decisão pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referida anteriormente não houve alegação de impossibilidade do pedido, ao contrário, ocorreu reconhecimento de ambas as paternidades (biológica e socioafetiva), todavia ficaram restritos alguns direitos referentes à sucessão, ao passo que o entendimento da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, extinguiu o processo sem resolução de mérito, por entender que tratar-se de uma ação que visa interesses econômicos.

Entretanto, no relatório do parecer do Ministério Público há indícios de que existia uma relação socioafetiva entre o autor da demanda e o Senhor Napoleão (pai socioafetivo), posto que, constatam-se um comportamento de pai perante um filho, principalmente no tocante as responsabilidades, ou seja, através do citado relatório, tem-se que o vínculo afetivo foi construído paulatinamente, através de comportamentos e atos que vinculam a uma paternidade social e responsável.

Considera-se que no exercício da paternidade “a função de pai deve ser exercida no maior interesse da criança, sem que se atenha à própria pessoa em exercício da referida função [...]”²⁵² uma vez que “o verdadeiro vínculo que se trava com os pais é o afetivo e, portanto, pais podem perfeitamente não ser os biológicos.”²⁵³ Parafraseando Jacqueline Filgueras Nogueira²⁵⁴, a paternidade não aflora com o nascimento, mas sim na vontade que o homem manifesta em ser pai.

A relevância do afeto na relação paterno-filial “é maior do que um envolvimento genético. É o elemento emocional, o sentimento de amor que gera, genuinamente, uma responsabilidade²⁵⁵ e comprometimento mútuo entre pai e

²⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**, Oitava Câmara Cível, Apelação Cível n. 70027112192. Relato: Des. Claudir Fidélis Faccenda. 02 de abril de 2009. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em: 25 maio 2010)

²⁵² QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 52, 55, 59.

²⁵³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 52, 55, 59.

²⁵⁴ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 85.

²⁵⁵ No presente estudo, os homens/pais entrevistados apresentaram posições sociais reveladoras de algumas transformações ocorridas no âmbito das responsabilidades masculinas. Contudo mantém-se

filho.”²⁵⁶ E, em que pese, o afeto ser um elemento essencial para que o filho tenha “um pleno e diferenciado desenvolvimento como se humano”²⁵⁷ r No entanto, o Estado não pode impor a um pai amar o seu filho, todavia, “o direito converteu a afetividade em princípio jurídico, que tem força normativa, impondo dever e obrigação aos membros da família, ainda que na realidade existencial entre eles tenha desaparecido o afeto.”²⁵⁸

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.²⁵⁹

Por óbvio que o abandono paterno não será substituído por indenização de cunho material, ou seja, pecúnia, nem tampouco, a decisão proferida obrigará o pai a amar o filho, entretanto “na aplicação direta dos princípios constitucionais com

a hegemonia do modelo patriarcal. O homem continua a entender seu papel de pai predominantemente como provedor material e moral da família, contrapondo-se à necessidade da divisão de responsabilidades emergentes das mulheres e ao princípio de que a educação dos filhos deve ser permeada pela proximidade física e afetiva de pai e mãe. Sendo assim, entre os papéis sociais de gênero que acompanham mulheres e homens em todas as fases do seu ciclo vital, persistem os do modelo tradicional orientado o trabalho masculino para a produção e o feminino para a reprodução biológica. No entanto, as concepções de paternidade mais envolvida em sua intensidade afetiva e nos cuidados também estiveram presentes entre os homens entrevistados, indiciando que em relação familiar vivida na atualidade tem modificado qualitativamente o significado do ser pai. Nesse sentido, o “novo pai” visita o pai tradicional, dotando a paternidade de sentido mais amplo, para além do papel de provedor material. (FREITAS, Waglânia de Mendonça Faustino de. COSTA, Ana Paula Teixeira. Paternidade: responsabilidade social do homem no papel de provedor. **Revista Saúde Pública**. João Pessoa, v. 43, n. 1, p. 85-90, 2009. p. 90).

²⁵⁶ Revista do Instituto Humanitas Unisinos. p. 17. Entrevista com Cláudia Valle Sigaran.

²⁵⁷ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999. p. 54.

²⁵⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 10 maio 2010.

