

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Denise Cordeiro de Oliveira

**Filiação Socioafetiva: ausência legislativa e a concretização do direito fundamental à
filiação na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros**

Osasco/SP

2013

DENISE CORDEIRO DE OLIVEIRA

**Filiação Socioafetiva: ausência legislativa e a concretização do direito fundamental à
filiação na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros**

**Linha de Pesquisa 1: Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material e
Linha de Pesquisa**

Afirmação Histórica, Problematização e Atualidade dos Direitos
Fundamentais

Dissertação apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito, do Programa de
Pós Graduação em Direito do Centro Universitário
Fundação Instituto de Ensino para Osasco – UNIFIEO.
Sob Orientação da Professora Doutora Márcia Cristina de
Souza Alvim.

Osasco/SP

2013

FICHA CATÁLOGRAFICA

OLIVEIRA, Denise Cordeiro de.

Título: Filiação Socioafetiva: ausência legislativa e a concretização do direito fundamental à filiação na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, Orientação Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim – Osasco, UNIFIEO: 2013.

Dissertação (Mestrado), Direito – Centro Universitário FIEO. Faculdade de Direito. Programa de Pós Graduação Stricto Sensu – Mestrado. Osasco, 2013.

Orientadora: Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim.

- 1. Noções gerais referentes ao conceito de família. 2. A filiação no direito brasileiro.**
- 3. A filiação socioafetiva. 4. A concretização da filiação socioafetiva nos tribunais brasileiros.**

I . UNIFIEO I. OLIVEIRA, Denise Cordeiro de. II. Título.

Autorizo a impressão total do meu trabalho acadêmico para fins de divulgação científica.

Osasco, 11 de dezembro de 2013.

Denise Cordeiro de Oliveira

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente Dissertação, intitulada “Filiação Socioafetiva: ausência legislativa e a concretização do direito fundamental à filiação na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros”, elaborada pela mestrandia: Denise Cordeiro de Oliveira, apresentada para a obtenção do título de Mestre em Direito, do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário Fundação Instituto de Ensino para Osasco – UNIFIEO. Área de concentração: Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material e Linha de Pesquisa - Afirmção Histórica, Problematização e Atualidade dos Direitos Fundamentais.

Data da Apresentação: 11.12.2013.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora

Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim
UNIFIEO

Convidado 1.

Professor Doutor Paulo Salvador Frontini
UNIFIEO

Convidado 2.

Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
PUC/SP

Conceito final: 10,0 (Dez)

DECLARAÇÃO DE ÉTICA E RESPEITO AOS DIREITOS AUTORAIS

Osasco, 11 de dezembro de 2013.

Declaro para os devidos fins que esta pesquisa foi por mim elaborada e que não há nesta dissertação, cópias de publicações de trechos de títulos de outros autores sem a respectiva citação, nos moldes da NRB 10.520, de agosto de 2002.

Denise Cordeiro de Oliveira

RG. 35.030.672-2

Dedico esta obra ao meu marido, Pedro Luiz Belisqui Junior e a minha mãe, Marilene Cordeiro de Oliveira, pelo apoio, paciência e dedicação constante que tiveram comigo no decorrer desta jornada.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, fonte de benevolência que sempre me acompanha e socorre, permitindo com sua graça que sonhos como este sejam possíveis.

Do mesmo modo, agradeço a minha família: meus pais, Marilene e Ailton, que desde o momento de minha concepção, investiram em mim com amor, respeito e tempo, sem jamais descuidar de minha educação; e ao meu marido, Pedro, que me amou, me entendeu, me apoiou e acreditou mais do que ninguém na concretude deste objetivo.

Agradeço ainda, ao amigo, Juliano Ralo Monteiro, grande incentivador, sem o qual nada disso seria possível.

E por fim, agradeço todos os professores que me acompanharam no decorrer deste curso, com destaque especial e muito carinho por minha Professora Orientadora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim.

RESUMO

A presente dissertação traz uma análise contextualizada da família atual como base da sociedade brasileira e parte importante na formação da identidade e personalidade de seus integrantes. Tendo como foco principal a visão da paternidade socioafetiva no cenário jurídico e a possível sobreposição das diversas formas de paternidade na aplicação prática, observou-se a lacuna legislativa referente ao tema, utilizando-se para tanto de um levantamento histórico, social e jurídico a respeito da evolução e do tratamento legal dado à filiação no decorrer da história e na jurisprudência dos Tribunais Brasileiros. Evidenciou-se ainda seu valor para o indivíduo, para a família e, conseqüentemente, para a sociedade, destacando sua condição de direito fundamental e, sobretudo, seu reflexo na dignidade da pessoa humana de pais e filhos. Explanou-se também a pluralidade de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, muitas vezes antagônicos entre si, levando-se em consideração a realidade fática e a dificuldade de positivação sobre esta delicada questão.

Palavras-chave: família, filiação, paternidade e socioafetividade.

ABSTRACT

This dissertation brings a contextualized analysis of current family as the basis of Brazilian society and important part in shaping the identity and personality of its members. The primary focus of the vision affective paternity in legal scenario and possible overlap of different forms of parenting in practical application, there was a legislative gap regarding the topic, using for both a historical, social and legal regarding evolution and the legal treatment given to membership in the course of history and jurisprudence of the Brazilian Courts. It also showed its value to the individual, the family and thus to society, highlighting its status as a fundamental right and, above all, his reflection in the human dignity of parents and children. Expounded also the plurality of doctrinal and jurisprudential positions often antagonistic to each other, taking into account the objective reality and the difficulty of positive about this sensitive issue.

Keywords: family, parentage, paternity and socioafetividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 NOÇÕES GERAIS REFERENTES AO CONCEITO DE FAMÍLIA	15
1.1. Síntese histórica da família e sua evolução.....	16
1.2. Conceito de família na atualidade	22
1.3. A concepção constitucional da família	25
1.4. Princípios fundamentais do direito de família.....	32
1.4.1.Princípio da dignidade da pessoa humana.....	33
1.4.2.Princípio da liberdade.....	37
1.4.3.Princípio da igualdade entre cônjuges.....	40
1.4.4.Princípio da igualdade jurídica entre os filhos	41
1.4.5.Princípio do melhor interesse da criança.....	43
1.5. A nova estrutura familiar	49
1.5.1.A família e o desenvolvimento da personalidade	53
1.5.2.A formação da identidade.....	57
1.5.3.Direito ao nome	60
2 A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	62
2.1. Filiação no Código Civil de 1916.....	67
2.2. Filiação no Código Civil de 2002.....	72
2.3. Responsabilidades, obrigações e direitos decorrentes do vínculo de filiação.....	74
2.4. Filiação jurídica ou registral.....	78
2.5. Filiação biológica	82
2.5.1.A dessacralização do DNA.....	83
3 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	87
3.1. Posse do Estado de filho	93
3.2. Adoção e “adoção à brasileira”	97
3.3. Inseminação artificial heteróloga.....	102
3.4. A investigação de paternidade socioafetiva	107
3.5. A irrevogabilidade da filiação socioafetiva.....	109
3.6. Efeitos jurídicos da filiação socioafetiva	113
3.6.1.Efeitos jurídicos existenciais	115
3.6.2.Efeitos jurídicos patrimoniais	118
4 A CONCRETIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.	122
CONCLUSÃO.....	134
REFERÊNCIAS.....	138

INTRODUÇÃO

A família brasileira tem sofrido mudanças significativas em sua estruturação, essa nova realidade necessariamente alterou os vínculos de parentalidade até então firmados pelo Direito, que conseqüentemente, também veio a sofrer modificações.

De fato, não obstante o casamento civil¹, a Ordem Constitucional equiparou como entidade familiar a união estável² e a família monoparental³. Doutrina e jurisprudência ampliaram a concepção delineada pela Constituição, entendendo que o artigo 266⁴ trata-se, na verdade, de rol exemplificativo⁵ acrescentando outras manifestações familiares como: a) família anaparental, formada por filhos sem pais⁶; b) família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo⁷; c) família pluriparental, ou seja, aquela que decorre de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo dos simples relacionamentos afetivos entre seus membros⁸.

Com base no direito fundamental à filiação, e observando a lacuna legislativa referente ao tema, bem como, as aplicações jurisprudenciais divergentes para cada Estado da Federação, a presente dissertação teve o objetivo de analisar de forma crítica as diversas formas de filiação ora estabelecidas por essas novas relações familiares e sua aplicação prática pelo Direito de Família, contextualizando a situação fática com as decisões judiciais, haja vista a falta de ordenamento específico ao que concernem estas demandas.

Para tanto, se fez necessário uma prévia pesquisa sobre o “instituto da família”, remontando suas origens advindas do direito romano, observando seus princípios norteadores e acompanhando sua evolução, afirmação histórica e constitucional. Destacou-se ainda a

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 226 - § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

² *ibidem*, “Art. 226 - § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

³ *ibidem*, “Art. 226 - § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

⁴ *ibidem*, “Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

⁵ Esse é o posicionamento de LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56 e seguintes; DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. RT, 2009, p. 40 e seguintes. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 24.

⁶ Conforme reconhecido pelo Pretório do STJ no REsp 159851/SP: Em referido acórdão, o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR em julgado de 19/03/1998 houve por bem entender que o imóvel comum onde residem dois irmãos solteiros, constitui entidade familiar e, portanto, goza da proteção da impenhorabilidade do bem de família. Ampliando ainda mais o conceito de família anaparental, Maria Berenice Dias afirma tratar-se de “convivência entre parentes, ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito”.

⁷ de acordo com o STF no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF

⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 995.

evolução da filiação no direito brasileiro, apresentando o tratamento dado por nossa legislação civil de 1916⁹, de 2002¹⁰ além das aplicações jurisprudenciais contemporâneas.

Com a larga popularização de Código Genético - DNA¹¹ tem se tornado comum ao Poder Judiciário enfrentar questões a respeito de três verdades nas relações familiares que não de ser devidamente esclarecidas e ponderadas: a verdade registral, a socioafetiva e a genética.

Fato é que o emprego da técnica do exame de código genético - DNA, no Poder Judiciário Brasileiro tem trazido verdadeiras revoluções, havendo repercussões tanto na seara do direito material (como no direito de família para determinar a paternidade, ou mesmo no direito penal, para a descoberta de autoria de crimes), quanto no direito processual, como a mitigação dos efeitos da coisa julgada¹². Com a possibilidade de comprovação biológica vivemos por décadas uma verdadeira “sacralização” da verdade genética, que vem sendo atualmente questionada com o advento do conceito de afeto como essencial nas relações familiares.

A denominada paternidade socioafetiva está principalmente constituída pela posse do estado de filho. Sua primordial função é resguardar a dignidade da pessoa humana e os melhores interesses da criança. Sua fundamentação no atual Código Civil encontra-se, basicamente, na cláusula aberta prevista no artigo 1.593, que estabelece: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou de outra origem”¹³.

Paternidade socioafetiva se trata de construção doutrinária que procura consagrar a convivência e afetividade de forma duradoura e harmônica entre pais e filhos que, mesmo não possuindo vínculos genéticos (biológicos), possuem o vínculo do amor. Assim, pode-se dizer que a paternidade, objeto da cultura humana, não é somente um “dado”, mas

⁹ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.

¹¹ Nomenclatura utilizada pelo artigo 3º, VI, da Lei n. 1.060/50, com redação dada pela Lei n. 10.317/01. (BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 De Fevereiro de 1950. **Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados**. “Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.”

¹² Há de salientar que existe franca doutrina e jurisprudência a permitir que casos já transitados em julgado sejam relativizados, mitigando, portanto, o princípio da segurança jurídico, como consagrado no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e artigo 5º, XXXVI da Constituição da República. A propósito, no RE 363.889/DF, julgado em 02 de junho de 2011, o posicionamento majoritário do STF é no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana prevalece sobre o da coisa julgada em caso que trata do direito de um jovem exigir do suposto pai um teste de DNA para reconhecimento de paternidade, mesmo após trânsito em julgado de sentença de processo anterior (Informativo STF n. 631). Com mesmo entendimento, confira no STJ, o Resp 706.987 e Resp 653.942.

¹³ Ficou estabelecido na **I Jornada de Direito Civil** que: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no artigo 1.603, compreende-se à luz do disposto no artigo 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

“construção”, que demanda tempo, atenção, dedicação, respeito, carinho, zelo e amor recíprocos.

Com efeito, a afetividade jurisdicionou-se, tornando-se princípio maior nas relações familiares, servindo, no mais das vezes, como seu fundamento. De forma ainda atualíssima, João Baptista Villela, ao fim da década de 1970 já dizia que:

Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. 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 esforço do esvaziamento biológico da paternidade¹⁴.

Com amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, a filiação socioafetiva é vista como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança¹⁵. Buscando um melhor entendimento a este respeito, fez-se necessário um estudo interdisciplinar, recorrendo-se assim, a obras conhecidas de educadores, filósofos e mesmo psicanalistas, que tratam da influência que “o meio” pode gerar na formação e desenvolvimento da pessoa.

Ao que tange a esta nova fundamentação da filiação, merecem destaque os “temas polêmicos” que a falta de legislação específica traz, assim como, as obrigações, responsabilidades e os efeitos jurídicos do reconhecimento da paternidade socioafetiva.

A paternidade traz inúmeros deveres e, conseqüentemente, várias são as implicações daí decorrentes e que merecem ser enfrentadas. A discussão se acalora, sobretudo, quando debatidas questões patrimoniais. O embate entre os vínculos de filiação biológico, registral e socioafetivo torna-se terreno fértil que merece uma atenção pormenorizada e sistemática.

Dessa forma, nas questões em que estão presentes a dissociação entre os vínculos biológico e socioafetivo, nas quais o Poder Judiciário é chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões¹⁶. Esse é o melhor posicionamento que o intérprete

¹⁴ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, maio de 1979.

¹⁵ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO**. REsp 450566/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 03/05/2011. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+450566&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO > Acesso em: 11 de setembro de 2013.

¹⁶ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES**. REsp 833.712/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em:

deve ter para harmonizar os conflitos decorrentes das verdades biológica, registral e socioafetiva.

Por fim, visando à concretização prática da filiação socioafetiva, esta pesquisa propõe-se a fazer uma breve reflexão sobre algumas antagônicas decisões já proferidas pelos tribunais brasileiros, a fim de demonstrar a importância do tema para o cenário jurídico.

Informa-se que o método adotado foi o crítico dedutivo e por vezes o dialético, pelo qual pretendeu-se, por meio da leitura de textos, passar por todas as suas fases, quais sejam, de reconhecimento (pré-leitura); seletiva; crítica (reflexiva) e interpretativa. Por esse método, colima-se: a) formular questões (propor problemas) e levantar hipóteses; b) fazer observações; c) registrá-las; d) elaborar explicações, rever conclusões em eventual desacordo com as observações recebidas; e) generalizar: estender as conclusões obtidas a casos de condições similares e, por fim; f) prever (predizer), antecipar.

Quanto aos materiais, foram utilizados: a) legislação pátria, projetos de leis, e outras produções oficiais emanadas por órgãos da Administração Pública; b) obras de produção doutrinária encontradas em livros, revistas e artigos acadêmicos, e/ou publicados em endereços eletrônicos; e c) pesquisa jurisprudencial de decisões proferidas pelas diversas instâncias do Poder Judiciário nacional.

1 NOÇÕES GERAIS REFERENTES AO CONCEITO DE FAMÍLIA

As mudanças sociais pelas quais a humanidade passou, sobretudo, no século passado, colaboraram para o aperfeiçoamento dos conceitos de Estado, sociedade e família nos moldes como conhecemos hoje.

Foram muitas as transformações e evoluções percorridas até que se chegasse aos parâmetros atualmente aplicados pelo Direito contemporâneo. Para o Direito de Família em particular, convém um exame prévio do seu contexto histórico que nos possibilite entender melhor o contexto atual.

Desta forma será possível observar os avanços sociais e as mudanças de paradigmas que fizeram com que o Direito de Família passasse efetivamente a ter relevância no mundo jurídico.

Inicialmente, cabe destacar que o ordenamento jurídico brasileiro como a maioria dos ordenamentos ocidentais, deriva do Direito Romano.

Com relação à família e principalmente aos direitos referentes à filiação, o modelo Romano foi seguido, porém se desenvolveu de forma diversa em cada sociedade, um exemplo disso são os franceses, que em seu Código Civil se inspira numa filosofia desencarnada que consagra o primado da vontade na criação do laço de filiação. Em contrapartida tem-se o direito Alemão, o BGB (Código Civil Alemão), que prima pela realidade fisiológica e até recentemente ignorava o reconhecimento¹⁷, por sua vez, a sociedade brasileira caminhou no sentido de humanizar o ordenamento jurídico, se baseando cada vez mais nas relações sociais e afetivas, conforme veremos.

¹⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.105

1.1. Síntese histórica da família e sua evolução

Em Roma, o “pai de família” ou *pater familias*¹⁸ era a denominação dada ao chefe de família, *sui juris*¹⁹, que não possuía um ascendente varão ou cujo ascendente vivo tivesse renunciado a sua autoridade frente à família²⁰, tratava-se da autoridade central, o grande homem, chefe que acumulava amplos poderes dentro do ambiente familiar²¹.

Um romano se tornaria pai em decorrência do casamento, ainda que ele não fosse o genitor da criança, o simples fato de ser esposado com a mãe já fazia dele pai por direito.

E é neste momento que surge a noção de “paternidade social”, onde na realidade a sociedade da época buscava estabelecer uma verdade jurídica que apaziguasse as relações familiares.

Em suas mãos estava o destino de seus descendentes e daqueles que respondiam à sua autoridade, podendo este dispor de suas vidas como bem pretendesse²². Este poder era direcionado à sua esposa, seus descendentes e escravos²³. Neste rol estavam inclusos também os filhos biológicos ou adotivos, noras e netos, bem como seus ancestrais que houvesse renunciado ao poder sobre os demais²⁴.

A família romana era um grupo onde as pessoas poderiam ou não possuir vínculos consanguíneos. Como a relação familiar não tinha base nos laços de consanguinidade eram considerados membros da mesma família todos aqueles que se submetiam a autoridade do mesmo *pater familias*²⁵.

¹⁸ “O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com seus descendentes”. (WOLD, Arnoldo. **Direito civil: direito de família**, vol. 5 / Arnoldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 12.)

¹⁹ Expressão latina que significa: pessoa livre, independente. “Do seu direito. Diz-se da pessoa livre, capaz de determinar-se sem depender de outrem.” (Dicionário de Latim. Disponível em: <<http://www.dicionariodelatim.com.br/sui-juris/>> . Acesso em: 25 de agosto de 2013.

²⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.11.

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.179

²² O *pater familias* possuía o chamado *ius vitae necisque*, ou seja, direito de vida e morte sobre seus filhos e sua esposa.

²³ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.25

²⁴ WOLD, Arnoldo. **Direito civil: direito de família**, vol. 5 / Arnoldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 12.

²⁵ *Ibidem*, p. 12.

Os filhos advindos de relacionamentos extraconjugais eram considerados ilegítimos, e, portanto, não reconhecidos em função da tentativa de preservação do patrimônio familiar²⁶.

A decisão de todos os atos da vida civil cabia ao *pater familias*, que exercia as funções de sacerdote, juiz, chefe político²⁷. Entre suas atribuições estava a livre escolha sobre o futuro cônjuge de seus filhos, bem como a manutenção ou dissolução desse casamento conforme suas conveniências, poderia ainda dispor livremente dos bens²⁸ de todos os integrantes de sua família. Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite:

O pai romano tem poder de vida e de morte sobre seus filhos. No nascimento ele aceitava ou recusava o filho. Recusada, a criança era exposta, ou morria ou era recolhida. Juiz natural de seus filhos, ele podia condená-los a morte por meio de sentença privada, como igualmente podia deserdá-los. Enquanto o pai vivia, o filho não podia praticar nenhum ato da vida civil (contratar, testar, etc.) sem o aval paterno²⁹.

