

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

TELMA DJANIRA MACIEL

A PATERNIDADE SOB A ÓTICA DO AFETO

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2017**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

TELMA DJANIRA MACIEL

A PATERNIDADE SOB A ÓTICA DO AFETO

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Efetividade do Direito, na linha de pesquisa Efetividade do Direito Privado e Liberdades Civis, no Núcleo de Direito Civil Comparado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da professora doutora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi.

**SÃO PAULO
2017**

Banca Examinadora

Aluna bolsista CAPES e FUNDASP.

Agradeço pelo apoio financeiro e
concessão de bolsa.

AGRADECIMENTOS

A Deus por tudo.

Aos meus pais, por amor incondicional e pelo apoio contínuo em todos os momentos.

Às minhas irmãs Maria Do Socorro e Vania, pela ligação de amor que explica o que é ser fraterno.

Ao meu filho Pedro Henrique, sem ele a vida não teria o mesmo significado.

Aos amigos pelas ideias compartilhadas sobre o afeto.

A todos que acompanharam, partilharam e contribuíram no processo de criação.

À querida professora orientadora, Doutora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi por ter acompanhado minha jornada. Pela motivação e carinho constantes. Pela confiança que depositou em mim.

À professora Doutora Déborah Regina Lambach Ferreira da Costa, pela gentil disponibilidade em me auxiliar neste trabalho, sem o qual não seria possível sua conclusão.

À professora Doutora Maria Lígia Coelho Mathias, por ter prontamente aceitado o convite para participar desta banca, honrando-me imensamente com sua presença.

À professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que corrigiu partes dos originais - os erros pertencem à autora.

E, por fim, às diligentes examinadoras deste trabalho que integraram minha banca de Mestrado e teceram pertinentes considerações que recolocaram o curso de algumas ideias no rumo certo.

“Nós vamos não onde nossos pés nos levam,
mas onde nossos afetos nos levam. O que
move uma pessoa não são seus pés, mas seus
afetos”.

Santo Agostinho

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da paternidade sob a ótica do afeto e de seu alcance no Direito Civil Brasileiro. Apesar do contínuo e exaustivo debate sobre o tema no mundo acadêmico nos últimos dez anos, difundindo-se com as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o estudo se justifica na medida em que, apesar da conjugação dos entendimentos firmados tanto na doutrina, quanto da jurisprudência sobre sua importância, há a existência de projetos de lei no Congresso que procuram delimitar os contornos do instituto, devendo merecer destaque o Projeto de Lei nº 6.583/2013, denominado Estatuto da Família e o Projeto de Lei do Senado nº 470/2013, conhecido como Estatuto das Famílias, sem deixar de olvidar as demais pretensões dos congressistas em regulamentar o instituto da socioafetividade no Estatuto da Criança e do Adolescente. Outros pontos a serem brevemente abordados são a socioafetividade como princípio e o fenômeno da paternidade socioafetiva na visão dos Tribunais e da doutrina. Analisar-se-ão os parâmetros constitucionais, bem como os atos e fatos jurídicos que caracterizam a paternidade socioafetiva e seus efeitos tanto patrimoniais quanto pessoais. Verifica-se, ainda breve estudo comparativo sobre a existência do fenômeno jurídico em outros ordenamentos de outros países. Conclui-se que é permitido falar em paternidade socioafetiva como instituto já consagrado tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, como pressuposto necessário para formação de vínculos familiares atualmente assumidos e respeitados (apesar das vozes contrárias) e seus efeitos no Direito de Família.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família - paternidade socioafetiva – multiparentalidade - melhor interesse da criança - filiação - registro civil.

ABSTRACT

The present work aims at the study of paternity under the optics of the affection and their influence in the Brazilian Civil law. Despite the continuous and exhaustive debate on the subject in academia in the last ten years, spreading with the decisions of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, the study is justified to the extent that, although the combination of understandings signed both in doctrine, as the case law on its importance for the existence of bills in Congress that seek to delineate the contours of the Institute, and should receive highlight the Bill n° 6.583/2013, named the Family Status and the Senate Bill n° 470/2013, without forgetting the other pretensions of Congressmen in the regularisation of affection in the Statute of the Child and Adolescent. Other points to be briefly addressed are the affection principle and the phenomenon of parenting affection in view of the Courts and of the doctrine. Analyze the constitutional parameters, as well as the acts and legal facts that characterize the paternity affection and its effects, both patrimonial and personal. There is still a brief comparative study of the existence of the phenomenon in other legal systems of other countries. It is concluded that it is permissible to talk about fatherhood as an affection acclaimed both in doctrine, both in doctrine and in jurisprudence, as a precondition for the formation of family links currently assumed and respected (despite contrary voices) and its effects on family law.

Keywords: family law - paternity affection – multiparentality - best interest of the child
- filiation - civil registry.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 AS MUDANÇAS (PARADIGMÁTICAS) DA FAMÍLIA	15
1.1 Breve visão histórica da família brasileira	15
1.2 A democratização da família e da filiação. A filiação socioafetiva.....	18
1.3 Evolução legislativa do instituto família	22
2 O AFETO	29
2.1 A importância da afetividade nas relações familiares.....	29
2.2 A compreensão da afetividade como fundamento da conduta jurídica.....	30
2.3 A natureza jurídica do afeto	32
2.4. A influência do afeto nas relações jurídicas.....	35
2.4.1 A Afetividade no Direito Constitucional.....	35
2.4.2 A Afetividade no Direito Civil.....	39
2.4.3 A Afetividade no Direito Comparado.....	43
3 POSSE DE ESTADO DE FILHO: MODALIDADE E MOLDE DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	51
3. 1 Outras modalidades de parentesco socioafetivo.....	69
4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	76
4.1 Afetividade no direito de família como princípio.....	87
5 A IMPORTÂNCIA DA AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA	94

5.1 Conceito de família no Direito Brasileiro.....	94
5.2 Consequências da afetividade no Direito de Família.....	95
5.3 Multiparentalidade e Afeto.....	99
5.3.1 A repercussão geral - tema - 622 - prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Julgamento do recurso extraordinário 898060	103
5.4. Do abandono Afetivo e da Indenização.....	111
6 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.....	123
6.1 Conceito de paternidade.....	123
6.2 Paternidade Biológica e Paternidade Socioafetiva.....	123
6.3 Paternidade Socioafetiva.....	130
6.4 Apadrinhamento legal e civil.....	134
7 O FUTURO DA SOCIOAFETIVIDADE. ESTATUTO DA FAMÍLIA X ESTATUTO DAS FAMÍLIAS.....	138
CONCLUSÃO	144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149

INTRODUÇÃO

A partir das modificações no Direito de Família que ocorreram nas últimas décadas, decorrentes da mudança de comportamento da sociedade, o objeto deste estudo – a análise da Paternidade Socioafetiva realiza-se no contexto da solidificação da afetividade nas relações sociais e no Direito de Família.

Conceitos ou “pré-conceitos” - que não forneciam igualdade a todos, apenas aumentavam a marginalização, uma vez que o ordenamento não previa a afetividade, nas suas disposições e conferia campo diminuto para elementos externos ao corpo codificado.

A normatização não atendia plenamente as demandas da sociedade para a nova realidade marcada pela velocidade da transformação até o advento da Constituição Federal de 1988, apesar de algumas leis refletirem a necessidade em introduzir a afetividade no sistema jurídico.

As circunstâncias do Direito de Família baseado em estruturas desenhadas por séculos praticamente inviabilizavam o seu reconhecimento, vez que não previam a afetividade nas suas disposições e conferiam diminuto espaço para elementos externos ao corpo codificado.

Diante o descompasso entre a realidade e as categorias jurídico-familiares postas à sua disposição, parte da doutrina e da jurisprudência passou a tratar da afetividade com o intuito de elaborar respostas às situações existenciais afetivas que se apresentaram.

Ainda assim, a cultura jurídica reinante delimitava em muito as propostas que eram formuladas no sentido de reconhecimento de uma dimensão afetiva. A partir das premissas lançadas pela nova ordem constitucional, leituras jurídicas se tornaram possíveis, em um quadro delineado como pós-positivista. Tanto a doutrina do Direito Civil-constitucional como o movimento de repersonalização do Direito Civil incitavam a releituras das categorias clássicas.

Nesse sentido, cumpre mencionar a repersonalização do direito civil, movimento que tem origem no período da segunda guerra mundial. Considera a pessoa humana em seus aspectos mais profundos, e não de modo abstrato. Preocupa-se com a dignidade da pessoa humana, fator que legitima o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal colocou a proteção do ser humano como valor central do ordenamento jurídico, estabelecendo princípios norteadores do Direito de Família, tais como o da solidariedade, da igualdade, do pluralismo das entidades familiares e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Neste contexto surge o princípio da afetividade, sobre o qual as relações familiares, em especial a de parentalidade, devem estar baseadas. Trata-se, contudo, de princípio cujo conteúdo é de difícil delimitação. Isso porque sua expressão é o afeto, usualmente entendido como sinônimo de amor, o que o desvincularia de qualquer dever jurídico. Ocorre que o princípio da afetividade não se relaciona à ideia de sentimento, mas à dedicação que os pais devem ter com a criação e a formação dos filhos menores, o que se dá por meio de comportamentos pró-afetivos.

Refere-se, assim, ao cumprimento dos deveres de ordem imaterial do poder familiar, quais sejam o de criação, educação, companhia e guarda, que efetivamente colocam os filhos sob a proteção e o amparo dos pais. O descumprimento voluntário e injustificado desses deveres caracteriza o abandono afetivo.

Dessa forma, apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um critério norteador para a condição de filiação em nosso sistema.

O reconhecimento jurídico da afetividade reflete, de certa forma como o Direito deve e pode atender às demandas da família na atualidade, inclusive sobre a responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos, principalmente em situações

de descumprimento dos deveres e obrigações dos pais decorrentes do poder familiar.

As relações familiares vivenciam um processo de transição paradigmática do qual resulta a prevalência da afetividade como balizador desses relacionamentos.

A Constituição de 1988 foi profícua em ditar princípios e valores que deveriam escorar o Direito de Família a partir de então. Parte da doutrina sustenta, também, que traz implícita em suas disposições o reconhecimento da Paternidade Socioafetiva.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 conferiu certo espaço para assimilação das relações fundamentadas no afeto. Mais recentemente a legislação esparsa de Direito de Família passou a acolher de forma a expressa, em diversas disposições.

Percebe-se que a força construtiva dos fatos impulsiona o reconhecimento jurídico da afetividade. O tratamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial atualmente conferido à permite concluir pela sua presença no sistema jurídico brasileiro.

O estudo do fenômeno jurídico em tela tem por finalidade conceder uma visão macro, daquilo que antes era fato excludente, passa a determinar a inclusão do status de filiação. Nesse sentido, são garantidos os mesmos direitos que qualquer criança tem ao ser reconhecida, inclusive os sucessórios.

Por fim, apesar da gênese de um novo instituto fundado na dignidade da pessoa humana, a “mesma sociedade” oferece rediscutir se o afeto realmente é algo a ser preservado ou definitivamente inserido na sociedade. A família pode ser democrática ou a democracia pode determinar uma família sem afeto, é uma das questões propostas por nossos congressistas e que leva a uma reflexão a ser conduzida neste trabalho.

Apesar do seu reconhecimento pelos Tribunais, o caminho trilhado para sua concretização nem sempre justificam os fins colimados, isto é, sua concretização e efeitos, o que acarreta em um momento de transição a ser delimitado.

Delimitar as fronteiras do reconhecimento da socioafetividade e seus efeitos, nas relações entre pais e filhos é, em vários momentos assunto que tem desafiado desde o juízo mais remoto no País até o Supremo Tribunal Federal, em destaque a decisão do Plenário proferida no Recurso Especial 898060, proferida pelo Ministro Luiz Fux, no sentido que a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico.

Para tanto, a presente dissertação tem a finalidade de recordar os conceitos de afeto, parentalidade e paternidade socioafetiva, o posicionamento jurisprudencial e por fim breve comentário sobre o estatuto da família e o estatuto das famílias, com o objetivo de trazer à uma reflexão sobre aquilo que é decidido pelo Poder Judiciário e a discussão no Poder Legislativo.

1 AS MUDANÇAS (PARADIGMÁTICAS) DA FAMÍLIA

1.1 Breve visão histórica da família brasileira

Mesmo em um simples resumo sobre a construção da família brasileira, é impossível não mencionar duas obras que definem a construção de nossa sociedade: *Casa-grande e senzala*, de Gilberto Freyre¹ e *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda². Ambas revelam o papel central da família patriarcal em todo o período colonial, quando se estabeleceram valores que marcaram a construção de nossa identidade nacional. Nesse sentido, o patriarcalismo é visto como o fio condutor para se pensar a modernidade na sociedade brasileira, compreender as mudanças e os valores enraizados.

A família, no dizer de Gilberto Freyre, foi o grande fator colonizador no Brasil, mais poderoso do que as forças econômicas ou políticas. Na visão de Freyre e de Antonio Candido³, o modelo harmônico e generalizado da família patriarcal extensa teria evoluído para a “família conjugal, nuclear e moderna”. “A família extensa” era uma organização com predominância do chefe da família e uma economia dependente do trabalho escravo; um tipo de organização social no qual a família era, necessariamente, o grupo dominante no processo de socialização e integração dos indivíduos, um grupo em que as distâncias entre os familiares eram bem marcadas e reguladas por uma hierarquia. Marido e mulher comandavam duas diferentes esferas de poder – ele fora de casa e ela dentro –, mantendo os princípios da organização patriarcal.

Casamentos eram, geralmente, contratados de forma endogâmica para preservar os próprios grupos familiares. Candido aponta uma segunda porção da sociedade colonial: os “não-familiares”, compostos por uma massa de pessoas socialmente degradadas que cresce fora dos grupos familiares, sem normas regulares de conduta.

¹ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*. 29. ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

² HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³ CANDIDO, Antonio. *The Brazilian family*. In: SMITH, L. E.; MARCHANT, A. (Org.). *Brazil, portrait of half a continent*. Nova Iorque: The Dryden Press, 1951.

Nesse passo, cumpre mencionar que os fatores legais alterados ao longo de cinco séculos, são oriundos de uma sociedade criada em vasto território, que recebeu várias culturas de diversas realidades econômicas, bem como, sofreu os reflexos de crises internas e externas.

Por longo período sujeitos às Ordenações Reais de Portugal, que não se limitavam ao âmbito jurídico, mas também ao religioso e social que, de seu turno, carregava forte ligação com o catolicismo, e exercia papel de forte influência na constituição do Estado e na vida de seus cidadãos. Foi o período em que o Estado era chamado de Eclesiástico⁴.

Estivemos por muito tempo acobertados por uma realidade europeia, que veio a traçar pontos diversos em nossa história: os senhores de engenho, a prática da escravidão, a vida em verdadeiros feudos e um rigor social/moral nas famílias.

Levaram-se anos para que Teixeira de Freitas aceitasse a incumbência de consolidar as leis civis que eram aplicadas em nosso país, bem como apresentar um projeto de Código Civil para o então Reino do Brasil. Esse jurista teve seu contrato cancelado após apresentar uma prévia de seu projeto, o qual era extremamente avançado para sua época, trazendo em seu bojo termos como função social da propriedade e da família⁵.

O contexto social daquela época não permitia que algumas situações por nós experimentadas hoje, viessem a ser implementadas, como famílias se separando, mães ou pais solteiros, uniões homoafetivas e igualdade entre os cônjuges.

Mesmo com a vigência do Código Civil de 1916, projeto elaborado por Clóvis Bevilacqua, não houve mudança substancial na realidade da família brasileira, permanecia o núcleo onde o homem exercia o poder absoluto do controle e

⁴ Descobertos que fomos no ano de 1500, todos os costumes e tradições portuguesas passaram a fazer parte do cotidiano brasileiro, dentre eles as leis e as imposições sacras advindas daquele Estado Eclesiástico. Ressalte-se que a sequência das Ordenações do Reino em nosso país foram: I — Ordenações Affonsinas (ano 1446); II — Ordenações Manuelinas (1512); e III — Ordenações Filipinas (1603). Quando da proclamação da independência brasileira, no ano de 1822, estavam vigentes, em nosso país, as Ordenações Filipinas.

⁵ CHAVES, Antonio. *Formação histórica do direito civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ano 2000. V. 95. P. 57/105.

comando da casa, devendo a mulher e filhos prestar-lhe obediência e imensurável respeito⁶.

Naquele mesmo período o mundo sofria com as mortes da 1ª Guerra Mundial, (1914-1918) que apesar de não afetar diretamente o Brasil, fragmentou famílias na Europa, e deixou como herança viúvas e órfãos. Começava uma revolução de conceitos e costumes onde as mulheres que permaneciam em seus lares precisaram encurtar suas vestimentas para facilitar o trajeto nas ruas, antes dominadas por homens, que foram lutar nas trincheiras. Sem contar a vinda de refugiados de diversas culturas que cruzaram o Atlântico com a meta de reconstruir suas vidas e adaptar-se ao novo.

Apesar do término da citada guerra, outras crises de ordem social e econômica atingiram a sociedade, passamos para uma era de incertezas e, com o passar dos anos, a sociedade veio a sofrer mais transformações em várias esferas, não ficando a família alheia a isso.

As mulheres verificaram novos horizontes e conquistaram o direito ao voto – Decreto 21.076 de 24.02.1932), além da aquisição de normas protetoras ao trabalho, perante uma sociedade machista e até com vestígios feudais, no que se refere ao comportamento entre os casais. No entanto, paralelamente à aquisição de direitos às pessoas do sexo feminino, diversas situações abalaram a harmonia da ordem mundial e, anos depois, em 1939, a humanidade passou por outra grande guerra, mais violenta, com tecnologias mais avançadas, que após seu término, levou-nos a questionar o homem e valorizar sua personalidade.

Estes conceitos adquiriram forma e força. Ao mesmo tempo, na década de cinquenta, surgia uma nova era onde o homem saía da zona rural para as cidades, inauguramos uma nova capital, com feições planejadas, sonhos de um país que se industrializava, enquanto outros já buscavam a era digital e se encontravam em outro estágio de desenvolvimento, uma vez que a realidade era outra. Para eles,

⁶ Devemos observar que o desenvolvimento industrial no Brasil, ocorreu em período posterior à revolução industrial. Nesse momento a escravidão ainda vigorava. O Brasil agrário perdurou até a década de 50 do século XX, caracterizando uma mudança de costumes mais abrupta do que na Europa ocidental.

saíam de cena os maquinários pesados e surgiam novas tecnologias. Ambos fatores refletiam nas famílias. Novos comportamentos eram adotados.

Talvez em virtude do medo e da incerteza, as famílias destas nações planejaram núcleos menores, que acarretaram em nova revolução de costumes, em virtude da facilidade ao acesso para métodos contraceptivos, o que facilitou ainda mais a capacidade do sexo feminino poder sustentar-se sozinha, sem submeter-se às agressões sofridas por muitas mulheres para sobreviver e sustentar a prole.

Diante a quantidade de invenções que não apenas auxiliaram, mas otimizaram a capacidade de produção de bens de consumo, com o tempo, o maquinário pesado foi substituído por aparelhos cada vez menores, velozes e eficazes, que apesar de não serem acessados por todos, atingiram toda sociedade em período inferior a cinquenta anos.

O divisor de águas se deu com o início da vigência do texto constitucional de 05 de outubro de 1988. A igualdade entre os cônjuges, liberdades e garantias à mulher, até então inimagináveis, vieram a ser elevadas à condição de cláusulas pétreas. Verificamos uma nova valoração ao núcleo familiar, que trata igualmente parceiros e cônjuges, onde o constituinte procurou dar a cada espécie familiar, proteção às entidades familiares como um todo, desvinculando-se da legislação que estava em completa desarmonia com a realidade nacional.

1.2 A democratização da família e da filiação. A filiação socioafetiva

Sob o aspecto do pensamento ocidental, em especial na Itália, Maria Rosaria Marella e Giovanni Marini, partem da premissa da complexa relação entre família e direito, apesar de consistir em uma formação pré-jurídica e de qualquer modo histórica, a família é produto do direito positivo do Estado e evoluiu nos últimos dois séculos em todo ocidente.

Nesse contexto historicamente e politicamente determinado, a família representou e representa um extraordinário instrumento de ordenar a sociedade, disciplina as relações: entre pessoas, sexuais e entre gerações, de tal sorte que

estrutura de forma precisa as relações de poder entre gêneros e constrói identidade dos indivíduos e dos grupos sociais.

A família influencia a fisionomia da comunidade nacional, cuja a própria ideia como uma articulação necessária e distinta da sociedade civil é um conceito formado no século XIX e é o fruto de uma determinada cultura política e jurídica cuja genealogia explica o desenrolar e as razões de especialidades jurídicas família, ou seja, o regime jurídico da família de ramo específico do direito, distinto, porque inerentemente diferente da lei comum. Pensamento este extraído da doutrina construída na Itália⁷.

Pequeno retrato do pensamento europeu, que também é extremamente semelhante ao nosso. Apesar de diferente da “lei comum”, encontra-se harmonicamente vinculada aos princípios erigidos pela Constituição Federal de 1988, inclusive ao princípio da dignidade da pessoa humana, que de forma, talvez exaustiva, esteja presente em cada capítulo da presente dissertação.

Com as garantias dispostas pela Constituição Federal de 1988, encontrar um conceito apropriado para família, grande ou pequena, de formatação variada, hetero ou homoafetiva, conforme os costumes, crenças e ideologias de cada tempo, torna-se cada vez mais desafiante em razão do direito buscar atender às necessidades da sociedade, de forma a fornecer garantias tanto no presente, quanto para as futuras gerações.

Na tentativa de copiar matizes da família romana, somada aos efeitos comportamentais decorrentes da Revolução Industrial e percorreu eras de modernidade e de pós-modernidade, por longo período a família respeitável no Brasil era aquela formada sob os bons desígnios da lei, através do casamento civil e sempre quando possível, fazia gosto fosse acrescido da cerimônia religiosa, em acontecimento envolvendo duas animadas famílias. Isso foi considerado como tradição da família brasileira, que aos poucos sofreram questionamento da própria sociedade.

⁷ Marella, Maria Rosaria e Marini, Giovanni. *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia: Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*. Editora Universale Laterza. 2014. p. 12

Na década de 80, três anos após a legalização do divórcio, em decorrência da Lei n. 6515/1977, a sociedade passa a conviver oficialmente com as famílias de segundas e terceiras núpcias⁸. Com as novas uniões, agregam-se os filhos de outras relações com seus respectivos pais, mas em outras, somente os filhos que jamais tiveram uma pai ou uma mãe. Surge uma nova roupagem de comportamento. Aquela em que a partir do dever de cuidado, permeado no afeto, impulsiona aquele que não foi o genitor da criança em assumir como filho seu fosse. É seu filho, todos sabem, todos enxergam como tal.

Como legítima modelagem familiar desse extenso território pátrio, pelo menos, a última Carta da República afastou o conceito exclusivo da família ser legítima por ter sido construída pela união do casamento civil, como também divorciou-se da noção nociva de que família só poderia ser formada por pais que tivessem se recebido em justas núpcias, dela advindo a prole e que lançava para a marginalidade a família natural, largamente difundida, além de desconsiderar solenemente a gritante realidade da família monoparental.

Nesse passo, cumpre fazer uma breve reflexão sobre a atualidade. Um dos sociólogos que procurou descrever tal instigante realidade foi o polonês Zygmunt Bauman, o qual denominou o período como modernidade líquida, que seria leve, fluida, em contraposição ao período anterior, por ele denominado modernidade pesada, fixa, estanque.⁹

Duas características, no entanto, fazem nossa situação nossa forma de modernidade nova e diferente. A primeira é o colapso gradual e rígido da antiga ilusão moderna: da crença que há um fim do caminho em que andamos, um telos alcançável da mudança histórica, um Estado de perfeição a ser atingido amanhã, no próximo ano ou no próximo milênio, algum tipo de sociedade boa, de sociedade justa e sem conflitos em todos ou alguns de seus postulados [...] A segunda é a desregulamentação e privatização das

⁸No princípio, era o desquite. A partir de 1977, com a Lei do Divórcio sancionada pelo presidente Ernesto Geisel apesar da ditadura militar, mas em razão da pressão popular, todos os casais que não quisessem mais ficar juntos podiam manifestar seu desejo perante um juiz.

⁹BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 132-140.

tarefas e deveres modernizantes. O que costumava ser considerado uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (individualizado), atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e de seus recursos.¹⁰

Conclui, que os relacionamentos humanos, também passaram a ser precários, instantâneos, instáveis, com duração suficiente para a satisfação das necessidades imediatas.

A pluralidade familiar molda novos contornos, a família matrimonial perde o status de única formatação legítima de constituição familiar, para, de tal sorte, garantir realidades que, embora sedimentadas por gêneses diversas, retratam a mesma consistência de nítida e sólida comunidade familiar.

Qualquer intento de considerar mais vantajosa a união conjugal, viola a igualdade dos não casados ante os casados e perante a lei. A Carta Política de 1988 cedeu espaço, proteção e, portanto, conferiu identidade civil à realidade sociológica que encarna diversificadas modelagens de constituição, estrutura e de formatação existentes nesse imenso País ao retirar da marginalização, as famílias naturais, assim denominadas por terem nascido da informalidade de uma relação afetiva, outrora denominada de concubinato e modernamente rebatizada com a denominação jurídica de união estável. Igual atitude teve ao alçar também para o plano da validade jurídica, a grande massa de famílias monoparentais expressamente lembradas no § 4º do artigo 226 da Constituição Federal.

Temos uma extensa concepção social e jurídica de família, democratizada pelo Constituinte de 1988, ao estender a sua proteção além da tradicional família conjugal, também a família de fato e a entidade monoparental.

¹⁰ Ibidem. , p. 37-38.

Nessa mesma esteira o constituinte também se preocupou com a questão da filiação e criou, a partir dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito atual, a figura de filiações permeadas no vínculo afetivo.

Após, com o intuito de adequar o ordenamento civil à Constituição vigente, em 2002 foi aprovado o novo Código Civil. No entanto, devemos lembrar que tratava-se de projeto que pairava no Congresso Nacional desde a década de 1970, o que acarretou na necessidade de análise da compatibilidade de suas disposições com os postulados constitucionais, isto é, como a Constituição está no vértice do ordenamento jurídico, é ela que conforma a legislação infraconstitucional, em respeito à hierarquia das normas e à concepção unitária de ordenamento, o que demanda a interpretação de um Direito Civil que corresponda ao sistema constitucional em vigor, apesar dos avanços contidos se comparados ao código anterior.

1.3 Evolução legislativa do instituto família

O caminho percorrido para alcançar o momento atual, conforme citado, foi marcado por diversas fases, que acompanharam a evolução das relações familiares. Nesse momento, cumpre realizar uma breve análise da evolução do instituto. Note-se que a finalidade é demonstrar que as alterações legislativas tendem a acompanhar as modificações ocorridas na sociedade, às vezes com mais vagar e, em outras de forma quase concomitante.

No período da Antiguidade, eram ausentes os laços afetivos entre os membros da família, Philippe Airés destaca:

[...] essa família antiga tinha por missão - sentida por todos - a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolados não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era

necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor.¹¹

Fustel de Coulanges comenta o tratamento dado aos filhos. A filha ao casar deixava de fazer parte da família de origem. Independente do afeto por sua filha, seus bens seriam disponibilizados apenas aos filhos homens¹².