²⁵⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000(1), da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Unias Silva. Belo Horizonte, 01 de abril de 2004. Diário da Justiça, 29 de abril de 2004.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.1.0024.06.930324-6/001, da Sétima Câmara Cível. Relatora: Des. Heloisa Combat. Belo Horizonte, 22 de maio de 2007. Diário da Justiça, 27 jul. 2007.

vistas ao cumprimento das responsabilidades – inclusive afetivas – com os filhos”²⁶⁰, a indenização por abandono afetivo tem cunho reparatório, pois “como não é possível obrigar ninguém a dar afeto, a única sanção possível é a reparatória”²⁶¹.

Com fulcro no artigo 226 da Constituição Federal brasileira, Paulo Luiz Netto Lobo informar que o referido artigo “não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória [...] e abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade”²⁶²

Com relação à responsabilidade, Giselda Maria Fernandes Noves Hironaka ensina que:

A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidades ao desenvolvimento dos filhos, consiste principalmente em ajudá-los na construção da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da idéia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder. Aqui, a compreensão baseada no conhecimento racional da natureza dos integrantes de uma família quer dizer que não há mais fundamento na prática da coisificação familiar.²⁶³

O exercício da paternidade deverá ser com responsabilidade, considerando que conforme legislação pátria o homem possui livre arbítrio para decidir se deseja ou não ter filhos, porém, ao homem não é facultado furtar-se das responsabilidades que uma paternidade acarreta, pois a relação entre pai e filho cria vínculo jurídico,²⁶⁴ e o bem a ser tutelado nesta relação é o pleno desenvolvimento do filho, e este, está visceralmente ligado ao afeto, haja vista que “o afeto é a matéria-prima fundamental

²⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, Responsabilidade e o STF. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553> > Acesso em 25 maio 2010.

²⁶¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, responsabilidade e o STF. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553> > Acesso em 25 maio 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=553> > Acesso em 25 maio 2010.

²⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8333>>. Acesso em: 10 maio 2010.

²⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Noves. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. **Jus Navegandi**. Teresina, ano 7, n. 66. Disponível em: <[HTTP://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=419](http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=419)> Acesso em: 15 maio 2010..

²⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 101

nas relações de filiação, de intensidade variável, contudo constante, oxigênio e sobrevida que responde pela adequada formação moral e psíquica dos filhos”²⁶⁵.

CONCLUSÃO

²⁶⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. A Multa afetiva. **Revista Jurídica Del Rey**. Belo Horizonte : Del Rey/IBDFAM, n. 8, p. 33, 2002. (Número especial).

Através do trabalho realizado constata-se que as transformações ocorridas nas relações familiares - de um único modelo da família sacralizado e reconhecido pelo ordenamento jurídico à pluralidade tutelada pela legislação vigente -, impuseram uma hermenêutica com fulcro na pessoa humana para que haja efetiva concretização dos direitos fundamentais, conseqüentemente a relação paterno-filial exigem idêntico posicionamento acerca das normas jurídicas que tutelam as mencionadas relações.

Neste sentido o artigo 226 da Constituição Federal brasileira de 1988, é inclusivo, pois alberga a família independente da forma como ela é constituída, entretanto a proteção auferida é obtida através da interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, o que assevera que não está expresso in verbis a palavra socioafetividade e, a mencionada tutela a família é alcançada quando a aplicação da norma perpassa os dispositivos elencados no Direito de Família e adentra na Constituição Federal perpassando os princípios constitucionais norteadores do ordenamento jurídico.

Entretanto, ao mesmo tempo em que o Direito não pode ser dinâmico, no sentido de editar leis para as diversas situações, casos em concreto que surgem na sociedade, também não poderá se omitir em prestar tutela ao homem, principalmente quando o que está envolvido em um litígio são os valores fundamentais para efetivar o desenvolvimento pleno do homem neste sentido o Estatuto das Famílias (projeto que tramita) consolida de forma expressa algumas relações no âmbito do direito da família que ainda causam polêmica e divergência na doutrina e, por conseqüência são reconhecidas somente através da jurisprudência. Nesta perspectiva tem-se, infelizmente, a negação da família reconhecida a partir dos laços afetivos, que, seguindo esta linha de interpretação acaba por gerar injustiças e afrontar a dignidade humana.

A visão calcada na família a partir do patrimônio ainda é uma constante, haja vista a resistência por parte de alguns setores da sociedade bem como sua influência na elaboração das leis, citando como exemplo os entraves para a aprovação do Estatuto das Famílias em sua forma originária.