Existia a possibilidade de promover a venda dos filhos. Tal ato primeiramente foi interpretado como *in mancipio*, ou seja, como transferência de modo solene da propriedade³⁰.

Sobre a família romana Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf nos ensina que:

Nas sociedades primitivas, as primeiras manifestações de família formaram-se com base no instinto sexual. O direito romano conheceu uma estrutura familiar com acento fortemente patriarcal, onde o casamento era monogâmico e heterossexual, e o consenso representou o seu elemento mais significativo³¹.

Já no período pós-clássico, os vendidos eram transformados em escravos. Posteriormente a venda dos filhos somente era aceita para efeitos de emancipação. Além disso, caso o filho cometesse um delito, ele poderia ser entregue à vítima, visando à punição de um e como forma de compensação do outro³².

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p.99.

²⁷ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**, São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.25

²⁸FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.12.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.102

³⁰FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.11.

³¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.11. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

³²FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.12.

Neste contexto, é possível comparar os integrantes da família romana a bens ou objetos, isso porque, os membros da família eram como parte do espólio do chefe familiar, sendo inclusive admitida a transferência desta “propriedade”.

O poder exercido pela figura paterna foi diminuindo conforme o Estado passou a fazer parte da vida doméstica da família romana, assim, o pai deixa de ter poder sobre a vida e morte de seus filhos e passa a ser proibido de vendê-los, cabendo a este apenas o direito de corrigi-los sem excessos³³.

Neste sentido, nos esclarece Arnoldo Wold:

No Império, desaparece a gens e concedem-se direitos sucessórios e alimentares cognados. O Estado limita a autoridade do pater, admitindo-se que o *aliene-juris* possa recorrer ao magistrado no caso de abuso do pater. Desaparece a venda dos filhos pelo pai, e a este só se permite aplicar a *modica castigatio* (pena moderada). A mãe, em virtude de direito pretoriano, é autorizada a substituir o pai, ficando com a guarda dos filhos. Com o *Senatus-consulto Tertuliano*, passa ela a ter direitos sucessórios na herança do filho, tornando-se herdeira legal na ausência de descendentes e de irmão consanguíneos do falecido. Por sua vez, o *Senatus-consulto Orfitiano* dá aos filhos direitos na sucessão materna. O parentesco dominante passa a ter como fundamento a vinculação do sangue, e o pátrio poder sofre importantes restrições³⁴. (grifos no original)

No decorrer da Idade Média³⁵ todos os familiares moravam juntos, bem como seus criados e filhos adultos com suas respectivas famílias, apesar disso havia certo distanciamento afetivo entre eles. A função da família se limitava à transmissão da vida, dos bens e do sobrenome³⁶.

Segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf,

O período medieval introduziu na família uma forte influência religiosa, que se externou pela indissolubilidade do vínculo matrimonial, a imperatividade da dualidade de sexos e a necessidade de procriação³⁷.

³³ “Verifica-se que a *patria potestas* foi diminuindo, tendo em vista a ‘noção moral de dever e afeição, *officium pietatis*’, com o Estado começando a ‘imiscuir-se na vida doméstica para exigir do pater o respeito aos seus deveres’”. (CHAMOUN, Ebert; op. cit., p.182. *Apud*. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.13.)

³⁴WOLD, Arnoldo. **Direito civil: direito de família, vol. 5** / Arnoldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 13.

³⁵De acordo com o calendário cristão adotado pela civilização ocidental trata-se do período histórico considerado entre os anos 476 d.C. e 1453 d.C. (SILVA, Edmar Araújo. MELO, José Wagner de. *In. Coleção Tempo de Aprender*. EJA 6. ano – Volume 1 – 2.ed. – São Paulo – IBEP, 2009. Vários Autores. p.186.). / Período histórico compreendido entre o começo do século V e meados do século XV. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa** – Nova Edição revista e ampliada – J.E.M.M., Editores, Ltda. / Editora Nova Fronteira S/A. – 1986. p.912.).

³⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.15.

³⁷MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.11. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

É neste período que surge a preocupação com a educação dos filhos, seja nas atividades domésticas, seja no aprendizado de ofícios, idiomas, bons modos e dos esportes. Assim como na sociedade romana clássica era aplicado o direito a progeneratura, cabendo ao filho mais velho o direito à transmissão dos bens da família³⁸.

A Idade Moderna³⁹ é marcada por mudanças de hábitos dentro do seio familiar, “o aprendizado, consistente na formação prática dos filhos dá lugar à sua escolarização, fundada na instrução mais especializada e teórica, antes destinada apenas aos religiosos”⁴⁰.

Neste momento histórico percebe-se a redução do conceito de família, outrora estendidos a todos aqueles que conviviam sob o mesmo teto seguindo e respeitando a mesma autoridade patriarcal, agora passa a ser contemplado apenas pelos cônjuges e seus filhos, com destaque para o fortalecimento da autoridade do marido no ambiente doméstico⁴¹.

A propósito,

O direito moderno passou a regular o casamento civil, fazendo surgir um caráter mais individualista na família, que propiciou o surgimento de outras modalidades de família – a nuclear e a monoparental⁴².

A Idade Pós Moderna⁴³ rompe com toda a estrutura familiar até então vigente, pela primeira vez o homem começa efetivamente a perder espaço frente ao domínio exercido dentro de seu lar.

A mulher que antes era totalmente submissa aos desejos do marido, passa a participar da administração da casa e da educação dos filhos de forma igualitária. Marido e mulher tomam uma postura de cooperação frente a uma nova realidade social e econômica que força ambos a trabalharem juntos para a manutenção e sustento do lar.

³⁸ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.15.

³⁹ Idade Moderna: De acordo com o calendário cristão adotado pela civilização ocidental trata-se do período histórico considerado entre os anos 1453 d.C. e 1789 d.C. (SILVA, Edmar Araújo. MELO, José Wagner de. *In. Coleção Tempo de Aprender*. EJA 6. ano – Volume 1 – 2.ed. – São Paulo – IBEP, 2009. Vários Autores. p.186.).

⁴⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.15.

⁴¹ “Na Idade Moderna, passa a existir o sentimento de uma família conjugal, restrito aos pais e filhos, graças ao declínio dos laços de linhagem e, em contrapartida, um fortalecimento da autoridade do marido no âmbito familiar”. (MIZRAHI, Mauricio Luis; *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. op. Cit., p.113. Tradução livre do texto: “*Es que los señores y criados, niños y adultos, vivían todos juntos em una suerte de casas ‘abiertas’, de manera que la densidade social no dejaba espacio para um sector privado de la familia; la función de ésta se limitaba pues, em los hechos, a la transmisión de la vida, de los bienes y del apellido*”. *Apud*. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.15.)

⁴² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.11. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

⁴³ Idade Pós Moderna ou Idade Contemporânea: De acordo com o calendário cristão adotado pela civilização ocidental trata-se do período histórico considerado após o ano de 1789 d.C. (SILVA, Edmar Araújo. MELO, José Wagner de. *In. Coleção Tempo de Aprender*. EJA 6. ano – Volume 1 – 2.ed. – São Paulo – IBEP, 2009. Vários Autores. p.186.).

Eduardo de Oliveira Leite conclui que:

No momento, porém, em que a mulher passa a dispor de meios eficazes de contracepção é ela que passa, sozinha a decidir se ela terá ou não um filho. O poder outrora do homem (marido, na concepção tradicional) muda de sexo. A partir daquele momento a mulher podia privar da paternidade um homem que desejava um filho, assim como ela também podia tornar pai um homem que não queria filhos⁴⁴.

Oportunamente, Julie Cristine Delinski, ao discorrer sobre a liberação feminina e o casamento na atualidade nos ensina:

O casamento deixou de apresentar aquela estrutura patriarcal e hierarquizada, aproximando-se mais de uma parceria sentimental do que uma instituição impessoal estabelecida pela autoridade marital. A realização afetiva (e sexual) dos cônjuges tornou-se a função primordial da família, que não exclui, pelo contrário, reclama a tarefa de educação, sustento e boa formação da prole⁴⁵.

“O contato entre pais e filhos se tornou mais próximo”⁴⁶, começa-se a valorizar as relações afetivas, deixando-se de lado as formalidades do casamento, bem como as questões patrimoniais⁴⁷, aumentando a sensibilidade e afeto entre os familiares, e com isso, traçando as diretrizes da família que conhecemos hoje.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, resume a sociedade pós-moderna da seguinte forma:

Na pós-modernidade, fruto de intrínsecas reformulações conceituais, sociais e tecnológicas, o hedonismo e a desconstrução permitiram o amadurecimento de novas formas de família baseadas no afeto e na identidade pessoal, tendo em vistas as preferências valorativas individuais, onde vêm se destacando cada vez mais as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo ou nos estados intersexuais. Convivem, assim, lado a lado, marcadas pelo pluralismo, diversas modalidades de família, que respeitam as particularidades de componentes, seus valores, necessidades, possibilidades e potencialidades⁴⁸.

Logo, pode-se dizer que a família de modo geral, se apresenta “como uma realidade complexa, plural, modelada pelos costumes vigentes no momento histórico

⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.106.

⁴⁵ DELINSKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997. p.18.

⁴⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação** / Jorge Shiguemitsu Fujita. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.p.16.

⁴⁷ MEDEIROS, Letícia Zanega de. **Paternidade Socioafetiva, Direito e Justiça**. Porto Alegre: Edipucrs, v27, n.25, 2003, p.108.

⁴⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.11. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

correspondente”⁴⁹, sendo que, atualmente se mostra com suas diversas “facetas religiosas, jurídicas, políticas, econômicas, históricas, culturais e racionais e com um viés marcadamente social”⁵⁰.

⁴⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.17. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

⁵⁰ *ibidem*, p.17.

1.2. Conceito de família na atualidade

Conforme veremos no decorrer deste trabalho, atualmente são inúmeros os sentidos empregados ao termo “família”. Sua grande abrangência e generalidade têm impossibilitado aos operadores do Direito uma definição única e capaz de abranger todas as possibilidades

Essa dificuldade de conceituação se dá principalmente devido às novas relações familiares que rompem com o formato tradicional de família até então conhecidos, deixando se seguir um padrão usual pré-estabelecido e desenvolvendo com isso novos arranjos e comportamentos sociais, ainda em constante mutação.

De modo geral, no direito brasileiro, pode-se entender família por dois aspectos, um em sentido amplo, sendo aquelas pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, ou seja, os descendentes de um tronco comum⁵¹, unidas por relação de parentesco (sejam primos, tios, avós...), ou em sentido estrito (ou restrito), abrangendo apenas o casal e seus filhos, podendo ser uma entidade formada pelos pais e filhos⁵², por um dos pais e filhos (monoparental) ou por irmãos (anaparental).

Com este mesmo raciocínio observamos a seguinte definição de Gediel Claudino de Araujo Júnior:

No direito, o termo *família* pode ser analisado por dois enfoques diferentes, um amplo e outro mais restrito. De forma ampla, o termo *família* indica um conjunto de pessoas unidas por uma relação de parentesco (avós, pais, tios, primos); já de forma mais restrita, indica uma entidade formada pelos pais e filhos ou por um dos pais e filhos, na chamada família monoparental (art.226,§4º,CF).⁵³ (grifos no original)

“Alguns autores incluem no grupo familiar os domésticos que vivem no lar conjugal. O próprio Código Civil utiliza a palavra “família” ora em um sentido, ora em outro⁵⁴”.

Maria Helena Diniz segmenta o conceito de família em “três acepções fundamentais do vocábulo família, sendo: a) a amplíssima; b) a lata e c) a restrita”⁵⁵.

⁵¹ WOLD, Arnaldo. **Direito civil: direito de família, vol. 5** / Arnaldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 2

⁵² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Art. 226. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁵³ ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de Família: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2006. p.18.

⁵⁴ WOLD, Arnaldo. **Direito civil: direito de família, vol. 5** / Arnaldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 2

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.9.

Assim:

No *sentido amplíssimo* o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art.1.412, §2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico. A Lei 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, no art. 241, considera como família do funcionário, além do cônjuge e prole, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem de seu assentamento individual⁵⁶[...] Na *acepção lata*, além dos cônjuges e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge), como a concebem os arts. 1.591 e s. do Código Civil, o Decreto-lei 3.200/41 e a Lei 883/49. [...] Na *significação restrita* é a família não só o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716), mas também a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§3º e 4º, da Constituição Federal, independente de existir o vínculo conjugal, que a originou⁵⁷. (Redação conforme o original / grifos no original).

Observando a multiplicidade das relações familiares atuais, pode-se notar que tanto doutrinadores, quanto o ordenamento brasileiro, conceituam a “família moderna” por diversos ângulos, ou pontos de vista, empregando cada posicionamento de acordo com as necessidades apresentadas pelos casos concretos.

Com isso, é possível a atribuição de alguns parâmetros: pelo “critério sucessório a família abrange os indivíduos chamados por lei a herdar uns dos outros”⁵⁸; para efeitos alimentares, são considerados os ascendentes, descendentes e os irmãos; pelo critério da autoridade, restringem-se a pais e filhos, devido a manifestação do poder familiar; pelo critério fiscal, a família reduz-se ao marido, a mulher e aos filhos menores, aos maiores inválidos ou que frequentam a universidade custeados pelos pais até a idade de 24 anos, as filhas solteiras e ao ascendente inválido que vivam sob a dependência econômica do contribuinte, e aos filhos que recebam pensão dos pais por ordem judicial ainda que não residam na mesma casa; e, por fim, para efeitos previdenciários, a família abrange o casal, os

⁵⁶ W. Barros Monteiro, **Curso de direito civil**; direito de família, 19.ed., São Paulo, Saraiva, 1980, v.2, p.3. TRF, Súmula 232: “A pensão do art.5º, parágrafo único, da Lei n. 3.373/58, ampara com exclusividade as filhas de funcionário público federal.” *Apud.* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.10.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.10.

⁵⁸ “Compreende todos os parentes da linha reta *ad infinitum* (ascendentes e descendentes) os cônjuges, os companheiros (outrora pelas leis ns. 8.971/94, arts. 2º, I, II, III, e 3º, e n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único, e atualmente CC, art. 1.790) e colaterais até o 4º grau (CC, arts. 1.829, IV, 1.839 a 1.843).” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.11.)

filhos até 21 anos, os filhos inválidos, os enteados e menores sob tutela, incluindo o convivente do trabalhador, em concorrência com os filhos⁵⁹.

Entretanto, nenhum desses critérios é capaz de isoladamente apresentar uma definição única acerca do conceito jurídico de família, embora seja possível uma dedução no sentido de que família é um “grupo fechado de pessoas, compostos de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção”⁶⁰.

Por sua vez, Gisele Câmara Groeninga define o termo “família” como um sistema, e como tal, seu todo é maior que a soma das partes que a compõe, sendo que, seus elementos estão em constante interação, o que faz com que seus membros mantenham uma relação de interdependência entre si⁶¹. Segundo palavras da autora:

Na família, cada um deve ter garantida sua realização e seu bem estar, seja a família constituída de que forma for. Este conceito está em sintonia com a família como um sistema de relações, conscientes e inconscientes, e com a mudança de paradigma que se vive atualmente, em que se privilegia a complexidade inerente ao ser humano, a realização de seus mais diversos aspectos e a liberdade de escolha. A mudança da concepção da família em bloco para a visão da família como um sistema que contempla individualidades implica cada vez mais na ênfase das relações de solidariedade e também na ciência de que, ao ferir-se o direito de um de seus integrantes, isto necessariamente redundará em consequências para os demais⁶².

Para Maria Celina Bodin de Moraes, a tendência da família é “tronar-se um grupo cada vez menos organizado, menos hierarquizado e independente de laços consanguíneos, e cada vez mais baseado em sentimentos e em valores compartilhados”⁶³.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.12.

⁶⁰ FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, p.547 e s.; Orlando Gomes, *op.cit.*, p.42. *Apud*. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.12.

⁶¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família. **Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição**. In: BARBOSA, Águida Arruda. Direito de Família / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores. p.22.

⁶² *idem*. p.23.

⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In. Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p.617. *Apud*. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011. p.2.

1.3. A concepção constitucional da família

O conceito constitucional de família sofreu grandes e lentas mudanças buscando acompanhar os avanços sociais cada vez mais frequentes.

Em 1937, com a promulgação da então “Constituição dos Estados Unidos do Brasil⁶⁴”, tivemos pela primeira vez no ordenamento brasileiro o reconhecimento e equiparação dos filhos naturais aos legítimos⁶⁵. Tal dispositivo revogava o então vigente artigo 1605 do Código Civil de 1916, que restringia direitos sucessórios de filhos naturais em concorrência com os legítimos⁶⁶.

Seguindo o mesmo raciocínio vieram várias outras alterações nas legislações infraconstitucionais. O Decreto-lei 4737⁶⁷ permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos, após o desquite, segundo explica Márcio Antonio Boscaro:

A edição do Decreto-lei 4.737/1942, o qual permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos, após o desquite; porém, sob o argumento de que não apenas através do desquite se dá o término da sociedade conjugal, houve quem defendesse a extensão da possibilidade desse reconhecimento a hipóteses de morte de um dos cônjuges ou mesmo de anulação do casamento, casos em que igualmente se encerraria a sociedade conjugal⁶⁸.

Destaca-se ainda, o Decreto-lei número 3.200⁶⁹, que proibia que constasse em registro civil a circunstância de ser o filho legítimo ou não, a não ser que este requeresse ou em virtude de determinação judicial⁷⁰.

Entretanto, ao que tudo indica, faltou preparo e vontade dos julgadores daquela época capaz de atribuir uma interpretação sistemática a todo o ordenamento disponível. Deste modo, deixando de dar a assistência legal prevista e perdendo a chance de acabar com a condição de filhos de cônjuges desquitados considerados ilegítimos por serem concebidos ainda na constância do casamento de seu genitor⁷¹.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937

⁶⁵ idem, “Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.”

⁶⁶ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. “Art. 1.605 - Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos. § 1º - (Revogado pela Lei n.º 6.515, de 26-12-1977). obs.dji: Art. 54, LD. § 2º - Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (Art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes. obs.dji: Vocação hereditária.”

⁶⁷ BRASIL. Decreto-lei n.4.737, de 24 de setembro de 1942. **Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais**. Revogado pela lei nº 883, de 1949.

⁶⁸ BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.66.

⁶⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941. **Dispõe sobre a organização e da família**.

⁷⁰ idem, “Art. 14. Nas certidões de registro civil, não se mencionará a circunstância de ser legítima, ou não, a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial.”

⁷¹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse do estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1999. p.108.

O Decreto-lei 4737/42, foi derogado pela lei número 883 de 1949⁷², esta por sua vez, permitiu que o cônjuge, após dissolver uma sociedade conjugal, independentemente da forma, estava livre para reconhecer um filho havido fora do casamento, e ao filho caberia então propor ação específica⁷³ para tanto.

Pela primeira vez, o filho ilegítimo passa a ser considerado herdeiro⁷⁴ e tem garantido seu direito de acionar judicialmente o pai em busca de seu direito a alimentos provisionais⁷⁵.

A “Lei do Divórcio⁷⁶” que passou a vigorar em 1977 acrescentou ao artigo 1º da Lei 883/49 o parágrafo único⁷⁷ que garantia em testamento cerrado o reconhecimento de paternidade/maternidade ainda na constância do matrimônio de filho havido fora do casamento.