No Direito Romano a família constituía unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Orlando Gomes define a família romana, como sendo um “conjunto de pessoas sujeitas ao poder do pater familias, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança”¹³ Nota-se que não há menção ao afeto. Nesse diapasão, Fustel de Coulanges ao citar a família romana, destaca que o afeto nunca foi uma de suas características, ao passo que a autoridade do homem sobre a mulher e os filhos foi seu principal fundamento¹⁴. Sobre a origem da família, Maria Berenice dias afirma:

A própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. Foi o intervencionismo estatal que levou à instituição do casamento: nada mais do que uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A família formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria à população se multiplicar. A sociedade em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta [...].¹⁵

No período do Brasil-Colônia o sistema jurídico em vigor seguia a mesma normatização portuguesa, eram as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), seguida pelas Ordenações Manuelinas (1512) e, por fim, a consolidação das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência - as Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado do domínio castelhano.

¹¹ ARIÉS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978. p. 10-1.

¹² COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 36

¹³ GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33.

¹⁴ COULANGES, op. cit., p. 36.

¹⁵ Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias I Maria Berenice Dias. -- 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.31

Ficaram prontas no período do reinado de Filipe I (1595), mas entraram efetivamente em vigor em 1603, no período de governo de Filipe II.

As Ordenações Filipinas tinham como objetivo casos concretos reduzidos a escrito e foram definitivamente revogadas com o advento do Código Civil de 1916.

Nesse diapasão nota-se que por muito tempo a legislação pátria esteve vinculada às leis de Portugal. Isso se deve ao fato que o período do governo monárquico era extremamente vinculado às referidas fontes. E, após seu término, com o advento da república, havia a necessidade em buscar uma fisionomia exclusiva para o país, não no sentido de abandonar ou criar algo absolutamente novo. O intuito era criar um Direito Civil Brasileiro, adequado aos anseios do início do século XX, daquele jovem país republicano.

Tratava-se de regulamentação da família constituída unicamente pelo matrimônio. A visão limitada ao casamento, que era indissolúvel, fazia distinções entre seus membros e devido à estrutura que restringia o conceito de família, os filhos havidos de relações não matrimoniais eram considerados como ilegítimos¹⁶.

No que se refere à adoção, o instituto era repleto de excessivas exigências no Código Civil de 1916. A previsão limitava a capacidade para adotar ao maior de 50 anos, sem descendentes legítimos ou legitimados e desde que fosse pelo menos 18 anos mais velho que o adotado, conforme os artigos 368 e seguintes.

A Lei nº 3.133/57, simplificou ao reduzir a idade do adotante para 30 anos atenuou o intervalo de diferença de idades para 16 anos e permitiu a adoção mesmo se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, mas não envolvia a sucessão hereditária.

Com a Lei nº 4.655/65, o instituto da adoção é alterado. O que antes era possível ser realizado somente por quem não tivesse filhos e restringia o vínculo de

¹⁶ Ibidem. p. 32

parentesco entre o adotante e o adotado, passou a ser o vínculo de parentesco estendido à família dos adotantes e o nome dos avós a constar no registro de nascimento do adotado.

A evolução no campo familiar envolve diversos fatores, os avanços são segmentados à medida que as necessidades em adequar a lei conforme os anseios da sociedade. Como visto anteriormente, o papel da mulher era limitado legalmente. Sem os avanços em questões relacionadas ao papel da mulher, em adequar o seu papel para a realidade existente, as questões relacionadas à adoção também não poderiam ser alteradas.

Em 1962, é promulgado o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), o marido deixa de ser o chefe absoluto da sociedade conjugal e diversos artigos do Código Civil à época foram alterados, entre eles o artigo 6º que atestava a incapacidade feminina para alguns atos, erigindo a mulher como pessoa economicamente ativa sem necessitar da autorização do marido para trabalhar, a mulher casada volta a ter a plena capacidade que possuía ao ser solteira, além de ter direito sobre os seus filhos, compartilhando do pátrio poder, podendo requisitar a guarda em caso de separação, bem como outros direitos.

Posteriormente, no final da década de 70, através da Lei 6.515/77, é instituído o divórcio acabando com a indissolubilidade do casamento regulamentando a situação de tantos casais que queriam regulamentar sua segunda união, suas novas famílias.

Nota-se a reconstrução de um novo cenário, mais flexível, no sentido de possibilitar a formação de novas famílias, o que antes era inconcebível aos olhos da lei, mas praticado na sociedade. Mudanças que aos poucos possibilitaram grandes transformações no âmbito legal. Mas somente com a Constituição Federal de 1988, os valores fundamentais, perseguidos pela sociedade ocupam o espaço que restringia o exercício de diversos direitos individuais-fundamentais.

Merece destaque o artigo 227, §6º, da Constituição Federal, que consagra o princípio da proteção integral, eliminando qualquer discriminação entre adoção e filiação. Sobre este princípio, Cury, Garrido & Marçura ensinam que:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.¹⁷

No entanto tais garantias de proteção também refletem também os anseios contidos no Direito Internacional. A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução nº L 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, foi concebida razão da necessidade de garantir a proteção e cuidados especiais à criança, em virtude de sua condição de hipossuficiente, em decorrência de sua imaturidade física e mental¹⁸.

¹⁷ CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. Estatuto da criança e do adolescente anotado. 3ª ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 21.

¹⁸ Convenção sobre os direitos da criança. Preâmbulo: Os Estados Partes da presente Convenção, Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo se fundamentam **no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana;**

Tendo em conta que os povos das Nações Unidas reafirmaram na carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade;

Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer natureza, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição;

Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais;

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;

Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade;

Trata-se de marco fundamental no que tange ao sistema de proteção à criança. Ao reconhecer em seu preâmbulo que cada país possui valores e tradições culturais próprias. Preocupou-se o legislador da referida convenção em criar uma norma garantidora de direitos fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, os princípios e normas instituídos pela Constituição Federal e a Convenção sobre os Direitos da Criança norteiam o legislador na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que entrou em vigor na data de 14 de outubro de 1990, instrumento que dá efetividade aos comandos supracitados.

Nessa busca em adequar o direito de família e, principalmente, garantir a isonomia dos filhos perante o ordenamento é dever mencionar os enunciados 103 e 108 das Jornadas de Direito Civil¹⁹ e o provimento 52 do CNJ, de 14 de março de

Tendo em conta que a **necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança;**

Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, **"a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento";**

Lembrado o estabelecido na Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, especialmente com Referência à Adoção e à Colocação em Lares de Adoção, nos Planos Nacional e Internacional; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim); e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência ou de Conflito Armado;

Reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial;

Tomando em devida conta a importância das tradições e dos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança;

Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento; Acordam o seguinte:[...]. (grifos nossos)

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

108 – Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a sócio-afetiva.

2016 – que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, onde o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco entre o doador ou doadora e a pessoa gerada por meio de reprodução assistida.

Os mencionados enunciados e provimento do Conselho Nacional de Justiça constituem em mais um avanço na formação do conceito de filiação. Ambos sustentam a questão da socioafetividade, objeto de estudo do presente trabalho.

O que se observa é a participação não só do legislador, mas também dos juristas e dos demais operadores do Direito. As demandas judiciais a respeito do reconhecimento da filiação pela via socioafetiva levou o Judiciário em um exercício de construção jurisprudencial que, somado à previsão legal de dignidade da pessoa humana, utiliza instrumentos principiológicos para determinar a paternidade pela condição do afeto.

2 - O AFETO

2.1 A importância da afetividade nas relações familiares

Diante a evolução legislativa decorrente do comportamento e dos anseios em assegurar garantias às novas famílias. Cumpre analisar a importância do instituto.

É no seio familiar que o afeto tem maior relevo e acarreta diversas consequências na formação do ser humano, justamente porque consiste no núcleo onde o indivíduo tem o seu desenvolvimento físico e psicológico, forma seus próprios conceitos e metas. Na família são alicerçadas as bases da construção da personalidade tanto no sentido psicológico quanto como sob o aspecto jurídico que garante os direitos da personalidade.

Nesse sentido, os direitos da personalidade não podem ser eliminados por vontade do seu titular, são indisponíveis e intransmissíveis, na medida que não podem ser disponibilizados ou transmitidos aos demais. Para de Cupis, o ordenamento jurídico não pode permitir que o indivíduo disponha dos referidos direitos em razão do caráter de essencialidade²⁰.

Esse pensamento difere da concepção de família patriarcal, fundada no autoritarismo ao comandar as relações parentais consanguíneas. Com o intuito de educar, nasce o poder familiar, que não aboliu o poder patriarcal, mas sofre novos contornos ao dever de fornecer segurança, proteção ou acolhimento.

Avalia Flávio Tartuce que talvez o afeto seja considerado como o principal fundamento das relações familiares. Ressalta, também que o princípio da

²⁰ DE CUPIS, Adriano (trad. Afonso Celso Furtado Rezende). Os Direitos da Personalidade. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 48.

afetividade, apesar de não constar explicitamente na Constituição Federal, decorre da valorização da dignidade e da solidariedade²¹.

Segundo a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrighi, é a afetividade o elemento que diferencia a família dos outros grupos sociais:

A afetividade como elemento que diferencia uma família de outros grupos sociais tem orientado decisões e firmado posições no universo jurídico-familiar, não se podendo falar de filiação ou de paternidade /maternidade se o afeto não estiver presente como termo de ligação entre pais e filhos, vale dizer, em reciprocidade²².

É o afeto que dá estabilidade ao parentesco, o vínculo socioafetivo compõe a identidade da pessoas, possuindo a mesma importância que o vínculo consanguíneo.

2.2. A compreensão da afetividade como fundamento da conduta jurídica

A afetividade, matéria de estudo de várias disciplinas, pode ser abordada sob diversos ângulos: (i) no campo filosófico; (ii) na Psicologia - como fator constitutivo da personalidade; (iii) no Direito - como fundamento de toda conduta e como valor jurídico, dentre outros.

Atualmente observamos que o Direito busca adequar-se à realidade social e, para tanto, utiliza-se de outras disciplinas, como instrumento de pesquisa para a compreensão das relações humanas.

Esta interdisciplinaridade permite a contribuição de outras áreas para a construção de soluções jurídicas.

²¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 2. Ed. Rio de Janeiro. Forense. Método, 2012.

²² BASTOS, Eliene Ferreira, LUZ, Antônio Fernandes da, Louzada, Ana Maria Gonçalves. Família e jurisdição II / coordenadores: Eliene Ferreira Bastos, Antônio Fernandes da Luz ; [Ana Maria Gonçalves Louzada ... et al.]. -Belo Horizonte : Del Rey. 2008.p 83-87

Para uma melhor compreensão, no Direito Moderno positivado, Immanuel Kant²³ parte da premissa que o ser humano é capaz de criar estruturas lógicas ideais aptas a solucionar as questões reais da vida. Este condicionamento da vida em sociedade, ou imperativos categóricos, caracterizam-se como normativas universais, sem conteúdo, criadas pelo homem com fundamento na capacidade de autodeterminação, de forma a determinar as qualidades das condutas em concreto.

Tal posicionamento influenciou o pensamento dos pensadores neokantistas, onde o Direito tem como substrato o querer racional²⁴. Nessa esteira, Hans Kelsen coloca o Direito absolutamente desobrigado de questionar as razões e finalidades que orientam a conduta, basta sua positivação, a presença de significado jurídico, para ser norma jurídica.

Esta busca em colocar o Direito como manifestação apenas racional, que afasta os aspectos

Adriana Maluf entende que:

A afetividade pode ser entendida como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido. É um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem. Pode também ser considerado o laço criado entre os homens, que, mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada²⁵.

A estrutura afetiva forma o ser humano e projeta para a vida em sociedade, podendo sofrer má formação ou degenerar-se, resultando em doenças psíquicas.

É inerente a todos os seres vivos, ao passo que a racionalidade apenas aos seres humanos. Nesse passo, ao seguir a afirmativa de Kant de que “o homem é um

²³KANT Immanuel. 1724-1804. *Metafísica dos Costumes* / Immanuel Kant; tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013, p 51.

²⁴REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo. Editora Saraiva. 1993, p.332-340 e 341-348

²⁵MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p 18

animal racional”, Romulado Baptista dos Santos²⁶ vai além em sua assertiva, sustenta que o homem é um ser afetivo. Por tratar-se de valor inerente aos seres vivos, nos seres humanos realiza-se através dos relacionamentos.

Assim, os elementos afetivos e intelectuais, integram a essência humana, a ponto de moldarem a dignidade da pessoa, bem como por relacionar-se com os direitos da personalidade²⁷, passaram a ser protegidos pelo ordenamento jurídico.

2.3 Natureza jurídica do afeto

Como visto em capítulo anterior, o homem era o provedor econômico e chefe da família, tal cenário sofreu diversas alterações. Isso não significa que ele não exista mais e, sim, novos cenários surgiram em razão de um conjunto de modificações no âmbito econômico e social. Mudanças que inseriram a mulher no mercado de trabalho, alterações tecnológicas que ora tornaram mais prática a vida das pessoas. O dever de prestar assistência econômica e psicológica não tem mais um rótulo referente a quem pertence o dever. Pode ser designado a qualquer um dos pais. Longe ou distante, há o dever de prestar assistência consistente não só na prestação econômica, mas também no dever de cuidado físico e psicológico.

Nesse sentido, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Ligia Coelho Mathias consideram:

[...] que o afeto na seara familiar tem natureza jurídica *sui generis*, é autônomo e conexo aos direitos da personalidade. Deixou sua sede exclusivamente moral para ingressar na esfera jurídica, mormente considerando a evolução célebre e profunda dos alicerces que sustentam o núcleo familiar, seja biológico ou

²⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba. Juruá, 2011, p. 244.

²⁷ Alexandre Ferreira de Assumpção Alves afirma que os direitos da personalidade têm “*características que são comuns a todos eles, a saber: são absolutos; necessários e vitalícios; não pecuniários; intransmissíveis; imprescritíveis; impenhoráveis; inexpropriáveis; indisponíveis e irrenunciáveis*”. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 65.

socioafetivo. No entanto, esse ingresso está **condicionado à existência de um dever jurídico de cuidar**, inerente aos pais relativamente aos filhos menores ou incapazes e, destes em relação àqueles.

Afora as situações indicadas, **ainda que haja dever familiar de solidariedade, inclusive a de prestação de alimentos, não acarretará se violado, em nossa opinião, dano afetivo**²⁸. (grifos nossos)

Acompanha a questão da influência da cláusula geral de tutela de personalidade a ministra Nancy Andrighi. Em pedido formulado por uma irmã em face da outra, para anulação o assento de nascimento, sob o fundamento de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe não foi encontrado qualquer vício de consentimento da mãe que, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Houve o reconhecimento espontâneo da maternidade. Buscou a ministra reforçar a tese que ao acolher a filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, “erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano”.

Conflitos familiares não poderiam descartar um período superior a uma década, devendo ser assegurada a “perenidade da relação vivida entre mãe e filha”. Uma vez existentes os pressupostos caracterizadores da filiação socioafetiva, o argumento da diversidade de origem genética não possui o condão de descaracterizar a relação socioafetiva criada.²⁹

²⁸ Diniz, Maria Helena (coordenadora). *Atualidades Jurídicas - Vol. 7*, Edição, 1ª - 2014. p. 213/214.

²⁹ Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento.

Maternidade socioafetiva. Situação consolidada. **Preponderância da preservação da estabilidade familiar.**

- A peculiaridade da lide centra-se no pleito formulado por uma irmã em face da outra, por meio do qual se busca anular o assento de nascimento. Para isso, fundamenta seu pedido em alegação de falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe que, nos termos em que foram descritos os fatos no acórdão recorrido considerada a sua imutabilidade nesta via recursal, registrou filha recém-nascida de outrem como sua.

- A par de eventual sofisma na interpretação conferida pelo TJ/SP acerca do disposto no art. 348 do CC/16, em que tanto a falsidade quanto o erro do registro são suficientes para permitir ao

investigante vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, subjaz, do cenário fático descrito no acórdão impugnado, a ausência de qualquer vício de consentimento na livre vontade manifestada pela mãe que, mesmo ciente de que a menor não era a ela ligada por vínculo de sangue, reconheceu-a como filha, em decorrência dos laços de afeto que as uniram. Com o foco nessa premissa a da existência da socioafetividade, é que a lide deve ser solucionada.

- Vê-se no acórdão recorrido que houve o reconhecimento espontâneo da maternidade, cuja anulação do assento de nascimento da criança somente poderia ocorrer com a presença de prova robusta de que a mãe teria sido induzida a erro, no sentido de desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. Inexiste meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe da criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar.

- O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

- Some-se a esse raciocínio que, no processo julgado, a peculiaridade do fato jurídico morte impede, de qualquer forma, a sanção do Estado sobre a mãe que reconheceu a filha em razão de vínculo que não nasceu do sangue, mas do afeto.

- Nesse contexto, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também parentescos de outra origem, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.

Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à

2.4 - A INFLUÊNCIA DO AFETO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

2.4.1 A afetividade no direito constitucional

O marco paradigmático do direito brasileiro que confere reconhecimento jurídico à afetividade, de maneira implícita, é a Constituição Federal de 1988, caracterizada pela centralidade da pessoa humana, pela força cogente dos princípios por ela consagrados, o constituinte trouxe uma nova leitura jurídica, ao

deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares.

- Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por **tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha.** Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na **doutrina de proteção integral à criança.**

- Conquanto a “adoção à brasileira” não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 usque 52-D e 165 usque 170 do ECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada consideradas as especificidades de cada caso a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movida pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V.

manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidade construída e plenamente exercida.

- A garantia de busca da verdade biológica deve ser interpretada de forma correlata às circunstâncias inerentes às investigatórias de paternidade; jamais às negatórias, sob o perigo de se subverter a ordem e a segurança que se quis conferir àquele que investiga sua real identidade.

- Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a **irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica.** Isso porque prevalece, na hipótese, a **ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar.** Recurso especial não provido. (REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010). (grifos nossos).

optar pelos direitos sociais, escolheu o princípio da dignidade da pessoa humana como norteador para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária.

Cumprir observar que o fato de caracterizar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da ordem jurídica, não foi uma deliberação isolada o constituinte brasileiro, mas sim a adesão a um movimento iniciado a partir do pós-guerra, em diversos países. Como exemplo na Constituição portuguesa de 1976³⁰, a Constituição Espanhola de 1978³¹ e a Constituição Alemã de 1949³².

Nesse passo, a inclusão da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, acarretou na despatrimonialização do direito privado, quebrando o paradigma criado a partir da revolução francesa que era voltado para a proteção do indivíduo e do patrimônio, ao passo que o Direito construído a partir da Segunda Guerra Mundial, tem por base a proteção da dignidade da pessoa humana³³ que abrange todos os aspectos de sua personalidade.

Podemos afirmar que o afeto decorre da valorização constante da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Maria Berenice Dias faz a seguinte consideração:

³⁰ Constituição da República Portuguesa: Artigo 1.º- Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

³¹ Constitución Española - Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

³² Lei Fundamental da República Federal da Alemanha - Artigo 1.º- [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais](1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

³³ No âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao status de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional. Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade em seu texto – Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos⁸ e França, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa, em decisões importantes. A partir daí, as cortes constitucionais de diferentes países iniciaram um diálogo transnacional, pelo qual se valem de precedentes e argumentos utilizados pelas outras cortes, compartilhando um sentido comum para a dignidade. BARROSO, Luis Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 15 set. 2016.

é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer de Daniel Sarmento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, **irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade**. Eduardo Bittar afirma que o respeito à dignidade humana é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive. Assim, **há de se postular por um sentido de mundo, por um sentido de direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças, distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana.**³⁴ (grifos nossos).

Ao elevar a dignidade da pessoa humana a macroprincípio norteador das suas disposições, a Constituição Federal postula como objetivo a adoção de medidas promocionais no sentido de que esta dignidade seja plenamente alcançada, o que trouxe diversas consequências também no Direito de Família.

O reconhecimento do afeto como valor de índole constitucional é admitido também por Luiz Edson Fachin que, ao tratar do tema da paternidade, afirma:

[...] a Constituição de 1988, ao vedar o tratamento discriminatório de filhos, a partir dos princípios da igualdade e inocência, veio a consolidar o afeto como elemento de maior importância no que tange ao estabelecimento da paternidade. Foi para a Constituição o que já estava reconhecido na doutrina, na lei especial e na jurisprudência.³⁵

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 44/45

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVIII: do Direito de Família, do direito pessoal, das relações de parentesco, p. 27

Além da igualdade entre os filhos (artigo 227, § 6º), a Constituição tratou ainda expressamente de alguns institutos de família como a isonomia entre homem e mulher (artigo 226, § 5º), o reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 226, § 3º), conferiu dignidade a outras entidades familiares (artigo 226, § 4º), prescreveu o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (artigo 227), entre outros.

Afirma Paulo Lobo³⁶, a afetividade não é apenas um postulado. Ao analisar a afetividade na Constituição verifica que possui status de princípio constitucional:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente 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, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Ao alegar que o princípio da afetividade tem fundamento constitucional. Não significa fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que tange aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores que segregavam sua qualificação perante a sociedade e a família, dando espaço, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado em laços de afetividade. Isto é, não se trata de um fato sociológico ou psicológico, mas de princípio. Para o autor a nova feição de família encontra seu espaço na Constituição, ao lado de outros princípios como a isonomia e solidariedade, através do reconhecimento da igualdade entre os filhos biológicos e adotivos, como escolha afetiva e atribui natureza familiar à entidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, sejam biológicos ou não.

³⁶ LOBO, Paulo. *Direito Civil - Famílias*. São Paulo. Saraiva, 2011.p.71

Nessa esteira, Paulo Lobo³⁷ identifica em nossa Carta Magna quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

1º - a igualdade dos filhos independentemente da sua origem, conforme art. 226, § 6º da CF;

2º - a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (§ 5º e § 6º do art. 226 da CF);

3º - A comunidade forma por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família § 4º do art. 226 da CF;

4º - O direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente. (art. 227).

Portanto, podemos afirmar que a Constituição Federal reconhece o papel destacado à afetividade no trato das relações familiares. De tal sorte que os operadores do Direito devem atentar para a questão da afetividade quando do trato de temas relativos à família.

2.4.2 A afetividade no direito civil

Conforme comentário supracitado, o Código Civil promulgado em 01.01.2002, tem sua origem no trabalho coordenado por Miguel Reale, desenvolvido em meados da década de 1970. Comenta Antonio Carlos Wolkmer³⁸, que apesar dos avanços, houve uma certa resistência a grandes mudanças, onde:

A nova legislação privatista, ao longo de seus 2.046 artigos, redefiniu institutos como casamento, filhos, herança, uso do sobrenome, emancipação, maioridade civil e perda da virgindade feminina, bem como instituiu novos temas acerca dos direitos da personalidade associações e fundações, propriedade fiduciária, posse-trabalho, direito de empresa etc. Entretanto, numa análise crítica mais vigorosa, verifica-se que seus avanços foram muito comedidos para

³⁷ NETTO LOBO, Paulo Luiz. Código civil comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial - Artigos 1.591 a 1.693 - v. XVI, Editora Atlas. 1.º edição. 2003 p. 43-47.

³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.157-158.

enfrentar a evolução e o grau de complexidade das relações sociais, vivenciadas nos horizontes de um novo milênio, marcadas por diversidades e realidades emergenciais. [...] Na verdade o Código Civil do novo milênio foi tímido e não desencadeou significativas e profícuas inovações. [...] Por tudo isso, ainda que tenha avançado em relação ao Estatuto privado de 1916, reproduziu, entretanto, a antiga técnica regulamentar, ao invés de apresentar disposições mais principiológicas, decorrendo uma natural omissão em compartilhar com os novos desafios da sociedade.

Nesse diapasão, devemos destacar que uma das questões que não foi tratada expressamente pelo legislador de 2002 foi a da afetividade, como um dos princípios orientadores do Direito de Família, tema desta dissertação.

Apesar da ampla construção doutrinária e jurisprudencial que já sustentava sua presença no nosso ordenamento, de maneira implícita, desde 1988, não foi tratada de forma explícita no Código atual.

De fato, como o projeto do Código de Miguel Reale foi elaborado em período que monta há mais de 20 anos de sua aprovação³⁹, em época que não vigia a

³⁹ Em resposta as críticas, o próprio Miguel Reale em artigo o sobre “o novo Código Civil e seus críticos”, afirmou: “Como se vê, a atualidade da nova codificação brasileira não pode ser negada com base em realizações científicas supervenientes, que por sua complexidade, extrapolam do campo do direito-civil, envolvendo outros ramos do direito, além, repito, de providências de natureza meta-jurídica. Isto não impede que, ao tratar da presunção dos filhos na constância do casamento, o artigo nº 1.597 se refira também aos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, e haja referência a filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”, e mesmo aos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.(...) Por outro lado, o fato da aprovação do Código Civil pelo Congresso Nacional ter demorado 26 anos, não significa que, durante todo esse tempo, não tenham ocorrido incessantes atualizações, tanto na Câmara dos Deputados – onde, cerca de 1.200 emendas foram objeto de magnífico relatório do deputado Ernani Satyro – assim como no Senado Federal, várias alterações devidas a sugestões dos membros remanescentes da originária “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, como se deu comigo, pois continuei a prestar colaboração ao Poder Legislativo. Para dar poucos exemplos, foi minha a idéia de denominar “poder familiar” o antigo “pátrio poder”, assim como, à última hora, propus ao Relator do projeto no Senado, o ilustre professor Josaphat Marinho, por ele sendo aceitas, mudanças que me pareceram indispensáveis em matéria de testamento particular e de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.(...)Através, em suma, de emendas nas duas Casas do Congresso, com a colaboração de vários juristas ilustres, o Projeto inicial veio incessantemente se completando e aperfeiçoando, tal como se deu com as propostas feitas pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, por Fabio Konder Comparato, Alvaro Villaça Azevedo e Regina Beatriz Tavares, estes dois últimos visando a corrigir graves defeitos da lei que rege a união estável. É absurdo, por conseguinte, proclamar-se a inatualidade do novo Código Civil somente por ter havido tanta demora em sua aprovação final. Não se tratava, com efeito, de mera mudança de artigos, mas de tomada de

Constituição de 1988, a melhor solução a ser adotada, em razão da aprovação do Código em data posterior ao texto constitucional, é seguir na linha de uma hermenêutica que interprete o Direito Civil em consonância com os dispositivos constitucionais, de modo a se respeitarem, bem como adequar-se ao presente.⁴⁰ Portanto, as disposições do Código Civil de 2002 precisam ser interpretadas à luz da principiologia constitucional.

Esta estrutura adotada pelo atual sistema civil é assim comentada por Teresa Ancona Lopez:

Outro expediente utilizado pelo legislador de 2002 foi o uso de cláusulas gerais, que são normas extremamente genéricas que se aplicam a todo e qualquer caso que se subsuma aos seus requisitos, ao contrário das normas que trabalham com hipóteses de incidência previstas na lei (*fattispecie*), e de uma certa forma, mais casuística e geralmente para determinado assunto. [...] As cláusulas gerais podem conter ou não conceitos jurídicos indeterminados. [...] Em síntese, a completude do sistema vai sendo dado em cada momento de interpretação e aplicação das cláusulas abertas, assim como dos conceitos jurídicos indeterminados.^{41/42}

No entanto apesar de não taxar a afetividade expressamente como princípio de Direito de Família, o Código Civil de 2002 reconhece e confere guarida a diversas

posição perante o problema da codificação exigida pelo País, à luz de outros paradigmas de ordem ética e política, uma vez que o Código em vigor fora elaborado para uma nação predominantemente agrícola, com reduzida população urbana, sem os imensos problemas sociais do Brasil contemporâneo". Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em 27 set. 2013.

⁴⁰Para Luiz Edson Fachin: "Um novo Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidades, é a proposta do tempo que se faz agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer. Os sinos dobram para reconhecer o fim da concepção insular do ser humano e o liame indissociável entre Direito e crítica na releitura dos estamentos fundamentais do Direito Privado". FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 6-7

⁴¹ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

p. 6.