No tocante a paternidade, independente de ser gênero ou espécie, conforme asseveram alguns doutrinadores, na interface com outras áreas do conhecimento, bem como a interpretação sistemática do Código Civil brasileiro de 2002, a Constituição Federal brasileira de 1988 e com fulcro nos princípios que norteiam o Direito de Família, prepondera o afeto na relação paterno-filial, posto que, se a família mudou e o que a identifica são os laços de afeto, a relação pai e filho seguirão a mesma tendência.

A compreensão do homem a partir de um viés que ultrapassa os liames biológicos que ligam a família e definem o parentesco é uma realidade que se apresenta atualmente. Nesta esteira, a relação paterno filial impõe a inclusão do filho socioafetivo reconhecido pelos laços do afeto e não necessariamente pelos laços sanguíneos. A paternidade apresenta além da possibilidade biológica e jurídica, a socioafetiva em consonância com a família fundada pelo afeto.

Eis que este é o novo desafio, o homem e seus vínculos: o biológico e o socioafetivo. Contextualizando a paternidade dentro dos códigos, tem-se em um primeiro momento, no Código Civil brasileiro de 1916, a presunção prevalecendo e determinando as relações entre pai e filho, após, com o avanço da medicina, a certeza obtida por técnicas científicas abre espaço para a paternidade biológica e, atualmente a posse de estado de filho é condição determinante para a paternidade socioafetiva.

Estas são as possibilidades de paternidade e, necessariamente não estão concentradas em uma só pessoa, o que significa que o filho poderá ter na sua história de vida, no caso em concreto, o pai que o registrou, o pai que herdou as características genéticas e o pai que exerceu a função de pai.

Na interface do direito com a psicanálise, considerando que pai é uma função, esta obrigatoriamente não precisa ser exercida pelo pai biológico ou jurídico e, partindo desta premissa, as relações adquirem uma grande complexidade não admitindo ser delimitadas por um único aspecto.

A supremacia de uma paternidade em detrimento a outra não coaduna com a sociedade atual, posto que o intuito de valorar a paternidade socioafetiva não implica na desconsideração do vínculo biológico, posto que, em sentido estrito, este faz parte da história particular e genética de cada indivíduo, elevado a direito

personalíssimo, ao passo que os laços de afeto também corroboram para a construção da história do indivíduo.

Neste sentido, a verdade biológica e a socioafetiva permeiam as relações, o que significa a possibilidade da harmonia entre ambas e não a sobreposição, haja vista, que ambas abarcam valores imprescindíveis e positivados na Constituição Federal brasileira de 1988, no tocante ao pleno desenvolvimento da dignidade e personalidade humana que representam a efetivação das garantias e fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que o homem na sua essência foi elevado ao centro do ordenamento jurídico.

No entanto, juridicamente não existe dispositivo que possibilite o filho ter mais de um pai, todavia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adotando posição minoritária, considerada inédita a decisão, concedeu o direito ao reconhecimento de ambas as paternidades: biológica e socioafetiva sem que haja desconstituição de uma em relação à outra, o que significa a possibilidade do homem ter concomitantemente suas duas histórias: a biológica e a socioafetiva.

Em compasso com a realidade, e com a paternidade sob mais de um viés, a Teoria Tridimensional do Direito de Família vai de encontro à doutrina e jurisprudência majoritária, no que tange a supremacia de uma paternidade em detrimento a outra no caso concreto, buscando através da interface com a Filosofia compreender o homem a partir de três eixos: genético, afetivo e ontológico, reconhecendo a possibilidade de o filho ter mais de um pai.

Num passado recente, os filhos eram alvos de discriminação, os não oriundo do casamento sequer possuíam direito a pleitear o reconhecimento, quiçá em um futuro próximo haverá o reconhecimento da paternidade biológica e socioafetiva sem perquirir supremacia, posto que a família moderna indiscutivelmente é reconhecida pelo afeto, entretanto, a biológica necessariamente não precisa ser desconstituída nem subjulgada ou pretendida a categoria inferior. Tão pouco caberá ao ordenamento jurídico impor qual paternidade, porém não poderá se eximir em resolver as situações jurídicas advindas de ambas, uma vez que a possibilidade de deveres e obrigações estão contidas tanta em uma quanto em outra e, a

paternidade apenas sob uma perspectiva representa o risco de negar e cercear direitos imperiosos para a existência do homem.