Outra alteração dada pela “Lei do Divórcio” a Lei 883/49, previa que aquele que foi condenado a prestar alimentos, uma vez dissolvida sua sociedade conjugal, garantia ao filho que obteve ganho dos alimentos seu reconhecimento sem a necessidade de propor ação de investigação de paternidade; entretanto, caberia aos interessados o direito a impugnar a filiação⁷⁸.

A edição da Lei 7250/1984⁷⁹ altera novamente a Lei 883/49, ao viabilizar o reconhecimento do filho adúltero ainda na constância do casamento, observando a separação de fato há pelo menos cinco anos⁸⁰.

⁷² BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. **Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.**

⁷³ idem, “Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.”

⁷⁴ idem, “Art. 2º O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado. / Art. 2º - Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).”

⁷⁵ idem, “Art. 4º Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo, de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).”

⁷⁶ BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.**

⁷⁷ BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. **Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.** “Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação. § 1º - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável. (Incluído pela Lei nº 6.515, de 1977). (Renumerado pela Lei nº 7.250, de 1984). § 2º - Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos. (Incluído pela Lei nº 7.250, de 1984).”

⁷⁸ idem, “Art. 4º - Parágrafo único - Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação. (Incluído pela Lei nº 6.515, de 1977).”

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 7.250, de 14 de novembro de 1984. **Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.**

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como a Constituição Cidadã, por primar pela igualdade, coibindo com relação aos filhos toda forma de preconceito⁸¹, com isso, sanou as diferenças entre filiações, visando o fim das discriminações, sobre este aspecto Maria Berenice Dias afirma:

Instaurou a igualdade entre homem e mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como a união estável entre homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico⁸².

Após o advento da nova norma constitucional e observando a necessidade de aplicação aos casos concretos, os tribunais, começaram a considerar a realidade dos fatos postos e os novos conceitos de família, aplicando em seus julgados valores diferentes aos atribuídos até então.

Silvana Maria Carbonera explica:

[...] o ordenamento foi posto em segundo plano e os sujeitos se impuseram como prioridade. Formaram-se novas famílias, marginais e excluídas do mundo jurídico, mas ainda assim se formaram. A verdade social não se ateuve à realidade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o direito⁸³.

Criou-se com isso uma nova jurisprudência, que inclusive posteriormente ajudou na necessidade de elaboração de um novo Código Civil, que passou a vigorar em 2002.

Atualmente, o amparo Constitucional prevê em seu artigo 226, que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, e em seu paragrafo 4º apresenta a

⁸⁰ BRASIL. Lei n. 7.250, de 14 de novembro de 1984. **Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.** “Art. 1º - § 2º - Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos.”

⁸¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: § 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.”

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.30-31.

⁸³ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do Afeto nas relações de família. In: FACHIN, Edson Luiz (Coordenador). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998. p.289-290.

definição de entidade familiar, como “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁸⁴”.

Destaca-se, contudo, o Capítulo VII do Título VIII, por tratar da família, da criança, do adolescente e do idoso, além disso, garante a gratuidade do casamento civil⁸⁵, o casamento religioso com efeitos civis⁸⁶, dá igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento⁸⁷ e o dever de amparo aos filhos maiores com relação aos pais na velhice, carência ou enfermidade.⁸⁸

A Constituição Federal de 1988 no que tange ao direito de família, em alguns pontos é considerada inovadora. Primeiramente por garantir a igualdade entre homens e mulheres no exercício dos direitos conjugais⁸⁹; por reconhecer pela primeira vez a união estável como entidade familiar, que assim como o casamento passa a ter especial proteção do Estado⁹⁰ e por entender a liberdade do planejamento familiar⁹¹ pautada na dignidade humana e na paternidade responsável⁹².

Pode-se observar que num país religioso como o Brasil, durante muitos anos, tudo que fugisse da doutrina tradicional era marginalizado, entretanto, no âmbito do direito familiar foram inúmeras as mudanças ocorridas nas últimas décadas, provavelmente devido as constantes lutas das minorias pelo seu reconhecimento e aceitação social.

Pouco a pouco a sociedade brasileira foi obrigada a aceitar as diferenças humanas, suas qualidades, diversidade de personalidade, modo de se relacionar e orientação sexual.

Foram grandes os avanços no que tange a garantia legislativa da dignidade filial, feminina e homossexual, também é notável um esforço por parte do Judiciário em colocar fim aos preconceitos e pregar a diversidade familiar.

⁸⁴ Reconhecimento constitucional da família monoparental.

⁸⁵ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 226 - § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.”

⁸⁶ ibidem, Art. 226 - § 2º - “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

⁸⁷ ibidem, Art. 227 - § 6º - “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

⁸⁸ ibidem, Art. 229 - “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

⁸⁹ ibidem, Art. 226. § 5º - “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁹⁰ ibidem, Art. 226, § 3º - “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

⁹¹ ibidem, Art. 226, § 7º - “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

⁹² BRASIL, **Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. “Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências” - Art. 2º “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Ditando novas regras para o direito de família, a Constituição Federal de 1988 obrigou que parte da legislação infraconstitucional fosse alterada.

O Código Civil de 2002 incorporou ao texto uma série de alterações já aceitas pelos tribunais e legislações esparsas, entre elas algumas já previstas pela Constituição Federal de 1988, que baseada na Dignidade da Pessoa Humana, estabeleceu a igualdade entre cônjuges e entre filhos, a substituição do pátrio poder pelo poder familiar⁹³, o reconhecimento das famílias monoparentais e a união estável, além disso, “ampliou as hipóteses de presunção de paternidade do marido, recepcionando a filiação havida mediante fecundação artificial homóloga – mesmo que falecido o cônjuge⁹⁴ – ou decorrente de concepção artificial de embriões excedentários⁹⁵ e a oriunda de inseminação artificial heteróloga⁹⁶, previamente autorizada pelo marido⁹⁷”, conforme veremos adiante no item: “Filiação no Código Civil de 2002”.

Por sua vez, a Lei Maria da Penha⁹⁸ também acompanha a tendência do novo posicionamento jurídico-legislativo e reconhece a parentalidade socioafetiva em seu artigo 5º ao considerar como família todos os indivíduos unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

Apesar das grandes inovações trazidas por nossa legislação, estas alterações ainda estão longe de ser suficientes, frente às reais mudanças sociais e as novas situações advindas dos novos conceitos morais. É possível notar no legislador a vontade de acompanhar a

⁹³ Redação dada pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n.ºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

⁹⁴ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;”

⁹⁵ *ibidem*, “ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;”

⁹⁶ *ibidem*, “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

⁹⁷ WOLD, Arnaldo. **Direito civil: direito de família**, vol. 5 / Arnaldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.2

⁹⁸ BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.** 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;

evolução social e tecnológica, entretanto, o Código Civil de 2002, já entrou em vigência ultrapassado em alguns pontos.

Sob pena de se tornar ineficaz, cabe ao Direito, obrigatoriamente acompanhar os avanços sociais, se adequando à realidade, Gediel Claudino de Araujo Júnior, em relação as novas tendências da organização familiar e a acelerada desatualização da legislação, comenta:

O estudo do direito de família se apresenta, no momento, especialmente difícil, em razão das grandes mudanças e inovações por que passa a sociedade moderna. A liberação sexual, a urbanização, a globalização, a inversão dos valores morais, a rápida ascensão da mulher, as uniões estáveis, sejam heterossexuais ou homossexuais, a família monoparental, o relaxamento dos costumes, a fecundação artificial, a popularização do exame de DNA, a internet, são apenas alguns dos fatos que estão provocando profundas mudanças no direito de família, tornando rapidamente inadequadas normas antigas e novas, desafiando constantemente a argúcia do operador do direito⁹⁹.

Inúmeras são as situações apresentadas nos tribunais nacionais que não encontram amparo legal no direito de família, deixando a critério do juiz o desfecho dessas demandas. Entre elas podemos citar a dissolução de uniões homoafetivas; pedido de alimentos formulados por homossexuais; indenização em face do pai motivada por abandono afetivo e negligência da obrigação de educar.

Com destaque para as ações de cunho afetivo, tema que deu margem a este estudo, elenca-se casos de disputas do direito de guarda entre pai biológico e o afetivo, o reconhecimento involuntário da paternidade afetiva e a criação da dupla paternidade.

Devido a proteção constitucional dada a família, o direito de família passa a se preocupar com a realidade individual e social do grupo familiar, garantindo a estes direitos irrenunciáveis, intransferíveis e imprescritíveis.

Desde 2007, encontra-se em processo de legislativo, o Projeto de Lei n. 2285/2007, de iniciativa do IBDFAM¹⁰⁰, denominado “Estatuto das Famílias”, prevendo a garantia da pluralidade, humanidade e inclusão nas famílias brasileiras. Pelo projeto, o Estatuto sistematiza novas regras referentes ao casamento, a união estável, a união homoafetiva e a família parental/monoparental. Com relação à filiação propriamente dita, estabelece em seu artigo 10 que “o parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade ou da afinidade”¹⁰¹.

⁹⁹ ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de Família: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2006. p.18.

¹⁰⁰ IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito da Família.

¹⁰¹ IBDFAM - Instituto Brasileiro de Família. **Estatuto das Famílias**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

São constantes as críticas e posicionamentos referentes ao projeto. Aos que defendem, tomam por base que a Constituição atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade e igual merecimento de tutela, sem hierarquia entre elas. Aos que são contra, a crítica se faz principalmente no entendimento quanto a conceituação de família, uma vez que sua grande abrangência não atribui segurança jurídica ao instituto que é constitucionalmente assegurado, existe ainda quem alegue que o Projeto de Lei tem a pretensão de institucionalizar a “bigamia e o adultério”, além de obrigar o marido a pagar pensão para “amante”¹⁰², entre outros.

¹⁰² PT na Câmara, site oficial da Liderança do PT - **Deputado rebate críticas ao Estatuto da Família**. Qui, 30 de Dezembro de 2010 14:06. Disponível em: <http://www.informes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5736:deputado-rebate-criticas-ao-estatuto-da-familia&catid=42:rokstories&Itemid=108>. Acesso em: 16 de Outubro de 2012.

1.4. Princípios fundamentais do direito de família

O direito de família está pautado principalmente em diretrizes morais e éticas, sua evolução se dá baseada nos acontecimentos sociais. Movido por paixões humanas, é um ramo do direito civil que traz consigo tradições históricas e religiosas, carregadas de ideologias e simbolismos, com valores que se alteram drasticamente a cada nova geração.

Com isso, “a família não é só anterior como transcendente a ótica que o direito tem dela¹⁰³”, deste modo, a mesma legislação civil e até constitucional que outrora excluía, deixando a margem do direito as várias configurações de família que existiam de fato, atualmente busca incluí-las.

Nosso ordenamento admite a interferência do Estado no que concerne as garantias das normas jurídicas do direito de família, sendo inclusive passíveis de sanções. Assim:

A doutrina moderna assinalou o caráter publicista do direito de família, cujas disposições são geralmente imperativas, entrevendo na família um organismo social intermediário entre o Estado e o indivíduo¹⁰⁴.

A Constituição Federal consagra implícita ou explicitamente os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, utilizados como linhas mestras para a positivação do direito ou solução dos litígios¹⁰⁵, “representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados”¹⁰⁶.

Os princípios constitucionais deixaram de ser apenas uma orientação a ser seguida para fazer parte efetivamente do ordenamento, com isso, adquiriram eficácia nas relações jurídicas¹⁰⁷, conforme reconhece Maria Berenice Dias:

Os juízes tem o dever de outorgar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível e passaram a aplicar diretamente os princípios constitucionais, abandonando a concepção estritamente positivista da função judicial que pregava um sistema de regras neutro. Os direitos fundamentais podem ser considerados parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do direito. A reconstrução do conceito de pessoa levou o direito a construir

¹⁰³ GROENINGA, Giselle Câmara. **Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição.** Artigo incurso na Obra: BARBOSA, Águida Arruda. **Direito de Família /** Coordenação Águida Arruda Barbosa, Cláudia Stein Vieira.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores. p.19.

¹⁰⁴ WOLD, Arnaldo. **Direito civil: direito de família**, vol. 5 / Arnaldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.4

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro.** Belo Horizonte: Ciência Jurídica, v.22, n. 139, 2008, p.426.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.56.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.54-55.

princípios e regras que visam a proteção da personalidade humana que é o seu atributo específico: a qualidade do ser humano¹⁰⁸.

Para melhor entendimento do tema, estudaremos alguns dos mais importantes princípios norteadores do direito de família.

1.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, prevê que toda pessoa nasce livre e igual em dignidade e direitos. Avulta-se na qualidade de fundamento da República Federativa do Brasil, privilegiando a posição do sujeito concreto de suas necessidades¹⁰⁹, uma vez que incide de forma “especial e diversa sobre os demais princípios constitucionais”¹¹⁰.

Segundo a Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, elencado logo no primeiro artigo da Constituição Federal¹¹¹, também no Preâmbulo¹¹² e no “Artigo I” da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹³.

Segundo nos explica Luiz Edson Fachin e Melina Girardi Fachin:

[...] Numa visão concretista do princípio da dignidade humana, a saber: “Para que efetivamente corresponda – hoje, aqui e agora – à natureza singular do presente, a Constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social. O fato é que a interpretação/aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ilumina a concretização dos princípios veiculados pelos arts. 1.º, 3.º e 170 da Constituição; mas a interpretação/aplicação, desses mesmos princípios, concomitantemente, ilumina a concretização do princípio da dignidade da

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.56.

¹⁰⁹FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. *In. Diversidade sexual e direito homoafetivo* / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 118.

¹¹⁰ *ibidem*, p. 118.

¹¹¹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – A dignidade da pessoa humana.”

¹¹² **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 a (iii) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2013. “Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”

¹¹³ *idem*, “Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

pessoa humana”¹¹⁴. No mesmo sentido a teoria impura defende uma visão concreta dos direitos humanos e fundamentais¹¹⁵: “Os direitos humanos são algo a mais que tais declarações e pactos. São o conjunto de processos (normativos, institucionais e sociais) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana”¹¹⁶.

Logo, pode-se dizer que se trata de um “macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade”¹¹⁷.

Ao explicar a importância do macroprincípio da dignidade humana, José Luiz Ragazzi e Tiago Munaro Garcia discorrem:

Macroprincípio que norteia e orienta todo o sistema jurídico brasileiro, ostenta caráter absoluto e não se submete a qualquer tipo de relativização. Destarte, nada pode haver no ordenamento jurídico pátrio que viole, negue ou restrinja a dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Em consequência, a Constituição não abre espaço para qualquer tipo de interpretação nesse sentido¹¹⁸.

Ingo Sarlet esboça a dignidade da pessoa humana como:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹¹⁹.

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 316. *Apud.* FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. *In.* **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 118.

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. *In.* **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 118.

¹¹⁶ FLORES, Joaquín Herrera. **Hacia una vision compleja de los derechos humanos**. *In.* _____ [coord.]. *Op. cit.*, p. 17-18. *Apud.* FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. *In.* **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.

¹¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.94.

¹¹⁸ RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. *In.* **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.60. *Apud.* FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. *In.* **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 118.

Com isso, “a dignidade da pessoa humana não é propriamente um direito. Ela é valor, atributo e condição de existência da pessoa humana, que por isso não se condiciona e não se relativiza”¹²⁰.

Se a dignidade é atributo inerente a todo e qualquer ser humano, a convivência social exige respeito e consideração recíprocos entre estes seres e, além disso, a concepção de que o Estado existe em função e para o bem-estar da pessoa humana, dá a necessidade de proteção jurídica à dignidade¹²¹.

Acerca do respeito à dignidade da pessoa humana, Uadi Lâmmego Bulos, disserta:

Este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição Federal de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão (destaque no original)¹²².

Ao tratar de dignidade humana, não podemos esquecer outros princípios que a envolvem, tais como os princípios de igualdade e liberdade. No contexto deste trabalho, ao analisar a equiparação entre as formas de filiação até então existentes, entendeu-os como os principais responsáveis por excluir do ordenamento constitucional a desigualdade de tratamento entre os filhos, garantindo e estabelecendo os mesmos direitos e deveres, ao ignorar a origem da filiação.

Maria Berenice Dias entende que o princípio da afetividade, atualmente o principal fundamento do direito de família, decorre como uma valorização constante da dignidade da pessoa humana, ainda que não mencionado o termo “afeto” na Carta Magna¹²³.

Com base no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, existe por parte do Estado uma forte tendência em aceitar as mudanças na concepção de família. Cada indivíduo deve ter garantidos sua liberdade sexual, sua realização pessoal e bem estar.

Independentemente da constituição familiar à complexidade humana passa a ter sua individualidade respeitada.

Segundo Maria Berenice Dias:

¹²⁰ RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 182.

¹²¹ idem, p. 180.

¹²² BULOS, Uadi Lâmmego, **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.389.

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p.66.

Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição. [...] Excepcionar onde a lei não distingue é forma de excluir direitos. [...] Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter uma relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formando um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem, mister identificá-la como geradoras de efeitos jurídicos¹²⁴.

Há uma diferença entre a filosofia dos direitos humanos, que defende o indivíduo contra o risco de práticas arbitrárias do poder, sendo a liberdade a essência dos direitos humanos; e a filosofia da humanidade, que pressupõe o reconhecimento do pertencimento de todos a uma mesma comunidade inter-humana, não somente interestatal, e protegê-los contra uma autonomia reivindicada por outros indivíduos, sendo a dignidade a essência da humanidade¹²⁵.

A pura letra da lei constitucional não define o conceito de “dignidade”. Recorrendo a filosofia de Immanuel Kant, a “dignidade da natureza humana” não tem preço e está acima de qualquer preço, o homem passa a ser pessoa dotada de consciência racional e moral, capaz de responsabilidade e liberdade¹²⁶.

Nas palavras de Immanuel Kant:

A própria legislação porém, que determina todo o valor, tem que ter exatamente por isso uma dignidade, quer dizer um valor incondicional, incomparável, cuja avaliação, que qualquer ser racional sobre ele faça, só a palavra *respeito* pode exprimir convenientemente¹²⁷. (grifos no original)

Assim, “A autonomia é, pois, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como toda natureza racional”¹²⁸ é “o atributo que faz com que a pessoa seja respeitada em toda a sua existência e dimensão, independentemente das escolhas que, como ser racional, vier a fazer.”¹²⁹

A dignidade da pessoa humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Palestra proferida no I Fórum SEMIRA pela Igualdade, promovido pela Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial – SEMIRA, em 5.12.2007, em Goiânia – GO. Disponível em: www.mariaberenice.com.br, Acesso em: 18 de outubro de 2012. p.11.

¹²⁵ LEISTER, Margareth. **A questão dos valores universais, diversidade e a prática da tortura**. 2009, p.157. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43566433/A-questao-dos-valores-universais-diversidade-e-a-pratica-da-tortura>> Acesso em 16/07/2012

¹²⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004, p.77.

¹²⁷ idem, p.79.

¹²⁸ idem, p.77.

¹²⁹ RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 180.

individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem. Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância¹³⁰.

Paulo da Mota Pinto assevera a afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e sua relação direta à dignidade da pessoa humana. Assim:

[...] a garantia da dignidade da pessoa humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento da personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado. [...] A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado¹³¹.

Diante disso, o princípio da dignidade da pessoa humana merece destaque no direito de família justamente por tratar de proteger o cidadão contra as arbitrariedades do Estado, e ao analisar uma demanda judicial em direito de família, o magistrado deve ter em mente as consequências sociais e emocionais que sua decisão pode ensejar.