⁴² No que tange aos conceitos jurídicos indeterminados, registrou Lourival Vilanova, em sua obra "as normas são postas para permanecer como estruturas de linguagem, ou estruturas de enunciado, bastantes em si mesmas, mas reingressam nos fatos, de onde provieram, passando do nível conceptual e abstrato para a concrecência das relações sociais, onde as condutas são pontos ou pespontos do tecido social". VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.780.

relações afetivas em muitas de suas disposições onde possível verificar breves citações, diretas e indiretas, ao afeto e à afetividade. Como, por exemplo, no que se refere à possibilidade de parentesco afetivo, quando o legislador na dicção do artigo 1.598, admite parentescos de outra origem, o que envolve parentesco decorrente de socioafetividade.⁴³

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin, ao comentar o referido artigo, considera que não existem dúvidas sobre o reconhecimento no referido artigo de outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo a paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho⁴⁴.

Frise-se que tal reconhecimento da afetividade foi afirmada pelo Enunciado número 103 da Primeira Jornada de Direito Civil:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.⁴⁵

Diante disso, observa-se que um dos efeitos decorrentes das atuais posturas adotadas pelo ser humano é voltada para a desbiologização da paternidade, reconhecendo assim, o vínculo de afetividade como sendo preponderante ao vínculo biológico, nascendo assim, o parentalidade socioafetiva, baseada na posse do estado de filho.

⁴³BRASIL. Legislação Federal. Código Civil. Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resultante de consanguinidade ou outra origem.

⁴⁴FACHIN, Luiz Edson. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. Op. cit., v. XVIII, p. 22

⁴⁵ Enunciado nº 103 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, relativo à interpretação do art. 1.593 do Código Civil. (Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2013).

Também ao referir-se ao casamento, podemos observar a presença do vínculo afetivo no Código Civil. Em seu artigo 1.511⁴⁶ apesar do conteúdo do preceito possuir sentido indeterminado, a afetividade está implícita quando da remissão à comunhão de vida de uma sociedade conjugal.

Recente indicativo da adoção da afetividade como princípio do sistema de Direito de Família brasileiro pode ser percebido na recente alteração processada nas regras do Código que tratam da guarda. A Lei nº 11.698/2008 alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro e, dentre os critérios que devem ser averiguados na definição de quem será o guardião, incluiu o afeto de maneira expressa, ao mencionar expressamente que um dos fatores para concessão da guarda unilateral é o afeto.⁴⁷

Conclui-se que o juiz ao definir qual dos pais restará com a guarda unilateral, utilizará como norte o vínculo afetivo, sem deixar de olvidar o princípio do melhor interesse da criança. Semelhante postura deverá ser adotada ao definir os critérios que definem a guarda de terceiros, mencionada no parágrafo quinto do artigo 1.584⁴⁸. De tal sorte que a inclusão expressa da afetividade, confere a sua importância no Direito Civil no sentido de constituir como instrumento que corresponda aos anseios da sociedade.

2.4.3 A afetividade no direito comparado

Preliminarmente, cumpre repisar que a paternidade sob a ótica do afeto tem como fundamento não só o ordenamento pátrio. A matéria tem inspiração na já

⁴⁶ BRASIL. Legislação Federal. Código Civil. “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”

⁴⁷ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

⁴⁸ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: ...§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”.

mencionada Convenção sobre os Direitos da Criança, cuja finalidade foi o de adequar as garantias de personalidade à realidade social, que agrega a proteção das relações afetividade como elemento de proteção.

Tal instituto é analisado, sob diversos aspectos por cada país, dependendo do grau de proteção concedido à filiação. Na verdade, o que se observa no decorrer do trabalho é a existência de aspectos garantidores aos direitos da personalidade. Tema explorado por diversos autores e que dificilmente será esgotado em razão de seu dinamismo⁴⁹.

No ordenamento argentino, o afeto é a base das relações matrimoniais. A relação perdura enquanto existe a realidade afetiva. Trata-se da inclusão da autonomia da vontade nas relações de família, princípio previsto no artigo 19 da Constituição Argentina⁵⁰. Garantindo um sistema que respeita a liberdade e intimidade dos esposos para sua continuidade ou ruptura.

⁴⁹ Tanto que cumpre observar que a citada proteção é colocada na Colômbia como direito ao amor. Tema que não está relacionado na presente dissertação, pois apesar de semelhantes, o amor não se confunde com a socioafetividade, cuidando-se tão somente de exemplo sobre como os direitos são protegidos à luz da convenção sobre os direitos da criança. Nesse sentido, o artigo 44 da Constituição da Colômbia: *Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.* Sobre breve menção ao direito de ser amado, S. Matthew Liao, menciona um rol de normas internacionais, sobre as quais as crianças têm assegurado o direito de serem amadas. Citando as seguintes: Declaração dos Direitos Psicológicos da Criança (1979) -Direito I: *O direito ao amor, afeto e compreensão*; - Declaração dos Direitos da Criança em Israel (1989) [Princípio] 2. *Toda criança tem direito à vida familiar - Nutrição, moradia adequada, proteção, amor e compreensão*; Declaração dos Direitos das Crianças Moçambicanas (1979) *As crianças têm o direito de crescer num clima de paz e segurança, rodeado de amor e compreensão*, a Declaração de Direitos das Crianças em Ações de Divórcio, EUA (1966) *[As crianças têm] III. O direito ao dia a dia amor, cuidado, disciplina e proteção do pai que tem a custódia dos filhos.* LIAO, S. Matthew. *The Right of Children to Be Loved*, Journal of Political Philosophy 14(4) 2006: 420-440. John Wiley & Sons Ltd.

⁵⁰ *Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

Sobre o afeto, como conceito jurídico, para Aída Kemelmajer de Carlucci⁵¹, ao contrário da filiação derivada por dados genéticos, raramente é mencionado nas regras legais relativas à família.

No entanto, em numerosas ocasiões, relações de família deverão seguir mais para o reino da emoção do que o de laços biológicos ou genéticos, ou para única norma legal; portanto, um conceito que parecia pertencer apenas à legislação brasileira (a afetividade), mudou-se para outros sistemas em que já começa a falar da "relação social afetiva" para refletir a relação que surge entre as pessoas sem ser parentes, entre eles se comportam de forma e semelhança; Ocorreu, então, o que tem sido chamado de "desencarnación", isto é, o enfraquecimento do elemento carnal ou biológico para o benefício de elemento psicológico e emocional⁵².

Apesar de não terem projecções na lei de sucessão, o Código Civil reflete esta tendência, quando, em certas circunstâncias, dá eficácia a certos tipos de relacionamentos, como nos casos de consentimento informado para atos de investigação médica e de saúde, artigo 59 menciona os "colaboradores mais próximos":

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite...

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud...

⁵¹ Aida Kemelmajer de Carlucci é uma jurista argentina, doutora em direito pela Universidade de Mendoza, foi Ministra da Suprema Corte de Justiça de Mendoza.

⁵² Carlucci, Aida Kemelmajer de. Las nuevas realidades familiares en el código civil y comercial argentino de octubre de 2014. Revista LA LEY 08/10/2014. Disponível em <http://www.juscivile.it/contributi/2014/18_Kemelmajer_de_carlucci.pdf> . Acesso em 17 out 2016

Do mesmo modo, a artigo 556 afirma que os responsáveis pelo cuidado de menores com capacidade restrita, ou doente ou incapaz deverão permitir a comunicação das pessoas com quem afetivamente justificam um interesse legítimo.

A Constituição do Peru, também não fala explicitamente em socioafetividade, no entanto, em seu artigo artigo 6º consagra expressamente o desejo de ser pai com o componente social e emocional adequado quando afirma que "a política da população nacional tem como objetivo divulgar e promover a paternidade responsável." Paternidade responsável é assumir de forma voluntária a missão de ser pai, é compromisso em educar e dar atenção.

Artículo 6º.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

No que se refere ao citado artigo, Olga Castro Pérez-Treviño, faz remissão à Convenção sobre os Direitos da Criança:

De otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los padres tienen una responsabilidad primordial para con el niño, pero que esta responsabilidad está circunscrita por los derechos que la Convención otorga al niño incluyendo su interés superior. El Estado debe proporcionar asistencia apropiada y cuando los padres no puedan asumir sus responsabilidades, deberá intervenir para proteger los

derechos del niño y satisfacer sus necesidades (artículos 3.2, 5, 18 Y 27). Para efectos de la Convención se considera niño a todo ser humano menor de 18 años (artículo 1).

En su último párrafo, la norma recoge el principio de igualdad o unidad de la filiación ya establecido en la Constitución de 1979. Debe quedar claro que la norma no se refiere a la filiación biológica (hecho natural) que surge del acto de la procreación, sino a la filiación legal (hecho jurídico) que es aquella que se determina: i) por la ley, como presunción legal de paternidad o declaración judicial; o ii) por la voluntad del hombre, através del reconocimiento, adopción o posesión constante de estado, adquiriéndose la calidad de padre o madre e hijo y estableciéndose entre ellos el estado de familia filiatorio. La filiación biológica no produce necesariamente la atribución de un estado de familia filiatorio⁵³.

Tal afirmação significa que a Constituição Peruana acompanha o sistema de garantias de direito internacional, citando, outrossim, o princípio da igualdade entre os filhos, postulado que também fundamenta a socioafetividade.

Frise-se, ainda, que os laços de filiação biológica, adotiva ou nos casos de posse de estado de filho criam as mesmas obrigações.

Na Uruguai, não há norma que regule a socioafetividade, contudo, nota-se seu reconhecimento na jurisprudência e na doutrina, como requisito que molda as relações familiares, como demonstra decisão da “Suprema Corte de Justicia”:

Como Primera instancia desestimó la demanda. El abuelo paterno ha demostrado interés y afecto por sus nietos. Conoce y mantuvo relación con el mayor de 11 años - y no conoce a la niña de 8 años. Estima la Sala que la relación con los abuelos es de especial significación para la mejor evolución de los niños. la visita debe

⁵³ GUTIERREZ, Walter e PÉREZ-TREVIÑO, Oiga Castro. *La constitucion comentada tomo i*. Ed. GACETA JURIDICA 1 ed. 2005. P. 401/408

cumplirse bajo determinadas condiciones que brinden tranquilidad a la demandada y aseguren el reintegro de los niños a su hogar. Revoca Fija un régimen de visitas y ordena una audiencia evaluatoria.

...

II.El art. 38 del CNA establece que todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente a un régimen de visitas con los mismos”.

La doctrina considera razonable que se tutele la relación del niño y adolescente con su familia. Se afirma que sería contrario al interés del hijo menor de edad fracturar sus vínculos familiares aun cuando esto respondiera a la decisión de quien ejerce la patria potestad ("Manual de Derecho de Familia". Bossert y Zannoni, Ed. Astrea, 5º Ed. pág. 70).

III.En la especie, el abuelo paterno ha demostrado interés y afecto por sus nietos. Conoce y mantuvo relación con el mayor -Pablo de 11 años - y no conoce a la niña (Abril de 8 años). Afirma que no fue consultado por el padre de los niños cuando se produjo la desaparición y retención del niño en la República Argentina, hechos en los que no tuvo intervención. Señala que no se le debe privar de su derecho a mantener relación con sus nietos. (Nº 23/2008. TRIBUNAL DE APELACIONES DE FAMILIA DE 1ER TURNO. MINISTRA REDACTORA:DRA. ANA MARIA MAGGI. MINISTROS FIRMANTES:DR.JAIME MONSERRAT, DR. CARLOS BACCELLI,DRA.ANA MARIA MAGGI. MINISTROS DISCORDE:NO Montevideo, 20 de febrero del 2008)

Entende a doutrina a importância da convivência entre a criança e a família. Ainda que uma das crianças desconhecesse o avô, este demonstrava o interesse de fornecer o afeto, de criar o vínculo socioafetivo, por outro lado, a jurisprudência uruguaia sopesa a questão do afeto com cautela, isto é como o ato de dar carinho e não o afeto no sentido de instrumento de construção da filiação. Nesse sentido, não se trata do mesmo reconhecimento dado à socioafetividade existente em nosso país:

Suprema Corte de Justicia- Dano moral abandono:

Coincide la Sala con Méndez Costa en que “Los daños que sufre el hijo extramatrimonial no reconocido por su progenitor son evidentes con los perfiles determinantes de un daño moral: la omisión paterna lo perturba en el goce de derechos que dependen de esa determinación y de que tenga a su favor el título correspondiente, en primer lugar, el uso del apellido. Es daño moral objetivo y subjetivo porque la persona, de hecho e injustificadamente, puede verse menoscabada en la consideración social que merece y sufrir en su interioridad esta circunstancia, y ese daño moral directo al lesionar un interés que tiende al goce de un bien jurídico no patrimonial, en característica propia de la lesión a los derechos de la personalidad o, en otros términos, a los derechos fundamentales de la persona. La situación jurídica que le corresponde en virtud se presenta, junto al honor y la propia imagen, como un aspecto que hace a la vida de relación con los otros de la familia, los vecinos, los compañeros de estudio o de trabajo, de prácticas deportivas o recreativas. Bien dice Lorenzetti que todo ello integra el patrimonio de la persona y resulta resarcible” (Méndez Costa, María Josefa; ob. cit. pág. 363).

...

Como ya se apuntó anteriormente transcribiendo a la Profesora Medina “El perjuicio moral puede producirse aún cuando el no reconocimiento haya cubierto necesidades alimentarias del menor, ya que el daño es independiente y diferente al material...” “No constituye una eximente de responsabilidad el haber brindado afecto y atención material al hijo, cuando se niega el emplazamiento familiar, porque éste constituye un derecho constitucional mas amplio que el apoyo asistencial y sentimental por parte del progenitor, constituido entre otros por el derecho al nombre y el reconocimiento público del vínculo filiatorio” (ob. cit. pág. 152), autora que cita la sentencia de la Cámara Civil y Comercial 1ª de Bahía Blanca, sala II del 13-9-77 quien habría resuelto: “La asistencia económica, y también afectiva, que el demandado habría brindado a su hijo reclamante, así como el supuesto “acuerdo” celebrado con la madre de aquel en torno a postergar el reconocimiento filial por “algunos” años, no exime de abonarle una indemnización de daños y perjuicios, dado que no se le reprocha que no haya brindado tal asistencia sino

que no reconoció en tiempo oportuno a su hijo –en el caso, lo reconoció luego de varios años- y con ello le causó enormes padecimientos morales”. (Tribunal de Apelações Família 1º Turno. Ministro do Editor: Dr. Maria del Carmen Diaz Serra. Ministros Signatários: drs. Maria Lilián Bendahan Silvera, Maria del Carmen Diaz Serra; Gerardo Peduzzi. Ministros dissidentes: Não. Montevideú, 17 de fevereiro de 2016).

No entanto, apesar de não utilizar-se explicitamente do instituto, sugere implicitamente a mesma importância que nossa doutrina e jurisprudência concedem à socioafetividade. Nessa linha, induz, ainda, à questão da posse de estado de filho e sua importância.

3. POSSE DE ESTADO DE FILHO: MODALIDADE E MOLDE DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Observa-se um caminhar do direito de filiação que, antes consistia somente na trilha do vínculo biológico, para aquele onde predomina a relação de afeto entre pai e filho. No conflito, preferem-se os pais sociológicos aos pais biológicos ou naturais.

Segundo Paulo Lôbo, *“a posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do status de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal⁵⁴”*.

A posse de estado de filho consiste em critério indicador da paternidade socioafetiva, obedecendo, assim, à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 227, caput, da Constituição Federal), mandamento essencial que deve ser observado nas relações da criança e do adolescente com sua família, sociedade e Estado.

O Código Civil não traz expressamente, a posse de estado de filho como prova da filiação. Todavia, o seu artigo 1605 afirma que “poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: (...) II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

No entanto, cumpre repisar a interpretação contida no enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF

Enunciado 103: O Código Civil reconhece, no art. 1593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade

⁵⁴LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. – 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011 p.236.

socioafetiva, fundada na posse de estado de filho.

Pelo fato da posse de estado de filho revelar a paternidade socioafetiva, a relevância do seu estudo recai mais sobre o fim pretendido do que ao instrumento em si. A maior parte da doutrina sugere a presença de três elementos que caracterizam a posse de estado de filho: nome (*nomem*), trato (*tractatus*) e fama (*fama*).

Maria Berenice dias cita tais elementos para o reconhecimento da posse de estado de filho:

Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina atenta a três aspectos: (a) *tractatus* - quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* - usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *reputatio* - é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais.⁵⁵

Edson Fachin, também afirma que a posse de estado de filho está caracterizada desde que estejam presentes os três elementos acima mencionados: *tractatus*, *nomem* e *fama* (ou *reputatio*). Sendo que a *tractatus* está presente quando a pessoa é tratada na família como filho. O *nomem* se dá quando a pessoa traz o nome do pai. E a fama é a pessoa ter sido constantemente reconhecida como filha, pelos presumidos pais, pela família e pela sociedade.^{56 57}

Segundo Luis Edson Fachin, para se caracterizar a socioafetividade devem ser utilizados os seguintes requisitos:

Apresentando-se no universo dos fatos, a posse de estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 406

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson Fachin. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 202.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – direito de família*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 391.

social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade. Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco⁵⁸.

Trata-se de situação fática onde uma pessoa recebe tratamento de filho em relação a outra pessoa. Não precisa corresponder a uma verdade legal, vários fatos são somados de sorte a gerar em uma equação que indica um vínculo de parentesco entre uma pessoa e a família considerada como se sua realmente fosse.

O tratamento que recebe ao que é tratado como filho, denomina-se *tractatus*, dar-lhe assistência material e emocional. Já o *nomem* se dá pelo uso constante do patronímico do pai. Por sua vez, a fama é a reputação, a notoriedade: a pessoa ser tida como filho, tanto pelos pais, quanto por todos que a conhecem, no meio social em que vive⁵⁹.

No entanto, há autores que dispensam o requisito da utilização do nome da família, sendo suficiente para a caracterização da posse de estado de filho, os requisitos do tratamento e da fama.

No que se refere à fama, nota-se que consiste na notoriedade, no reconhecimento social de que há uma relação onde existe um pai e um filho. Trata-se de elemento que externa a conduta, a forma como o pai trata seu filho e que a sociedade observa como vínculo de filiação⁶⁰.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 157

⁵⁹ VELOSO, Zeno. Direito da filiação e paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33.

⁶⁰ Cumpre mencionar que o STJ fixou que a questão do status de filho tem importância fundamental na questão do reconhecimento de filiação: FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER.

SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS, COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO.

- Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma “adoção simulada”, reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. Status de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado. Recurso especial não conhecido.

(REsp 119.346/GO, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/04/2003, DJ 23/06/2003, p. 371)

No ordenamento francês a posse de estado de filho encontra-se prevista no artigo 311-1 do Código Civil Francês:

Artigo 311-1: A posse de estatuto for estabelecido por uma combinação adequada de fatos que revelam filiação e de parentesco entre um indivíduo e da família a qual ela se diz pertencer. Os requisitos principais são:

1. Que a pessoa tenha sido tratada por ele ou aqueles que se disse o resultado como seu filho e que ela tratou-os como seus pais;
2. Que tenha, nessa qualidade, a sua educação, a sua educação, lazer ou moradia;
3. Que esta pessoa seja reconhecida como filho na sociedade e na família;
4. O que é considerado como tal pela autoridade pública;
5. Que ele porte o mesmo sobrenome. (tradução livre).

Frise-se que o referido artigo foi modificado em 2005 pela Portaria nº 2005-759 de 4 de Julho de 2005 - artigo 2 JORF 06 de julho de 2005, em vigor em 01 de julho de 2006.

Sobre a alteração legislativa ocorrida após 2005 no instituto da posse de estado, afirma Caroline Siffrein-Blanc, que:

La possession d'état est appelée à assurer plusieurs fonctions essentielles dans le droit de la filiation. Elle joue ainsi, soit un rôle probatoire, soit un rôle créateur soit un rôle de consolidation. Ce dernier effet est particulièrement important car il tend à assurer la stabilité du lien de filiation. Antérieurement à la réforme de 2005, le régime des actions en contestation était dominé par la complexité des textes, à tel point que le terme de « chaos » a pu être utilisé pour caractériser le contentieux du droit de la filiation.⁶¹

⁶¹ “A posse de estado tem por finalidade fornecer várias funções essenciais na lei de filiação. Portanto, desempenha um papel de estágio, um papel criativo, um papel de consolidação. O último efeito é particularmente importante porque se destina a assegurar a estabilidade da filiação. Antes da reforma de 2005, o sistema de ações a competição foi dominada pela complexidade dos textos, que

A mudança se destina a assegurar a estabilidade da filiação. Antes da reforma de 2005, o sistema de ações para contestar foi dominado pela complexidade dos textos, o que dificultava leitura das normas que regiam a filiação. No ordenamento francês o conceito é explorado como meio de prova. A posse de estado é um dos meios de prova da filiação, uma vez que permite, por si só, provar a existência de uma relação paterno-filial.

Consideram-se todos os ângulos, o ponto de vista da criança, os dos pais, da família, do ambiente social e da autoridade pública, sob o ângulo moral e material, mas nem sempre o juiz busca o conjunto de todos esses pontos de vista, podendo aceitar a existência de um único elemento que vai convencer o juiz.

Na verdade, a condição do *nomen* é difícil de preencher, o juiz pode se contentar com fama de uma pessoa falecida para e preferem estabelecer um Estado contemporâneo de posse, defender os passos vincular emocional em vez de reconhecimento por parte da família. Portanto, os índices cumulativos enumerados no artigo 311-2 do Código Civil não aparecem mais como uma condição necessária para a constituição de posse de estado.

No Direito Português a posse de estado é um conceito jurídico. Diz-se que alguém tem a posse de estado quando é tratado pela generalidade das pessoas como sendo detentor de um conjunto de relações que caracterizam um determinado estado pessoal, no direito de família.

Assim a posse de estado de filho surge quando a pessoa sempre foi tratada como filho pelos pais, independentemente de estes figurarem no registo civil como pais, e quando essa situação é reconhecida socialmente pelas respectivas famílias (arts. 1831º, nº2, e 1871, nº1, al.a) do Código Civil Português, isto é, trata-se de elemento idêntico utilizado por nossa doutrina.

até o termo "caos" tem sido usado para caracterizar o direito de filiação" (SIFREIN BLANC, Carolina. La parenté en droit civil français - Chapitre I. La confusion dans l'ordonnement des composantes du système de parenté - Presses universitaires d'Aix-Marseille. 2009. p. 10, tradução nossa)

Pode o pai biológico ser casado com outra mulher; mas se trata a criança como sendo seu filho e se essa situação for reconhecida pelas famílias, a criança beneficia da posse de estado, que lhe permitirá, através de meios processuais próprios, obter a filiação⁶².

O Código Civil português prevê o instituto da posse de estado de filho sobre o qual a afeição não é prevista (como também não é em nossa legislação). No entanto a previsão de respeito mútuo, auxílio e assistência, que consubstanciam a socioafetividade, são previstos como deveres dos pais e filhos.

No que respeita à caracterização dos requisitos concernentes à posse de estado de filho Eduardo dos Santos destaca que tal situação depende: Da personalidade de cada pessoa, do seu temperamento e caráter, da sua categoria e condição social, situação econômica e familiar, grau de educação e instrução e hábitos, isso porque se pode chamar alguém de filho sem lhe dar o tratamento de filho⁶³.

Fato curioso no ordenamento português é a existência de prazo para a propositura da ação. Em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, processo 4293/10.7TBSTS.P1.S1:

DIREITO CIVIL - RELAÇÕES JURÍDICAS / EXERCÍCIO E TUTELA
DE DIREITOS - DIREITO DA FAMÍLIA / FILIAÇÃO /

⁶² ARTIGO 1831º (Renascimento da presunção de paternidade)

2. Existe posse de estado relativamente a ambos os cônjuges quando se verificarem, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) Ser a pessoa reputada e tratada como filho por ambos os cônjuges;

b) Ser reputada como tal nas relações sociais, especialmente nas respectivas famílias.

3. Se existir perfilhação, na acção a que se refere o no 1, deve ser igualmente demandado o perfilhante.

(Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)

1. A paternidade presume-se:

ARTIGO 1871º (Presunção)

a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pelo pretense pai e reputado como filho também pelo público;

SECÇÃO I Disposições gerais

ARTIGO 1874º (Deveres de pais e filhos)

1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.

2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar.

(Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11).

⁶³ SANTOS, Eduardo dos. Direito de Família. Coimbra: Almedina, 1999. p. 459-462.

ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS - DIREITOS, DEVERES E GARANTIAS PESSOAIS.

1. **A acção de investigação de paternidade, fundada na posse de estado, está sujeita a prazo de caducidade – art. 1817º do Código Civil: um prazo-regra de 10 anos (nº1) e dois prazos especiais de três anos**, os constantes do nº2 e da al. b) do nº3, que aqui está em causa, e que se refere à cessação do tratamento como filho, pelo pai. O nº4 do mesmo normativo estabelece, a um tempo, um ónus probatório e um prazo – “No caso referido na alínea b) do número anterior, incumbe ao réu a prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à propositura da acção”.

2. Da conjugação dos arts. 1873º e nº4 do art. 1817º do Código Civil (este na redacção da Lei 14/2009, de 1.4) resulta que, se o investigador for tratado como filho pelo pretense pai, **sem que tenha cessado voluntariamente esse tratamento, a acção pode ser proposta até três anos posteriores à data da morte do pai; se tal tratamento cessar voluntariamente a acção pode ser proposta dentro de um ano a contar da data em que o tratamento tiver cessado.** O nº4 do art. 1817º, remetendo para a al. b) do nº3, impõe ao Réu o ónus de prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à data da propositura da acção.

3. O tratamento como filho por parte do pretense pai, baseia-se em presunção que favorece o investigador. Com efeito, dispensa a prova da filiação biológica, **afirmando uma filiação com base no afecto**, colocando a cargo do Réu o ónus da prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à propositura da acção – nº4 do art. 1817º do Código Civil.

4. **O tratamento como filho, inerente à filiação sócio-afectiva, implica por parte do pai comportamento que, no plano afectivo e material, revele que existe um cuidado e protecção igual aos que os pais dispensam aos filhos**, no quadro da vivência social e idiossincrática, sendo que **a exteriorização dessas manifestações concludentes de reconhecimento deve ser olhada e apreciada no horizonte temporal dos costumes imperantes e prevaletentes na contingência do tempo.** Assim, **importará saber se o indigitado pai é uma pessoa reservada ou expansiva, se na**

comunidade os sentimentos de reprovação social são intensos, o que justifica resguardo e pudor. É de considerar relevante, no sentido do tratamento e reconhecimento, que exista uma actuação reveladora de um mínimo de afecto e ajuda moral e material ao longo do tempo, sendo de ponderar se existe proximidade territorial ou não, e se as circunstâncias pessoais do investigador exigem a mesma intensidade de afecto e ajuda material.

5. O nº2 do art. 1817º do Código Civil estatui – “Se não for possível estabelecer a maternidade em consequência do disposto no artigo 1815º, a acção pode ser proposta nos três anos seguintes à rectificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo inibitório”. O Autor, simultaneamente, impugnou a paternidade constante do registo, pondo em causa a perfilhação, e pediu que outra fosse declarada. Decorre do art. 1859º, nºs 1 e 2, do Código Civil que a acção de impugnação da perfilhação pode ser intentada a todo o tempo. Não há imprescritibilidade de tal acção – Guilherme de Oliveira, “Estabelecimento da Filiação”, 132.

6. Tendo transitado em julgado a decisão que admitiu a cumulação de pedidos – impugnação da perfilhação e cancelamento do respectivo registo, e investigação de paternidade, terá de considerar que só com a sentença foi removida a menção registral da paternidade, afirmada no Registo Civil pelo perfilhante que não foi o pai biológico do Autor. Assim, o prazo de caducidade da investigação de paternidade não ocorreu, uma vez que deve considerar-se que só com este processo e, por via da procedência do pedido de impugnação da perfilhação e, por ter sido ordenado o cancelamento desse registo, pôde o Autor ver reconhecida paternidade diferente da registada.