1.4.2. Princípio da liberdade

O princípio da liberdade se faz presente em todos os ramos do direito brasileiro, para elencar sua condição de destaque, logo no Preâmbulo a Constituição Federal já o assegura, conforme notamos:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em ‘Assembléia’ Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a *liberdade*, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte

¹³⁰ BULOS, Uadi Lammego, **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.389.

¹³¹ MOTA PINTO, Paulo da. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. *Apud*. FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. *In*. **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 119.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL¹³².
(grifos nossos).

Discorrendo sobre as origens e a importância da disposição do princípio da liberdade no texto constitucional, José Luiz Ragazzi e Tiago Munaro Garcia, nos esclarece:

A Constituição de 1988 foi erguida com o exato objetivo de representar um verdadeiro contraponto ao regime ditatorial que havia dominado o país naqueles assombrosos tempos, para que, enfim, e sem exceções a liberdade abrisse suas asas sobre todos os brasileiros.¹³³

A ideia de liberdade se reflete em todos os direitos fundamentais de primeira geração, pois constitui “o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição”¹³⁴. Sob o seu manto erguem-se os direitos civis, individuais e políticos, que representam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais, para permitir que os cidadãos sejam de fato livres, competindo-lhes apenas a tarefa de ser o guardião do exercício dessas liberdades¹³⁵.

Na ceara familiar o direito a liberdade se manifesta em sua formação ao outorgar às pessoas o direito de ungir-se a determinada entidade familiar, ao planejamento da prole e ao acesso a diferentes formas de filiação¹³⁶.

Assim, estabelece nossa Constituição Federal:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, *o planejamento familiar é livre decisão do casal*, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas¹³⁷.(grifos nossos)

Versa o artigo 3º, inciso I, da Carta Magna que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária”, neste sentido, Paulo Lôbo:

Um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compete a oferta de ajuda, apoiando-se em uma

¹³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹³³ RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 184.

¹³⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Junior, VIDAL Serrano. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. *Apud*. RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 183.

¹³⁵ RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 183.

¹³⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.12. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

¹³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.¹³⁸

Maria Berenice Dias resume ao dizer que: “Todos têm liberdade de escolher o seu par, seja de que sexo for, bem como o tipo de entidade que quiser para construir sua família”¹³⁹. Destaca ainda, a importância da liberdade na garantia de outros princípios, conforme segue:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício do poder familiar voltada ao interesse do filho¹⁴⁰.

Ao que concerne ao direito de família, seguindo aos preceitos Constitucionais, o Código Civil prevê o direito à liberdade em diversos artigos, podemos observar a liberdade familiar intimamente relacionada ao direito à intimidade¹⁴¹ e a livre organização e manutenção do lar¹⁴².

Maria Helena Diniz nos explica que:

Fundado no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado; na decisão do casal unido pelo casamento ou pela união estável, no planejamento familiar, intervindo o estado apenas em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito; na livre aquisição e administração do patrimônio familiar e opção pelo regime matrimonial mais conveniente; na liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole; e na livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.¹⁴³

Esclarecendo assim que, nossa legislação civil também deixa à vontade dos nubentes a escolha ao regime de bens que melhor se adequarem¹⁴⁴, e inovando¹⁴⁵, garante aos casados a liberdade civil sobre atos e seus bens¹⁴⁶.

¹³⁸ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.39

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.61.

¹⁴⁰ *ibidem*, p.61.

¹⁴¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

¹⁴² *idem*, “Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.22.

¹⁴⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

¹⁴⁵ Inova o Código Civil de 2002 principalmente com relação a capacidade civil da mulher casada previsto no ordenamento civil de 1916, que considerava a mulher casada como relativamente incapaz exigindo a assistência

1.4.3. Princípio da igualdade entre cônjuges

Conforme já explanamos anteriormente, nosso ordenamento advindo do direito romano possuía um formato totalmente patriarcal, a figura do homem como chefe do lar, perdurou por muitas gerações, o princípio da igualdade entre os cônjuges surge como uma resposta aos anseios sociais de uma civilização que já não comportava o machismo, a intolerância e o preconceito.

Atualmente, a Constituição Federal prevê que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”¹⁴⁷, sendo que, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”¹⁴⁸.

Por sua vez, o Código Civil segue o mesmo raciocínio com relação à igualdade entre os cônjuges ao definir que:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade¹⁴⁹.

Art. 1.569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes¹⁵⁰.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.
Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses¹⁵¹.

do marido para validar seus atos da vida civil, conforme previa o Artigo 6: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647; II - administrar os bens próprios; III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial; IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647; V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos; VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente. Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro: I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.”

¹⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

¹⁴⁸ idem, “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

¹⁴⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Art. 1.631.

¹⁵⁰ idem, Art. 1.569.

¹⁵¹ idem, Art. 1.567.

Analisando a evolução social e legislativa brasileira ao que diz respeito ao princípio da igualdade entre os cônjuges, Maria Helena Diniz pondera:

Com esse princípio desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal [...] O Patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende os anseios do povo brasileiro; por isso, juridicamente, o poder do marido é substituído pela autoridade conjunta e indivisa, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal¹⁵².

Para Lourival Serejo,

A efetiva igualdade dos cônjuges é uma decorrência da nova ordem familiar, onde se busca a autenticidade de uma relação sadia e uma ‘comunhão plena de vida’. A família moderna, democrática, afetiva, linear não condiz mais com a figura do pater todo poderoso, com poderes ilimitados sobre a mulher e filhos. A família como ninho é um refúgio de diálogo e compreensão mútua, onde todos os seus membros têm sua função reconhecida e valorizada. Nesse contexto, a igualdade dos cônjuges, em direitos e deveres, é corolário natural que só fortalece a instituição da família (destaque no original)¹⁵³.

Assim, “a isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal”¹⁵⁴.

1.4.4. Princípio da igualdade jurídica entre os filhos

A igualdade de filiação foi estabelecida pela Constituição Federal de 1988¹⁵⁵. Tal norma, copiada na íntegra pelo Código Civil de 2002¹⁵⁶ atualmente é considerada pela doutrina um dos grandes princípios do Direito de Família.

Segundo nossa legislação os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação¹⁵⁷.

¹⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.18.

¹⁵³ SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.53-54.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.61.

¹⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 227. § 6º.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Para Rolf Madaleno,

Foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que terminou definitivamente sepultada qualquer designação discriminatória relativa à filiação, deixando finalmente de “punir” os filhos que não tinham tido a “felicidade” de terem sido fruto amoroso das justas núpcias.¹⁵⁸

Maria Helena Diniz ao descrever a igualdade entre todos os filhos esclarece:

Consagrado pelo nosso direito positivo, que (a) nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e (d) veda designações discriminatórias relativas à filiação. De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não-matrimonial reconhecido e não reconhecido.¹⁵⁹

Por sua vez, Maria Berenice Dias explana que,

A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos da filiação, ao ser proibida qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento por adoção (CF 227 §6º). Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais¹⁶⁰.

Paulo Luiz Netto Lôbo citando a norma constitucional vigente ressalta em sua doutrina que a relação entre pais e filhos se baseia na convivência familiar e no respeito ao afeto, conforme segue:

Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); a adoção, como escolha afetiva, alcançou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, § 5º e §6º); a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art.227, §4º), não sendo relevante a origem ou a existência de outro pai (genitor); o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227)¹⁶¹.

Nota-se que, o princípio da igualdade jurídica entre os filhos se estabeleceu com a finalidade de corrigir distinções discriminatórias entre os filhos e garantir que todos os descendentes comuns de uma mesma família não sofressem preconceitos. Estes

¹⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 227. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

¹⁵⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.67.

¹⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.21.

¹⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.62.

¹⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real**. 2006. p.17. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero34/artigo03.pdf>>. Acesso em: 12.08.2012.

comportamentos atentatórios permaneciam até então socialmente aceitos e legalmente constituídos. Baseavam-se principalmente na maneira como os filhos eram concebidos (por meio de matrimônio ou de relações extramatrimoniais) ou, na forma pela qual haviam ingressado naquela determinada família (por meio natural, ou outras formas conhecidas como por exemplo: a adoção).

1.4.5. Princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança tem sua previsão fundamentada na Constituição Federal,

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)¹⁶².

Em complemento o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece,

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único: A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude¹⁶³.

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais¹⁶⁴.

A atenção dada à supremacia do interesse do menor tem caráter internacional, assim, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, determina que “todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse

¹⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 227.

¹⁶³ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Art. 4º.

¹⁶⁴ *ibidem*, Art. 5º.

superior, e que o Estado deve garantir à criança cuidados adequados quando os pais, ou outras pessoas responsáveis por ela não tenham capacidade para o fazer”¹⁶⁵.

Para Mariana Andrade Sobral,

Percebe-se que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente possui *status* de direito fundamental, e, assim sendo, deve ser necessariamente observado pela sociedade como um todo, incluindo-se aí o Estado, os pais, a família, os magistrados, os professores, enfim, as pessoas em geral¹⁶⁶.

Ao que trata da filiação, este princípio mudou o paradigma até então traçado pelo direito, que vigorava com base na verdade biológica. Atualmente, os operadores do direito, dão maior valor ao interesse do menor, observando o que realmente é o melhor para a criança, visando o favorecimento de sua realização pessoal, independentemente da relação biológica que tenha com seus pais¹⁶⁷, conforme podemos notar:

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, inócurrentes, 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.

¹⁶⁵ ONU / UNICEF. Organização das Nações Unidas. **A Convenção Sobre os Direitos das Crianças**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. p. 6. Disponível em: < http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf >. Acesso em: 25 de agosto de 2013. Artigo 3º- 1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança. 2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram que a sua protecção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização. (Redacção conforme original).

¹⁶⁶ SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios Constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400 >. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

¹⁶⁷ *ibidem*.

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”¹⁶⁸.

Ao analisar casos de disputa de guarda dos filhos pelos genitores, o Superior Tribunal de Justiça, concluiu que o ideal seria que os pais, ambos preocupados com o melhor interesse de seus filhos, compusessem também seus interesses individuais em conformidade com o bem comum da prole.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DA CRIANÇA. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PATERNO. VIAGEM AO EXTERIOR COM MUDANÇA TEMPORÁRIA DE DOMICÍLIO DOS MENORES EM COMPANHIA DA MÃE. GUARDA COMPARTILHADA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PECULIARIDADES DO PROCESSO. NEGATIVA DE SUPRIMENTO JUDICIAL MANTIDA EM SEDE DE JUÍZO PERFUNCTÓRIO.

- De igual modo, não há perigo de dano, senão para a mãe das crianças, no pertinente ao curso de mestrado, com o qual foi contemplada. Os infantes, certamente, munidos de uma maturidade maior, em momento oportuno, poderão usufruir experiências culturalmente enriquecedoras, sem que, para isso, sejam premidos pelas circunstâncias, a optarem entre dois seres que amam de forma genuinamente igual e incondicional, o que provoca profundo desgaste emocional, deixando-os em perplexidade, face ao antagonismo existente entre os genitores, que outrora conciliavam ideias e ideais em prol da unidade familiar, notadamente do superior interesse dos filhos.

- Assim como não é aconselhável que sejam as crianças privadas, nesse momento de vida, do convívio paterno, fundamental para um equilibrado desenvolvimento de sua identidade pessoal, também não se recomenda que os filhos sejam afastados do convívio materno, o que geraria inequívoco prejuízo de ordem psíquico-emocional.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.** REsp 945283 / RN. Recurso Especial 2007/0079129-4. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. QUARTA TURMA. Data do Julgamento. 15.09.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=945283&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

- O ideal seria que os genitores, ambos profundamente preocupados com o melhor interesse de seus filhos, compusessem também seus interesses individuais em conformidade com o bem comum da prole¹⁶⁹.

O interesse do menor também é o que prevalece quando a divergência entre os pais está relacionada ao direito de visita dos filhos. Por essa razão, a Terceira Turma do STJ assegurou a um pai o direito de visitar a filha, mesmo após ele ter ajuizado ação negatória de paternidade e ter desistido dela, conforme vemos:

A prevalência do melhor interesse da criança impõe o dever aos pais de pensar de forma conjugada no bem estar dos filhos, para que possam os menores usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, sob a premissa de que toda criança ou adolescente tem o direito de ter amplamente assegurada a convivência familiar, conforme linhas mestras vertidas pelo art. 19 do ECA.

[...]- Se o acórdão recorrido estabelece que o pai possui interesse de estar presente e visitar a filha o tanto quanto lhe for permitido, conforme determinação do Juízo na regulamentação de visitas, cumprindo, por conseguinte, com suas obrigações paternas, demonstrando intensa preocupação e cuidado com o bem estar da menor, tendo-se apenas em perspectiva real o fator de intenso conflito vivenciado entre os genitores, não há porque restringir o salutar contato da filha com pai. Recurso especial não provido¹⁷⁰.

O mesmo entendimento também é dado quando um dos genitores passa a residir em outro estado acirrando a disputa pelo convívio diário com os filhos¹⁷¹. Neste sentido,

¹⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DA CRIANÇA. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PATERNO. VIAGEM AO EXTERIOR COM MUDANÇA TEMPORÁRIA DE DOMICÍLIO DOS MENORES EM COMPANHIA DA MÃE. GUARDA COMPARTILHADA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PECULIARIDADES DO PROCESSO. NEGATIVA DE SUPRIMENTO JUDICIAL MANTIDA EM SEDE DE JUÍZO PERFUNCTÓRIO.** MC 16357 / DF. Medida Cautelar 2009/0238787-0. Relatora Ministra Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 02.02.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=mc+16357&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. PRETENSÃO DA MÃE DE OBSTAR O DIREITO DO PAI DE VISITAR A FILHA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE VISITAS. PRETENSÃO DO PAI DE TER AMPLIADO O SEU DIREITO DE VISITAR A FILHA. AJUIZAMENTO CONCOMITANTE, EM OUTRO PROCESSO, DE AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DE INTERESSES A ENVOLVER AMBAS AS AÇÕES PROPOSTAS PELA MESMA PARTE. DESISTÊNCIA DA NEGATÓRIA APÓS A CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA PARTE RÉ. QUESTÃO A SER OBSERVADA NA AÇÃO NEGATÓRIA E NÃO EM SEDE DE MEDIDA CAUTELAR. MANUTENÇÃO DO DIREITO DE VISITAS.** MC 1032875 / DF. Medida Cautelar 2008/0036703-7. Relatora Ministra Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 28.04.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=mc+16357&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELO PAI EM FACE DA MÃE. MELHORES CONDIÇÕES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA.** Informações Complementares: DESCABIMENTO, CONCESSÃO, PAI, GUARDA JUDICIAL, FILHO, MENOR / HIPÓTESE, JUIZ, DEFERIMENTO,

merece destaque o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sobre a alegação de que a mãe que se mudou de Estado, estaria impossibilitada de sustentar a sua filha, sobre este caso, ficou decidido que:

Mesmo se existisse prova nos autos a esse respeito, é sabido que a deficiência de condições financeiras não constitui fator determinante para se alterar a guarda de uma criança. Essa condição deve ser analisada em conjunto com outros aspectos igualmente importantes, tais como o meio social, a convivência familiar e os laços de afetividade¹⁷².

Conforme segue decisão:

DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELO PAI EM FACE DA MÃE. MELHORES CONDIÇÕES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA.

- Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal – CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor.

[...]- Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável¹⁷³.

GUARDA JUDICIAL, MENOR, PARA, MÃE, APÓS, SEPARAÇÃO DE FATO; OCORRÊNCIA, MUDANÇA DE DOMICÍLIO, MÃE, PARA, OUTRA, CIDADE, E, DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, CONCESSÃO, GUARDA PROVISÓRIA, PARA, PAI / EXISTÊNCIA, MANIFESTAÇÃO, VONTADE, MENOR, RETORNO, GUARDA JUDICIAL, MÃE; NECESSIDADE, PRESERVAÇÃO, INTERESSE, MENOR; OBSERVÂNCIA, OBJETIVO, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, PROTEÇÃO, CRIANÇA; IRRELEVÂNCIA, PAI, CONDIÇÃO ECONÔMICA, SUPERIOR, MÃE, OU, MUDANÇA DE DOMICÍLIO, MÃE, PARA, OUTRA, CIDADE, PARA, DETERMINAÇÃO, GUARDA JUDICIAL. REsp 916350 / RN. Recurso Especial: 2007/0002419-2. Relatora Ministra Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 11.03.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=916350&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

¹⁷²STJ. Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal da Cidadania. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668#>. Acesso em: 25 de agosto de 2013

¹⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELO PAI EM FACE DA MÃE. MELHORES CONDIÇÕES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA.** REsp 916350 / RN. Recurso Especial: 2007/0002419-2. Relatora Ministra Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 11.03.2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=916350&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

Sobre o melhor interesse do menor, estabelece a legislação brasileira¹⁷⁴ que o estrangeiro não será expulso “quando tiver cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de cinco anos; ou filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente”.

Na prática jurídica, quando se trata de disputas por guarda de menores, processos de adoção e até expulsão de estrangeiro que envolve filho brasileiro, o que tem prevalecido nas decisões dos Tribunais Superiores é o melhor interesse da criança e a verdadeira relação existente entre pais e filhos.

Com base nesse dispositivo, muitos estrangeiros pedem revogação de expulsão. A jurisprudência do STJ flexibilizou a interpretação da lei para manter, no país, o estrangeiro que possui filho brasileiro, mesmo que nascido posteriormente à condenação penal e ao decreto expulsório. Porém, é preciso comprovar efetivamente, no momento da impetração, a dependência econômica e a convivência socioafetiva com a prole brasileira, a fim de que o melhor interesse do menor seja atendido.

Muitos estrangeiros, no entanto, não conseguem comprovar o vínculo afetivo e a dependência econômica, tendo em vista que o simples fato de gerar um filho brasileiro não é suficiente para afastar a expulsão. Nem mesmo a apresentação de extratos bancários demonstrando depósitos é meio de comprovação da dependência econômica. A comprovação é analisada caso a caso. (HC n. 31.449, HC n. 104.849, HC n. 141.642, HC n. 144.458, HC n. 145.319, HC n. 157.483)¹⁷⁵

Assim, percebe-se a predominância absoluta do melhor interesse da criança em casos que envolvem o direito de filiação, em análise, se sobrepondo inclusive aos direitos dos pais biológicos.

¹⁷⁴ BRASIL. Lei n. 6815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.** “Art. 75. Não se procederá à expulsão: II - quando o estrangeiro tiver: a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. § 1º. não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar. § 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.”

¹⁷⁵ STJ. Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal da Cidadania. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ.** Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668#>. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

1.5. A nova estrutura familiar

A família atual pode ser vista como um grupo cheio de nuances e, assim como toda humanidade, tem sofrido influências capazes de modificar seus valores, sua ideologia e sua estruturação, alterando com isso sua conceituação.

Estudos de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf apontam:

A família sempre desempenhou um papel fundamental na vida do homem, representando a forma pela qual este se relacionava com o meio em que vivia.

No decorrer da evolução e da mutação do tempo histórico, o seu rosto mudou, adaptando-se as novas configurações advindas da experiência científica, da revolução dos costumes e da mudança de paradigma¹⁷⁶.

Assim, contexto histórico-social se reflete no comportamento das pessoas que integram determinado ambiente. Conforme bem explica Eduardo de Oliveira Leite:

Na realidade, a noção de paternidade construída pelo direito romano e que serviu de paradigma ao sistema codificado de direito de família, que plasmou nosso direito nacional, não guarda mais nenhuma identificação com o vivenciado pela família atual. Mas, é forçoso reconhecer, aquele modelo serviu de parâmetro ao direito codificado e continua sendo invocado na atualidade, apesar de sua manifesta inaplicação ao estágio atual de evolução ideológica que atingimos¹⁷⁷.

A época, a cultura local, a ideologia dominante, as condições políticas e socioeconômicas, são fatores que interferem diretamente na convivência familiar alterando paradigmas e direcionando comportamentos¹⁷⁸.

“No contexto de mundo globalizado, com a emancipação feminina, a evolução da engenharia genética, foram rompidos os paradigmas a que estavam condicionadas as famílias: casamento, sexo e reprodução”¹⁷⁹.

Também contribuíram para a formação da família atual: o processo de urbanização, industrialização, o acesso facilitado à informação, o ingresso da mulher no

¹⁷⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.9. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

¹⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.101

¹⁷⁸ Corroborar tal entendimento: GROENINGA, Giselle Câmara. **Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição**. Artigo incurso na Obra: BARBOSA, Águida Arruda. **Direito de Família** / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores. p.20. “A família varia de acordo com as épocas, com as culturas e, mesmo dentro de uma mesma cultura, em conformidades com as condições socioeconômicas em que está inserido o grupo familiar”

¹⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.21.

mercado de trabalho, o aumento em sua esfera de atuação social, política e jurídica, bem como a transformação social juvenil¹⁸⁰.

Tais mudanças são consideradas evoluções que fizeram necessárias uma série de alterações legislativas a fim de adequar o ordenamento jurídico à realidade social.

Com isso, se faz necessário lembrar que “as bases da constituição da família devem ser buscadas não só na visão aportada pelo Direito, como também nas fontes sociais, e também na especificidade do que nos faz humanos”¹⁸¹.

Costumeiramente as famílias constroem bases sólidas e compartilham sentimentos, valores, crenças, conhecimentos, práticas, cuidados comuns, interesses e preocupações. Estabelecem-se como um grupo sistematizado, onde cada elemento participa e mantém uma relação de interdependência e interação entre si, embora essa interdependência exista entre todos os participantes da família, ela se intensifica em relação a crianças e adultos, devido à dependência exigida pelas crianças ou filhos.

De modo simplificado, pode se dizer que a natureza já havia se incumbido de definir os deveres familiares cabíveis a cada membro do grupo, se bem observarmos, na maioria das espécies animais (com destaque para os mamíferos) é possível notar o afeto e a dedicação dos pais em alimentar, proteger, ensinar e desenvolver seus filhotes com o objetivo de prepará-los para a vida.

Com a espécie humana não poderia ser diferente, cabe à família o cuidado, a proteção e desenvolvimento de cada um de seus membros¹⁸², além disso, costumeiramente ela reparte seus direitos e deveres, designando a cada membro funções distintas.

Reconhecendo a pressão e a influência que o meio social exerce, o legislador optou em responsabilizar além da família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público pelo desenvolvimento infantil, assegurando, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à

¹⁸⁰ ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea, uma pesquisa interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.181.

¹⁸¹ GROENINGA, Giselle Câmara. **Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição**. Artigo incurso na Obra: BARBOSA, Águida Arruda. **Direito de Família / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira**.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores. p.19.

¹⁸² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária¹⁸³.

Discorrendo sobre a nova estruturação das famílias brasileiras, Juraci Costa ressalta:

Para melhor entender o tema, é preciso compreender as várias estruturas que a família pode assumir, conforme segue: a) a família conjugal composta por um homem e uma mulher e seus filhos que podem ter origem biológica ou adotada; b) a família monoparental composta por uma pessoa e filhos que podem resultar de origem biológica ou adoção; c) a família ampliada (consanguínea) como extensão das relações entre pais e filhos para avós, pais e netos; d) as famílias alternativas (comunitárias) cuja responsabilidade sobre as crianças pertence a todos os integrantes; e por último, e) a família homoafetiva que é composta por duas pessoas do mesmo sexo e que vivem maritalmente, optando por filhos estes podem ser de origem biológica proveniente de um dos parceiros ou através de adoção¹⁸⁴.

No mesmo sentido Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf:

Na atualidade coexistem diversas modalidades de família reconhecidas pelos Diplomas legais: a família casamentaria, que advém do casamento válido, observados os requisitos formais para sua existência e validade, que ganhou roupagem nova na pós-modernidade, uma vez que, segundo a escala valorativa atual, os cônjuges visam autorrealizar-se mutuamente com amor e liberdade, que se traduz desde a durabilidade do matrimônio em si, da escolha do regime de bens, da escolha ou não pela procriação, da organização paritária da sociedade conjugal; a família formada pela união estável passou a ter proteção constitucional como entidade familiar, apresentando uma equivalência com o casamento no que tange a aspectos afetivos e patrimoniais, guardando a noção de compromisso, de mútua assistência, observados impedimentos para sua constituição e amparo material dos seus componentes; a família monoparental, é formada por apenas um dos genitores e sua prole, tem previsão constitucional e tornou-se cada vez mais presente na pós-modernidade, oriunda de diversos fatores que passam pela viuvez, pela separação ou divórcio, pela liberdade procriativa, ensejando muitas vezes questionamentos bioéticos.

A família homoafetiva, ainda sem expressa regulamentação legal, representa uma realidade fática cada vez mais expressiva [...] ¹⁸⁵.

Diferentemente do modelo romano apresentado anteriormente, atualmente já não existe “um modelo” familiar a ser seguido.

Um fenômeno interessante que se observa devido ao alto número de separações e divórcios são as novas uniões que se formam precedidas destes institutos. As “famílias

¹⁸³ BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

¹⁸⁴ COSTA, Juraci. **Paternidade socioafetiva**. Revista Jurídica – CCJ/FURB. V. 13, nº 26, jul./dez. 2009. p.128.

¹⁸⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.15. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

reconstituídas” carregam uma identidade familiar já constituída que não pode ser excluída da nova união, são muitas vezes formadas por casais que vêm de lares desfeitos que já possuem filhos de seus relacionamentos anteriores, e que se envolvem em novos relacionamentos, cujo parceiro também já possuía seus filhos.

Os filhos de ambos os cônjuges passam a conviver em comunhão somando-se ainda outros descendentes desta nova união, formando um único e novo grupo familiar.

Novas denominações também vão surgindo, para caracterizar essa “colcha de retalhos” que viraram as famílias modernas, a doutrina¹⁸⁶ tem chamado de família patchwork, mosaico, ou relações plurifamiliares.

Com isso, surgem diversas dúvidas, afinal, dependendo da relação familiar estabelecida, a pessoa que normalmente teria um pai e uma mãe, passa a ter um pai biológico e outro afetivo, bem como uma mãe biológica outra afetiva, além de irmãos biológicos e afetivos.

Podemos destacar ainda a incerteza natural que gira em torno do contexto de família, afinal, não há qualquer garantia para a criança, nem mesmo para os pais, que aquele grupo até então formado será o que o acompanhará pela vida, afinal, nada impede que seus pais se afastem e voltem a se relacionar com outras pessoas, num ciclo indeterminável.

Outro aspecto a ser considerado sobre a estruturação familiar contemporânea são as relações homoafetivas, sobretudo, quando estas envolvem adoção ou criação de filhos.

Para melhor exemplificar, citamos decisão pioneira proferida no ano de 2008, onde o Juiz Cairo Roberto Rodrigues Madruga, deferiu sentença¹⁸⁷ que autorizou a união estável homoafetiva de um casal homossexual de sexo feminino, bem como a alteração dos registros de nascimento dos filhos gêmeos gerados pelo casal através de inseminação artificial, garantindo no registro a permanência do nome das duas mães, entendendo que ambas planejaram a gravidez, e criavam, educavam e sustentavam as crianças com amor e dedicação, além de serem desde o início reconhecidos frente à família e a sociedade como filhos do casal.

¹⁸⁶ GUIMARÃES, Janaína Rosa. Jurisprudência Comentada: Família mosaico. A proteção dos filhos e o estreitamento das relações com seus genitores diante do novo conceito de família. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/47/artigo170146-1.asp>> Acesso em: 16 de outubro de 2012.

¹⁸⁷ BRASIL. Comarca de Porto Alegre. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMBINADA COM ALTERAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. 8ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES. Juiz Prolator: Juiz Cairo Roberto Rodrigues Madruga. Data do Julgado: 12/12/2008. Processo 10802177836. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/127.pdf>> Acesso em: 18, de agosto de 2013.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, se manifestou no sentido de que, em comprovados casos de afetividade entre adotantes e adotados, o indeferimento do reconhecimento da adoção e consequente parentalidade afetiva causaria incontroversos prejuízos ao bem estar do menor, conforme segue:

[...] O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. [...] Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida [...] ¹⁸⁸

O que leva a crer que uma vez concretizadas as mudanças nas relações familiares, foram provocadas claras alterações nos valores capazes de trazer à tona maior estima da felicidade e do sentimento dentro do núcleo familiar, neste aspecto, começa-se a dar valor ao lar como lugar de afeto e respeito¹⁸⁹.

1.5.1. A família e o desenvolvimento da personalidade

Previstos no Capítulo II do Código Civil brasileiro, os direitos da personalidade são aqueles inerentes à condição de pessoa. Tais direitos garantem a individualidade do ser humano, distinguindo aquele indivíduo dos demais.

Temos na forma da lei que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis¹⁹⁰, tais características buscam a real efetividade dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que é impossível a manutenção de

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.** REsp 889852 /RS. Recurso Especial 2006/0209137-4. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento: 27.04.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=889852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

¹⁸⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.27.

¹⁹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

tais princípios sem que primeiramente o ser humano consiga ser individualizado e com isso identificado.

Em seu aspecto físico, os direitos da personalidade dizem respeito ao direito a vida e ao próprio corpo. No aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, o direito à autoria científica, artística ou literária. E no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade, além do direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos¹⁹¹. Assim:

Os direitos da personalidade traduzem as emanações mais íntimas da pessoa humana, possibilitando a sua autodeterminação, a elucidação dos seus valores mais íntimos, a sua maneira particular de existir, suas crenças, seus valores, sua forma de se demonstrar na sociedade em que vive. Consiste plenamente na sua própria individualidade, vivida e ampliada na família¹⁹².

A realidade que se apresenta é que não há ferramentas capazes de apurar a subjetividade da identidade e personalidade humana, entretanto, o que estudiosos das mais diversas áreas do conhecimento constatarem é que tanto a família, quanto o meio-ambiente social na qual a pessoa se desenvolve causam implicações diretas na formação e desenvolvimento da personalidade individual.

Para melhor entendimento sobre o assunto, recorreu-se a psicanálise de Donald W. Winnicott, que alega,

A família é o primeiro agrupamento, e de todos os agrupamentos é o que está mais próximo de ser um agrupamento dentro da unidade da personalidade. O primeiro agrupamento é simplesmente uma duplicação da estrutura unitária. Quando dizemos que a família é o primeiro agrupamento, estamos falando muito naturalmente em termos do crescimento do indivíduo, e isso se justifica pelo fato de que a mera passagem do tempo não tem nenhum vínculo que se relaciona ao fato de que, num certo ponto do tempo, cada pessoa começa sua vida e, por um processo de crescimento, faz com que a área do tempo seja pessoal¹⁹³.

O mesmo autor, ainda nos explica que:

O bebê nasce com tendências herdadas que o impulsionam impetuosamente para um processo de crescimento. Isso inclui a tendência em direção a integração da personalidade, em direção à totalidade da personalidade em corpo e mente, e em direção ao relacionamento objetal, que gradualmente se

¹⁹¹ DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e direito a identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.123-124.

¹⁹² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

¹⁹³ WINNICOTT, Donald W., 1896-1971. **Tudo começa em casa**. Tradução: Paulo Sandler. -4.ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.125-126.

torna uma questão de relação impessoal, à medida que a criança começa crescer e notar a existência de outras pessoas¹⁹⁴.

Nesse contexto, o que a psicanálise tem revelado, é que no início, a totalidade do processo de desenvolvimento ocorre devido a tendências herdadas, entretanto, a integração e crescimento é o estímulo que faz a “criança querer andar e assim por diante”¹⁹⁵.

Contextualizando estes conceitos às novas relações familiares, os filhos, ainda que em famílias convencionais, quando expostos a uma situação fática que fuja do senso comum, pode evoluir para uma educação pluralista, na qual os pais se preocupam e esclarecem o contexto atual enquadrando a criança de forma saudável a essa nova realidade.

Ou, em contrapartida, se mal administrada tal situação poderá prejudicar o desenvolvimento e formação da personalidade deste filho, uma vez que este poderá se sentir abandonado e perdido, meio a tantas pessoas diferentes. São comuns casos onde os pais estão envolvidos em seus problemas pessoais e nas implicações e responsabilidades que essa nova vida traz, que acabam por esquecer as necessidades de atenção que os filhos precisam durante o crescimento.

Nas palavras de Donald W. Winnicott:

Se houver uma provisão ambiental satisfatória, essas coisas ocorrem com a criança. Porém se o ambiente facilitador não for satisfatório, rompe-se a linha da vida, e as tendências herdadas, muito poderosas, não podem levar a criança à plenitude pessoal¹⁹⁶.

Tal teoria, de fato justifica o zelo propagado por nosso ordenamento jurídico quanto à proteção da família e o direito a formação familiar, conforme explica Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf,

O direito a formação familiar interliga-se intimamente aos direitos da personalidade, pois através desta garantem-se os direitos subjetivos ínsitos à pessoa humana, de onde aflui o próprio direito a vida, à individualização da pessoa natural, o direito ao nome, ao lar, o direito a intimidade, o direito a saúde, à segurança, o direito à convivência social e ao recato individual e familiar¹⁹⁷.

Concordando com Gisele Câmara Groeninga, tem-se que:

A família é a sede da formação da pessoa, de sua dignidade e personalidade. Estes são conceitos utilizados pelo Direito de Família que demandam uma compreensão mais profunda do que é e como se forma a personalidade, e

¹⁹⁴ WINNICOTT, Donald W., 1896-1971. **Tudo começa em casa**. Tradução: Paulo Sandler. -4.ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.139.

¹⁹⁵ *ibidem*, p.139.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p.139.

¹⁹⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p.12. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

qual a importância da família e da sociedade neste processo, quais são os direitos da personalidade envolvidos e em que extensão [...] ¹⁹⁸

José Bernardo Ramos Boeira também discorre sobre a influência exercida pela família na formação da personalidade de seus membros, conforme segue:

É de se reconhecer pelo Texto Constitucional que a ‘família-instituição’, não tutelada em si mesma, foi substituída pela ‘família-instrumento’, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Tem-se uma família funcionalizada à formação e desenvolvimento da personalidade de seus integrantes: nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o seu papel educacional, e na qual o vínculo biológico e a unicidade patrimonial são aspectos secundários ¹⁹⁹.

Para Jorge Shiguemitsu Fujita:

Os pais tem o direito-dever de manter seus filhos em seu lar, evitando a sua convivência com pessoas que possam exercer má influência à formação de sua personalidade. [...] A companhia tem um significado maior que a proximidade física ou identidade de teto. Porquanto consiste em uma interação afetiva e intelectual entre o filho e seus pais, fundada no carinho ambiental e nos bons exemplos. Os pais deverão assegurar-lhes a convivência familiar e comunitária em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes ou de conduta ilícita, que possam comprometer o seu desenvolvimento pessoal e social ²⁰⁰.

Devido a pouca idade e experiência de vida as crianças são extremamente suscetíveis às influências externas, é nesse contexto que se desenvolve a personalidade e se caracteriza a identidade.

Dada à dependência e o desamparo emocional, que são da natureza humana, a função da família, embora sofra variações históricas, mantém-se essencialmente como instituição estruturante do indivíduo. Esta função se dá em razão da natureza de dependência do bebê e da criança e da importância dos pais, ou substitutos, no cuidado para a sua sobrevivência e na formação psíquica. Esta formação se dá na interação do bebê com diferentes elementos que compõe a família e diferentes funções que estes aí exercem ²⁰¹.

Assim, todo indivíduo nasce com características próprias, porém, são as experiências, o meio social e sua formação intelectual que gradativamente vão moldando nossas percepções e aguçando os instintos.

¹⁹⁸ GROENINGA, Gisele Câmara, **Direito Civil: Direito de Família; vol. 7** / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Direito Civil ; 7 / orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka), p.21.

¹⁹⁹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse do estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1999. p.23.

²⁰⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011, p.86.

²⁰¹ GROENINGA, Gisele Câmara. **Direito de Família / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.27.

1.5.2. A formação da identidade

A identidade pessoal é a forma eterna e pacífica de individualização do homem, se estabelece no sentido de garantir que a pessoa se destaque por suas características físicas e pessoais, defendendo o que lhe é particular em uma sociedade que cada vez mais tenta igualar o ser humano reduzindo-o a materialização quase que de um objeto.

Para, Adriano De Cupis²⁰²,

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.

Trata a identidade das características mais próprias da condição humana. Formador da individualidade e personalidade é o conjunto de caracteres próprios e exclusivos que diferenciam pessoas, animais, plantas e objetos inanimados, quer diante das diversidades, quer ante seus semelhantes como o nome, idade, peso, altura, estado, profissão, sexo, orientação sexual, defeitos físicos, impressões digitais²⁰³, entre outros. Pode se dizer que tais características se desenvolvem em conjunto ao crescimento físico, mental e emocional da pessoa.

Usada também como uma construção legal, traduzida em sinais e documentos, que acompanham o indivíduo, essas características nos acompanham desde o nascimento, e ao Estado cabe à identificação, registradas em documentos oficiais e pessoais como: a certidão de nascimento, a carteira de vacinação, a cédula de identidade, a certidão de casamento, a carteira de estudante etc. A qualquer momento se pode consultar tais fontes documentais para realizar a identificação ou mesmo obter informações sobre alguém.²⁰⁴

A esse respeito:

A impressão de digital é aplicada a célula de identidade e a outros documentos por ser uma forma simples e precisa de identificação de uma pessoa. Sua importância está no fato de ser única para cada indivíduo, o que permite que as pessoas não sejam confundidas umas com as outras. [...] Recentemente o exame de DNA e de outras diversas partes do corpo humano e de suas funções também são utilizadas para identificação: os olhos, a

²⁰² CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas, SP: Romana, 2004. p. 195.

²⁰³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa** – Nova Edição revista e ampliada – J.E.M.M., Editores, Ltda. / Editora Nova Fronteira S/A. – 1986. p.913.

²⁰⁴ SILVA, Edmar Araújo. MELO, José Wagner de. **Coleção Tempo de Aprender**. In. EJA 6. ano – Volume 1 – 2.ed. – São Paulo – IBEP, 2009. Vários Autores. p.176.

palma da mão, o reconhecimento da face, da voz, da geometria das mãos, dos padrões de veias [...] ²⁰⁵.

Aspectos internos e externos à natureza humana colaboram para a formação desta individualidade, o ambiente familiar, escolar e a convivência amistosa em outros agrupamentos sociais, tais como academias, igrejas, entre outros, também podem interferir direcionando personalidades e formando opiniões.

São facilmente perceptíveis tais influências quando ao analisarmos nossas experiências. Percebemos que muitas vezes fatos ocorridos na infância, nos acompanham por toda vida. As lembranças, por vezes trazem saudades de um momento que não mais retornará, outras podem refletir certo trauma ou humilhação capaz de causar duradoura estigmatização social, dependendo da situação fática vivida.