7. Não sendo de afirmar a inconstitucionalidade da norma do vigente nº1 do art. 1817º do Código Civil, por o prazo de dez anos nela fixado não ser limitador do exercício da acção de investigação da paternidade, não se deve desconsiderar que, casuisticamente e num quadro factual exuberante de abuso do direito, se possa cindir sem ofensa da Lei Fundamental o estatuto pessoal do estatuto patrimonial inerente este à declaração de filiação, para acolhendo aquele e seus efeitos imateriais (filiação, estabelecimento da avoenga), se limitarem as consequências desse

reconhecimento excluindo aspectos patrimoniais, quando e se se evidenciar que o desiderato primeiro foi o de obter estatuto patrimonial e que a pretensão exercida merece censura no quadro factual concreto da actuação abusiva do direito.

8. O prazo de dez anos constante do art. 1817º, nº1, do Código Civil foi considerado razoável pelo Plenário do Tribunal Constitucional e não contraria a jurisprudência do Tribunal dos Direitos do Homem cujo critério de julgamento é o de que os prazos não sejam impeditivos da investigação e não criem ónus excessivos em termos probatórios para as partes.

9. O Código Civil de Macau admite, em certos casos, que possa ser considerado abusivo o direito de investigação da paternidade, e, não obstante o reconhecimento da paternidade, se possam limitar os efeitos do reconhecimento ao estatuto pessoal, excluindo o direito patrimonial que apareceria como leitmotiv para a investigação da paternidade que, podendo ter sido exercida muitos anos antes só o foi quando, por exemplo, houve e foi conhecida do investigador melhoria de fortuna do investigado pretense pai, e seria, então, vantajoso o reconhecimento da paternidade, direito imaterial de personalidade, que apareceria apenas como o caminho ínvio para atingir um fim mais comezinho e quiçá menos nobre – a obtenção de vantagens materiais. (grifos nossos)

Apesar dos prazos mencionados caracterizarem a princípio uma certa discriminação no reconhecimento de filhos. Notar-se-ia a lógica de que o prazo existente evita a propositura de ações “oportunistas”, cuja única finalidade é a obtenção de vantagem material.

No ordenamento brasileiro, observa Pedro Belmiro Welter⁶⁴, que o legislador pode estabelecer vários prazos para esse estabelecimento, mas:

não pode ser estabelecido qualquer lapso prazal para a configuração da paternidade e da maternidade, porque, com isso, se estará, na verdade, ocultando, e não (re)velando, a verdadeira filiação, que

⁶⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 288

somente pode ser vislumbrada na singularidade do caso, no momento em que a questão é posta em juízo, debruçando-se nos fatos postos no agora, na hora, no instante em que são debatidos.

Destarte nota-se certa semelhança, onde apesar da ausência de prazo legal (até porque o instituto sequer é previsto em nosso ordenamento), verifica-se atuação discricionária do juiz, que decidirá sobre a pertinência das provas e apreciará os fatos que lhe foram apresentados.

No que se refere ao ordenamento português, ainda no referido julgamento, nota-se o cuidado dos julgadores ao desenvolver o raciocínio que leva a configuração da posse de estado de filho no caso mencionado:

“O “tractatus” e a “fama” são os elementos necessários da posse de estado e devem constituir indícios sérios da existência da filiação. O “tractatus” exprime-se em comportamentos exteriores de natureza económica e afectiva, de assistência material e moral, tipicamente paternos, que resultam da convicção íntima e firme (reputação) do pretense pai quanto à filiação”. – cfr. Ac. deste Supremo Tribunal de Justiça, de 12.11.2002, in www.dgsi.pt.

Nas acções de investigação de paternidade baseadas em alguma das presunções taxativamente enunciadas no art. 1871º do Código Civil, a lei dispensa o autor da prova da filiação biológica, onerando-o apenas com a prova dos factos base da presunção invocada.

Cabe ao réu, por seu turno, ilidir a presunção, provando factos capazes de suscitar “dúvidas sérias” sobre a paternidade presumida (artigo 1871º, nº2).

O tratamento do filho havido fora do casamento revela-se, em regra, “por actos menos ostensivos ou transparentes e de carácter menos continuado do que os demonstrativos do tratamento como filho nascido dentro do casamento”, devendo “a reputação e tratamento como filho por parte do pretense pai para efeitos de posse de estado” “ser apreciados no seu conjunto, numa perspectiva global e não separadamente”. – Acórdão deste Supremo Tribunal de Justiça, de 6.5.1997, in BMJ, 467-588.

Da conjugação dos arts. 1873º e nº4 do art. 1817º do Código Civil (este na redacção da Lei 14/2009, de 1.4) resulta que, se o investigante for tratado como filho pelo pretense pai, sem que tenha cessado voluntariamente esse tratamento, a acção pode ser proposta até três anos posteriores à data da morte do pai; se tal tratamento cessar voluntariamente a acção pode ser proposta dentro de um ano a contar da data em que o tratamento tiver cessado.

O nº4 do art. 1817º impõe ao Réu na acção o ónus de prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à data da propositura da acção.

O tratamento como filho por parte do pretense pai, baseia-se em presunção que favorece o investigante. Com efeito, dispensa a prova da filiação biológica, afirmando uma filiação com base no afecto[6], colocando a cargo do Réu o ónus da prova da cessação voluntária do tratamento nos três anos anteriores à propositura da acção – nº4 do art. 1817º do Código Civil.

O tratamento como filho, inerente à filiação sócio-afectiva, implica por parte do pai comportamento que no plano afectivo e material revele que existe um cuidado e protecção igual aos que os pais dispensam aos filhos, no quadro da vivência social e idiosincrática, sendo que a exteriorização dessas manifestações concludentes de reconhecimento deve ser olhada e apreciada no horizonte temporal dos costumes imperantes e prevalecentes na contingência do tempo. Assim importará saber se o indigitado pai é uma pessoa reservada ou expansiva, se na comunidade os sentimentos de reprovação social são intensos o que justifica resguardo e pudor. Assim é de considerar relevante no sentido do tratamento e reconhecimento que exista uma actuação reveladora de um mínimo de afecto e ajuda moral e material, ao longo do tempo, sendo de ponderar se existe proximidade territorial ou não e se as circunstâncias pessoais do investigante exigem a mesma intensidade de afecto e ajuda material. (grifos nossos).

Conclui-se então que os requisitos são os mesmos. Contudo, para evitar possíveis erros judiciários, é percorrida a solução caso a caso, ou seja, os critérios

comportamentais são variáveis. E apesar de ser um país diminuto em seu território, o tratamento dispensado é isonômico, uma vez que as pessoas são diferentes, possuem comportamentos e formas de demonstração de afeto únicas.

Em nosso país não é diferente. É por tais motivos que o tema é tão delicado. Ainda mais em um Brasil com diversas diferenças culturais, sociais e econômicas, onde além de ser um território de escalas quase continentais, os comportamentos são oriundos de pessoas sob a perspectiva de sua individualidade. É por tais motivos que a socioafetividade não pode ser banalizada, muito menos encarada como um comportamento pré moldado, rígido. O assunto apesar de debatido de forma exaustiva quer nos Tribunais, quer na sociedade, demanda cautela e delimitação uma vez que diariamente centenas de ações são propostas com diversos fins. Alguns nobres outros nem tanto. O que leva a jurisprudência fixar julgamentos baseados em parâmetros fixados nos elementos da posse de estado de filho. Nesse sentido Luiz Edson Fachin alerta que:

[...] não há, com efeito, definição segura da posse de estado nem enumeração exaustiva de tais elementos, e, ao certo, nem pode haver, pois parece ser da sua essência constituir uma noção flutuante, diante da heterogeneidade de fatos e circunstâncias que a cercam. [...] a tradicional trilogia que a constitui (*nomen, tractatus e fama*), se mostra, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos⁶⁵.

Frise-se não se trata de um rol exaustivo. Os elementos fixados sugerem a presença da posse de estado de filho, a partir da construção de hipotética convivência existente entre pai e filho.

Conclui-se que a fixação dos elementos não para a caracterização da posse de estado não é rígida. O nome sugere a utilização do nome da família, porém, o fato do filho não possuir ou não utilizar publicamente não implica na

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 161

descaracterização da posse de estado de filho. Devem ser avaliados os demais elementos. O trato consiste no tratamento dispensado pelo suposto pai em relação ao suposto filho. Pai é aquele que cria e educa como se filho seu fosse.

Por fim, a fama exterioriza a o estado de filiação realidade para a sociedade que crê na existência de relação paterno-filial, na observância concreta e não em hipotética relação baseada em boatos.

É dever frisar que o Código Civil espanhol utiliza a posse de estado de filho apenas como prova de filiação e não como fator determinante de parentesco:

Artículo 108: La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

[...]

Artículo 113: La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determinó legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria⁶⁶.

Outro país que acompanha o pensamento espanhol é a Itália, que apesar gerar inspiração jurídica no Brasil, tanto na elaboração das leis como doutrinária também utiliza a posse de estado de filho apenas como prova de filiação em seus artigos 236 e 237:

Art. 236 Atto di nascita e possesso di stato

La filiazione legittima si prova con l'atto di nascita iscritto nei registri dello stato civile.

Basta, in mancanza di questo titolo, il possesso continuo dello stato di figlio legittimo.

Art. 237 Fatti costitutivi del possesso di stato

Il possesso di stato risulta da una serie di fatti che nel loro complesso valgono a dimostrare le relazioni di filiazioni e di parentela fra una persona e la famiglia a cui essa pretende di appartenere.

In ogni caso devono concorrere i seguenti fatti:

⁶⁶ Código civil español. Disponível em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T5.htm>> acesso em 28 out. 2016.

che la persona abbia sempre portato il cognome del padre che essa pretende di avere;
 che il padre l'abbia trattata come figlio e abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, alla educazione e al collocamento di essa;
 che sia stata costantemente considerata come tale nei rapporti sociali;
 che sia stata riconosciuta in detta qualità dalla famiglia.⁶⁷

No Brasil, a posse de estado de filho, possui modalidades entre elas a “adoção à brasileira” e a adoção de fato. Institutos diferentes da adoção conceituada como “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”⁶⁸ e que será comentada posteriormente.

Cumpre recordar que no Código de 1916 a quantidade de restrições impostas na relação entre adotante e adotado eram desconfortáveis em razão da previsão contida no artigo 378, em sua dicção original⁶⁹. A possibilidade em impor um dever de contato com a família biológica, um real ou hipotético desconforto, deu lugar para a prática ilegal de registrar filho não consanguíneo como legítimo, sendo denominada como “adoção à brasileira”.

A prática, tipificada como crime de parto suposto, conforme o artigo 242 do Código Penal, menciona em seu parágrafo único, que pode o juiz, a seu critério, conceder o perdão judicial desde que reconhecida a nobreza do ato. Nesse sentido:

⁶⁷ Tradução nossa:

Art. 236 certidão de nascimento e posse de estado
 filiação legítima é provado pelo ato de nascimento inscrita nos registos de estado civil.
 Simplesmente, na ausência deste título, a posse contínua do filho legítimo.

Art. 237 eventos constituintes na posse de estado

Posse de resultados de estado a partir de uma série de fatos que, juntos, valem a pena para mostrar as relações de controladas e parentesco entre a pessoa ea família a que diz pertencer.

Em qualquer caso, os seguintes fatos devem contribuir:

que a pessoa sempre tomou o sobrenome do pai que ela afirma ser;

que o pai tem tratado como uma criança e decidiu se vai manter esta qualidade, a educação e a colocação do mesmo;

tem sido constantemente classificado como tal nas relações sociais;

o qual foi reconhecido em que a capacidade da família.

Il Codice Civile Italiano. Disponível em
 <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm> acesso em 28 out. 2016.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5., p. 392

⁶⁹ Art. 378: Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 16 de out. 2016

AÇÃO PENAL. REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. GENITORA SEM CONDIÇÕES DE PROVER O SUSTENTO DA CRIANÇA E QUE CONCORDA COM A ENTREGA ÀQUELE QUE FIGURA COMO PAI. MOTIVO NOBRE EVIDENCIADO. APLICAÇÃO DO ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL. DECISÃO ACERTADA. RECURSO DESPROVIDO. Se a conduta definida como crime no caput art. 242 do Código Penal é perpetrada por motivo de reconhecida nobreza, pode o juiz, autorizado pelo parágrafo único da aludida norma, deixar de aplicar a pena e conceder ao acusado o perdão judicial, forma de extinção da punibilidade que abrange tanto os efeitos primários, quanto os secundários da sentença. (TJSC, Recurso Criminal n. 2010.016767-9, de Ponte Serrada, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 25-05-2010).

Por ser modalidade da posse de estado de filho os efeitos decorrentes garantem o direito à filiação. Nesse sentido, ilustra o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça, decisão proferida pelo ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial 1333360/SP, a "adoção à brasileira", ao configurar vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não pode ser desconstituída⁷⁰. A paternidade deve prevalecer, uma vez que é oriunda de decisão espontânea consubstanciada no afeto e no princípio da proteção integral à criança.

⁷⁰ RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC/1973. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE PELO COMPANHEIRO DA MÃE. INEXISTÊNCIA DE ERRO SUBSTANCIAL QUANTO À PESSOA. FORMAÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO REGISTRO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO COMPROVADA.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC/1973, quando embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. **A "adoção à brasileira", ainda que fundamentada na "piedade" e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora.**

3. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito, em ação negatória de paternidade, depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado, na maioria das vezes, na convivência familiar.

Por outro lado, no que tange à adoção de fato ou adoção *intuitu personae*, a informalidade oriunda da ausência de registro é uma de suas características. Trata-se do denominado filho de criação.

Outro aspecto da referida modalidade de adoção é a previsão contida no § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente que permite a formalização da adoção formal⁷¹, devendo, ainda ser dada a preferência diante o interesse de pais cadastrados na forma da lei, caso comprovado o vínculo de afinidade e afeto⁷².

Por fim, cumpre mencionar que tal modalidade de adoção levou à discussão sobre a possibilidade de seu reconhecimento *post mortem*. Nesse sentido, decidiu a

4. Nos casos em que inexistente erro substancial quanto à pessoa dos filhos reconhecidos, **não tendo o pai falsa noção a respeito das crianças, não será possível a alteração desta situação, ainda que seja realizada prova da filiação biológica com resultado negativo.**

5. Em linha de princípio, somente o pai registral possui legitimidade para a ação na qual se busca impugnar a paternidade - usualmente denominada de ação negatória de paternidade -, não podendo ser ajuizada por terceiros com mero interesse econômico. (REsp 1412946/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/04/2016).

6. A interposição recursal com base na alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da alegada divergência, fazendo-se necessária a transcrição dos trechos que configurem o dissenso e a menção às circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

7. Recurso especial provido. (REsp 1333360/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/12/2016). (grifos nossos)

⁷¹ “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil [...] § 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

⁷² APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 5 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SOCIOAFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO

- O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permite averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira".

- Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou *intuitu personae*.

- Retirar uma criança com 5 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e privá-la, inclusive, da convivência com seus 2 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança.

- A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar.

Apelação Cível nº 1.0194.12.006162-8/002 - Comarca de Coronel Fabriciano - Apelante: E.A.P.O. - Apelado: N.E.A.S. - Interessado: N.O.S. - Relatora: Des.^a Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa

ministra Nancy Andrichi em ação de adoção póstuma, o reconhecimento do direito de filiação àquele que sempre foi tido como filho adotivo pela falecida, com quem conviveu desde os 6 (seis) meses de idade até a morte da mãe adotiva⁷³.

Segundo a relatora o artigo 42, § 6º, da Lei 8.069/90, alberga a possibilidade de adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, após a manifestação inequívoca de seu desejo de adotar. E conclui que:

[...] o referido dispositivo legal não limita a adoção póstuma à possibilidade delineada em sua redação. O texto legal, na verdade, deve ser compreendido como uma ruptura no sisudo conceito de que a adoção deve-se dar em vida.

Nota-se que a ampliação pelo próprio legislador das possibilidades de adoção para abarcar a modalidade post mortem foi construída a partir do reconhecimento do estado de filiação ante a exigência de manifestação inequívoca da vontade do adotante. Em consequência, esse elemento volitivo do adotante, além de configurar condição sine qua non do instituto da adoção – seja ele póstumo ou entre vivos – aproxima a adoção póstuma do reconhecimento de filiação afetiva.

Nessa ordem de ideias, a adoção póstuma se assemelha com o reconhecimento de uma filiação socioafetiva preexistente, construída in casu, pelo adotante falecido, desde os 6 (seis) meses de idade do

⁷³ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. LAÇO DE AFETIVIDADE.

DEMONSTRAÇÃO. VEDADO REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1326728/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 27/02/2014)

recorrido. Portanto, deve-se admitir, para comprovação da inequívoca vontade do adotante em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotado como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.⁷⁴

Desse modo, o pedido judicial de adoção, antes do óbito, apenas selaria com o manto da certeza qualquer debate que porventura pudesse existir em relação à vontade do adotante. Sua ausência, porém, não impede o reconhecimento do desejo de adotar, conquanto passa-se a exigir uma perquirição, no campo probatório, quanto a esta efetiva intenção [...]

Contudo, apesar de vencidos no julgamento em tela, há de se explicitar os votos vencidos do ministros Sidnei Beneti e Ricardo Villas Bôas Cueva:

(VOTO VENCIDO) (MIN. SIDNEI BENETI)

Não se admite a adoção póstuma sem que tenha havido início de processo de adoção pelo adotante, nem tenha se tornado manifesta, antes do óbito, a intenção de adotar, ainda que o adotando tenha sido considerado pelo adotante como verdadeiro filho. Isso porque se mostra inconveniente acolher a tese de que, em todo caso de amparo a menor de idade, com acolhimento e prestação de assistência material e emocional, existiria adoção *post-mortem*, o que, a rigor, produziria a consequência contrária de amparo a menores necessitados em virtude do fundado receio de que, passado o tempo e ocorrida a morte, surgisse a pretensão à filiação adotiva, em detrimento dos filhos.

(VOTO VENCIDO) (MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA)

Não se admite a adoção póstuma que se fundamente apenas no fato de que o adotado era tido pelo adotante como verdadeiro filho, sem que tenha havido início de processo de adoção pelo adotante, nem se tenha evidenciado, antes do óbito, consistente manifestação no sentido de adotar. Isso porque há, no Brasil, uma tradição arraigada de acolher crianças como

⁷⁴ Trecho extraído do voto da relatora ministra Nancy Andrighi no recurso especial n. 1.326.728 - RS (2012/0114052-1).

"filhos de criação", com o propósito de cuidar delas, mas não necessariamente de adotá-las, o que torna indispensável a inequívoca declaração de intenção para a demonstrar a efetiva vontade do adotante.

Nota-se um posicionamento que objetiva considerar a existência de mera guarda sobre uma criança, sem considerá-la como se filho fosse. Trata-se de situação que realmente existe em outras situações, o que demanda um exercício de razão e sensibilidade pelos magistrados, seja em qualquer grau de jurisdição.

A posse de estado é modalidade de paternidade socioafetiva que molda o instituto na medida em que sua importância é desenvolvida tanto no Direito quanto na sociedade.

É por tal motivo que, apesar da existência de outras modalidades de paternidade consubstanciadas no afeto, houve a preferência em destacar o tema. Contudo é dever mencionar, mesmo que brevemente, as demais modalidades de parentesco socioafetivo.

3. 1 Outras modalidades de parentesco socioafetivo

O parentesco socioafetivo possui outras modalidades, reconhecidas não só em nossa legislação, mas no ordenamento estrangeiro. Da relação gerada entre pais e filhos independentemente do vínculo biológico, cumpre mencionar a adoção e a inseminação artificial heteróloga.

Maria Helena Diniz, apresenta extenso conceito de adoção baseado nas definições formuladas por diversos autores:

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação,

trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.⁷⁵

Como visto anteriormente, a adoção passou por diversas alterações legislativas. Segundo Carlos Roberto Gonçalves

A partir da Constituição de 1988, todavia, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo-a expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.619 do Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei n. 12.010, de 3-8-2009. O art. 227, § 5º, da Carta Magna, ao determinar que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na formada lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”, demonstra que a matéria refoge dos contornos de simples apreciação juscivilista, passando a ser matéria de interesse geral, de ordem pública.⁷⁶

Tais mudanças agregaram o caráter complexo que adquiriu durante seu aprimoramento. Como consequência, serão rompidos todos os vínculos com a família biológica, permanecendo apenas e tão somente os impedimentos matrimoniais.

Formalizada a adoção, esta gera uma série de efeitos pessoais para o adotado, cessados quaisquer vínculos com a antiga família, vínculos esses que passam a ser estabelecidos com a nova família. A situação equivale, em termos gerais, ao renascimento do adotado no seio de uma outra família, apagado todo o seu passado⁷⁷.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5: Direito de Família, p. 576

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6., p. 380

⁷⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as Filiações Biológica e Socioafetiva*. 1. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003, p. 177.

Segundo Paulo Lôbo, as normas do Código Civil de 2002 e do ECA, com as redações introduzidas pela Lei n. 12.010/2009, devem “ser interpretadas sob inspiração e em conformidade com a norma constitucional da igualdade entre os filhos de qualquer origem”⁷⁸.

Alterações que conferiram uma rigidez no que se refere à ruptura com os antigos vínculos familiares.

O filho integra-se à nova família de forma total e definitiva. A condição de filho jamais poderá ser impugnada pelo pai ou mãe que o adotaram, nem o filho poderá impugnar a nova paternidade ou maternidade, inclusive quando atingir a maioridade, pois inaplicável o disposto no art. 1.614 do Código Civil. Por consequência, o filho que foi adotado não poderá promover investigação de paternidade ou maternidade biológicos ⁷⁹.

Apesar da possibilidade do adotado poder conhecer sua família biológica, além da garantia de acesso ao processo judicial de adoção. Contudo, tal permissão prevista na Lei n. 12.010/2009 só é permitida a partir dos 18 anos de idade do adotado ou, se menor, através de assistência jurídica e psicológica. Na verdade, trata-se de assegurar o direito de informação da pessoa humana.

Outra característica é a absoluta igualdade de direitos alcançada, dissipando qualquer traço discriminatório. Tal isonomia de direitos é fortalecida pela socioafetividade, independentemente da origem da filiação.

No entanto, Paulo Lôbo faz interessante crítica ao caráter de excepcionalidade na adoção, contido na Lei nº 12.010/2009:

⁷⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. – 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 272

⁷⁹ *Ibidem*. p. 272

É uma lei restritiva e limitante da adoção, ao contrário do que apregoaram as razões legislativas. O § 1º do art. 39 do ECA, com a redação introduzida pela lei, é explícito: “a adoção é medida excepcional”, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os esforços para manutenção da criança na “família natural ou extensa”. Este conceito alargado de família extensa abrange os parentes próximos. Se nenhum deles manifestar interesse em cuidar da criança, então se recorrerá à adoção. Condicionar a adoção ao interesse prévio de parentes pode impedir ou limitar a criança de inserir-se em ambiente familiar completo, pois, em vez de contar com pai e (ou) mãe adotivos, acolhido pelo desejo e pelo amor, será apenas um parente acolhido por outro, sem constituir relação filial.⁸⁰

Observa-se que apesar da intenção do legislador em não desamparar a família natural, bastaria valorar a questão do afeto. De nada adianta uma criança perambular em todos os lares de seus parentes se jamais será constatada a mesma afinidade que pretensos adotantes criaram ao visitar constantemente o menor, rompendo-se a busca naquilo que seria o melhor interesse da criança, que perde a chance de encontrar pais verdadeiros, pais socioafetivos, apesar da ausência de liame biológico.

Na Alemanha, quanto às demais modalidades de paternidade é admitida, além do vínculo biológico, aqueles que decorrem da adoção, da inseminação artificial heteróloga e da paternidade presumida pela concepção durante o matrimônio (artigos 1.591 a 1.600, 1.741 a 1772, do Código Civil Alemão – BGB). Atualmente o direito de descendência está regulado para todos os filhos num único título, sem a discriminação de filhos legítimos ou não.⁸¹ No entanto a anulação da paternidade alegando inexistência de liame biológico ainda prevalece (artigos 1.592 e 1.600 , do Código Civil Alemão – BGB).

⁸⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. – 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277

⁸¹ SCHLÜTER, Wilfried. *Código civil alemão. Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p .339

No que tange à inseminação heteróloga, o código civil italiano não faz qualquer remissão. Tanto que a sua autorização foi aprovada na conferência das regiões da Itália somente no ano de 2014.

Em Portugal, o candidato à adoção pode ser qualquer pessoa ou casal. Cuidando-se de casal, são aptas para se candidatarem à adoção duas pessoas, com mais de 25 anos, que estejam casadas ou que vivam em união de facto (união estável) há pelo menos 4 anos.⁸²

Sendo apenas uma pessoa, o candidato à adoção tem de ter mais de 30 anos de idade. No entanto, a partir dos 50 anos de idade, a diferença de idades entre quem adota e a criança a ser adotada não pode ser superior a 50 anos.

No atual ordenamento argentino a filiação pode se dar por:

- a) filiação natural;
- b) filiação derivada de técnicas de reprodução assistida e
- c) filiação por adoção.

Os efeitos são idênticos, mesmo que a filiação por reprodução assistida ocorra de modo extramatrimonial. A parte final do artigo 558, que descreve essas espécies, declara que “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.⁸³

Quanto à filiação por reprodução assistida, prevê o artigo 560 do mencionado Código Civil que é necessário que o centro médico encarregado receba um documento com o:

consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

⁸² Lei n.º 143/2015, de 08 de Setembro. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&nid=2423&pagina=1&ficha=1> Acesso em 13 out. 2016

⁸³ CAMELO, Gustavo. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015, p. 274

Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.⁸⁴

Quanto à “gestação por substituição” ou barriga de aluguel”, prevista no artigo 562, a filiação é estabelecida entre a nascituro e as pessoas que se utilizaram do útero alheio para esse fim, desde que a gestante tenha plena capacidade e boa saúde psicofísica. É vedado receber pagamento pela prática do ato e contribuir com seus gametas.

A adoção no Direito argentino conserva os tipos romanos de adoção plena e adoção simples:

ARTÍCULO 620. Concepto La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo. La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código. La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo⁸⁵.

A primeira confere ao adotado a condição de filho e extingue os vínculos com a família de origem, com a exceção de que subsistem os impedimentos matrimoniais. O adotado, em relação à família adotiva, tem os mesmos direitos e obrigações de todo filho. A segunda espécie de adoção, dita simples, atribui a condição de adotado, mas não cria vínculos jurídicos nem com os parentes, nem com o cônjuge do adotante, exceto quanto ao disposto no código.

Há ainda, a previsão do artigo 630, adoção de integração que recai sobre o filho do cônjuge ou do convivente, mas mantém o vínculo de filiação, e todos os

⁸⁴ Ibidem. p. 278

⁸⁵ Ibidem. p. 427

seus efeitos, entre o adotado e seu progenitor de origem, cônjuge ou convivente do adotante, além de gerar os efeitos mencionados no artigo 631:

[...] a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621⁸⁶.

⁸⁶ Ibidem. p. 451

4. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

As mudanças ocorridas no Direito de Família, em especial, na seara da filiação, são consolidadas através dos princípios que, além das normas, asseguram o exercício do direito. No presente trabalho optou-se por destacar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica dos filhos e do superior interesse da criança e do adolescente.