De acordo com a filosofia de Erving Goffman,

Sugeriu-se inicialmente que poderia haver uma discrepância entre a identidade virtual e a identidade real de um indivíduo. Quando conhecida ou manifesta, essa discrepância estraga a sua identidade social; ela tem como efeito afastar o indivíduo da sociedade e de si mesmo de tal modo que ele acaba por ser uma pessoa desacreditada frente a um mundo não receptivo ²⁰⁶.

A construção da identidade psicológica depende dos relacionamentos e das influências as quais a pessoa é submetida. A criança nasce desprovida de juízo, educação e moral, sendo que seus valores vão se desenvolvendo conforme o passar dos anos e as experiências vividas. Assim, segundo considerações de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf,

A função social da família pode ser entendida como princípio básico de proteção da vida privada e familiar do homem, bem como a socialização de seus membros, onde afeto, a segurança e a estabilidade viabilizam o desenvolvimento psicossocial do cidadão, resguardando ainda, os aspectos patrimoniais, todas as funções vitais para a existência humana ²⁰⁷.

Jorge Shiguemitsu Fujita ao discorrer sobre carinho, afeto e companheirismo, destaca a importância destes atributos na relação familiar e seus reflexos na identidade dos filhos:

O carinho, afeto e companheirismo são elementos essenciais na formação da personalidade e desenvolvimento emocional, psíquico e moral do menor, desempenhado os seus pais um papel de relevo. [...] Sem todos esses

²⁰⁵ SILVA, Edmar Araújo. MELO, José Wagner de. **Coleção Tempo de Aprender**. In. EJA 6. ano – Volume 1 – 2.ed. – São Paulo – IBEP, 2009. Vários Autores. p.176 - 177.

²⁰⁶ GOFFMAN, Erving. **Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p.20.

²⁰⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: < www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

elementos ou parte deles, a criança cresce fragilizada, torna-se adolescente com revolta pessoal, baixa autoestima, inconformismo com a vida, consolidando-se, ao final, como adulto traumatizado, com marcas indelévels causadas pela falta de afeto²⁰⁸.

Tamanha é a relevância do tema, que o direito a identidade por vezes é sopesado ao próprio direito a vida, é o caso, por exemplo, do conhecido “nascimento anônimo”, ainda não disciplinado em lei brasileira, consiste na possibilidade da mulher entregar seu filho às autoridades públicas logo após o nascimento, com o intuito de encaminhá-lo a adoção, mantendo seu anonimato e garantindo a vida da criança²⁰⁹.

Tal prática tem a finalidade de evitar o aborto, o abandono do menor e o infanticídio, a consequência é a proteção do direito a vida, proporcionando uma chance de dignidade à criança ao encaminhá-la para a adoção.

Esse é um exemplo claro que coloca em oposição do direito a vida e o direito a identidade da criança, já que esta não teria direito a conhecer sua origem genética, pois a mãe declina sua verdadeira identidade que só poderá ser revelada ao filho quando ele alcançar a maioridade, desde que a mãe expresse concordância nesse sentido²¹⁰.

Conforme bem observa os educadores Edmar Araújo Silva e José Wagner de Melo,

A sociedade humana é construída a partir da interação entre os homens e o meio em que vivem. É a vida em sociedade que nos transforma em seres humanos. Somente por meio da convivência humana temos condições de nos desenvolver plenamente e sobreviver. É na interação social que ideias, ideais, pensamentos, sentimentos e invenções são compartilhados e servem de estímulo para novas descobertas e seu aperfeiçoamento²¹¹.

Cientificamente, não se pode comprovar que o meio social é o responsável pela formação da identidade humana, encontraremos um exemplo disso se levarmos em consideração a relação entre irmãos, que criados no mesmo ambiente, numa mesma época e com as mesmas influências, sem qualquer explicação lógica, desenvolvem identidades e personalidades totalmente diversas um dos outros.

Além disso, não são poucas as exceções de indivíduos que contra todos os fatos e em condições desfavoráveis para uma boa formação, surpreendem, se destacam e se tornam personalidades exemplares, bem como o inverso também é verdadeiro, ou seja, pessoas com

²⁰⁸ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011. p.100.

²⁰⁹ GOZZO, Débora. “**Nascimento anônimo**”: em Defesa do Direito Fundamental à Vida. Revista Mestrado em Direito, Osasco, Ano 6, n. 2, 2006, p.123-137

²¹⁰ ibidem, p.123-137.

²¹¹ SILVA, Edmar Araújo. MELO, José Wagner de. **Coleção Tempo de Aprender**. In. EJA 6. ano – Volume 1 – 2.ed. – São Paulo – IBEP, 2009. Vários Autores. p.177.

uma excelente infraestrutura familiar, psicológica e financeira que por vezes renunciam a tudo sem qualquer justificativa e se entregam ao ócio e a marginalidade.

No entanto, também não se pode ignorar que na grande maioria das vezes, o meio ambiente social direciona o comportamento humano e é o principal responsável pelo desenvolvimento moral e crescimento pessoal.

Com base nesses fatos, o Estatuto da Criança e do Adolescente descreve:

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais²¹².

Ressaltando tais atributos, o legislador brasileiro se preocupou em prever que crianças e adolescentes, devido às fragilidades da idade tenham garantidos todos os direitos inerentes a qualidade de pessoa humana assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade²¹³.

1.5.3. Direito ao nome

A identidade é o atributo que distingue um ser dentro de um grupo, pode-se entender como a forma mais relevante de individualização da pessoa humana, tal característica é necessária como forma de integração social e realização da vida civil, geram efeitos que interessam a todos, seja para a própria pessoa, sociedade ou Estado.

O direito ao nome é considerado como um “direito da personalidade”, portanto, intransmissível e irrenunciável²¹⁴.

Previsto pelo Código Civil de 2002²¹⁵, o nome é um direito personalíssimo, atributo necessário e obrigatório de toda pessoa humana que busca a proteção da identidade,

²¹² BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.** Art.17.

²¹³ idem, “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

²¹⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 11 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária.”

²¹⁵ idem, “Art. 16 - Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

justamente por se tratar do elemento pelo qual a pessoa é identificada na sociedade, individualizando-a²¹⁶, sendo, “sem dúvida, o sinal principal de identificação humana²¹⁷”.

Em complemento, o Código Civil assegura também o direito de reconhecimento dos filhos²¹⁸, qualquer que seja a origem da filiação, podendo constar do termo de nascimento, de testamento, de escritura ou outro documento arquivado em cartório.

No Brasil, os nomes são compostos por duas partes, o prenome, chamados de “primeiro nome”, que podem ser simples ou compostos, cabe aos pais a escolha do prenome, desde que este não exponha o filho ao ridículo; a segunda parte trata do sobrenome, ou “nome de família”, estes devem sinalizar a filiação da pessoa, ou conter uma procedência familiar que defina sua origem.

Se a filiação no ato do registro de nascimento não for admitida, esta poderá ser reconhecida por meio de Declaração Oficiosa de Paternidade/Maternidade ou por Ação de Investigação da Paternidade/Maternidade; na qual caberá exame material genético das partes e o reconhecimento virá por meio de sentença judicial.

Versando sobre a falta do reconhecimento de paternidade na identidade documental de muitos filhos, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento número 12²¹⁹, que garante que todas as certidões de nascimento emitidas no Brasil seguem um mesmo padrão. Entre as mudanças implementadas na certidão de nascimento está a substituição dos campos de preenchimento obrigatório dos nomes do pai e da mãe por um único de “filiação”. A medida, conforme destaca o provimento, visa “evitar desnecessária exposição dos que não possuem paternidade identificada”.²²⁰

²¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. – 2. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. – (Coleção Prof. Agostinho Alvin / coordenação Renan Lotufo).p.221.

²¹⁷ LOTUFO, R. **Código Civil Comentado**. Cit., p. 66. Citado por: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada / Roxana Cardoso Brasileiro Borges**. – 2. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. – (Coleção Prof. Agostinho Alvin / coordenação Renan Lotufo). p.221.

²¹⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.609 - O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I – no registro de nascimento; II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.”

²¹⁹ BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n. 12**. Disponível em: < <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1294906/pai+presente-provimento+CNJ-12-2010.pdf> >. Acesso em: 25, de agosto de 2013.

²²⁰ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Corregedoria do CNJ lança projeto para ampliar reconhecimento de paternidade**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/9594-corregedoria-do-cnj-lanca-projeto-para-ampliar-reconhecimento-de-paternidade> >. Acesso em: 25, de agosto de 2013.

2 A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

De forma simplista, podemos concluir que as dúvidas quanto à paternidade de um modo geral é uma questão fática que sempre existiu motivada obviamente pela própria natureza humana, que confere a sociedade determinar com mais facilidade a figura materna, sendo obrigados a acreditar na integridade da mãe, pois esta que normalmente atribui a paternidade de seu filho.

Contudo, a discussão em torno da figura paterna é um fator relativamente recente, segundo estudos de Eduardo Oliveira Leite, a contestação da figura paterna surge após maio de 1968, momento em que os estudantes franceses e a juventude unida se revoltam contra todos os meios e aparelhamentos que pudessem exercer alguma forma de repressão, agressão e censura sobre estes. Tal movimento foi entendido como uma forma de contestação cultural, “Rebelando-se contra os modelos e as formas de educação, na escola e na família, e contra a hierarquia²²¹”.

Com o ocidente ainda pautado nos moldes romanos e sendo a paternidade uma forma de poder que se sobrepunha a todos os outros membros da família, ocupando uma posição hierarquicamente superior aos demais, a figura paterna simbolizava a repressão dentro do ambiente familiar, com isso se enquadrando no modelo alvo de toda a renovação cultural que se buscava naquele momento²²².

A partir dos anos 70 a sociedade começa a questionar qual a finalidade da figura paterna, ou na realidade “o que é um pai”? “O que é ser um pai”? Tais questões motivaram uma série de estudos e teorias, porém, devido à subjetividade que envolve o tema torna-se quase impossível chegar-se a uma conclusão definitiva. O fato é que ainda hoje não há uma resposta que esgote efetivamente tais dúvidas.

Várias são as formas, atualmente, de se estabelecer um vínculo de filiação. Conforme vislumbram Rosenthal e Chaves,

A liberdade de cada pessoa de efetivar a filiação pode ser realizada através de mecanismos biológicos (através de relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (por decisão judicial), da fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento afetivo puro e simples da condição paterno-filial. Seja qual for o método escolhido, não haverá qualquer efeito diferenciado para o tratamento jurídico (pessoal e patrimonial) do filho²²³.

²²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.99

²²² *ibidem*, p.99

²²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 476. Nesse sentido, também o Enunciado 103 da **I Jornada de Direito Civil: O Código Civil**

Françoise Hurstel cita que “em todas as sociedades encontramos três modalidades do exercício da paternidade, a de ‘genitor’, a de ‘educador’ e de ‘provedor’ e a da transmissão dos nomes e dos bens²²⁴”.

A afetividade tem sido considerada frente aos tribunais brasileiros como um ensejador da relação existente entre pai e filho, e em alguns casos chegou-se a conclusão que na realidade “pai” é aquele que além de cumprir os deveres de sustento e educação, estabelece uma relação afetiva, amorosa com o filho. Mesmo que aquele não seja o efetivo genitor deste.

O que a evolução histórico-social comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora desta relação, pode até haver laço biológico por si só insuficiente a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial²²⁵.

Assim, a paternidade abrange ainda a modalidade do afeto, o amor, o carinho paternal ganha dimensões na formação da coletividade da família e na individualidade da criança, os laços biológicos então passam a ser questionados, entendendo-se com isso, que como dizia o velho ditado popular, “pai é quem cria”.

Com base em tal comportamento humano, Luc Ferry, afirma:

Como nunca, os pais amam seus filhos, ficam paralisados de angústia diante da ideia de que o futuro possa não deixar que se “realizem” e curiosamente, na maioria das vezes, os filhos lhes devolvem o mesmo amor. E também incessantemente, esse laço se reforça e se aprofunda²²⁶.

Os alicerces das famílias contemporâneas estão principalmente pautados no sentimento de cuidado recíproco, na cumplicidade, na ajuda mútua, na amizade e no amor. É notório que o afeto passa a ser o principal vínculo de união familiar, cabendo sua desconstituição da falta deste²²⁷.

A família anteriormente pautada na relação matrimonial e, sobretudo, na perpetuação patrimonial dá lugar a um ambiente mais sentimental. Porém, não se pode ignorar os efeitos sociais e jurídicos da paternidade exclusivamente afetiva, afinal, se por um lado a

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.

²²⁴ Françoise Hurstel, *La Déchirure Paternelle*, p.38. Citado por: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.101

²²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.102

²²⁶ FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p.78.

²²⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**, São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.55.

“sacralização do DNA” é mais uma fórmula do que uma forma humana de se atribuir a paternidade, por outro, existe a questão da responsabilidade efetiva pela vida gerada.

Neste ponto os interesses de pai biológico e socioafetivo se contrapõem, pois, em algumas famílias contemporâneas é comum a não coincidência de identidade entre pai afetivo, biológico e registral.

Sobre a origem da filiação, Maria Berenice Dias expõe:

No atual estágio da sociedade, não mais se questiona a origem da filiação. Ante as facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram, hoje é possível a qualquer pessoa realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. A essa realidade não se pode fechar os olhos. Igualmente não dá mais para crer que os casais de pessoas do mesmo sexo, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não podem ou não devem ter filhos.²²⁸

Com os avanços sociais e da tecnologia médica, atualmente é possível se almejar a paternidade/maternidade, ainda que não se utilize dos meios tradicionais para alcançar tal objetivo. Um exemplo social disso são os institutos da adoção e adoção a brasileira. Além disso, a relação sexual entre homem e mulher deixou de ser essencial para a concepção, visto as novas técnicas disponíveis de reprodução assistida, fertilização in vitro, cessão de útero, comercialização de óvulos e espermatozoides²²⁹.

A Constituição Federal igualou os direitos de todos os filhos e proibiu designação discriminatória entre eles²³⁰. Segundo a nossa legislação, não há diferença entre filhos, independentemente de sua origem. Tem-se como certo que o artigo 227, em seu § 6º, estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não se admitindo a absurda distinção entre filiação legítima e ilegítima, estabelecida no Código Civil de 1916, conforme houvesse ou não justo casamento entre os pais²³¹.

Da mesma forma, portanto, se corrobora o entendimento de que a filiação isonômica é direito fundamental, isso porque os direitos e garantias fundamentais expressos

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.104.

²²⁹ *ibidem*, p.104.

²³⁰ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, “Art. 227. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

²³¹ Comentando sobre o tratamento dispensado pelo Código Civil de 1916 acerca da classificação da filiação, Carlos Roberto Gonçalves, esclarece: “Filhos ilegítimos eram os que procediam de justas núpcias. Quando não houvesse casamento entre os genitores, denominavam-se ilegítimos e se classificavam, por sua vez, em naturais e espúrios. Naturais, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. Espúrios, quando a lei proibía a união conjugal dos pais. Estes podiam ser adulterinos, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e incestuosos, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha, ou entre irmão e irmã. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2.ed. rev. e atual. v.VI – direito de família. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 305).

no artigo 5º²³² da Constituição da República, não constituem *numerus clausus*²³³, conforme se denota do parágrafo segundo²³⁴ desse mesmo artigo, o que torna possível se levar a crer que outros direitos permeados na Constituição poderão ser elevados ao *status* de direitos fundamentais, como é o caso do artigo 227, em seu parágrafo sexto²³⁵.

O constituinte federal achou por bem adotar o estatuto unitário de filiação, que consiste em garantir definitivamente a possibilidade de registro para todos os filhos, sem limitações, preconceitos ou distinções²³⁶.

Filiação para Jorge Shiguemitsu Fujita,

É o vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente de fecundação natural ou da reprodução assistida homóloga (sêmen do esposo ou do companheiro; ovulo da esposa ou companheira) ou heteróloga (sêmen de outro homem ou ovulo de outra mulher, porém, com o consentimento do esposo ou da esposa), assim como em virtude da adoção²³⁷.

Ao proibir a designação discriminatória entre todas as “classificações” de filhos, é notório o objetivo da Constituição Federal em garantir a dignidade da pessoa humana no que diz respeito à qualidade de filho, com isso firmou-se também o direito a igualdade e ao respeito nas relações filiais.

Torna-se importante argumentar que o direito à filiação é um direito fundamental. José Afonso da Silva entende que a procriação é um direito fundamental, pois nasce do direito de liberdade de fazer, de atuar ou de agir, como princípio individual e, em defesa da integridade, que é sempre inspirada pela garantia da dignidade da pessoa humana²³⁸.

Atualmente, o Código Civil estabelece que a família pode ser natural ou civil²³⁹ conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Sendo que o parentesco natural decorre de laços consanguíneos, e ao parentesco civil se enquadram outras hipóteses tais como a

²³² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”

²³³ Latim: “número fechado”

²³⁴ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²³⁵ idem, “Art. 227. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

²³⁶ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.75.

²³⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu, **Direito de Família** / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.191.

²³⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 217.

²³⁹ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

adoção, a filiação socioafetiva, e outras técnicas de reprodução assistida na qual o material genético utilizado não necessariamente é o do pai ou da mãe civil.

Corroborando este entendimento, Arnaldo Wald:

O legislador ampliou, por conseguinte, o conceito de parentesco para nele fazer inserir não apenas aquele advindo da técnica de reprodução assistida heteróloga relativamente ao genitor que não contribuiu com seu material fecundante (art.1597, V, do CC) como também o decorrente de relações não biológicas, mas afetivas, fundadas na posse de estado de filho²⁴⁰.

Atualmente a doutrina brasileira classifica a natureza da filiação sob três ângulos distintos, sendo, a jurídica, a biológica e a socioafetiva, conforme veremos mais a frente.

²⁴⁰ WOLD, Arnaldo. **Direito Civil: direito de família**, vol. 5 / Arnaldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.42

2.1. Filiação no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916²⁴¹, vigente no Brasil até a entrada em vigor do atual Código em 2002, tinha como objetivo garantir a estabilidade do lar e a união dos casais frente a uma sociedade notoriamente patriarcal. Tanto é que, tal diploma legislativo regulamenta inclusive institutos já extintos no direito familiar.

Didaticamente, vale ressaltar que a família brasileira do início do século XX, tinha peculiaridades dificilmente encontradas nas famílias dos dias atuais, em resumo, tratava-se de uma família patriarcal, onde ainda se falava em exercício do pátrio poder familiar²⁴², baseada principalmente no matrimônio e com fortes influências religiosas.

Os papéis dentro do ambiente familiar eram divididos basicamente em função do sexo e da idade de seus membros, e ao homem cabia ainda o dever de zelar pela unidade familiar²⁴³.

A mulher casada participava do rol dos relativamente incapazes, cabendo a autorização do marido para que esta pudesse exercer uma profissão²⁴⁴, em casamentos no Regime de Comunhão Universal de Bens, a mulher só poderia administrar se autorizada pelo marido²⁴⁵, e caso se casasse pela segunda vez perderia poder sobre os filhos do primeiro casamento, entre outras citações.

Tratava-se de uma família organizada como se fosse uma instituição, obedecendo a hierarquia patriarcal, a esposa e seus filhos assumiam uma clara posição de inferioridade, o homem por sua vez, ao assumir sua função de pai e marido, se comportava como sendo o chefe dessa “família instituição”²⁴⁶. “Assim sendo, pode-se observar uma família transpessoal,

²⁴¹ BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. (Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002).

²⁴² idem, “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).”

²⁴³ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. Apud. FACHIN, Edson Luiz. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.279.

²⁴⁴ BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. (Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002). “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III) e Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV). (texto original).”

²⁴⁵ idem, “Art. 266. Na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum. - Parágrafo único. A mulher, porém, só os administrará por autorização do marido, ou nos casos do art. 248, nº V, e art. 251.”

²⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.41.

preocupada principalmente com sua continuidade, relegando a segundo plano os interesses de seus membros”²⁴⁷.

As críticas ao que concerne o Código Civil de 1916 se baseiam no fato de que esse diploma legal era pouco abrangente, ou seja, fora formulado apenas com a finalidade de atender as expectativas de uma pequena parcela da burguesia de detinha o poder econômico.

Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, “o código civil de 1916 reproduziu antes as intenções de uma elite minoritária e refratária, do que as aspirações do povo brasileiro.”²⁴⁸

A família até então só poderia ser reconhecida por meio do casamento, conforme explana Maria Berenice Dias:

A família do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio, em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações²⁴⁹.

É possível se observar a grande influência religiosa exercida pela igreja católica neste período. O casamento acaba sendo aplicado com uma finalidade moral e patrimonial.

Por meio do casamento se moralizava a prática sexual, fazendo com que as relações não matrimonializadas fossem marginalizadas, “as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos²⁵⁰”.

Com isso, passam a existir as relações legítimas e seus filhos legítimos, advindos do casamento, e em contrapartida, as relações ilegítimas, com seus filhos ilegítimos ou espúrios, oriundos da ausência matrimonial²⁵¹.

Neste contexto assevera José Bernardo Ramos Boeira:

Todo sistema originário do Código Civil tem como base a família como grupo social de sangue com origem no casamento. Portanto, juridicamente, pelo sistema codificado, a família legítima somente se constituía através de matrimônio válido, o que implicava afastar de qualquer proteção legal os filhos de uniões não matrimonializadas, tidos por ilegítimos, em razão de não se enquadrarem dentro do modelo desenhado pelo sistema²⁵².

²⁴⁷ CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. *Apud*. FACHIN, Edson Luiz. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.279.

²⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.34.

²⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.30

²⁵⁰ *ibidem*, p.30

²⁵¹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse do estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1999. p.21.

²⁵² *ibidem*, p.21.

A valorização verificada na figura do filho biológico existente no código civil de 1916 ressalta as origens do direito romano, outrora estudadas neste trabalho. Com base na paternidade matrimonializada, a presunção *pater is est*²⁵³ deduzia como filho legítimo apenas aqueles nascidos durante a constância do casamento, ou melhor, nascidos até 180²⁵⁴ dias, pelo menos, do início do matrimônio, ou aqueles nascidos até 300²⁵⁵ dias após a dissolução, que por sinal era aceita com base na morte, desquite ou anulação.

Não se pode esquecer que durante a elaboração e grande parte da vigência do nosso anterior código civil, contávamos com técnicas laboratoriais limitadas, assim, cientificamente era impossível comprovar com absoluta certeza o vínculo biológico.

Esta realidade fez com que a presunção de paternidade tomasse contornos inabaláveis. Ainda que houvesse prova de adultério²⁵⁶ da mulher, ou sua confissão²⁵⁷, a prole do casal estaria juridicamente garantida e a filiação seria mantida.

Havendo dúvidas sobre a paternidade dos filhos matrimoniais, caberia somente ao marido²⁵⁸ a legitimidade para contestá-la²⁵⁹.

Com relação aos filhos ilegítimos, a “paz familiar” era o principal pretexto para a exclusão das responsabilidades paternas. Seja nos casos dos filhos gerados por intermédio de um adultério, ou seja em casos de uma relação incestuosa²⁶⁰.

A discriminação acerca do tema proibia que o filho ilegítimo residisse no lar conjugal sem o consentimento do outro cônjuge; vedava a investigação de paternidade capaz de atribuir um filho ilegítimo a uma mulher casada; e a possibilidade para qualquer pessoa, que possuísse justo interesse contestar ação de investigação de paternidade²⁶¹.

Não se reconheciam os filhos extramatrimoniais, muito menos, eram garantidos direitos elementares a sua sobrevivência, “relegando-os à execração pública, em virtude de

²⁵³ “pai é aquele”, modo abreviado do brocardo “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” ou “pai é aquele que as núpcias indicam”

²⁵⁴ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. “Art. 338 - Presumem-se concebidos na constância do casamento: I - os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (Art. 339)”.

²⁵⁵ *ibidem*, “Art. 338 - Presumem-se concebidos na constância do casamento: II - os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação”. (Redação conforme o original)

²⁵⁶ *idem*, “Art. 343 - Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole”.

²⁵⁷ *idem*, “Art. 346 - Não basta a confissão materna para excluir a paternidade”.

²⁵⁸ *idem*, “Art. 344 - Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (Art. 178, § 3º)”.

²⁵⁹ *idem*, “Art. 340 - A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337e338), só se pode contestar, provando-se: I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho; II - que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados”.

²⁶⁰ BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.65.

²⁶¹ *idem*, p.64.

um comportamento então tido como altamente reprovável, praticado por seus pais, ao gerá-los e que se convencionou manter em sigilo”²⁶².

Analisando o Código Civil de 1916, tem-se no artigo 337 a presunção de paternidade com base no princípio *pater is est quem nuptiae demonstrant*²⁶³, conforme segue:

Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constancia do casamento, ainda que annullado (art. 217), ou mesmo nullo, se se contrahiu de boa fé (art. 221). (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919). (Revogado pela Lei nº 8.560, de 1992)²⁶⁴.

Aos filhos ilegítimos cabia a seguinte classificação: “espúrios ou adulterinos”, ocorria quando um dos genitores era pessoa casada com terceiro; “espúrios incestuosos”, advindos de uma relação de incesto, ou seja, seus genitores possuíam grau de parentesco até segundo grau na linha colateral, capaz, portanto, de impedir o casamento civil; e os “naturais”, oriundos de genitores que não estavam casados, mas que, contudo, não possuíam nenhuma forma de impedimento para o matrimônio.

Ao que concerne aos filhos ilegítimos naturais, devido à ausência de impedimentos na realização do casamento, este poderia ter sua condição alterada com o eventual casamento de seus genitores, passando-se então a ser fruto de um casamento válido e ganhando com isso sua legitimidade ainda que posterior²⁶⁵.

Entretanto, o reconhecimento jurídico dos filhos naturais, após o casamento dos pais não acontecia de forma direta. Para que este filho passasse à qualidade de legítimo, fazia-se necessário o reconhecimento dos pais, que podiam fazê-lo, separados ou conjuntamente²⁶⁶.

Estava previsto ainda que o ato de reconhecimento do filho ilegítimo natural poderia ser voluntário, no registro de nascimento, por escritura pública ou ainda por meio de testamento²⁶⁷.

Para os casos que envolviam os filhos naturais, caberia ainda a propositura de ação judicial de reconhecimento de paternidade, desde que: a mãe ao tempo da concepção “estava concubina com o pretendido pai”²⁶⁸; “se a concepção do suposto filho coincidiu

²⁶² BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.65.

²⁶³ “é pai aquele que as núpcias indicam”.

²⁶⁴ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Art. 337.

²⁶⁵ idem, “Art. 353 - A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho”.

²⁶⁶ idem, “Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjuntas ou separadamente”.

²⁶⁷ idem, “Art. 357 - O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento: Parágrafo único - O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho, ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes”.

²⁶⁸ idem, “Art. 363 - Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no Art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: I - se ao tempo da concepção a mãe estava concubina com o pretendido pai”.

com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela”²⁶⁹ ou se existisse “escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”²⁷⁰.

Também haviam distinções entre filhos adotados e matrimoniais. Os adotados não eram considerados legítimos pela legislação civil de 1916, deste modo, o filho adotado era reservado de direitos se o casal adotante possuísse outros filhos considerados legítimos. A exemplo disso, o adotado não tinha direito a bens da sucessão hereditária²⁷¹.

Em comum acordo, era previsto pelo ordenamento jurídico a revogação do ato de adoção, assim, pode-se dizer que a adoção tinha natureza de um negócio, sendo que caberia aos adotantes a manutenção deste²⁷².

Em termos de família, analisando o contexto social da aplicação do código civil de 1916, pode-se entender que reinava o patrimonialismo baseado unicamente na transmissão dos bens aos herdeiros advindos quase que exclusivamente do casamento.

Disseminava-se com isso uma política familiar discriminatória que atingia diretamente a dignidade da pessoa humana do filho não-legítimo, condenado a arcar com o peso do estigma social a ele atribuído.

Observa-se ainda que não existia nas relações familiares nenhuma menção quanto ao afeto, que por sua vez, não se atribuía juridicamente nenhum valor.

Com as revoluções sociais e comportamentais do século XX, tornou-se impossível a manutenção do referido código. Com conceitos ultrapassados e com o advento de uma nova Constituição Federal em 1988, mais moderna e atual, após inúmeras alterações, o legislador se viu obrigado reformular a legislação civil. Então, em 2003²⁷³, entra em vigor o novo Código Civil, conforme analisaremos posteriormente.

²⁶⁹ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. “Art. 363 - Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no Art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: II - se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela”.

²⁷⁰ idem, “Art. 363 - Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no Art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação: III - se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente”.

²⁷¹ idem, “Art. 377 - Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”.

²⁷² idem, “Art. 374 - Também se dissolve o vínculo da adoção: I - quando as duas partes convierem; II - nos casos em que é admitida a deserção”.

²⁷³ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Art. 2.044. Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação.

2.2. Filiação no Código Civil de 2002.

No Brasil, as relações familiares são basicamente reguladas pelo Código Civil, que examina sucessivamente o casamento, como base da família, as relações pessoais e patrimoniais entre cônjuges, as relações entre pais e filhos, definindo-se as diversas espécies de filiações, bem como o conceito de poder familiar, união estável, finalizando com a tutela e a curatela²⁷⁴.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o conceito de parentesco, assim como o de família também foi ampliado, reconheceu-se a equidade entre os cônjuges²⁷⁵, a união estável²⁷⁶ e a igualdade entre os filhos²⁷⁷.

Resta preservado pelo Código Civil de 2002, a presunção de paternidade para filhos nascidos durante o casamento²⁷⁸ e reconhece outras formas de filiação além desta²⁷⁹. Inova o Código Civil ao inserir o termo “outra origem”²⁸⁰ relacionado à filiação, a inserção deste termo possibilita ampla interpretação da letra da lei²⁸¹.

Embora não de forma expressa, o Código Civil finalmente deixa de se pautar unicamente pelo laço sanguíneo e passa a admitir o critério socioafetivo e a posse do estado de filho.

Doutrina e jurisprudência com a finalidade de sanar os anseios sociais que o mundo contemporâneo apresenta começam a entender a família com vínculos afetivos, onde se sobressaem o amor e a efetiva convivência familiar.

Neste sentido explica Arnaldo Wald:

Com a promulgação do Código Civil de 2002, alargou-se igualmente o conceito de parentesco, o qual deixa de ser definido apenas pelo liame da

²⁷⁴ WOLD, Arnaldo. **Direito civil: direito de família, vol. 5** / Arnaldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 1

²⁷⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

²⁷⁶ idem, “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

²⁷⁷ idem, “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

²⁷⁸ idem, “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

²⁷⁹ idem, “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de ‘consangüinidade’ ou outra origem”. (redação conforme original)

²⁸⁰ idem, “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de ‘consangüinidade’ ou outra origem”. (redação conforme original)

²⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 193.

consanguinidade, pautando-se também pelo critério socioafetivo, ou seja, aquele fundado no afeto e não na origem biológica. O afeto, com efeito, revela-se hoje muito mais significativo para o direito do que a mera ciência genética. Chega-se atualmente a afirmar que o registro de nascimento deve espelhar muito mais a verdade socioafetiva do que a biológica²⁸².

Corroborando o mesmo entendimento, Eduardo de Oliveira Leite:

O ineditismo, e de certa forma, a força maior do artigo radica de seu *in fine*, que escancara as portas a uma nova forma de parentesco, nem natural, nem civil, mas que fundamenta a filiação socioafetiva. Ou seja, pela primeira vez na história do Direito de Família reconhece-se, sem vacilar, assento ao afeto nas relações paterno-materno-filiais, capaz de gerar efeitos na ordem jurídica familiar²⁸³.

A legislação civil de 2002 inova ao admitir a paternidade previamente autorizada pelo marido da mãe em casos de inseminação artificial heteróloga. Se reconhece que a vontade de ser pai, neste caso, é mais importante que o vínculo biológico²⁸⁴, como veremos em detalhes mais à frente.

Doutrinariamente, muito se discute quanto efetividade do Código Civil no que tange ao direito de família. Concebido entre os anos de 1968 a 1972, nota-se que os valores morais do século XXI sofreram enormes transformações e já não são os mesmos das décadas finais do século XX, portanto, ainda seria necessário atualizar tanto a legislação quanto a jurisprudência dos tribunais²⁸⁵.

Na tentativa de minimizar as divergências que esta situação causa no ordenamento jurídico brasileiro, o Conselho de Justiça Federal, por meio de seu Centro de Estudos Judiciários – CEJ, desde 2002 promove as Jornadas de Direito Civil. Formadas por profissionais representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil, são propostos debates, em mesa redonda, com a finalidade de aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões participantes²⁸⁶.

²⁸² WOLD, Arnaldo. Direito civil: direito de família, vol. 5 / Arnaldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.2

²⁸³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.193.

²⁸⁴ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.234.

²⁸⁵ PT na Câmara, site oficial da Liderança do PT - **Deputado rebate críticas ao Estatuto da Família**. Qui, 30 de Dezembro de 2010 14:06. Disponível em:<http://www.informes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5736:deputado-rebate-criticas-ao-estatuto-da-familia&catid=42:rokstories&Itemid=108> Acesso em: 16 de Outubro de 2012.

²⁸⁶ CEJ - Centro de Estudos Judiciários. **Apresentação das Jornadas de Direito Civil**. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile>>, Acesso em: 07 de agosto de 2013. p.9.

2.3. Responsabilidades, obrigações e direitos decorrentes do vínculo de filiação

O sistema jurídico brasileiro estabeleceu como dever dos pais com relação aos filhos o sustento, a guarda e educação²⁸⁷, cabendo a ambos, pai e mãe, as responsabilidades referentes aos atos cometidos por aqueles filhos menores ou incapazes confiados a sua guarda e cuidados.

Em conformidade com as leis constitucionais, nossa legislação civil estabelece que compete aos pais, com relação à pessoa dos filhos menores de idade: criar e educá-los²⁸⁸; tê-los em sua companhia e guarda²⁸⁹; autorizar ou negar o direito ao casamento²⁹⁰; nomear tutor em testamento prevendo sua ausência posterior²⁹¹; representá-los até os 16 anos e assisti-los após esta idade nos atos da vida civil em que forem partes²⁹²; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha²⁹³; exigir obediência e respeito²⁹⁴. A lei prevê ainda o direito de usufruto e administração dos bens²⁹⁵ dos filhos e o direito recíproco a prestação de alimentos²⁹⁶.

Tais dispositivos tratam dos “direitos-deveres” dos pais com relação a seus filhos. A importância destes artigos se dá porque neles se resumem de forma legal o que se espera da família como instituição de formação do indivíduo.

²⁸⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos;”

²⁸⁸ idem, “Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação;”

²⁸⁹ ibidem, “Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: II - tê-los em sua companhia e guarda;”

²⁹⁰ ibidem, “Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;”

²⁹¹ Ibidem, “Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;”

²⁹² ibidem, “Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;”

²⁹³ ibidem, “Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;”

²⁹⁴ ibidem, “Art. 1634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

²⁹⁵ idem, “Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. Exceções previstas no Art. 1.693. Excluem-se do usufruto e da administração dos pais: I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.”

²⁹⁶ idem, “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

A legislação civil é bem clara em distinguir a relação paterno-materno-filial, da relação existente entre cônjuges e companheiros, em seu artigo 1724²⁹⁷, se estabelece que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Segundo explica Heloísa Helena Barbosa, os direitos e deveres com relação aos filhos não dependem da existência de um casamento, de uma união estável, nem mesmo de qualquer tipo de relacionamento jurídico ou afetivo entre os pais²⁹⁸.

O dever-direito de criação, sustento e educação se inclui na medida de suas possibilidades, a alimentação, o cuidado com a saúde, a instrução escolar, a preparação para a vida e o que mais necessário for para a sobrevivência do menor²⁹⁹.

Aqui se inclui além da assistência material, a responsabilidade pela formação moral e espiritual, se trata da conhecida “educação que vem de casa”, basicamente resumida em formação escolar, profissional, familiar, religiosa, política e cívica, preparando estes filhos para a vida social futura³⁰⁰.

Explica Jorge Shiguemitsu Fujita:

Caso os pais deixem de atender ao direito-dever de educar, poderão sujeitar-se, no âmbito criminal, às penas previstas para crimes de abandono material, moral e intelectual, e, no plano civil, à perda do poder familiar³⁰¹.

Conforme a legislação em vigor existe entre pais e filhos o direito e a obrigação de alimentar. Estabelece a Constituição Federal³⁰² em seu artigo 229 que: “os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os maiores tem o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. O Código Civil³⁰³, por sua vez ressalta em seu artigo 1596 que “o direito a prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

A responsabilidade civil que os pais têm por atos praticados por seus filhos menores, incapazes e não emancipados, segue ainda hoje o raciocínio originado pelo direito romano, onde, a família responde solidariamente pelo filho, considerado este como uma forma de “patrimônio familiar”.

²⁹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Art. 1724.

²⁹⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. *In: Repensando o direito de família*. Coordenador: Rodrigo Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey. 1999. p.139.

²⁹⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011. p.85.

³⁰⁰ *ibidem*, p.85.

³⁰¹ *ibidem*, p.85.

³⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

³⁰³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.

Atualmente, estão previstos dois tipos de responsabilidade em nosso ordenamento, e é clara separação existente entre ambos, de modo geral, pode-se dizer que a responsabilidade penal, não passará da pessoa do condenado³⁰⁴, logo, os pais não podem ser compelidos a cumprir quaisquer condenações penais em lugar de seus filhos.

Assim, a responsabilidade dos pais por atos praticados por seus filhos se limita a responsabilidade civil³⁰⁵, e o que justifica tal comportamento é que o menor, via de regra, não possui bens capazes de arcar com os custos financeiros de seus atos, ou seja, se o tratamento legislativo fosse diferente a vítima fatalmente ficaria desprotegida, correndo um risco ainda maior de não ser indenizada.

Para Jorge Shiguemitsu Fujita:

Aquele que detiver a guarda terá a responsabilidade de vigilância sobre o menor, no entanto, assinalar que, se o ato lesivo do filho ocorrer no lapso temporal da visita ou da permanência temporária, em que ele se encontrava com o pai não guardião ou com a mãe não guardiã, a responsabilidade pelos danos provocados a terceiro será deste, ou desta, considerando que a guarda havia sido transferida transitoriamente, juntamente com o dever de vigilância. Observamos, porém, que na hipótese de um dos pais não guardião discordar do outro guardião, no exercício do poder familiar, poderá levar a questão ao magistrado para solução correspondente³⁰⁶.

Alguns autores citam ainda que a responsabilidade dos pais é uma forma de profilaxia civil capaz de incitar os pais a melhor exercer sua autonomia e conseqüentemente a educação sobre seus descendentes, sendo que “a responsabilidade civil do pai e da mãe impediria o pulular dos delinquentes e outros jovens vadios³⁰⁷”, ou seja, “a responsabilidade dos pais tem como fundamento uma presunção de falha na vigilância ou na educação³⁰⁸”.