Cumprir repisar que apesar de encontrar-se presente em recentes alterações da legislação brasileira, a afetividade efetivamente não está explícita no texto constitucional. Entretanto devemos partir da noção de sistema jurídico como um todo, formado por diversos elementos normativos e respectivo conteúdo de tais normas jurídicas. Assim, com o intuito de apurar se a afetividade é princípio implícito do Direito de Família, pode não ser suficiente a averiguação apenas dos textos do Código e da Constituição.

Segundo Robert Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização⁸⁷.

São normas que determinam condutas com baixo grau de determinabilidade; um não cede ao outro, quando em confronto, mas os princípios, quando em colisão, se restringem, isso porque são morfologicamente distintos das regras, justamente porque admitem, com sua utilização, a solução do problema, ainda que não utilizados inteiramente. Alexy admite ser possível a superioridade de direitos entre si, por exemplo, a dignidade humana ser superior, pois todos os direitos irão garantir a dignidade humana; mas para tanto, entende que todos os processos de ponderação sejam realizados de forma condicionada, tendo em vista que os princípios são razões prima facie, enquanto as regras são razões definitivas,

⁸⁷ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Acrescenta, ainda, o autor que a diferença entre princípios e normas será sempre sob o aspecto qualitativo (e não somente referindo-se a uma graduação entre ambos). Enquanto os princípios são “mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau, (...) as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. (...) Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.

traçando com isso a conexão entre a Teoria dos Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Inerente à dignidade humana, à própria condição de vida hodierna, o afeto é elemento que não pode ser olvidado nas questões relativas ao Direito de Família, justamente por ser integrante desse princípio maior: o da dignidade humana.

Dentre os demais elementos integrantes do sistema se encontram as leis infraconstitucionais esparsas atinentes ao ramo do direito sob análise, no caso, as leis sobre Direito de Família e temas afins. Nesse sentido é relevante mencionar algumas leis que passaram a legislar sobre aspectos das relações familiares, em razão de entabularem expressamente a afetividade em suas disposições, o que pode contribuir para o estudo sistemático que se desenvolve.

Algumas alterações legislativas ocorridas recentemente referem-se a inclusão do afeto e afetividade no próprio texto de lei, o que pode indicar uma tendência.

Podemos mencionar as seguintes leis federais: (i) Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que além de trazer o conceito de família⁸⁸, abarca todos os casos de “relação íntima de afeto”; (ii) Lei nº 11.698/2008, denominada Lei da Guarda Compartilhada, que alterou dois dispositivos do próprio Código Civil que tratavam da guarda (arts. 1.583 e 1.584), de forma a demonstrar a importância da afetividade na definição da guarda, como um critério decisório no momento de escolha do guardião; (iii) Lei nº 12.010/2009, nova lei da adoção, trouxe em seu texto duas remissões expressas à afetividade, como critério que norteia o juiz no momento de definir o destino do adotando⁸⁹; (iv) Lei nº 12.318/2010, Lei da Alienação Parental, que traz a tutela do afeto de modo expreso em seu texto⁹⁰.

⁸⁸ Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

...

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. [Grifo nosso]

⁸⁹ Lei nº 12.010/2009 – Nova Lei da Adoção

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Não se pode deixar de olvidar o projeto de lei do Senado nº 470, de 2013, Estatuto das Famílias de autoria da Senadora Lídice da Mata que erige a afetividade como princípio⁹¹.

Com relação a lei da adoção, cumpre mencionar a constatação de Rolf Madaleno:

Conforme o parágrafo único do art. 25 do Estatuto, a família extensa ou ampliada se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, pois é formada por parentes próximos com os quais a criança e o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. É antes de qualquer coisa a consagração legal da relevância da socioafetividade nas relações de filiação, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente identifica vínculos seguros de afeto e de afinidade para decidir pela permanência de uma criança ou adolescente na sua própria família e com isso diminuindo o impacto negativo da subtração da criança ou adolescente dos seus laços de consaguinidade. Afeto e afinidade são os pilares da verdadeira relação de filiação, porque, entre manter a criança ou adolescente em uma família substituta ou adotiva, no lugar de sua família extensa, formada por parentes próximos que integrem o conceito de grande família ou família estendida, sempre

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

⁹⁰ Lei nº 12.318/2010 – Lei da Alienação Parental

Art. 3º. A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda

⁹¹ Art. 5º do projeto 470: Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto: ...IV – a afetividade;

será a atitude indicada para preservar os naturais vínculos parentais que interagem com reais sentimentos de amor e dedicação.⁹²

Esta força normativa da afetividade, alcançou Projeto de Lei nº 2.285/2007, conhecido como Estatuto das Famílias, que em sua proposta menciona os princípios norteadores da referida lei

Art. 5º. Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

Sobre a importância da afetividade como princípio, Rodrigo da Cunha Pereira destaca que:

o princípio da afetividade do Direito de Família, consequência das mudanças paradigmáticas e interferências do discurso psicanalítico, obriga-nos a pensar num ordenamento jurídico para a família que revalorize os “Princípios” como uma fonte do Direito realmente eficaz de aplicação prática⁹³.

Enfim, há vários elementos que demonstram a importância da proposta de positivação da afetividade como princípio fundamental no citado projeto.

No que tange ao seu reconhecimento na doutrina como princípio, mencionamos várias vezes os posicionamentos de alguns doutrinadores, contudo devemos mencionar as principais correntes doutrinárias:

Para a primeira corrente, a afetividade é princípio do Direito de Família brasileiro, implícito em suas normas, o que reflete sua centralidade nas relações familiares e deve ser observado.

⁹² MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Op. cit., p. 612

⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família. Op. cit., p. 12

Esta corrente que defende a afetividade como princípio sustenta a referida tese por diversos aspectos, grande parte com fundamento nas mudanças de paradigmas da família e das relações afetivas, com fundamento na Constituição Federal.

Entre os principais defensores desta corrente estão Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, Rolf Madaleno, entre outros de igual brilhantismo⁹⁴.

Para a professora Maria Helena Diniz, considera-se “princípio da afetividade, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar”⁹⁵.

De seu turno, na obra de Caio Mário da Silva Pereira, atualizada por Tânia da Silva Pereira, a afetividade é descrita como princípio:

O princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (CF/88, artigo 5º, § 2º); princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, ab initio, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade de os filhos ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os

⁹⁴ Podemos mencionar como filiados a esta corrente: Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Gisele Groeninga, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus Maluf, Maria Berenice Dias, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze e Guilherme Calmon Nogueira da Gama.

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 5: Direito de Família, p. 38.

filhos assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.⁹⁶

Sobre o afeto como princípio, Rolf Madaleno ensina-nos a importância do afeto como princípio:

O afeto é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo o indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar.⁹⁷

Para Carlos Dias Motta, a afetividade é incluída entre os “princípios matrimoniais de natureza pessoal, relacionados aos filhos”

O princípio da afetividade ganhou peso em confronto com outros, prevalecendo em algumas situações ou, mesmo não prevalecendo, limitando ou ajustando o peso dos princípios concorrentes. Veio, portanto, recolocar as coisas nos seus lugares, procurando reequilibrar as questões que envolvem o estabelecimento da paternidade.⁹⁸

Por fim, cumpre mencionar Rodrigo da Cunha Pereira, que destaca a relevância do afeto para o direito e sua importante função como princípio:

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 19. ed., rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Direito de Família, v. 5, p. 58-59.

⁹⁷ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 4. ed., rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 95.

⁹⁸ MOTTA, Carlos Dias. Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 359.

Diante dessa nova estrutura, a família passou a se vincular e a se manter preponderantemente por elos afetivos [...] Para que haja uma entidade familiar, é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental.” E mais adiante ressalta a sua relevância como princípio: “Independente do embate entre velhas e novas concepções, assim caminha a família. Em outras palavras, a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor e princípio. Isto porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valoriza a linhagem masculina, como já dissemos aqui várias vezes.⁹⁹

No que se refere ao posicionamento jurisprudencial, verifica-se a menção do princípio da afetividade como parâmetro de julgamento

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. **PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO POST MORTEM DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA**, COM A MANUTENÇÃO, EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO, DA MÃE REGISTRAL. ALEGAÇÃO DE QUE A MÃE REGISTRAL E A APONTADA MÃE SOCIOAFETIVA PROCEDERAM, EM CONJUNTO, À DENOMINADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA" DA DEMANDANTE, QUANDO ESTA POSSUÍA APENAS DEZ MESES DE VIDA. 1. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. 2. CERCEAMENTO DE DEFESA. VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, RECONHECENDO-SE, AO FINAL, NÃO RESTAR DEMONSTRADA A INTENÇÃO DA PRETENSÃO MÃE SOCIOAFETIVA DE "ADOTAR" A AUTORA. O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA REQUER A VONTADE CLARA E INEQUÍVOCA DA PRETENSÃO MÃE SOCIOAFETIVA, AO DESPENDER EXPRESSÕES DE AFETO, DE

⁹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.179-180 e 190.

SER RECONHECIDA, VOLUNTARIAMENTE, COMO TAL, BEM COMO A CONFIGURAÇÃO DA DENOMINADA 'POSSE DE ESTADO DE FILHO', QUE, NATURALMENTE, DEVE APRESENTAR-SE DE FORMA SÓLIDA E DURADOURA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ANULAR A SENTENÇA, DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, A FIM DE VIABILIZAR A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

1. A Corte de origem adentrou em todas as questões submetidas a sua análise, tendo apresentado fundamentação suficiente, segundo sua convicção. No ponto ora destacado, o Tribunal estadual deixou assente que, embora se afigure possível o reconhecimento do estado de filiação, estribada no estabelecimento de vínculo socioafetivo, inclusive em hipóteses em que os pais formem um casal homossexual, não restou demonstrado nos autos a intenção da pretensa mãe socioafetiva em, também, adotá-la, sendo certo, ainda, que a mãe registral e a suposta mãe socioafetiva não constituíram um casal homoafetivo, tanto que esta última, posteriormente, casou-se com o primeiro demandado.

2. A constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai/mãe, ao despende afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convalidarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despense o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança. Tal comprovação, na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem).

2.1. O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, bem identificou a importância do aspecto sob comento, qual seja, a verificação da intenção da pretensa mãe de se ver reconhecida juridicamente como tal. Não obstante, olvidando-se que a sentença havia sido prolatada em julgamento antecipado (sem a concessão, portanto, de oportunidade à parte demandante de demonstrar os fatos alegados, por meio das provas oportunamente requeridas), a

Corte local manteve a improcedência da ação, justamente porque o referido requisito (em seus dizeres, "a intenção de adotar") não restou demonstrado nos autos. Tal proceder encerra, inequivocamente, cerceamento de defesa.

2.2. Efetivamente, o que se está em discussão, e pende de demonstração, é se houve ou não o estabelecimento de filiação socioafetiva entre a demandante e a apontada mãe socioafetiva, devendo-se perquirir, para tanto: i) a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despendar expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como mãe da autora; ii) a configuração da denominada 'posse de estado de filho', que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. Todavia, em remanescendo dúvidas quanto à verificação dos referidos requisitos (em especial do primeiro, apontado pelo Tribunal de origem), após concedida oportunidade à parte de demonstrar os fatos alegados, há que se afastar, peremptoriamente, a configuração da filiação socioafetiva.

É de se ressaltar, inclusive, que a robustez da prova, na hipótese dos autos, há de ser ainda mais contundente, a considerar que o pretendido reconhecimento de filiação socioafetiva refere-se à pessoa já falecida. De todo modo, não se pode subtrair da parte a oportunidade de comprovar suas alegações.

2.3. Em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito. Desse modo, há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos.

3. Recurso especial provido, para anular a sentença, ante o reconhecimento de cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes.

(REsp 1328380/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014).(grifos nossos)

Verifica-se que o ministro relator Marco Aurélio Belizze, considera a afetividade como princípio gerado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A segunda corrente enxerga a afetividade no Direito de Família, contudo não classifica como princípio, mas como valor. Dentre alguns autores podemos mencionar Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosenvald, Fábio Ulhoa Coelho, Arnaldo Wald e Priscila Corrêa da Fonseca.

Merece destaque a interpretação dos autores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald que consideram o afeto como “valor jurídico tutelável”, onde:

A família do novo milênio, ancorada na segurança constitucional, é igualitária, democrática e plural (não mais necessariamente casamentária), protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços da solidariedade.¹⁰⁰

Por fim a terceira corrente, que é expressamente contra a adoção da afetividade como princípio, que não deve ser tratada pelo Direito, muito menos sob a categoria de princípio. Regina Beatriz Tavares da Silva, assevera que o afeto um sentimento, mas não um princípio de solução de conflitos jurídicos.

O afeto é relevante nas relações de família, mas não se pode olvidar que o Direito de Família tem embasamento em direitos e deveres e não em sentimentos e emoções, que a família brasileira é monogâmica, que não podem ser eliminadas as sanções pelo descumprimento dos deveres e pela violação aos direitos familiares sob pena de tais deveres e direitos serem transformados em meras recomendações, que a união estável

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2. ed., rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

merece toda a proteção jurídica, mas que sua natureza na constituição e na dissolução é diversa do casamento, e que o poder familiar dos pais é de extrema relevância na formação dos filhos. Não se pode esquecer que o direito serve à solução de conflitos, ainda mais quando estamos diante de relações de família, de modo que quando o conflito se instalou no seio de uma família, não existe mais afeto, sentimento que não oferece saída para os litígios já instalados.¹⁰¹

Gustavo Tepedino também filia-se a mesma corrente, reconhece sua relevância mas não como um princípio, pois para ele “da desconstituição da família inexitem certamente amor e afeto – que, de resto, não se constituem em princípios jurídicos e, por isso mesmo, carecem de força coercitiva”.¹⁰²

Nota-se a importância da presente discussão, em que pesem os argumentos expostos na primeira corrente, devemos levar em consideração os demais posicionamentos, uma vez que cabe superar os argumentos contrários. Sim, o afeto é sentimento, é tratado por diversas áreas, mas isto não descaracteriza a possibilidade de enxergar o afeto como princípio. Nesse prisma Paulo Luiz Netto Lôbo parte da análise que a afetividade como fenômeno social possui outra roupagem como fenômeno jurídico, afirmando que

A afetividade familiar é distinta do vínculo de natureza obrigacional, ou patrimonial, ou societário. Na relação familiar não há fim econômico, cujas dimensões são sempre derivadas (por exemplo, dever de alimentos, ou regime matrimonial de bens), nem seus integrantes são sócios ou associados.¹⁰³

O autor também assevera que não se trata apenas de fato sociológico ou psicológico, mas de princípio que encontra sede na própria Constituição, ao lado de

¹⁰¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 2: Direito de Família – atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35 e 43

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo. Bases Teóricas Para o Novo Direito de Família. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, jul./set. 2005, p. iv.

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em Família e a Orientação do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords.). O Superior Tribunal de Justiça e a Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 647

outros princípios como o da igualdade e o da solidariedade. Observa, outrossim, que atualmente a família superou a antiga feição patriarcal e patrimonial, já comentada no presente trabalho, para estabelecer-se sobre as relações de afeto.

O princípio da afetividade correlato ao princípio da solidariedade, deve reger as relações humanas de forma a constituir como fundamento jurídico, apesar de não encontrar-se explícito na Constituição vigente, trata-se de valor a ser garantido pela ordem constitucional. Além disso, por ser a afetividade inerente ao ser humano no sentido de constituir a formação de sua personalidade e estrutura psíquica, converte-se em valor a ser preservado pelo direito¹⁰⁴.

Portanto, constata-se que a afetividade é princípio jurídico não apenas por encontrar-se entabulado implicitamente na Constituição, mas por permear toda conduta jurídica e possuir o status de valor a ser protegido.

4.1. Afetividade no direito de família como princípio

A afetividade é inerente à personalidade, de tal sorte que se encontra na base de toda conduta jurídica, mas é no Direito de Família que o afeto permeia as relações familiares.

No Direito de Família, as relações podem se referir aos vínculos entre marido e mulher, irmãos, avós e netos, tios e sobrinhos etc. Relações que tem como garantidores o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.

É na família que se exercita o afeto. Como bem pondera a jurista Giselle Câmara Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre

¹⁰⁴SANTOS, Romualdo Baptista dos. A tutela jurídica da afetividade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 135.

os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade¹⁰⁵.

Devemos frisar a observação da autora que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto significa interação ou ligação entre pessoas, sua carga pode ser positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

De seu turno, aduz Ricardo Lucas Calderon¹⁰⁶, que a afetividade é princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar, onde:

parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do Direito de Família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento.

Apesar de caracterizar-se como postulado que não possui previsão expressa na legislação, notamos a sensibilidade dos juristas em demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Os princípios jurídicos são concebidos como

¹⁰⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil. Volume 7. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

¹⁰⁶ CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19 de setembro de 2013

abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais¹⁰⁷.

Nessa linha, José de Oliveira Ascensão, citado por Tartuce, ensina-nos que os princípios são como “grandes orientações que se depreendem, não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica”¹⁰⁸, de forma a estruturar o ordenamento, causando consequências para a sociedade.

Acompanhamos professor Tartuce que conclui que a “afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira”. Para construir tal raciocínio lembra-nos o autor três consequências, do mencionado princípio, ocorridas nos últimos anos:

(i) no reconhecimento jurídico da união homoafetiva¹⁰⁹, onde, no início, da negação absoluta de direitos, passou pelo tratamento como sociedade de fato e chegou ao enquadramento como família - o Direito Brasileiro passou a tratar a união entre pessoas do mesmo sexo como comunidade equiparada à união estável. A culminância de tal conclusão se deu com a decisão do STF de 5 de maio de 2011, publicada no seu Informativo n. 625¹¹⁰.

(ii) na reparação por danos em decorrência versa sobre o abandono afetivo. Lembra-nos o autor que em decisão anterior, o STJ concluiu que não caberia

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família . Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>> .Acesso em 28/04/2013.

¹⁰⁸ TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família. Op. cit .

¹⁰⁹ expressão cunhada por Maria Berenice Dias, como entidade familiar.

¹¹⁰ A norma constante do art. 1.723 do Código Civil — CC (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Foi utilizada a técnica da interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Afinal, a Constituição veda o preconceito em razão do sexo. Há direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não. O emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade. Homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros (sendo, inclusive, cláusula pétrea). (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ).

indenização a favor do filho em face do pai que o abandona moralmente (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299¹¹¹), que não haveria qualquer ato ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho, pois o afeto não pode ser imposto na referida relação parental, não sendo o caso da existência de um dever jurídico de convivência.

Contudo, em uma análise contemporânea às demandas da sociedade, o próprio STJ em revisão à ementa anterior, admitiu a reparação civil pelo abandono afetivo (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012¹¹²). A relatora, com sensibilidade e razão, ressaltou que o dano moral estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos.

Ao abraçar a ideia do cuidado como valor jurídico, a magistrada deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo.

Em seu relatório, afirma que amor e afeto são institutos diferentes. O afeto consiste em dever jurídico:

¹¹¹Recurso Especial. Ação de indenização. Dano moral. Abandono afetivo. Descumprimento de deveres paternos. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. Óbice da súmula 07 do STJ. Comprovação do dano emocional e psíquico sofrido pelo filho.

¹¹²EMENTA - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO.COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal...Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.[grifo nosso]

A frase “amar é faculdade, cuidar é dever”¹¹³, passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: A decisão, reconhece o afeto como princípio da nosso ordenamento. Nesse passo, o dever de convivência dos pais em relação aos filhos menores é expresso pelo artigo 229 da CF/1988 e pelo artigo 1.634, incs. I e II do CC/2002. De tal sorte que se a violação desse dever, causar dano, estarão presentes os requisitos do ato ilícito civil nos termos do artigo 186 do CC/2002.¹¹⁴

¹¹³ Apesar do voto contrário do Min. Massami Ueda, na linha do julgado antecedente, a relatoria foi seguida pelos Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino.

¹¹⁴ Apesar das diferenças contidas no ordenamento norte americano, cumpre citar o dever de cuidado aos descendentes, em especial na corte do estado da Califórnia (California Judicial Branch). A partir

(iii) no reconhecimento da parentalidade socioafetiva como nova forma de parentesco, enquadrada na cláusula geral “outra origem”, do artigo 1.593 do CC/2002¹¹⁵.

Em diversos acórdãos, julgou-se como indissolúvel o vínculo filial formado nos casos de reconhecimento espontâneo de filho alheio, cumulado com a convivência posterior entre pais e filhos. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO. INTERESSE. EXISTÊNCIA.

I. O pedido deduzido por irmão, que visa **alterar o registro** de nascimento de sua irmã, atualmente com mais de 60 anos de idade, para dele excluir o pai comum, **deve ser apreciado à luz da verdade socioafetiva, mormente quando decorridos mais de 40 anos do ato inquinado de falso, que foi praticado pelo pai registral sem a concorrência da filha.**

II. Mesmo na ausência de ascendência genética, **o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente.** Isso porque a

do momento em que a filiação é determinada, o pai ou mãe que assumiu este status, mesmo que desprovido de condições financeiras ou emprego é aconselhado a acompanhar o desenvolvimento de seu filho, no sentido de indicar o afeto. “Once parentage is established, the court can make orders for child support, health insurance, child custody, visitation, name change, and reimbursement of pregnancy and birth expenses. Without establishing parentage, the court cannot make orders regarding these issues, so if 1 parent needs child support and the other will not pay voluntarily, the court will not be able to order child support until parentage is established. And even if 1 of the child’s biological parents does not have any money or a job to support the child or does not want to be involved in the child’s life, it is still a good idea to establish parentage. The benefits to a child of establishing parentage go far beyond the financial issues as the list above shows and include things like allowing the child to get child support or health insurance later on, when the other parent gets a job or is in a better financial situation”.[grifo nosso]. Disponível em: <<http://www.courts.ca.gov/selfhelp-parentage.htm>>. Acessado em 30 de outubro de 2013. Trata-se de mera observação com o escopo de observar que ao assumir a paternidade, mesmo nos momentos de crise financeira, prevalece o dever de atenção, ou melhor de afeto na criação de seus descendentes.

¹¹⁵ A partir de histórico artigo de João Baptista Villela, publicado em 1979, tratando da “desbiologização da paternidade”. Concluiu o jurista, na ocasião, que o vínculo de parentalidade é mais do que um dado biológico, é um dado cultural, consagração técnica da máxima popular pai é quem cria. Paulatinamente, a jurisprudência passou a ponderar que a posse de estado de filho deve ser levada em conta para a determinação do vínculo filial, ao lado das verdades registral e biológica.

parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

III. O exercício de direito potestativo daquele que estabelece uma filiação socioafetiva, pela sua própria natureza, não pode ser questionado por seu filho biológico, mesmo na hipótese de indevida declaração no assento de nascimento da recorrida.

IV.A falta de interesse de agir que determina a carência de ação, é extraída, tão só, das afirmações daquele que ajuíza a demanda - in status assertionis -, em exercício de abstração que não engloba as provas produzidas no processo, porquanto a incursão em seara probatória determinará a resolução de mérito, nos precisos termos do art. 269, I, do CPC. Recurso não provido. (REsp 1259460/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012). (grifos nossos).

5. A IMPORTÂNCIA DO AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA

5.1 Conceito de família no direito brasileiro

O conceito de família sofreu alterações em atenção aos anseios da sociedade de cada época, até porque, este, é vinculado a uma série de princípios éticos, morais e também religiosos.

De uma estrutura essencialmente matrimonializada, Beviláqua definiu o Direito de Família como:

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 curatela.¹¹⁶

A Constituição Brasileira de 1988 modificou a conceituação do instituto da família, especialmente quanto à ideia antiga, que conceituava tal estrutura através do poder patriarcal¹¹⁷.

Hoje a família não decorre somente do casamento civil e nem é concebida exclusivamente como união duradoura entre homem e mulher. Por força do disposto no parágrafo 4º do artigo 226 da CF, a família é concebida, na sua noção mínima, como a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, abrangendo,

¹¹⁶ BEVILÁQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 5a ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937, p. 06.

¹¹⁷ Frise-se que a Constituição de 1824 não havia menção à família, havendo como determinante, somente o casamento religioso. Na época, a Igreja assumiu a postura de detentora do instituto, não aceitando qualquer outra forma de união que não aquela por ela definida. Somente após 1891, as pessoas apenas podiam se unir para formação da família, através do casamento religioso. A partir de então, passou-se a admitir o casamento civil indissolúvel. A primeira constituição a se preocupar em delinear a família em seu contexto, foi a de 1934. Nesta, houve a determinação da indissolubilidade do casamento, ressaltando somente os casos de anulação ou desquite. Também foi sob sua égide que foi autorizado as mulheres votar. Já a Constituição de 1937 nos trouxe a igualdade entre os filhos considerados legítimos e naturais. A de 1946 não inovou no conceito de família e a de 1967 manteve a ideia de que família somente era aquela constituída pelo casamento civil. Em contrapartida, a emenda constitucional de 1969, que manteve a indissolubilidade do casamento, foi modificada com o advento da Lei do Divórcio de 1977, passando-se a haver aceitação de novos paradigmas.

também, as outras formas de entidade familiar, como aquela decorrente do casamento civil, do casamento religioso, e da união estável entre o homem e a mulher, nos termos dos outros dispositivos contidos no artigo 226¹¹⁸.

Tartuce, ao fornecer o conceito de Direito de Família, considera como “ramo do Direito Civil que tem por conteúdo o estudo dos seguintes institutos: a) casamento; b) união estável; c) relações de parentesco; d) filiação; e) alimentos; f) bem de família; g) tutela, curatela e guarda”¹¹⁹, bem como a investigação de novas manifestações familiares.

5.2 Consequências da afetividade no direito de família

De acordo com o exposto no presente trabalho, é na família que nasce a afetividade, bem como a afetividade é o traço das relações familiares. Trata-se de núcleo onde a liberdade para influenciar na vida de uma pessoa é de dimensão superior aos demais núcleos, como na escola, no trabalho. Aliás o que ocorre, no sentido de afetar a vida do ser humano, é reflexo do que recebemos ou não em nossos lares, sobre o qual demanda análise da psicologia.

É nesse dever de prestar afeto, que tornamo-nos responsáveis pelos atos praticados no seio familiar, de tal sorte que no plano dos afetos ninguém pode impor amar ou odiar, mas possui o dever de apresentar condutas que possibilitem a gênese, manutenção e desenvolvimentos do afeto, ainda que o referido comportamento não corresponda ao estado afetivo. Isto é, trata-se de “dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes com relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”¹²⁰.

Contudo, não devemos deixar de observar que o estudo do princípio em comento limite-se a ser interpretado apenas como dever dos pais com relação aos filhos.

¹¹⁸ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003. p 159

¹¹⁹¹¹⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Op. cit, 2012.p 1030

¹²⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. A nova principiologia do direito da família e suas repercussões.op. cit

Mais uma vez frisamos que o princípio da afetividade tem por escopo preliminar assegurar o bem estar da pessoa humana, juntamente com os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

O ministro Luis Felipe Salomão utiliza este princípio com precisão no recurso especial nº 945.283 - RN (2007/0079129-4):

EMENTA DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.

1. É sólido o entendimento segundo qual mesmo para fins de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas

no art. 535 do CPC, incorrentes, no caso.

2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social.

3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de “guarda previdenciária”, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada “Da Família Substituta”, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar.

4. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o Direito de Família na estabilidade

das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.[grifo nosso]

Trata-se de fundamento moldado no afeto, como aspecto do ser humano e que é externado em suas relações familiares.

A título exemplificativo, merece destaque arrolar as principais modalidades de agremiação familiar, ilustradas por Romualdo Baptista dos Santos¹²¹. São elas:

- a) Tradicional – constituída pelo casamento que reúne: o pai, a mãe e os filhos;
- b) União Estável – resultante da união livre entre homem e mulher que congrega: o pai, a mãe e os filhos;
- c) Uniparental – reúne o pai ou a mãe e seus filhos provenientes de relacionamentos anteriores;
- d) Mosaica – constituída pela união entre pessoas provenientes de relacionamentos desfeitos e seus respectivos filhos;
- e) Anaparental – reúne irmãos, primos, tios e outros parentes sem a presença de um pai ou de uma mãe;
- f) Solidária – reúne pessoas sem nenhum laço de parentesco, mas com necessidades comuns;
- g) Simultânea – envolve situações em que a pessoa mantém duas famílias simultaneamente;
- h) Homoafetiva – constituída pela união de homossexuais e filhos havidos de relacionamentos anteriores, bem como por adoção ou por inseminação artificial.

A Constituição Federal, prevê as três primeiras modalidades em seu artigo 226. No que tange às mosaicas, encontram-se previstas no Código Civil (arts. 1.588 e 1.637).

¹²¹SANTOS, Romualdo Baptista dos. A tutela jurídica da afetividade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 228

Quanto as uniões homoafetivas, o Tribunal de Justiça de São Paulo com base no acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF), que, em maio de 2011, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, atualmente o equipara casamento homoafetivo e heterossexual, através do Provimento CG 41/2012, no item 88:

Subseção V

Do Casamento ou Conversão da União Estável em Casamento de Pessoas do Mesmo Sexo

88. Aplicar-se-á ao casamento ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção.

Em todos os casos as famílias caracterizam-se pela existência de responsabilidade afetiva. Por outro lado, em razão da exclusividade dos laços afetivos, não é possível alegar que a intensidade de uma família é mais ampla do que em outras, porém tal valoração é necessária para avaliar qual o alcance que irá afetar a personalidade das crianças ou qual o suporte que é dado para caracterizar a existência ou não do afeto.

A afetividade não é uma emoção passageira, e sim a busca de um caminho comum, de criação de interdependência entre os parceiros, de fusão, troca de valores e comportamentos, que tem por finalidade fornecer estrutura de convivência e formação da personalidade.

A ideia central do trabalho em tela não é diferenciar as modalidades de família. Até porque, família é a que convivemos, que pode ou não sofrer mudanças, que de uma união estável, pode alterar seu estado para uma família tradicional ou tornar-se anaparental, homoafetiva e mosaica. Note-se que todas as modalidades apresentam diferentes nuances, contudo todas são firmadas no afeto.

A manutenção do vínculo afetivo deve ser exercitada em todos os núcleos familiares. O que a Constituição quer garantir é a proteção do ser humano. As experiências no Direito de Família brasileiro, referentes a imposição de apenas um

modelo determinado, como receita de dever ser, colocou a pessoa humana em segundo plano, à medida que se o comportamento não fosse o previsto em lei, ela seria marginalizada.

5.3 Multiparentalidade e afeto

A multiparentalidade consiste na possibilidade da pessoa possuir dois pais ou duas mães no registro civil, para todos os fins jurídicos, inclusive familiares e sucessórios. Em 2012, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão inédita, da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconheceu a multiparentalidade. A decisão determinou a inclusão da madrasta, mãe socioafetiva, no registro civil, mantendo-se também a mãe biológica falecida, ou seja, o Direito do Cidadão a fazer constar em seus Registros o nome da mãe biológica (falecida após o parto) e o nome de sua mãe afetiva, com quem construiu laços de carinho através da convivência estreita (TJSP, Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286, 1ª Câmara de Direito Privado, Itu, Relator: Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, julgado em 14 de agosto de 2012)¹²².

Para o relator, Alcides Leopoldo e Silva Junior, “A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 226, § 3º, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF)”.

A referida decisão, aponta o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

a filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança”(REsp 450.566/RS, Rel.

¹²²EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido.

Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011), e que “não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico” (REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 15/09/2011). Não se evidencia qualquer tipo de reprovação social, ao contrário, pelo caminho da legalidade (diversamente da via comumente chamada de “adoção à brasileira”), vem-se consolidar situação de fato há muito tempo consolidada, pela afeição, satisfazendo anseio legítimo dos requerentes e de suas famílias, sem risco à ordem jurídica.

No caso em comento, a autora poderia adotar o enteado. No entanto, em razão do carinho e respeito a família escolheu esta opção. Esta postura acompanha o artigo 1.593, do Código Civil, no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

Para o nobre Relator, a “formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 226, § 3º, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF)”.

Frisa outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de adoção por duas mulheres, diante da existência de “fortes vínculos afetivos” (REsp 889852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010), e, assim, da mesma forma, no caso específico, não se pode negar a pretensão, de reconhecimento da maternidade socioafetiva, preservando-se a maternidade biológica. O mesmo Tribunal Superior tem entendido que: “a filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de

tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade

Enfim, trata-se de relacionamento aperfeiçoado na afeição, sem risco à ordem jurídica. E arremata que a multiparentalidade pode ser considerada fenômeno do Direito de Família Contemporâneo, consagrando a afetividade como princípio jurídico do sistema nacional.

Trata-se de posicionamento onde parte da doutrina e da jurisprudência nacionais entende ser possível o reconhecimento da multiparentalidade, o que conta com o apoio do professor Tartuce.

De fato, trata-se de matéria geradora de dúvidas, em destaque no que tange ao registro. Como a possibilidade da pessoa possuir dois pais ou duas mães no registro civil, para todos os fins jurídicos, inclusive familiares e sucessórios.

Nessa linha, a juíza Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, da Comarca de Ariquemes, Rondônia, determinou o duplo registro da criança, em nome do pai biológico e do pai socioafetivo, diante de pedido de ambos para o reconhecimento da multiparentalidade.

É mister mencionar a decisão do Tribunal de São Paulo, que determinou o registro de madrasta como mãe civil de enteado, mantendo-se a mãe biológica, que havia falecido quando do parto (TJSP, Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286, 1ª Câmara de Direito Privado, Itu, Relator: Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, julgado em 14 de agosto de 2012)¹²³. Para o relator, “a formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade, haja vista o reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 226, § 3o, CF), e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6o, CF)”.

¹²³EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido.

Tal decisão, remonta ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que:

a filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança”(REsp 450.566/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011), e que “não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico” (REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 15/09/2011). Não se evidencia qualquer tipo de reprovação social, ao contrário, pelo caminho da legalidade (diversamente da via comumente chamada de “adoção à brasileira”), vem-se consolidar situação de fato há muito tempo consolidada, pela afeição, satisfazendo anseio legítimo dos requerentes e de suas famílias, sem risco à ordem jurídica (...)

Consistem as mencionadas decisões em uma nova postura diante a multiparentalidade como novo fenômeno do Direito de Família Contemporâneo e consagram a afetividade como princípio jurídico do sistema nacional.

Nesse diapasão, merece destaque a decisão que consagra o reconhecimento da multiparentalidade em nossa jurisprudência.

5.3.1. A repercussão geral - Tema - 622 - Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Julgamento do Recurso Extraordinário 898060

Para o Supremo Tribunal Federal, a Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico¹²⁴. Trata-se de pedido formulado pela filha que fora criada pelo pai afetivo e posteriormente conheceu seu pai biológico. Pleiteou a autora o reconhecimento da paternidade do pai biológico com efeitos patrimoniais. De seu turno o pai biológico recorreu contra o acórdão que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais, independentemente do vínculo com o pai socioafetivo. Por maioria de votos, os ministros negaram provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 898060, com repercussão geral reconhecida

Segundo o relator do RE 898060, ministro Luiz Fux, o princípio da paternidade responsável determina que, os vínculos de filiação alicerçados na relação afetiva entre os envolvidos e os originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação, de tal sorte que inexistente impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade seja socioafetiva ou biológica. No entanto para que o reconhecimento prevaleça, o interesse do filho é fundamental, isto é, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional, não autoriza decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. Destaca o ministro em seu voto que

Do contrário, estar-se-ia transformando o ser humano em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos

¹²⁴ O ministro Luiz Fux (relator), ao negar provimento ao recurso extraordinário, foi seguido pela maioria dos ministros: Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e a presidente da Corte, ministra Cármen Lúcia. De acordo com a ministra Rosa Weber, há possibilidade de existência de paternidade socioafetiva e paternidade biológica, com a produção de efeitos jurídicos por ambas. Na mesma linha, o ministro Ricardo Lewandowski reconheceu ser possível a dupla paternidade, isto é, paternidade biológica e afetiva concomitantemente, não sendo necessária a exclusividade de uma delas.

legisladores. **É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário.**

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. **CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA.** PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: **DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA** (ART. 1º, III, DA CRFB). **SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS.** ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). **VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO** (ART. 227, § 6º, CRFB). **PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL** (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de

filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. **A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.** 6. **O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares.** Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. **O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.** 8. **A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente**

tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. **A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber:** (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) **pela afetividade.**

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. **A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).**

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. **A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao**

mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade¹²⁵. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, **ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º)**. 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.(grifos nossos)

Cumpre mencionar que a fundamentação que garante o reconhecimento da multiparentalidade envolve todo o universo da socioafetividade. Trata-se de decisão construída a partir de princípios constitucionais. O ministro relator recorda a passagem da família existente sob a égide do Código Civil de 1916, centrada no instituto do casamento, que distinguia filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, uma filiação fundada na presunção de paternidade do marido. Argumenta o relator que

A partir da Carta de 1988, exige-se uma inversão de finalidades no campo civilístico: o regramento legal passa a ter de se adequar às peculiaridades e demandas dos variados relacionamentos

¹²⁵ O conceito de pluriparentalidade não é novidade no Direito Comparado. Nos Estados Unidos, onde os Estados têm competência legislativa em matéria de Direito de Família, a Suprema Corte de Louisiana ostenta jurisprudência consolidada quanto ao reconhecimento da “dupla paternidade” (dual paternity). No caso *Smith versus Cole*, de 1989, o Tribunal aplicou o conceito para estabelecer que a criança nascida durante o casamento de sua mãe com um homem diverso do seu pai biológico pode ter a paternidade reconhecida com relação aos dois, contornando o rigorismo do artigo 184 do Código Civil daquele Estado, que consagra a regra “*pater ist est quem nuptiae demonstrant*”. Nas palavras da Corte, a “aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternas, não garante um benefício para o pai biológico. (...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade

interpessoais, em vez de impor uma moldura estática baseada no casamento entre homem e mulher...

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais.¹²⁶

Merece destacar que a ministra Cármen Lúcia destacou que “amor não se impõe, mas cuidado sim e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável”.

No entanto, cumpre mencionar o posicionamento do ministro Edson Fachin cujo voto foi pelo parcial provimento do recurso. Sustenta que o vínculo socioafetivo “é o que se impõe juridicamente” no caso dos autos, tendo em vista que existe vínculo socioafetivo com um pai e vínculo biológico com o genitor.

Portanto, há diferença entre o genitor e o pai, ao ressaltar que a realidade do parentesco não se confunde exclusivamente com a questão biológica. “O vínculo biológico, com efeito, pode ser hábil, por si só, a determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha, e é o caso, no meu modo de ver, que estamos a examinar”, disse, ao destacar a inseminação artificial heteróloga [doador é terceiro que não o marido da mãe] e a adoção como exemplos em que o vínculo biológico não prevalece, “não se sobrepondo nem coexistindo com outros critérios”.

De seu turno, o ministro Teori Zavascki não acompanhou o ministro relator. Para ele, a paternidade biológica não gera necessariamente a relação de paternidade do ponto de vista jurídico e com as consequências decorrentes. “No caso há uma paternidade socioafetiva que persistiu, persiste e deve ser preservada”,

¹²⁶ Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p.19 e 21

afirmou. Ele observou ser difícil estabelecer uma regra geral e que deveriam ser consideradas situações concretas.

Frise-se que ambas as modalidades de vínculo parental foram reconhecidas com o mesmo *status*, de modo que apenas o caso concreto apontará a melhor solução para a situação fática que esteja em análise.

Se o conceito de família não pode ser reduzido a modelos padronizados, nem é lícita a hierarquização entre as diversas formas de filiação, afigura-se necessário contemplar sob o âmbito jurídico todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais (como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade.¹²⁷

Esta equiparação prestigia o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no artigo 227, parágrafo 6º, CF, e reiterado no artigo 1.596 do Código Civil e artigo 20 do ECA.

Diante o conflito entre paternidades afetiva e biológica, prevalece o princípio do superior interesse da criança. Trata-se de construção fundamentada na paternidade responsável, no dever de cuidado dos pais com relação aos filhos independentemente de ser o pai registral. Isto é, apesar da consagração da socioafetividade, tal vínculo pode ser afeto à multiparentalidade, desde que prevaleça o interesse da filho.

A repercussão geral serve de paradigma para casos semelhantes. Isto é, cuida-se da soma de elementos fundados em princípios constitucionais onde o filho tem o direito à assistência alimentar prevista em lei, seja ela oriunda de seu pai socioafetivo ou biológico.

¹²⁷ Trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC, p. 14.

Nesse sentido, merece destacar um direito que para muitos é praticamente impossível de ser garantido, o direito à felicidade.

A felicidade tem sido considerada como tema constitucional desde a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)¹²⁸. Presente nas Constituições do Japão (1947), Coreia do Sul (1948), França (1958 - preâmbulo) e Butão (2008). No mesmo sentido, a Declaração Francesa dos Direitos Humanos e dos cívicos (de 26 de agosto de 1789)¹²⁹, bem como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Conferência Internacional Americana, Bogotá, Colômbia, em 1948:

Considerando que os povos americanos reconheceram a dignidade da pessoa humana e que suas constituições nacionais reconhecem que jurídica e as instituições políticas que regulam a vida na sociedade humana têm como principal objetivo a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam alcançar o progresso espiritual e material e alcançar a felicidade;¹³⁰

¹²⁸ O conceito de pluriparentalidade não é novidade no Direito Comparado. Nos Estados Unidos, onde os Estados têm competência legislativa em matéria de Direito de Família, a Suprema Corte de Louisiana ostenta jurisprudência consolidada quanto ao reconhecimento da “dupla paternidade” (dual paternity). No caso *Smith versus Cole*, de 1989, o Tribunal aplicou o conceito para estabelecer que a criança nascida durante o casamento de sua mãe com um homem diverso do seu pai biológico pode ter a paternidade reconhecida com relação aos dois, contornando o rigorismo do artigo 184 do Código Civil daquele Estado, que consagra a regra “*pater ist est quem nuptiae demonstrant*”. Nas palavras da Corte, a “aceitação, pelo pai presumido, intencionalmente ou não, das responsabilidades paternas, não garante um benefício para o pai biológico. (...) O pai biológico não escapa de suas obrigações de manutenção do filho meramente pelo fato de que outros podem compartilhar com ele da responsabilidade” (tradução nossa).

¹²⁹ Preâmbulo Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (grifo nosso)

¹³⁰ Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> acesso em 02 out 2016

Nos Estados Unidos, o direito à busca à felicidade ¹³¹ é utilizado desde 1.821 pelo Supremo Tribunal ¹³². Trata-se de conceito amplo e que foi utilizado pelo ministro relator como elemento caracterizador do direito à multiparentalidade no sentido de consagrar o instituto da socioafetividade como forma de paternidade os direitos a paternidade.

O tema, a princípio parecia tratar da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Ao deliberar sobre o mérito da questão, o STF optou por não afirmar qual das referidas modalidades de vínculo parental deve prevalecer, apontando para a possibilidade de coexistência de ambas as paternidades.

5.4. Do abandono afetivo e da indenização

A Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente acolhem a doutrina da proteção integral. No entanto, o cenário das mães que abandonam seus filhos, porque que não contaram para os genitores que estavam grávidas e de mães, que abandonadas ou não, decidem não revelar para seus filhos quem são seus pais é, infelizmente, comum.

Trata o presente capítulo desses filhos e de seus possíveis transtornos psicológicos, que resultam, ainda, em outras numerosas consequências.

¹³¹ Definition of PURSUIT OF HAPPINESS (Black's Law Dictionary): As used in constitutional law, this right includes personal freedom, freedom of contract, exemption from oppression or invidious discrimination, the right to follow one's individual preference in the choice of an occupation and the application of his energies, liberty of conscience, and the right to enjoy the domestic relations and the privileges of the family and the home. Black, Direito Constitucional. 3 edição p. 544. Segundo o dicionário Black's, a definição de busca da felicidade conforme o direito constitucional, inclui os direitos de liberdade pessoal, a liberdade de contrato, a isenção de opressão ou a discriminação injusta, o direito de seguir a preferência individual na escolha de uma ocupação e a aplicação de suas energias, liberdade de consciência e direito Para desfrutar as relações domésticas e os privilégios da família e do lar. Black, Const. Law. 3d Ed. p. 544. (BLACK, Henry Campbell, Black's Law Dictionary 4th Ed. Rev. 1971 , copyright 1968 By West Publishing CO, p.1401, tradução nossa).

¹³² Caso Cohens v. Virginia, 19 U.S. 264 Julgado em 1821. The American States, as well as the American people, have believed a close and firm Union to be essential to their liberty and to their happiness. Em tradução nossa: Os Estados Americanos, bem como o povo americano, acreditam que uma União estreita e firme é essencial para a sua liberdade e para a sua felicidade". Disponível em <<https://www.courtlistener.com/opinion/85330/cohens-v-virginia/>> acesso em 02 out 2016

Não somente do filho que foi criado sem a figura paterna, até porque, conforme vimos no decorrer do presente trabalho, o conceito de família nos dias de hoje possui contornos mais objetivos, fundados na atenção, guarda, cuidado e formação de pessoa para toda a sociedade.

Nesse momento, falamos daquele que efetivamente sofreu e sofre graves sequelas em função do abandono.

No que tange ao papel da criança nos casos de divórcio dos pais, destacamos posicionamento da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹³³ que afirma:

Uma criança não se divorcia de seus pais, pois o ordenamento jurídico garante acesso igual e à oportunidade com ambos os pais, o direito de ser guiada e criada por ambos os pais, do direito para ter as decisões principais feitas pelo exercício do julgamento, da experiência e sua da sabedoria de ambos os pais.

Cumprе ressaltar que cuida-se do abandono afetivo praticado pelo pai que não quer exercer sua participação essencial na vida de figura essencial na vida do filho.

Trata-se de garantia prevista no seu artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal como um princípio da dignidade humana, a busca do conhecimento da própria paternidade, com todo o direito aos avançados métodos tecnológicos, inclusive aos hipossuficientes, de forma gratuita. E no artigo 227, estabelece como deveres e objetivos do Estado, junto com a sociedade e a família, o de:

assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

¹³³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário: Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. São Paulo: Del Rey, 2005.p.465.

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.

Bastaria “um pai”, declarado legalmente e presente no afeto e no constante aprendizado das relações humanas e familiares. Mas, a realidade pode mostrar que existe pai genético que abandona e humilha seu filho de várias maneiras, deixando, nesse momento, de ser “pai”. E que existe pai não-genético que cuida e orienta filho de outrem, tornando-se, nesse momento, “o pai”. Razões existem para que os laços afetivos prevaleçam em detrimento de todo e qualquer outro interesse, seja genético ou patrimonial.

Em certos casos, a idade da criança é fator de grande relevo a ser analisado, mostrando o lapso de convívio e a formação da família, como seu imprescindível integrante.

Ainda que se conclua pela impossibilidade de um homem ser o pai biológico, deve-se estar atento à situação fática e o princípio do bem-estar da criança e do adolescente, consagrado no ECA. Se os laços afetivos são fortes e sólidos, não podem ser destruídos pela avançada ciência ou legalidade exacerbada.

A oferta de afeto, carinho e amor em uma relação paterno-filial não se desfaz com a simples negatória verbal ou jurídica.

Os sentimentos e relações maiores não podem ficar condicionados a frios resultados da perícia genética. A prova técnica é parte integrante do processo e não parte essencial e sacralizada nos possíveis autos *sub judice*.

A temática é polêmica e não pretendemos definir a paternidade perfeita. As angústias e as dores humanas confundem-se com o processo de amadurecimento das relações. Talvez o que, em princípio, se apresente como o mais doloroso dos sentimentos, pode servir de direção e melhor conduta para um ou mais envolvidos na difícil tarefa de bem-viver.

Ao se deparar com a dor da ausência, do não cuidado de uma pessoa que ocuparia um papel único dentro de um contexto familiar, e que não desenvolveu o seu mister, por não ter querido. Questiona-se a busca de uma compensação moral em detrimento do que não pode ser avaliado com precisão.

A convivência e o afeto como princípios constitucionais da família, consagrados pela doutrina e jurisprudência, garantem a efetividade, numa análise mais ampla, dos próprios direitos humanos, que têm como fundamento basilar a dignidade de cada pessoa. Esta dignidade humana que é tratada na Constituição Federal como o princípio macro e universal, do qual derivam os demais princípios. Daí ser tão polêmico tratar da responsabilidade afetiva e o abandono de quem se gerou.

A criança abandonada por seu genitor, por mais amada e amparada pela mãe e demais familiares presentes em sua vida cotidiana, pode apresentar sequelas de comportamento, que o marcarão para sempre.

Esse estigma do vazio injustificado num contexto de senso comum, preenche negativamente todo o universo afetivo de quem foi abandonado. A dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera tais sentimentos e atitudes, naturalmente, são capazes de desmoronar o ser em formação.

É a busca em descobrir por que “todos” têm pai presente, e somente ele não; é generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os têm com as melhores expectativas para o futuro”.

O sentimento de não ser digno de ser amado gera consequências que acarretam em distúrbios de comportamento, baixa auto estima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação da perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser completo e mais feliz. Além do o abandono material e suas carências para a vida do filho, o que geralmente é o que acontece.

A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente¹³⁴.

De modo expresse, crianças e adolescentes devem ser colocados a salvo de toda forma de negligência. Transformaram-se em sujeitos de direito e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas.

Os pedidos indenizatórios com fulcro no abandono afetivo existem porque a dor pode não ser visível, mas é crônica. A prova das sequelas é realizada por laudos periciais de especialistas como psicólogos, assistentes sociais, dentre outros; prova documental; depoimentos de testemunhas e o interrogatório minucioso do Juiz competente.

O julgamento de um litígio que requer indenização moral deve primar pela efetividade, devendo constar em seu corpo o valor a ser repassado à vítima independentemente de novas intervenções judiciais. Chega-se à dificuldade de precisão de termos legais e sentimentais e sua aplicabilidade à vida e aos fatos reais. Questiona-se o que vem a ser uma “correta mensuração”, justiça, equilíbrio e proporção.

O valor pecuniário, não é de fácil resolução. Diversos fatores e princípios são colocados à prova. E, o que se constata é que a reparação específica por dano moral é melhor satisfeita pela determinação de quantia única a ser paga, pelo seu caráter compensatório da dor.

A justiça deve ser sempre diligente, visando não só uma economia processual, mas, especialmente, o propósito de valorizar as pessoas e suas angústias íntimas. A busca pela justiça, incansavelmente, em qualquer lugar ou situação, exprime um anseio natural de felicidade subjetiva, enraizada na própria pessoa.

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice, Manual de direito das famílias 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 49

Em 24 de abril de 2012, apreciando o Recurso Especial n. 1159242/SP, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão inédita no âmbito deste tribunal, com grande repercussão no seio jurídico. Reconhecia-se que os filhos abandonados afetivamente pelos pais podem sofrer danos morais e que este ato, ilícito, enseja o dever de indenizar. O tribunal não pode ordenar o retorno do tempo para que o dano não ocorresse, mas, buscou pela valorização in pecunia, compensar a lesão. A decisão, também, tem função pedagógica, ao dissuadir outros pais a não se furtarem dos deveres inerentes à paternidade.¹³⁵

Porém, ao lavrar seu voto, o exmo. ministro que relatou a decisão adentrou em debate que se estende há anos na doutrina e jurisprudência, e é objeto deste estudo: crianças e adolescentes têm o direito de serem amados por seus pais?

Para doutrina e jurisprudência, o mais nobre dos sentimentos não pode ser exigido, pois não é um direito. Trata-se de um corpo estranho ao universo jurídico, pelo simples argumento de supostamente não estar previsto no ordenamento. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu:

1. Indenização. 2. Dano Moral. 3. Objetivo indenizatório deduzido por filha contra o pai, visando à compensação pela ausência de amor e afeto. 4. Ninguém está obrigado a contemplar quem quer que seja com tais sentimentos. [...] “ninguém será obrigado a fazer ou deixar

¹³⁵ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242 / SP RECURSO ESPECIAL 2009/0193701-9)

de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 7. Pretensão manifestadamente mercantilista, deduzida na esteira da chamada indústria do dano moral. (TJRJ, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, Julgado em 08 set. 2004. apud MACIEL, 2008, p. 104-105)

O objetivo não consiste em arbitrar valores morais do ponto de vista social, embora o direito não se omita como um todo nesse sentido, a resposta que se divisa é no âmbito legal da questão, respeitando doutrinas e ciências que explicam o afeto como conceito e sentido.

Trata-se de controvérsia onde uma corrente defende a posição de que o amor parental não pode ser resumido em pecúnia, outra que cobra com ressarcimento, no sentido de reprimenda e prevenção, também negligência qualquer dos pais na educação e cuidado dos filhos, ou que não reconhecem esse sentido de reprimenda, mas apenas o de compensação pelo dano sofrido.

É importante ressaltar que o tipo de indenização aqui discutida, distingue-se daquela eventualmente devida entre cônjuges, em decorrência dos deveres conjugais, que tem como base o princípio da igualdade, e tampouco pode ser confundida com o dever de prestar alimentos ao filho. Outrossim, qualquer referência deve ser entendida como abrangente também da genitora.

Trata-se de exigência da sociedade, que cobra do ordenamento jurídico efetividade para assegurar o pleno desenvolvimento dos seus cidadãos.

Situações várias como a do pai que foi impedido de ter contato com os filhos, também podem ser abrangidas por pedido de danos morais. Em todos os casos, as provas do dano e do nexo, embora muitas vezes complexas, são fundamentais para amparar o pedido, devendo-se impedir o que a doutrina chama de indústria do ressarcimento.

O questionamento legal do tema, não pode sobrepor etapas que têm significativa importância para se entender o papel efetivo de pai/mãe, suas

atribuições e deveres enquanto entendidos como tal e de sua responsabilidade quando de seu afastamento do dependente, como bem conceituou o Juiz Mário Romano Maggioni quando deixa patente que:

É preciso ser pai (e mãe) na amplitude legal (sustento, guarda e educação), e o abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla¹³⁶.

Como se trata do exercício das funções parentais em seu modo mais amplo, ou seja, no atendimento, pelo genitor ou genitora, das necessidades morais e psicológicas do filho pelo genitor ou genitora, ser em desenvolvimento, desde já se esclarece que é notória a relevância que participação efetiva de ambos os genitores na criação e formação do indivíduo, logo sua responsabilidade toma dimensão e proporção externa ao simples fato de gerar.

Diversos elementos podem exercer a função paterna, acredita-se relevante citar também as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, onde diz: “[...] a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada á função, escolha, enfim ao desejo”¹³⁷. O que importa, é saber o que funcionou para aquele sujeito como Nome do Pai, a referência que ele tem como figura paterna.

Atualmente, assistimos a uma adaptação do figurino clássico da responsabilidade civil aos casos que decorrem de situações de Direito de Família e entre membros de uma mesma família sem que isso implique subversão do sistema. Também a obrigação jurídica violada existe há muito tempo.

É necessário repensar nos direitos e deveres, que passam a ser permeados com o afeto, agraciados com a despatrimonialização das relações, pautados pela função de esteio e de alicerce para a dignidade humana, deixando de lado o autoritarismo, a perversão e o direito de disposição mais ou menos limitado a

¹³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo. Repertório de Jurisprudência IOB. [S.l.], v. 3, n. 13, 2006, p. 365

¹³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste?. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord), op. cit., p. 224.

respeito do futuro dos filhos.

As modificações percebidas, portanto, não podem ser esquecidas ou abandonadas, sob pena de retrocesso. Também não se podem tornar instrumento nefasto às relações familiares sob o pretexto da penalização do pai que abandona o filho, o que ocasionaria a impossibilidade completa de restabelecimento dessas relações.¹³⁸

O risco de o abandono afetivo transformar-se em carro-chefe de uma indústria indenizatória do afeto certamente existe, mas o Poder Judiciário pode evitá-lo, desde que, a cada caso concreto, se fizer a necessária análise ética das circunstâncias envolvidas, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno, ou materno. Afinal, o perigo da banalizar-se a indenização reside em não se compreender, exatamente, na exposição concreta de cada pretensão, o verdadeiro significado da noção de abandono afetivo, o verdadeiro substrato do pedido judicial em questão. É por isso que as corajosas e inovadoras decisões analisadas – que têm tudo para exercer a sua função maior de alterar paradigmas e valorações no Direito contemporâneo – bem podem, infelizmente, abrir um precedente nefasto, se os seus fundamentos forem utilizados em casos dessemelhantes e mal intencionados, o que pode gerar odiosa avalanche a desencadear uma verdadeira indústria indenizatória do afeto.¹³⁹

Contudo, o perigo da banalização não deve fazer com que se perca de vista o verdadeiro e importante papel dos juízes, em casos como esses, que corresponde exatamente à sua função de agentes transformadores dos valores jurídicos, de molde a adequar o Direito aplicado aos paradigmas da atualidade.

Antes da propositura de tais ações, no que diz respeito aos advogados,

¹³⁸ Joubert R Rezende. Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no Direito de Família humanizado. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 150-160, 2005, p. 159.

¹³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes de Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 31 mar. 2016

Giselda Hironaka faz interessante observação sobre a necessidade de que façam com contínua cautela, séria e profunda análise ética das circunstâncias de cada caso, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno – ou materno, se for o caso. E finaliza:

Porém mais importante que tudo – a verdade é que o medo da banalização certamente não pode transformar-se em mais um dos gigantescos empecilhos que nos têm cegado na compreensão daquilo que verdadeiramente consideramos como nobre e essencial nessa conquista jurisprudencial tão significativamente corajosa e inovadora.¹⁴⁰

Não se discute atualmente sobre a possibilidade de indenização do dano moral no ordenamento jurídico pátrio e, sim sobre a admissibilidade do referido instituto em matéria de abandono afetivo na filiação, o que denota a afetividade como elemento caracterizador da relação paterno-filial contemporânea.

Para Giselda Hironaka, toda alteração de paradigmas, em um primeiro momento, gera efeitos divergentes:

Ora, toda alteração paradigmática é sempre muito complicada, polêmica e gera efeitos divergentes. Se for certo que o mundo e a vida dos homens estão em transição contínua, também será verdade que a mudança causa sempre uma expectativa que, por um lado, é ser eufórica, mas, por outro lado, preocupante. E não poderia ser diferente agora, diante deste assunto – tão delicado quando difícil – que é a responsabilidade civil por abandono afetivo. Tanto a sociedade quanto a comunidade jurídica propriamente dita tem reagido de maneira dúplice em face do tema em destaque.¹⁴¹

O cuidado do Poder Judiciário na análise pontual, caso a caso, tem resultado

¹⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O direito ao afeto na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=5678>. Acesso em 10 out 2016.

¹⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289>>. Acesso em 20 out. 2016

em momentos de alta consagração jurisprudencial, quer quando os nossos julgadores atendem ao pleito, quer quando negam a possibilidade de seu acolhimento. “Concretamente, visualiza-se desde já um futuro de concretização do justo equânime, atendendo à principiologia fundamental de nossa nova Lei Civil, o Código de 2002”.¹⁴²

A problemática da questão encontra-se ao final, quando forem julgados procedentes os pedidos, uma condenação em quantia de dinheiro que pode ser mal definida e mal compreendida, de modo a permitir que antigas e preconceituosas ponderações, acerca da quantificação do dano moral propriamente dito, voltem ao cenário atual para tão pobremente se perguntar se o afeto tem preço¹⁴³.

O Direito Privado mais humanizado que se instala certamente entre nós, na contemporaneidade, é um direito que não alberga mais esse tipo de questionamento, por entendê-lo completamente despiciendo e inútil. O novo Direito não se agrega mais a dúvidas que tenham por foco questão de fundo patrimonial acerca de assuntos que são pertinentes à afetividade. Não há mais espaço para tanto; é descabido e é anacrônico fazê-lo.

Contudo, é certo não ser possível simplesmente deixar de ouvir a voz de reclamo, deixar de ouvir o protesto e a oposição daqueles que sempre estão dispostos a tanto, qualquer que seja o tema ou a intenção. A mudança de visões, a alteração de paradigmas envolve, obrigatoriamente, a flexibilidade cognitiva, pois, se assim não for, o que se estará a propor é simplesmente a imposição de verdades que correm o risco de ser apenas ideologias, no mal sentido dessa palavra.¹⁴⁴

Bem por isso, muitos têm pensado¹⁴⁵ se, em face dos novos danos que despontam no contexto da responsabilização civil, não seria o caso de aplicar-se, alternativamente, um outro tipo de condenação ao pai que houvesse abandonado

¹⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito ao pai: dano decorrente de abandono afetivo na relação paterno-filial.

¹⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas, da Editora Del Rey, Belo Horizonte: 2005

¹⁴⁴ Confirmam-se os sentidos da palavra ideologia no texto de Sergio Resende de Barros. A ideologia do afeto, cit.

¹⁴⁵ A autora do presente estudo inclui-se nesse rol, certamente.

afetivamente seu filho, sem envolver pagamento em dinheiro.

Como já se mencionou que a condenação aplicável a tais casos tem duas relevantes funções, além da compensatória, que são funções punitiva e dissuasória¹⁴⁶, nada obsta que uma indenização de natureza não monetária, por certo, seria uma providência que afastaria essa conotação pejorativa, diga-se assim, dos casos justos – justos também pelo fato de que a irresponsabilidade social do pai da ou mãe ausente coloca em exposição prejudicial a sociedade como um todo, conforme antes se referiu.

Afinal de contas, como bem registra Rolf Madaleno¹⁴⁷, essas decisões favoráveis aos pleitos dos filhos que se sentiram lesados por abandono afetivo, “não condenam a reparar a falta de amor, ou o desamor, nem tampouco a preferência de um pai sobre um filho e seu descaso sobre o outro, condutas que evidentemente causam danos; penalizam, porém, a violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho rejeitado”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Pais, filhos e danos. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=5294>. Acesso em: 10. ago 2013.

¹⁴⁷ Rolf Madaleno. O preço do afeto, cit.

¹⁴⁸ Mas, quando o tema em discussão é este (o da monetarização das ações de indenização) sempre vem à baila a lembrança daquele famoso caso ocorrido por volta dos anos de 1960, com a famosa atriz Brigitte Bardot. Ao ser fotografada sem sua autorização, sentiu-se violada moralmente e requereu, na ação de indenização própria, que o causador da lesão fosse condenado a pagar um franco à guisa de reparação. Ao vencer a demanda, a atriz recebeu aquele único franco em sessão à qual estiveram presentes os meios de comunicação de todo o mundo, dando ampla divulgação ao fato. O desiderato almejado, certamente, foi melhor alcançado dessa forma.

6. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

6.1. Conceito de paternidade

Para Mauro Nicolau Júnior, o conceito de Paternidade está relacionado ao conceito de filiação:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra. 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 ele.¹⁴⁹

6.2. Paternidade biológica e paternidade socioafetiva

Até meados da década de cinquenta do século passado, era bem nítida a moldura da família erguida em “laços de sangue”, valorizando a importância da herança genética, como fator de segurança na afirmação da família. Aquilo se justificava não só como uma forma de garantir uma espécie de tradição. Era absolutamente estática, a própria legislação civil revogada vedava o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos, além de restringir os direitos do adotado. O critério aceito era o que assegurava: mais legítimo seria o filho quanto maior fosse o grau de consanguinidade. O valor dado ao ser humano tinha início em sua linhagem genética. Se não pertencesse ao grupo, seria marginalizado. Tal quadro remete a período, que existia na aparência, mas que desde o tempo colonial, já poderia ser considerado como fadado a um mundo que seria ideal para poucos, observava-se casos de miscigenação do escravo(a) com seu senhor(a), relações de afeto que não eram permitidas, mas ocorriam. Como forma de coibir tal prática, reforçava-se a

¹⁴⁹ NICOLAU, Mauro Júnior. Paternidade e coisa julgada: Limites e Possibilidades à luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.p 124

ideia de que apenas o vínculo de sangue estruturado em uma família originada no casamento era viável.

O contraponto é que apesar do avanço científico nos últimos anos em provar a paternidade biológica, que varia desde a realização do exame de sangue (ABO, MN, RH, HLA e outros), onde apenas a prova negativa do exame hematológico exclui a paternidade, até ao exame de DNA, cuja margem de impressão idêntica é de uma pessoa em cada trinta bilhões, hoje, tal forma de reconhecimento exerce função coadjuvante no Direito de Família.

Pode-se afirmar que um dos precursores que nas ciências jurídicas deu início ao estudo do referido tema foi João Baptista Vilela. Em 1979, escreveu artigo sobre a desbiologização da paternidade. A intenção do autor tinha por objetivo afirmar que o liame familiar constitui mais como vínculo de afeto do que biológico. Surgia uma nova forma de parentesco civil, a socioafetiva:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como **grupo de afetividade e companheirismo**, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade¹⁵⁰. (grifo nosso)

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 227, §6º:

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

...

¹⁵⁰ VILLELA. João Baptista. Desbiologização da Paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, nº 21, 1979, p.412

§ 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.

Ao confrontar com os fundamentos da paternidade socioafetiva que se consubstancia nos princípios que da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da isonomia entre os filhos com a paternidade biológica, o que se verifica é que, apesar dos avanços tecnológicos em constatar a paternidade, tal liame não é algo apenas de origem genética, mas, sim, um fato social. Não é um fato da natureza, mas fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade tem sua gênese em decisão espontânea.

A verdade biológica não é o fator determinante a ser considerado para aferição da paternidade. Para Luiz Edson Fachin:

O reconhecimento do fundamento biológico da filiação com o desenvolvimento das técnicas de engenharia genética, a atenuação da presunção pater is est, a vedação constitucional ao tratamento discriminatório e o consequente acesso dos filhos outrora ilegítimos ao estatuto jurídico da filiação, em patamar de igualdade com os denominados filhos legítimos, foram significativos avanços do Direito no que tange a questão do estabelecimento da paternidade. Todavia, sendo a paternidade um conceito jurídico e, sobretudo, um direito, a verdade biológica da filiação não é o único fator a ser levado em consideração pelo aplicador do Direito: o elemento material da filiação não é tão só o vínculo de sangue, mas a expressão jurídica de uma verdade socioafetiva. O elemento socioafetivo da filiação reflete a verdade jurídica que está para além do biologismo, sendo essencial para o estabelecimento da filiação¹⁵¹.

¹⁵¹Comentários ao Novo Código Civil, vol. XVIII, Artigos 1.591 a 1.638, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 24.

Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se uma formatação que confirma o afeto como requisito necessário para sua realização.

Na definição de Cristiano Chaves de Faria e de Nelson Rosenvald, a paternidade socioafetiva:

não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens.

Conclui-se que a paternidade socioafetiva é exercida por pessoa que exerce a função de pai para o filho, dando-lhe amparo material e moral, mesmo ausente vínculo biológico.

Diante disso, notamos que um dos efeitos decorrentes das atuais posturas adotadas pelo ser humano é voltada para a desbiologização da paternidade, reconhecendo assim, o vínculo sócio-afetivo como sendo preponderante ao vínculo biológico, nascendo assim, o parentalidade socioafetiva, baseada na posse do estado de filho.

O liame consubstanciado no afeto possui reconhecimento jurídico, apesar da ausência de disposição legal expressa a seu respeito, pois repousam, na Constituição Federal brasileira, dispositivos que tutelam o estado de filiação, não se limitando apenas à origem biológica, em seu artigo 227, caput e §6º, bem como, no Código Civil, em seu artigo 1.593: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Por outro lado não significa que o vínculo socioafetivo tem supremacia sobre o vínculo biológico em qualquer hipótese, devendo analisar-se, no caso concreto, os elementos de provas e demais circunstâncias.

Por esse motivo, recorda o professor Euclides de Oliveira, dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo em comento, um reconhecendo a socioafetiva em detrimento da biológica e o outro o contrário, apresentam antagonismo apenas aparente¹⁵².

No primeiro deles, proferido pela 4ª Câmara de Direito Privado, relatado pelo Des. Ênio Santarelli Zuliani (apelação nº 990.10.020300-2) a parte possuía dois registros de nascimento, o primeiro deles, lavrado pelo pai biológico — Valdemiro Soares Cardoso —, e constando seu nome como VALDEMIRO SOARES CARDOSO FILHO, o segundo, constando seu nome como CARLOS ROBERTO BIAZÃO, filho de Marino Biazão e Leise Lotte Schiesaltdt, os quais fizeram o que se denomina de “adoção à brasileira”, ao invés de simplesmente legalizar o ato de adoção.

Pois bem, com o nome de CARLOS ROBERTO BIAZÃO, ele viveu toda a sua vida, casou-se, teve 3 filhos e uma neta, sendo agora sexagenário.

Não obstante, utilizou-se do primeiro registro para receber sua parte na herança dos bens deixados por seu pai biológico, tendo conhecimento dessa situação, o Ministério Público tomou a iniciativa de regularizá-la. A sentença acolheu o pedido parcialmente e mandou cancelar o segundo registro, o de nome CARLOS ROBERTO BIAZÃO, com a retificação do casamento.

O órgão ministerial apelou para anular o casamento, e o réu também, para, diante da sentença, regularizar o registro dos filhos e da neta para uniformização dos patronímicos.

De forma lúcida e brilhante, entendendo não estar vinculado ao CPC, artigo 515, mas ao princípio iura novit curia, uma vez que o registro civil é matéria de ordem pública, o acórdão decidiu pelo cancelamento do primeiro registro, o de nome

VALDEMIRO SOARES CARDOSO FILHO, utilizado apenas para obtenção de seu quinhão hereditário do pai biológico, mantendo-se, assim, o segundo registro, decorrente do vínculo socioafetivo, e usado por ele durante toda a sua vida, inclusive ao casar-se e registrar seus filhos.

O fundamento foi que o cancelamento do segundo registro, que identifica de fato a pessoa do requerido e toda a história de vida, afrontaria a dignidade humana não só do requerido, mas de todos os seus descendentes, além de ser muito mais seguro para a ordem jurídica, a manutenção dos dados que se tornaram públicos e que identificaram os membros da família.

Tendo em vista, no entanto, a herança recebida, determinou-se expedição de ofício ao Juízo do inventário para expedição de formal de partilha dos bens destinados a Valdemiro Soares Cardoso Filho, em nome de CARLOS ROBERTO BIAZÃO, justamente em prol da citada segurança jurídica. O professor continua o raciocínio:

Já o acórdão da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do Des. Fabio Tabosa (apelação nº 0116583-03.2007.8.26.0009), deu prevalência à paternidade biológica, mantendo sentença que desconstituiu o assento de nascimento do réu com relação aos que nele constam como pai e avós paternos, e exonerou o autor da obrigação de pagar alimentos ao réu.

O Des. Relator entendeu que o exame de DNA havia sido excluído a paternidade do autor, e que há de se ter cautela em supervalorizar o vínculo sócioafetivo em detrimento ao vínculo biológico e natural.

Observou que o caso dos autos se enquadra, justamente, na hipótese legal de revogabilidade do reconhecimento espontâneo de paternidade, porque tal ato se originou de erro do autor que, por conviver à época do nascimento com a mãe do réu, acreditava que ele era seu filho, situação que foi afastada pela prova pericial.

Dessa maneira, o autor nunca teve intenção de fazer a chamada “adoção à brasileira”, pois sempre acreditou que o réu fosse seu filho biológico, daí toda atenção que dispensou ao “filho”.

Destacou, o Julgador, de toda forma, que não quer, com essa decisão, desprestigiar a paternidade sócioafetiva, mas apenas ressaltar que ela só pode ser assim considerada se efetivamente desejada pelos envolvidos, o que certamente não era o caso.

Conclui, ao final que ambas as decisões se mostraram justas e corretas: a primeira, por ter prestigiado o relacionamento sócioafetivo, situação já consolidada por praticamente toda a vida do interessado que, inclusive, constituiu família e era reconhecido socialmente pelo nome constante do registro civil feito por seus “pais”, em verdadeira “adoção à brasileira”.

A segunda, que reconheceu a procedência do pedido de ação negatória de paternidade, em vista da inexistência de vínculo biológico entre o autor e o réu, o que foi comprovado pelo exame DNA, na realidade, o fundamento foi que não havia vínculo genético e nem sócioafetivo entre as partes, uma vez que registro do réu como filho como autor se deu por evidente equívoco, já que na época do nascimento, o autor convivia com a mãe do réu, o que o fez presumir a paternidade.

Enfim, o reconhecimento de paternidade espontânea “somente ocorreu em razão dessa falsa percepção da realidade, e tudo o que ocorreu após isso, também, tanto que assim que soube da verdade, o autor ingressou com demanda para reconhecer essa situação”.

Diferente do primeiro caso, em que o reconhecimento de filiação se deu não por desconhecimento de ligação genética, mas ao contrário, com a clara e inequívoca intenção de fazer a chamada “adoção à brasileira”.

Conclui-se, não haver supremacia entre os vínculos genéticos e socioafetivos, devendo examinar-se com cuidado, todos os elementos e peculiaridades do caso correto, para a sua valoração e correta aplicação.

6.3 Paternidade socioafetiva

Ilustremos uma situação corriqueira onde, após a separação do casal, os filhos ficam sob a guarda da mãe, o pai realiza visitas quinzenais, até que a mãe contrai nova união e carrega a prole para essa nova família, ou o cenário do pai que contrai nova união e, por motivo desconhecido, abandona os filhos.

O afastamento do pai biológico, por vários motivos pode ocorrer, de forma que o atual companheiro da ex-mulher assume a função de pai na vida dos filhos, afeiçoando-se e assumindo a condição de pai. Temos assim a configuração da paternidade socioafetiva.

No entanto, cumpre salientar que não há uma regra exata que determine a configuração de um vínculo de afeto ser superior ao biológico. Muitas vezes, as emoções são momentâneas e sequer constituem um vínculo permeado no afeto. Daí a necessária importância da proteção do menor através do princípio da afetividade.

Desse modo, podemos concluir que o reconhecimento da paternidade socioafetiva deve fundamentar-se em sentimentos perenes, concretos, estáveis, no sentido de evitar que eventual término destrua o vínculo declarado, liame esse que jamais existiu de fato, pois tratava-se de situação ilusória.

É nesse sentido que deverá o operador do direito verificar se realmente há o compromisso que permeia o afeto. Não basta dar alguns brinquedos, viagens e dizer que “sou sua mamãe de coração” por alguns meses sem a real intenção de ser mãe pelo resto da vida.

Independente da existência de amor, o compromisso de afeto deve ser analisado, até porque, diferente da figura do padrasto e da madrasta, o que pode causar até certa confusão, pois também criam, educam, amam, criam vínculo afetivo e, no dizer de Maria Berenice Dias criam vínculo de afinidade que:

se estabelece também com relação aos filhos de um dos cônjuges ou companheiros. Assim, o filho de uma passa a ser filho por afinidade

do seu cônjuge ou parceiro. Na ausência de melhor nome, costuma-se chamar de padrasto ou madrasta e enteado os parentes afins de primeiro grau em linha reta¹⁵³

Isso não significa que o padrasto ou a madrasta estejam impossibilitados em criar vínculo de socioafetividade:

O padrasto ou a madrasta podem adotar o enteado. É o que se chama de adoção unilateral. Uma das hipóteses em que o adotante não se submete ao malfadado cadastro (ECA § 13 I) . A lei também admite ao enteado a adoção do nome do padrasto ou madrasta, mas sem excluir o vínculo parental anterior (LRP 5 7 § 8º) . Vem a jurisprudência reconhecendo a constituição de uma filiação socioafetiva com a imputação de obrigação alimentar ao padrasto¹⁵⁴.

Os pais socioafetivos assumem a condição de parentesco perante toda sociedade, de forma a alterar até o registro civil da pessoa, de tal sorte, que mesmo com o rompimento da união que derivou na relação socioafetiva, o dever de afeto subsistirá.

Atualmente, com a modernidade líquida que vivemos, observa-se que algumas uniões são realizadas de forma imatura, podendo gerar efeitos desastrosos na vida de uma criança, que enquanto o pai socioafetivo encontrar-se em feliz comunhão, tudo será praticado para assumir a paternidade. Mas, no primeiro momento em que contrair nova união, terá o ânimo de desconstituir a paternidade no judiciário.

Nesse sentido, observa-se a decisão do TJSP, relator Ênio Santarelli Zuliani, na apelação nº 592 910 4/1-00 - SÃO PAULO - VOTO 15677:

Negatória de paternidade - Filiação reconhecida voluntariamente pelo casamento do autor com a mãe da criança e que proporcionou sete

¹⁵³ Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias I Maria Berenice Dias. -- 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 384.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice, op cit., p 384.

anos de convivência fraterna, um estado que ganha vulto e importância [afetividade] para efeito de aplicar o art. 1609, do CC, com rigor, restringindo a hipótese de revogabilidade do reconhecimento para falsidade ou vícios de vontade - Inocorrência de tais motivos – Artigos 1.604 e 1.610 do CC/2002 - Paternidade sócio-afetiva consolidada – Não provimento¹⁵⁵.

Caso similar, nos autos da apelação nº 552.521-4/3, de relatoria do Desembargador FRANCISCO LOUREIRO, julgado em 29.01.2009, decidiu pela manutenção do vínculo de filiação, conforme ementa abaixo:

Ação negatória de paternidade - Reconhecimento voluntário de filho da companheira, que já contava com três anos de idade à época da perfilhação - Inexistência de erro ou dolo que contamine a manifestação de vontade - Reconhecimento irretratável e irrevogável - Separação dos companheiros, cinco anos após o reconhecimento, que não abre a possibilidade de postular o desfazimento do ato - Ação improcedente - Recurso improvido.

Em uma breve leitura o julgamento proferido pelo Desembargador Ênio Santarelli Zuliani possui a conotação de uma situação corriqueira, onde o autor nega-se a manter o vínculo de socioafetividade. Contudo, de forma humilde recorda, a delicadeza do tema em virtude de seu aspecto controvertido e menciona a doutrina portuguesa:

¹⁵⁵Trata-se de ação negatória de paternidade cumulada com retificação de registro civil e com exoneração de encargo alimentar, em face de menor.

Consta dos autos que o autor conheceu a mãe da ré e iniciou relacionamento amoroso quando essa já possuía a menor, nascida em 29.08.1996 [fl.11], à época com poucos meses de vida. Em 12.07.1997 o autor e a genitora da menor se casaram [certidão de casamento de fl.10] e assim permaneceram por sete anos. Durante esse período, em 08.09.1999, o autor dirigiu-se ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabela de Notas do Distrito do Itaim Paulista de São Paulo e por liberalidade reconheceu a menor como sua filha. As partes se divorciaram em 25.05.2004 quando ficou acordada a guarda da menor, direito de visitas e alimentos. Ocorre que agora o autor deseja romper o vínculo de paternidade estabelecido com a menor.

Apesar de não ser questão discutida nos autos, deve constar, a falta de legitimidade ativa do autor para a propositura da ação negatória de paternidade. Na forma do artigo 1.601 do CC de 2002, cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher e que, por presunção legal, são considerados também seus.

Em Portugal admitem respeitáveis doutrinadores [FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito de Família, vol. II, tomo I, Coimbra Editora, 2006, p. 183] que é preferível excluir a paternidade sem correspondente biológico porque mais vantajosa, sempre, a verdade, sendo que para compensar as agruras do arrependimento do perfilhador, caberia conceder indenização para o menor, como maneira de compensá-lo, inclusive quanto aos alimentos.

E ao final justifica “não parece razoável construir um sistema desse tipo e surge como proveitoso manter o reconhecimento pelo afeto, ainda que, agora, o pai discuta isso. O fato é que o autor de forma espontânea reconheceu a apelada como sua filha em ato de amor, consolidando, durante sete anos de convivência”.

Ora, cumpre ao Direito regular estas situações, onde uma criança recebe afeto, no sentido de tornar-se filha e, como se fosse um ser inanimado, torna-se obsoleta aos olhos de seu pai socioafetivo, apenas porque não se encontra mais com a mãe da autora. Em virtude de tais absurdos surge o princípio da afetividade como instrumento balizador de situações concretas que ferem a pessoa humana em sua essência.

Deve-se frisar o reconhecimento de duas espécies de parentesco socioafetivo Trata-se de entendimento firmado na V Jornada de Direito Civil, realizada no CJF em 2011:

Enunciado 520: Art. 1.601. O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida e Enunciado 519: Art. 1.593. O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

Verifica-se que a primeira espécie é a registral, configurada no registro de filho alheio como próprio (“adoção à brasileira”). Já a segunda espécie é a parental

por afinidade, decorrente da relação entre o pai ou mãe socioafetivo e o filho de seu cônjuge ou companheiro.

6.4 Apadrinhamento legal e civil

O projeto de lei 171/2013, de autoria do Senador Eduardo Lopes, altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para disciplinar sobre o Apadrinhamento Legal.

Entende-se por apadrinhamento a situação jurídica de quem voluntariamente assume o dever de sustento de criança ou adolescente. Limita-se ao pagamento de verbas alimentares e não interfere no poder familiar. O apadrinhamento pode ser: I – Total – quando o dever de sustento da criança ou do adolescente é assumido integralmente; II – Parcial – quando o padrinho assume a obrigação de prestar: a) contribuições mensais em favor da criança ou do adolescente; b) contribuições em bens ou serviços, incluindo os arts. 52-E a 52-I do diploma legal.

O apadrinhamento legal não impõe ao padrinho qualquer dever de fiscalização ou de reparação de possíveis danos causados pelo apadrinhado, nem qualquer outro dever atribuído ao representante legal do afilhado (artigos 52-E, §§ 3º e 4º, do PL 171/2013), bem como, não estabelece prisão civil pela quebra de dever de prestação dos alimentos *necessários* (artigo 52-E, § 8º), nem considera dependente do padrinho para efeitos previdenciários (artigo 52-E, § 9º).

Quanto ao número de apadrinhados, o limite é de duas pessoas, salvo se forem irmãos. Veda-se, ainda, o apadrinhamento total da mesma criança ou adolescente simultaneamente por mais de uma pessoa, salvo se os padrinhos forem casados ou viverem em união estável devidamente comprovada. Em casos tais, ambos os cônjuges ou companheiros são solidariamente responsáveis pelas prestações alimentares.

Quanto à sua formalização, o apadrinhamento legal deve ser formalizado por meio de escritura pública a ser lavrada no Tabelionato de Notas, subscrita pelo padrinho e pelo responsável legal do apadrinhado, só produzindo efeitos após o seu

registro no Cartório de Registro das Pessoas Naturais (proposta de inclusão do artigo 52-H no ECA)¹⁵⁶.

Com denominação semelhante, mas não idêntica, há em Portugal o instituto do *apadrinhamento civil*, regulado pela lei 103, de 11 de setembro de 2009. O artigo 2º da citada lei, define como

[...] relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento, constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil.

Com a finalidade de concretizar o instituto, as relações entre pais e padrinhos são regidas pelos princípios do mútuo respeito; da preservação da intimidade da vida privada e familiar, do bom nome e da reputação do afilhado; e da cooperação na criação de condições adequadas ao bem-estar e desenvolvimento do apadrinhado (artigo 9º da lei 103/2009).

Têm capacidade para apadrinhar as pessoas maiores de 25 anos, previamente habilitadas para tanto, dando-se preferência aos seus familiares; a pessoas idôneas ou a famílias de acolhimento a quem a criança ou o jovem tenha sido confiado em processo de promoção e proteção; ou mesmo a eventuais tutores (artigos 4º e 11, item n. 5, da lei 103/2009).

Quanto à capacidade para ser apadrinhado, o artigo 5º estabelece que

¹⁵⁶ O Tribunal de Justiça de São Paulo criou o programa de apadrinhamento afetivo para crianças e adolescentes que, por algum motivo, não puderam retornar às suas famílias ou que não tenham pretendentes à adoção. O projeto tem o objetivo de estimular que crianças e adolescentes acolhidas em abrigos, com idade a partir de 10 anos (faixa etária que diminui drasticamente as chances de adoção), dando a oportunidade de convívio social, instituindo assim a figura de padrinhos e madrinhas, que podem ou não criar um vínculo de afetividade e quiçá de uma futura paternidade socioafetiva. Trata-se de medida que busca não apenas a figura da paternidade, mas sim de prover o bem estar do menor, uma vez que em uma relação de apadrinhamento não há o objetivo de ser pai ou mãe. Fonte: site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/CartCadastroAdocaoExtensa.pdf>>. Acesso em 02 de nov. 2016

[...] 1 - Desde que o apadrinhamento civil apresente reais vantagens para a criança ou o jovem e desde que não se verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adopção, a apreciar pela entidade competente para a constituição do apadrinhamento civil, pode ser apadrinhada qualquer criança ou jovem menor de 18 anos:

- a) Que esteja a beneficiar de uma medida de acolhimento em instituição;
- b) Que esteja a beneficiar de outra medida de promoção e protecção;
- c) Que se encontre numa situação de perigo confirmada em processo de uma comissão de protecção de crianças e jovens ou em processo judicial;
- d) Que, para além dos casos previstos nas alíneas anteriores, seja encaminhada para o apadrinhamento civil por iniciativa das pessoas ou das entidades referidas no artigo 10.º

2 - Também pode ser apadrinhada qualquer criança ou jovem menor de 18 anos que esteja a beneficiar de confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e protecção de confiança a instituição com vista a futura adopção ou a pessoa seleccionada para a adopção quando, depois de uma reapreciação fundamentada do caso, se mostre que a adopção é inviável.

O apadrinhamento civil português somente pode ser concedido uma vez, Enuncia o artigo 6º, que enquanto subsistir um apadrinhamento civil não pode ocorrer a constituição de apadrinhamento simultâneo, isto é, quanto ao mesmo afilhado, salvo na hipótese em que os padrinhos vivem em família.

Quanto aos efeitos decorrentes do instituto, o artigo 7º determina as responsabilidades dos padrinhos. Destarte, os padrinhos exercem amplamente as responsabilidades parentais, ressalvadas as eventuais limitações previstas no compromisso de apadrinhamento civil ou na decisão judicial.

Aplicam-se, no que couber, algumas regras da tutela, constantes entre os artigos 1936º e 1941º, 1943º e 1944º do Código Civil Português; os dois últimos no caso de falecimento, de inibição do exercício da responsabilidade parental pelos

pais ou se forem desconhecidos.

No que diz respeito aos alimentos, o artigo 21 considera que

1 - Os padrinhos consideram-se ascendentes em 1.º grau do afilhado para efeitos da obrigação de lhe prestar alimentos, mas são precedidos pelos pais deste em condições de satisfazer esse encargo.

2 - O afilhado considera-se descendente em 1.º grau dos padrinhos para o efeito da obrigação de lhes prestar alimentos, mas é precedido pelos filhos destes em condições de satisfazer este encargo.

Por fim, quanto aos pais biológicos do apadrinhado, em regra, beneficiam-se dos direitos expressamente consignados no compromisso de apadrinhamento civil, a saber: *a)* conhecerem a identidade dos padrinhos; *b)* disporem de uma forma de contatar os padrinhos; *c)* saberem o local de residência do filho; *d)* disporem de uma forma de contatar o filho; *e)* serem informados sobre o desenvolvimento integral do filho, a sua progressão escolar ou profissional, a ocorrência de fatos particularmente relevantes ou de problemas graves, nomeadamente de saúde; *f)* receberem com regularidade fotografias ou outro registro de imagem do filho; *g)* visitarem o filho, nas condições fixadas no compromisso ou na decisão judicial, designadamente por ocasião de datas especialmente significativas, caso dos aniversários de todos (artigo 8º da lei 103/2009).

7. O FUTURO DA SOCIOAFETIVIDADE. ESTATUTO DA FAMÍLIA X ESTATUTO DAS FAMÍLIAS.

A trajetória percorrida nos últimos anos não tem, até o momento, um quadro definido sobre o que será redigido como norma.

Além das divergências entre juristas e aplicadores do direito, nota-se colisão de pensamentos que atingem os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, especialmente em temas condizentes aos costumes e à família.

Cumprir destacar dois projetos que se encontram em trâmite no Congresso Nacional. No entanto, é dever salientar que as observações colocadas no presente capítulo limitam-se a ilustrar a questão do instituto do afeto. Não se trata de valorar o que é melhor ou pior para sociedade, cuida-se de reflexão sobre os possíveis rumos no campo da socioafetividade.

O primeiro, já mencionado anteriormente neste trabalho, o Estatuto das Famílias (Projeto de Lei – PL 470/2013), encontra-se em curso no Senado Federal¹⁵⁷.

Preliminarmente, note-se sua grafia no plural, trata-se de construção que “reconhece a entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (artigo 61. A proposta menciona a união de duas pessoas, não obrigatoriamente homem e mulher. Tal observação, deve-se ao fato que a própria união do casal está consubstanciada na união afetiva.

O projeto traz proposta garantidora de direitos. A citada união afetiva possui reflexos na seara da filiação, reforça a tese que o afeto inserido na ordem legal garante não apenas a formação de uniões entre casais, mas funciona como um elemento formador das relações familiares.

¹⁵⁷ De autoria da senadora Lídice da Mata, o projeto tem sua gênese em estudos formulados por juristas que compõem o IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Devolvido em 24 de setembro de 2015 pelo Senador João Capiberibe, relator da matéria, em virtude da aprovação do requerimento comissão de direitos humanos e legislação participativa - RDH nº 73, de 2015, de iniciativa do Senador Magno Malta, para realização de Audiências Públicas para instruir a matéria.

Cumpra observar a existência de liberdade dada pelo Estado ao verificar a possibilidade de construção e reconhecimento de diversas formas de família, desde que não haja interferência no coletivo.

Paulo Lobo menciona o princípio da liberdade e seus reflexos na família. Segundo o autor:

o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226, § 7º, da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.¹⁵⁸

Conclui que a intervenção estatal em regular interesses que restringem a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas uma vez que não há repercussão no interesse coletivo é algo sem sentido e ilustra que o citado princípio está contido em artigos do Código Civil:

como a do art. 1.614 do Código Civil, que permite ao filho maior exercer a liberdade de recusar o reconhecimento voluntário da paternidade feito por seu pai biológico, preferindo que no seu registro de nascimento conste apenas o nome da mãe. Do mesmo modo, se o reconhecimento se deu quando o filho era menor, pode este impugná-lo, ao atingir a maioridade, o que demonstra que o estado de filiação não é necessariamente uma imposição da natureza.¹⁵⁹

¹⁵⁸LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. – 4. ed.– São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70

¹⁵⁹LÔBO, Paulo. *op. Cit.* p 70

Além do conceito extensivo de família, a característica do projeto que merece ser destacada se refere à afetividade como princípio, o que ainda para boa parcela dos juristas é discutível.

O Estatuto das famílias insere a afetividade não só como elemento necessário para a construção da filiação, mas também como princípio. Nas disposições gerais, do projeto de lei do Estatuto das Famílias:

Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto:

I – a dignidade da pessoa humana;

II – a solidariedade;

III – a responsabilidade;

IV – a afetividade;

V – a convivência familiar;

VI – a igualdade das entidades familiares;

VII – a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente;

VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar.

Observa-se que a afetividade constitui um dos princípios de aplicação do Estatuto, além dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente. Estrutura principiológica que consiste em sistema garantidor da aplicação do Estatuto.

A questão do afeto é desenvolvida em todo o Estatuto, ora como princípio, ora como instrumento de construção dos conceitos. É dever mencionar que o objetivo da presente dissertação não é afirmar se a afetividade é princípio e sim levar à reflexão do que é a paternidade sob a ótica do afeto. Apesar de diversos autores afirmarem que a afetividade é princípio, o objetivo do trabalho é demonstrar como o afeto permeia as relações jurídicas entre pais e filhos, e seus efeitos.

O que se constata é a inclusão do afeto como fundamento das relações de parentesco¹⁶⁰, sobre o qual pode resultar de laços de sangue, ora da afetividade, bem como da afinidade.

A importância dada ao afeto é também mencionada no título IV do citado projeto. Em seu artigo 75, garante aos filhos independente da origem biológica ou socioafetiva os mesmos direitos entre os filhos, de sorte a vedar qualquer tipo de discriminação entre os filhos consanguíneos ou não¹⁶¹. Garante, outrossim, a possibilidade em buscar a verdade sobre a origem da filiação, não só sob a perspectiva da origem biológica, mas também a socioafetiva¹⁶². O vínculo de afetividade garante o direito à convivência familiar¹⁶³, porém, o sendo ainda requisito no que se refere à perda da autoridade parental¹⁶⁴, bem como na atribuição da guarda¹⁶⁵.

É dever repisar, que a afetividade, seja ou não considerada hodiernamente como princípio, reforça a necessidade de inserção do afeto como elemento

¹⁶⁰ TÍTULO II - DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

Art. 9º O parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade e da afinidade.

¹⁶¹ DA FILIAÇÃO- CAPÍTULO I- DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 75. Os filhos, independentemente de sua origem biológica ou socioafetiva, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações ou práticas discriminatórias.

¹⁶² Nesse sentido cumpre destacar dois artigos, o primeiro é o artigo 84, onde “o filho não registrado ou não reconhecido pode, a qualquer tempo, investigar a paternidade ou a maternidade, biológica ou socioafetiva”. O outro é o artigo 240, que trata da DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO- DE PARENTALIDADE, onde a partir da propositura da ação investigatória por menor de idade ou incapaz, havendo prova indiciária da parentalidade biológica ou socioafetiva, o juiz deve fixar alimentos provisórios e designar audiência conciliatória.

¹⁶³ CAPÍTULO IV- DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR- Art. 104. O direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade.

¹⁶⁴ Ainda, no que tange à menção ao afeto como requisito para caracterização da filiação, o estatuto envereda sobre a questão do afeto no denominado abandono afetivo, em seu artigo 97: “Perde por ato judicial a autoridade parental aquele que não a exercer no melhor interesse do filho, em casos como assédio ou abuso sexual, violência física e abandono material, moral ou afetivo.

§1º A perda da autoridade parental não implica a cessação da obrigação alimentar dos pais, não os exime de responsabilidade civil e nem afeta os direitos sucessórios do filho.

§2º Os pais que perdem a autoridade parental perdem o direito a alimentos e os direitos sucessórios em relação ao filho”.

¹⁶⁵ Artigo 106. Verificando que os filhos não devem permanecer na convivência dos pais, o juiz deve atribuir a guarda a quem revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a relação de afetividade.

identificador das relações paterno-filiais nos mesmos moldes da filiação biológica, consagrando a ruptura com o antigo sistema discriminatório que, apesar de existente em diversos ordenamentos, sofre aos poucos os influxos dos outros princípios que estruturam a socioafetividade.

No que tange ao Estatuto da Família (PL 6.583/2013), em trâmite na Câmara dos Deputados¹⁶⁶, possui estrutura restritiva no que se refere ao conceito de família. Nos termos do seu artigo 1º, *"esta lei institui o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar"*. Em complemento, enuncia a proposta do seu artigo 2º que:

para os fins desta lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Observa-se uma busca por um modelo rígido, onde o afeto não é requisito, pelo menos explícito, para conceituar o que é família.

Distante da busca em tecer maiores comentários sobre os aspectos dos dois estatutos, uma vez que abrangem o Direito de Família e não somente os aspectos de paternidade socioafetiva, o presente capítulo tem por objetivo demonstrar que a importância do afeto no Estatuto das Famílias, sob o aspecto paterno-filial, consolida o pensamento jurisprudencial e doutrinário, alicerçados na Constituição Federal.

No âmbito da atual doutrina do Direito de Família, para demonstrar qual a corrente majoritária hoje prevalecente, os enunciados 519 e 520 da V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 2011, reconhecem o

¹⁶⁶ Última ação legislativa em 8 de outubro de 2015: Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6583, de 2013, do Sr. Anderson Ferreira, que "dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências", e apensado (PL658313) APÓS APROVAÇÃO DE REQUERIMENTO DA DEPUTADA ERIKA KOKAY DE PREFERÊNCIA ENTRE OS DESTAQUES, VOTAÇÃO DO DESTAQUE Nº 1/15, DA BANCADA DO PSOL, QUE TEM POR OBJETO VOTAR EM SEPARADO A EMENDA Nº 1/15, DO DEP. BACELAR (PTN/BA), PARA ALTERAR A REDAÇÃO DO ART. 2º DO SUBSTITUTIVO, QUE DEFINE O CONCEITO DE FAMÍLIA: REJEITADA A EMENDA DESTACADA, FICANDO MANTIDO O TEXTO DO RELATOR, CONTRA OS VOTOS DOS DEPs.: BACELAR (PTN/BA), ERIKA KOKAY E GLAUBER BRAGA.

parentesco socioafetivo, o que demonstra uma sedimentação doutrinária a respeito do tema no País.

O citado Estatuto da Família, no singular, não realiza qualquer menção ao afeto. Nessa perspectiva, não haveria qualquer interesse do legislador em consagrar tal instituto.

Pelo Estatuto das Famílias, as famílias são formadas por laços afetivos, independentemente do gênero dos indivíduos que a compõem. Trata-se de interpretação inclusiva e protege um número maior de indivíduos, estando, assim, em conformidade com os valores da Constituição Federal de modo geral, afastando eventuais dúvidas que possam surgir da leitura da lei. Nessa linha, cumpre frisar que todos os posicionamentos são respeitados, até porque a própria Constituição Federal veda em seu artigo 5º a discriminação.

Embora o Código Civil seja de 2002, ele traduz concepções morais da década de 1960. Daí a necessidade de adequar essas regras às novas formatações de família que não são protegidas pela legislação atual”, afirma.

CONCLUSÃO

1. As alterações no comportamento de nossa sociedade, em decorrência dos reflexos de ordem econômica e social após o período pós-Segunda Guerra demandaram uma nova percepção da pessoa humana, no sentido de valorizar sua essência de ser social e pensante.

2. A sociedade passou a questionar os comportamentos impostos, uma vez que, pouco serviam para alcançar um postulado que ainda falamos timidamente, a felicidade.

3. O novo paradigma passa a estar diretamente relacionado à afetividade, que se constitui em um dos elementos centrais identificadores do que se compreende por entidade familiar e, com isso, a afetividade passa a integrar a própria estrutura da família contemporânea.

4. Não se pode deixar de olvidar que a afetividade, em decorrência do esgotamento do alcance fornecido pela ordem vigente, que era considerado diminuto aos anseios de boa parcela da população, passou a ser objeto de demanda para o alcance de uma formação pessoal mais existencialista, onde o ser humano é o ator principal de sua vida.

5. Houve também uma alteração funcional, visto que se esgotaram as funções econômicas, religiosas e institucionais da família, passando a ser a viabilização da realização afetiva de cada um dos seus integrantes sua função principal na atualidade.

7. Essa nova ordem apresenta demandas imprevistas e cada vez mais complexas, que por diversas vezes, deparou-se com um Direito de Família sem previsão legislada, como nas uniões estáveis, tanto homo quanto heteroafetivas, os parentescos socioafetivos, os casos de multiparentalidade, inseminações artificiais, entre diversos outros casos, que não eram sequer previstos na sociedade, muito menos na lei.

8. Nesse processo de repersonalização, a socioafetividade pode ser considerada fundamento dos relacionamentos familiares. A dimensão afetiva gradativamente assume uma posição cada vez mais central na representação desses envolvimento.

9. Em razão das mudanças advindas na sociedade no último século, a afetividade, que era restrita à outras ciências, ruma ao reconhecimento de princípio nas relações jurídicas no Direito de Família.

10. Frise-se, outrossim, a característica multidisciplinar da afetividade, que a princípio, por ser objeto de pesquisa de outras áreas, sofreu certa resistência antes de ocupar espaço nos bancos jurídicos, mas que rapidamente, foi adotada no sentido de suportar as indagações colocadas diante o Poder Judiciário.

11. A atuação do Judiciário é de absoluta importância. Verifica-se a sensibilidade de grande maioria dos julgadores, sem deixar de mencionar a lógica jurídica utilizada, com a finalidade de evitar julgamentos que corrompam os princípios previstos na Constituição Federal.

12. De seu turno, a família passou a receber a proteção da afetividade como instrumento de garantia de direitos ao lado dos demais princípios constitucionais.

13. Paralelamente, em vários países o fenômeno da constitucionalização do Direito foi significativo nesse processo. As Constituições assumiram um novo e relevante papel, adquirindo força normativa própria e dispendo sobre diversas matérias.

14. O mesmo reconhecimento de eficácia direta aos direitos fundamentais também foi dado no Direito Pátrio. Com o advento da Constituição de 1988, uma nova ordem fundada no Estado Democrático de Direito que contribuiu sobre o conteúdo e papel dos princípios nesta nova roupagem que lhe foi conferida.

15. O movimento de repersonalização do direito civil trouxe questionamentos e voltou a atenção para a tutela da pessoa humana, onde a afetividade passou a assumir papel cada vez mais relevante.

16. O Código de 2002 tratou pontualmente da afetividade, expressando isso em algumas disposições. As recentes alterações legislativas implementadas trouxeram a afetividade de forma expressa em vários dispositivos, indicando uma tendência de seu maior acolhimento.

17. De forma sensível e pautada na razão observamos uma amplitude da construção jurisprudencial no sentido de reconhecer a socioafetividade em variadas situações existenciais afetivas, de tal sorte que o papel do juízes, na consolidação de nova jurisprudência foi essencial para a consolidação da afetividade como princípio de direito.

18. Com a dissolução do matrimônio ou da convivência, a filiação não desaparecerá, seja ela natural ou civil. Assim, solvida a relação, ainda existem os impedimentos matrimoniais, o direito de visitas e conseqüentemente a obrigação alimentar entre eles. Isso é o que a doutrina vem chamando de paternidade alimentar.

19. A afetividade é um princípio do Direito de Família, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento.

20. Como mandamento de otimização, o princípio da afetividade não possui um sentido rígido, pois será sempre apurado em situação específica.

21. Tanto as características das relações atuais, como as peculiaridades inerentes à afetividade demonstram que encontra-se tutelada na categoria de princípio jurídico, de tal sorte que a utilização do princípio jurídico da afetividade, ao lado dos demais institutos e princípios de direito de família, tem por escopo auxiliar na construção de inúmeros questionamentos a serem enfrentados no Direito de Família.

22. O RE 898060/SC consolida o status da parentalidade socioafetiva como suficiente vínculo parental, categoria edificada pelo professor Guilherme de Oliveira, em Portugal, e, no Brasil, corroborada pelos professores João Baptista Vilella, Zeno Veloso, Luiz Edson Fachin e Paulo Lôbo, dentre outros.

23. A paternidade socioafetiva gera os efeitos relativos à extensão da socioafetividade a outros parentes no campo sucessório, o dever de prestação de alimentos pelos pais, a guarda dos filhos, direitos previdenciários, inclusive no que se refere aos casos de adoção de fato, efeitos registrares como a possibilidade de alteração do nome e a inclusão de novos pais consubstanciada na multiparentalidade.

24. A paternidade sob a ótica do afeto pode ser desconstituída caso não atenda ao melhor interesse da criança, bem como afronte o princípio da dignidade da pessoa humana quando se tratar de menor.

25. Em razão das diversas demandas relativas à questão do abandono de crianças e adolescentes, que não têm a perspectiva de serem um dia adotados, inicia-se a criação de instituto denominado apadrinhamento legal, semelhante ao instituto do apadrinhamento civil português. Trata-se de um desdobramento do instituto da afetividade, vislumbrando a possível criação de relações afetivas que poderão ou não acarretar em uma relação paterno-filial socioafetiva aos denominados padrinhos.

26. O parentesco socioafetivo é uma realidade social e jurídica no ordenamento pátrio, que tende a percorrer um caminho próspero, de avanços sociais, no sentido de prover o bem-estar da sociedade como um todo, de sorte a dignificar o homem como indivíduo e garantir a consecução dos princípios previstos em nosso ordenamento, principalmente por abordar os direitos da personalidade.

27. A paternidade sob a ótica do afeto é fundada na socioafetividade, no dever de cuidado daquele que não é seu filho biológico. Mas até este precisa criar vínculo afetivo.

28. Apesar das dificuldades existentes ao verificar a socioafetividade nas relações paterno-filiais. A utilização dos princípios da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, no que se refere ao dever de cuidado, do princípio da igualdade jurídica dos filhos, que rompeu os antigos preceitos (ou preconceitos) existentes na sociedade, o princípio da consagração do poder familiar, fundado em um ambiente preocupado com o pleno desenvolvimento da pessoa humana tanto no aspecto físico, quanto biológico e social, o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, talvez o mais importante de todos, que irradia seus efeitos sobre todo o sistema garantidor da socioafetividade e o princípio do superior interesse da criança e do adolescente que consiste em fundamento da socioafetividade.

29. No ordenamento estrangeiro o assunto é interminável. Cada país possui seus anseios, objetivos e princípios garantidores. Trata-se de traço cultural, identidade própria, onde mesmo em um mundo com tecnologias que favorecem o intercâmbio de ideias, os anseios referentes à socioafetividade são mais explícitos em nosso país

30. Em alguns países a demanda de uma paternidade garantida pelo afeto não significa a busca essencial em garantir o melhor interesse da criança, que pode ser o direito ao amor, o direito à felicidade, bem como em estruturas rígidas que não pretendem adentrar em qualquer aspecto que garanta a socioafetividade. Até porque, talvez, já transpuseram as barreiras que garantiam a dignidade da pessoa humana ou, simplesmente, não pretendem que a afetividade seja garantidora da filiação. Mas em vários ordenamentos, a paternidade é vista com mais cautela sob a ótica do afeto, de sorte a criar novos instrumentos que viabilizam a sua sedimentação como forma de garantia dos direitos da personalidade e, para muitos, como princípio.

31. A paternidade vista sob a ótica do afeto consiste em uma estrutura que garante a igualdade entre os filhos, sob qualquer aspecto, bem como assegura o dever de cuidado dos pais com relação aos seus filhos no sentido de dar atenção necessária para o pleno desenvolvimento do ser humano, que se encontra em estágio de formação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

ARIÉS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.

BARROS, Sergio Resende de. *A ideologia do afeto*. Revista IBDFAM. Del Rey. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=40>>. Acesso em: 20 jul. 2005.

BASTOS, Eliene Ferreira, LUZ, Antônio Fernandes da, Louzada, Ana Maria Gonçalves. *Família e jurisdição II* / coordenadores: Eliene Ferreira Bastos, Antônio Fernandes da Luz ; [Ana Maria Gonçalves Louzada ... et al.]. -Belo Horizonte : Del Rey. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5a ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937.

BLANKENHORN, David. *Fatherless America: confronting our most urgent social problem*. New York: Harper Collins Publishers, 1995.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary 4th*, copyright By West Publishing CO. 1968.

BRASIL. Legislação Federal. Código Civil. Disponível em: <https://ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 8.10.2012

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei Federal n 8.069/90*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOFF, Leonardo. *São José: a personificação do pai*. Campinas: Vêus, 2005.

CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em 19 set. de 2016.

_____. *O princípio da afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>>. Acesso em 28 abr .2016.

CANDIDO, Antonio. *The Brazilian family*. In: SMITH, L. E; MARCHANT, A. (Org.). *Brazil, portrait of half a continent*. Nova Iorque: The Dryden Press, 1951.

CARLUCCI, Aida Kemelmajer de. *Las nuevas realidades familiares en el código civil y comercial argentino de octubre de 2014*. Revista LA LEY.2014.

CHAVES, Antonio. *Formação histórica do direito civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ano 2000. V. 95.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAS, Caroline Said. *Os instrumentos jurídicos do Direito Civil disponíveis para fiscalização do cumprimento dos deveres parentais*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6301>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5: Direito de Família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil - XVIII: do Direito de Família, do direito pessoal, das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil Comentado – Direito de Família Casamento – artigos 1.511 a 1.590 – Vol XV*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed., rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 29. ed. Rio de Janeiro: Record, 1994.

GOMES, Antonio Mota *Momentos de “juntar”* Disponível em: <http://www.suigeneris.pro.br/contosepoesias_m_contos107.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito Civil. Volume 7. Direito de Família*. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Aspectos jurídicos da relação paterno-filial*. Carta Forense São Paulo, ano III, n. 22, p. 3, março, 2005.

_____. *Sentença inédita conquista “direito ao afeto”*. Disponível em: <http://www.unitoledo.br/toledonews/ago-set04/dir_afeto.htm>. Acesso em 10 out. 2016.

_____. *O direito ao afeto na relação paterno-filial*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=5678>. Acesso em 10 out. 2016

_____. *Direito ao pai: dano decorrente de abandono afetivo na relação paterno-filial*. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Belo Horizonte, n. 33, p.3-4, jul./ago., 2005.

HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, I, 11 a 13 de setembro de 2002, Auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília – DF), Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, III, 1º a 3 de dezembro de 2004, Auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília – DF), Enunciados aprovados. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

KANT Immanuel. 1724-1804. *Metafísica dos Costumes*; tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. – Petrópolis, RJ: Vozes ; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2013.

LIAO, S. Matthew. *The Right of Children to Be Loved* (Journal of Political Philosophy). Malden/Massachusetts: John Wiley & Sons Ltd. 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. São Paulo. Saraiva, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípios Contratuais*. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos Empresariais: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4. ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

MARELLA, Maria Rosaria e MARINI, Giovanni. *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*. Editora Universale Laterza. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza de sua reparação*. In: *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. 2: Direito de Família – atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. *Código civil comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial - Artigos 1.591 a 1.693 - v. XVI*, Editora Atlas. 1.º edição. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. IX-X.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo. Editora Saraiva. 1993

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, filhos e danos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?op=true&cod=5294>. Acesso em: 10. jul. 2016.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A tutela jurídica da afetividade*. Curitiba. Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código civil alemão. Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SIFFREIN BLANC, Carolina. *La parenté en droit civil français*. Presses universitaires d'Aix-Marseille. 2009.

SOUZA, Ionete de Magalhães. *Artigo - Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina*. Disponível em <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_m

ostrar.cfm&id=10724>. Acessado em 29.10.2013 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo. Editora Saraiva. 1993

REZENDE, Joubert R. *Direito à visita ou poder-dever de visitar: o princípio da afetividade como orientação dignificante no Direito de Família humanizado*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 150-160, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro. Forense. Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Bases Teóricas Para o Novo Direito de Família*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, v. 23, jul./set. 2005.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVI, n.21 (nova fase), maio 1979.

BASTOS, Eliene Ferreira, Luz, Antônio Fernandes da, Louzada, Ana Maria Gonçalves. *Família e jurisdição II* / coordenadores: Eliene Ferreira Bastos, Antônio Fernandes da Luz ; [Ana Maria Gonçalves Louzada ... et al.]. -Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial*. in: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de Direito e Processo de Família – Primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 277-308.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.157-158.