Fala-se em responsabilidade não por ato próprio, mas sim, por ato de outro, ao mesmo tempo, imputa-se também a esta responsabilidade uma responsabilidade própria, uma vez que, se a falha de caráter ou educação do filho menor não foi corrigida, trata-se então na

³⁰⁴ Trata-se do princípio da ‘intranscendência’ ou da ‘responsabilidade pessoal’. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

³⁰⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

³⁰⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011. p.88.

³⁰⁷ MALAURIE, Phillipe. AYNÈS, Laurent. *Les Obligations*, p.70. *Apud*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”**. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.64

³⁰⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”**. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.67

realidade de falha dos pais, considera-se aqui, além da educação, a influência que a família exerce sobre a identidade e personalidade do menor.

A paternidade além de produzir efeitos no âmbito pessoal (uso do nome) e social (status de filho) produz efeitos nas relações econômicas e patrimoniais, gerando reflexos no direito das obrigações, como prestar alimentos e pleitear alimentos, nos termos do artigo 229 da Constituição de 1988, já no âmbito da responsabilidade civil o pai responde pelos atos dos filhos enquanto menores ou incapazes e por último no direito sucessório o direito a herança³⁰⁹.

Não se pode negar que a inocência ou a inexperiência do menor fatalmente o leva a cometer atos que um adulto com prudência média jamais cometeria, assim, na prática, a falta de vigilância, acaba sendo a maior responsável pelos danos causados pelos menores.

³⁰⁹ COSTA, Juraci. **Paternidade socioafetiva**. Revista Jurídica – CCJ/FURB. V. 13, nº 26, jul./dez. 2009. p.130.

2.4. Filiação jurídica ou registral

Segundo o Código Civil Brasileiro, “a filiação prova-se pela certidão”³¹⁰, neste ato, a paternidade jurídica se estabelece pelo registro legal, garantindo-se com a certidão de nascimento a presunção de veracidade e publicidade.

Ao tratarmos da “filiação jurídica”, diz respeito também à chamada filiação registral ou legal. Esta se dá devido ao vínculo paterno filial reconhecido pela lei. É aquela onde o vínculo e o reconhecimento paterno-materno-filial se dá através de norma jurídica.

Inicialmente a filiação jurídica se baseava na relação matrimonial, ou seja, o filho era considerado legítimo desde que descendesse da constância de um casamento válido. Como não era possível estabelecer a paternidade por meio de exames clínicos como o de DNA, apenas caberia à família (e ao homem), acreditar na palavra da esposa e confiar na verdade por ela estabelecida ao atribuir à paternidade de seus filhos.

O registro da paternidade confirma todos os efeitos gerados pela filiação, dentre eles o dever de alimentar, de dar assistência, o direito sucessório e as limitações relativas a ascendentes e descendentes³¹¹.

Para confirmar o registro civil é necessário declarar o nascimento do filho que será lavrado no respectivo assento³¹².

Com base na presunção de paternidade advinda do casamento³¹³, qualquer dos pais poderá comparecer ao Cartório de Registro de Pessoas Naturais, munido com certidão de casamento e documento de nascimento emitido pelo hospital (quando nascido em hospital).

Embora nossa legislação atual mantenha a presunção de paternidade sobre os filhos advindos do casamento, as novas técnicas científicas alteraram “o dispositivo legal referente ao direito do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua

³¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”

³¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p.328.

³¹² SILVA, Carlos Brandão Ildefonso. PENA, Luciana Calado. **Paternidade e seus aspectos registral, socioafetivo e biológico: A viabilidade jurídica de seus desmembramentos e os efeitos jurídicos decorrentes**. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/?artigo&artigo=380> Acesso em: 25.08.2012

³¹³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

mulher³¹⁴”, uma vez que a inseminação artificial heteróloga, desde que expressamente consentida pelo marido, cria uma nova forma de interpretação para esse diploma legal.

Caso os pais não sejam casados, para a efetivação do registro de nascimento, é necessária a presença de ambos³¹⁵. Existem ainda outras formas válidas de reconhecimento de paternidade³¹⁶, tendo a voluntariedade como foco. São exemplos o testamento e a livre manifestação frente ao juiz.

Em regra, a paternidade uma vez reconhecida não poderá ser revogada³¹⁷, entretanto, em alguns casos admite-se a invalidação do registro desde que comprovado erro ou falsidade³¹⁸.

Sendo, o erro, ato involuntário do oficial de registro ou declarante e a falsidade, declaração voluntária contrária a verdade, “é atribuir a si ou a outrem a maternidade ou paternidade do nascido, ou declarar nascimento inexistente³¹⁹”.

Haja vista a seriedade do registro público, o legislador não poderia deixar de criminalizar a falsidade nos registros civis, sobretudo, porque tal ato leva a sociedade e o filho ao erro sobre sua essência, sua identidade e personalidade.

Tipificado pelo Código Penal, temos a proibição da falsidade sob a inscrição de registro inexistente³²⁰, além disso, não se admite dar parto alheio como próprio, ao registrar como se seu fosse, filho de outro, bem como ocultar ou substituir recém nascido³²¹, ambos os crimes levam a pena de reclusão de dois a seis anos.

Em alguns casos se observa o perdão judicial com a consequente extinção da punibilidade³²², ou seja, na prática o juiz deixa de aplicar a pena quando reconhecida a

³¹⁴ FUJITA, Jorge Shiguemitsu, **Filiação**. 2. ed. - São Paulo : Atlas, 2011, p.62.

³¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p.328.

³¹⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento e irrevogável e será feito: I – no registro do nascimento; II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório. III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV – por manifestação direta e expressa perante ao juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.”

³¹⁷ idem, “Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.”

³¹⁸ LÔBO, Paulo, **Famílias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.212.

³¹⁹ idem, p.214.

³²⁰ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. “Art. 241. Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente: Pena – Reclusão, de dois a seis anos.”

³²¹ idem, “Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu filho de outrem; ocultar recém nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – Reclusão, de dois a seis anos.”

³²² Jus Brasil Notícia. **Perdão judicial é concedido a casal culpado por praticar adoção à brasileira**. Disponível em: < <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100148054/perdao-judicial-e-concedido-a-casal-culpado-por-praticar-adocao-a-brasileira> >. Acesso em: 25, de agosto de 2013.

nobreza do ato de registrar filho de terceiros como se seu fosse³²³, embora criminalizada, esta prática no Brasil é comum, sendo que dela gerou-se a chamada “adoção à brasileira”.

Por sinal, a adoção quando realizada conforme o previsto em lei civil trata-se de ato de vontade das partes com aval judicial, criando-se naquele momento um vínculo entre adotante e adotado, que passam a ter efetiva relação jurídica filial, não havendo qualquer menção à situação anterior e tendo respeitados todos os efeitos jurídicos advindos da adoção³²⁴.

Entretanto, cabe lembrar que o registro por si não invalida a busca pela verdade biológica se a pessoa assim desejar, “a só existência do registro não pode limitar o exercício do direito de buscar, a qualquer tempo, o reconhecimento de paternidade³²⁵”.

Sendo assim, segundo Rosa Melo Vencelau, os filhos advindos da filiação jurídica podem ser:

Presumidamente do marido e mulher (art. 1597, CC 2002; art. 338, CC 1916); reconhecidos voluntariamente pelos pais biológicos (art. 1607, CC 2002; art.355, CC 1916); forçadamente mediante decisão judicial (art. 1606, CC 2002; art. 27, ECA; art.350, CC 1916); e, ainda, a adoção confere ao adotado status de filho do adotante (art. 1626, CC 2002; art. 41, ECA)³²⁶.

Uma questão que preocupa o Estado brasileiro, diz respeito ao grande número de pessoas que não possui no registro de nascimento o nome do pai, visando diminuição da ausência de paternidade no país, assim:

A Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça lançou em setembro de 2008 o projeto “Pai Presente”, com a publicação do Provimento número 12 que define medidas a serem adotadas pelo Poder Judiciário para diminuir a quantidade de pessoas sem paternidade reconhecida no país. “O objetivo é identificar os pais que não reconhecem seus filhos e garantir que assumam as suas responsabilidades, contribuindo para o bom desenvolvimento psicológico e social dos filhos”³²⁷.

³²³ BRASIL, Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. “Art. 242. Parágrafo Único – se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.”

³²⁴ SILVA, Carlos Brandão Ildfonso. PENA, Luciana Calado. **Paternidade e seus aspectos registral, socioafetivo e biológico: A viabilidade jurídica de seus desmembramentos e os efeitos jurídicos decorrentes**. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/?artigo&artigo=380> Acesso em: 25.08.2012

³²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p.328.

³²⁶ VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação : entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 69. *Apud*. FUJITA. Jorge Shiguemitsu, **Filiação**. 2. ed. - São Paulo : Atlas, 2011, p.62.

³²⁷ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Corregedoria do CNJ lança projeto para ampliar reconhecimento de paternidade**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/9594-corregedoria-do-cnj-lanca-projeto-para-ampliar-reconhecimento-de-paternidade> >. Acesso em: 25, de agosto de 2013.

Em complemento ao Provimento número 12, estabeleceu-se o Provimento número 16, conforme segue:

[...] A declaração de paternidade pode ser feita espontaneamente pelo pai e/ou solicitada pela mãe ou pelo próprio filho, se maior de idade. O procedimento pode ser feito nos cartórios de registro civil. A justiça também pode notificar a mãe da criança, para, no prazo de 30 (trinta) dias, comparecer à Secretaria do Juízo, portando documento de identidade e a certidão de nascimento do filho sem paternidade estabelecida, para, querendo, informar o nome e endereço do suposto pai. Ele será chamado para comparecer ao fórum para fazer o reconhecimento espontâneo³²⁸.

O direito à paternidade responsável é garantido por meio da Constituição Federal de 1988³²⁹. O programa Pai Presente³³⁰, coordenado pela Corregedoria Nacional de Justiça, objetiva estimular o reconhecimento de paternidade de pessoas sem esse registro.

³²⁸ TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Reconhecimento de Paternidade**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conheca-o-tjmg/a-justica/servicos-ao-cidadao/reconhecimento-depaternidad e/#.Uhpq4xukrmg>>. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

³²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 226. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

³³⁰ “Assinada pelo corregedor nacional de Justiça, ministro Gilson Dipp, a regulamentação visa garantir o cumprimento da Lei 8.560/92, que determina ao registrador civil que encaminhe ao Poder Judiciário informações sobre registros de nascimento nos quais não conste o nome do pai. A medida permite que o juiz chame a mãe e lhe faculte declarar quem é o suposto pai. Este, por sua vez, é notificado a se manifestar perante o juiz se assume ou não a paternidade. Em caso de dúvida ou negativa por parte do pai, o magistrado toma as providências necessárias para que seja realizado o exame de DNA ou iniciada ação judicial de investigação de paternidade”. (CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Corregedoria do CNJ lança projeto para ampliar reconhecimento de paternidade**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/9594-corregedoria-do-cnj-lanca-projeto-para-ampliar-reconhecimento-de-paternidade>>. Acesso em: 25, de agosto de 2013).

2.5. Filiação biológica

Conforme já explanado anteriormente, são relativamente novas as técnicas científicas que comprovam de forma cabal a origem genética de um indivíduo. Até então, o que ocorria era uma presunção de paternidade, com base na “honestidade” da mãe, esta sim, sempre certa devido a sua própria natureza.

Com os avanços da engenharia genética, atualmente é possível a concreta determinação quanto à paternidade biológica de alguém. São vínculos meramente sanguíneos, baseados em exames periciais, com critérios objetivos que constatarem de forma científica a relação paterno-materno-filial.

A “filiação biológica” ocorre quando o vínculo se fundamenta na consanguinidade entre uma pessoa e seu descendente em linha reta no 1º grau, independente da forma de concepção, seja reprodução assistida ou natural. Normalmente depende de exames de DNA para comprovar a filiação;

Com o progresso científico e a invenção do teste de DNA (ácido desoxirribonucléico), a paternidade pode ser determinada com absoluta certeza, tornando-se obsoletos, como observa Zeno Veloso, todos os métodos científicos até então empregados para estabelecer a filiação. A comparação genética através do DNA é tão esclarecedora e conclusiva quanto as impressões digitais que se obtêm na datiloscopia, daí afirma-se que o DNA é uma impressão digital genética³³¹.

A prova pericial baseada em exames clínicos tornou mais simples o entendimento jurídico acerca da filiação. Anteriormente, as dificuldades acerca da identificação da paternidade se consubstanciavam na falta de prova biológica inequívoca, contudo, mesmo ao analisar o conjunto de fatores apresentados como comprovatórios, ainda assim, cabia ao juiz a difícil decisão de comprová-la. Quando muito, por meio das técnicas conhecidas até então, era possível afastar a paternidade, entretanto, jamais garanti-la.

Com o surgimento do exame de DNA, introduzido no Brasil após o ano de 1988 e popularizado no início dos anos 90, põe fim às dúvidas referentes a paternidade biológica.

O teste é realizado a partir da coleta do material genético de filhos e supostos pais, em média, são analisados entre 13 e 19 trechos do DNA que variam bastante de pessoa para pessoa. Os principais sistemas utilizados para a análise laboratorial são: ABO, Rh, HLA e DNA. Os dois primeiros tratam-se de métodos relacionados com os tipos sanguíneos, sendo capazes apenas de afastar a possibilidade de paternidade. O HLA (Antígeno de Leucócitos

³³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2.ed. rev. e atual. v.VI – direito de família. São Paulo: Saraiva, 2006. p.272.

Humanos), é baseado na histocompatibilidade humana, faz meio de prova, entretanto com grande margem de erro não é capaz de ser utilizado como certeza de paternidade³³². Já o DNA, além de excluir também identifica precisamente o parentesco entre as pessoas³³³.

Jaqueline Filgueiras Nogueira, ao tratar sobre o exame de DNA, relata:

Através do exame de DNA, essa incerteza desapareceu, chegando à beira da infalibilidade, com probabilidade de paternidade superiores a 99,99%. Esse exame possibilita conferir resultados mesmo quando não se tem presentes para exame pais e mães, em caso de falecimento de um deles ou de ambos; como também possibilita que seja realizado o exame no início da gravidez, para determinar a paternidade, por exemplo, quando há dois supostos pais³³⁴.

Tais testes laboratoriais passaram então a indicar com certeza as relações genéticas de parentalidade, determinando com isso o genitor e gerando infinitas repercussões no âmbito do direito de família.

Não se discute mais a formação biológica da filiação, porém, atualmente doutrina e jurisprudência divergem questionando se a simples carga genética é motivo suficiente para estabelecer a paternidade de forma absoluta, ou, por outro lado, apenas é capaz de limitar a indicação de um genitor.

2.5.1. A dessacralização do DNA

Embora atualmente reste pacificado que não há necessidade da existência de filhos dentro da conjugalidade, ainda assim, há quem entenda que a relação entre pais e filhos é a grande essência do direito de família.

Deste modo, convém lembrar que desde o início da história do Direito, sobretudo para os romanos é por meio desta relação tripartite existente entre pais e filhos que se define e se desdobra outras relações pessoais, emocionais e patrimoniais.

Entretanto, a natureza impôs seus limites aos desejos da sociedade patriarcal, uma vez que a relação genética entre a mãe e seus filhos normalmente se faz incontestável, pela lógica, basta mera prova testemunhal do nascimento para ser capaz de se atribuir com confiabilidade a maternidade de determinada criança.

³³² VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica, e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.77.

³³³ *ibidem*, p.77.

³³⁴ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.80.

O mesmo não se pode dizer dos pais, a paternidade sempre foi incerta e “para contornar a crucial dúvida os romanos pacificaram a presunção *pater is est*³³⁵... como meio definitivo de determinação da paternidade³³⁶”.

Durante séculos, todas as decisões que envolviam a família eram de competência paterna, sobretudo com relação ao desejo de tornarem-se pais. Já a mulher, sem poder para controlar o próprio corpo, ficava submissa as vontades do marido³³⁷.

Com o advento das novas técnicas científicas passa-se a priorizar tanto nos tribunais quanto nas relações familiares os vínculos puramente biológicos.

Por muito tempo o judiciário nacional manteve a preponderância da paternidade biológica frente à socioafetiva. Nossos tribunais estabeleceram a supremacia da genética sob a chamada “paternidade social”³³⁸, no entanto, revolucionando o padrão clássico, atualmente existem diversas decisões abrindo-se precedentes em sentido contrário³³⁹ a fim de garantir ao pai e ao filho socioafetivo os direitos referentes à sua condição.

Foram quase três décadas de uma espécie de “sacralização do DNA”, onde pessoas totalmente estranhas estavam condenadas a conviver com a “relação paterno-filial” estabelecida juridicamente baseada na concepção genética.

Neste sentido se posiciona Rolf Madaleno constatando que:

Já é momento de evitar o endeusamento do resultado pericial, convertido o julgador num agente homologador da pericia genética, certo de ela possuir peso infinitamente superior a de qualquer outra modalidade de prova judicial³⁴⁰.

³³⁵ Abreviação de *pater is est quem nuptia demonstrant*: trata-se basicamente da presunção de paternidade do marido, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar em curto prazo preclusivo;

³³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.99

³³⁷ Neste sentido: “responsáveis ou irresponsáveis, voluntária ou involuntariamente, eram os homens que “faziam” os filhos que as mulheres deviam carregar e pôr no mundo”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”**. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p.106)

³³⁸ ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de Família: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2006. p.74.

³³⁹ BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA**. Processo: REsp 1087163 RJ 2008/0189743-0 / Relatora Ministra Nancy Andrichi - Julgamento: 18.08.2011 - Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA - Publicação: DJe 31/08/2011. “Analisando as peculiaridades do caso, a relatora constatou que o pai afetivo sempre manteve comportamento de pai na vida social e familiar, desde a gestação até os dias atuais; agiu como pai atencioso, cuidadoso e com profundo vínculo afetivo com a menor, que hoje já é adolescente. Ele ainda manteve o desejo de garantir o vínculo paterno-filial, mesmo após saber que não era pai biológico, sem ter havido enfraquecimento na relação com a menina.”

³⁴⁰ MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p.157.

A crítica é forte no que diz respeito à priorização do lado biológico como único critério para se estabelecer a paternidade, afinal, um simples exame passa definir a filiação deixando de se considerar a relação moral e afetiva que socialmente deve existir na relação entre pai e filho, fazendo com que dois desconhecidos estejam mutuamente vinculados um ao outro.

Explica Maria Berenice Dias:

Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente a verdade afetiva. Tanto assim que se estabeleceu a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje possível é identificá-las em pessoas distintas³⁴¹.

Com a modificação das relações familiares, uma nova situação foi apresentada aos tribunais brasileiros, na qual, a questão central gira em torno de aplicar o princípio do melhor interesse da criança, descobrindo com isso a melhor solução dentro do contexto de família.

Com este entendimento, conclui-se que o vínculo de sangue, por vezes, se apresenta de forma secundária para determinar a paternidade. E desta forma, a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto. Isso porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afaga-lo, em protegê-lo, e este é o vínculo que se cria e não se determina³⁴².

Assim, Eduardo Oliveira Leite deduz que:

Uma nova era inicia-se no mundo da filiação – que é o de nosso interesse – restando saber se, efetivamente o exame de DNA contribui de forma concreta (e não só abstrata) para a determinação e atribuição da paternidade (responsável na ótica do constituinte de 1988) ou apenas, e tão somente, limita-se a exata indicação do genitor de uma determinada criança. O questionamento em torno da família e, especialmente, do que é paternidade, cresceu muito nas últimas décadas e gerou um pai e uma família “incertos”³⁴³.

Parece razoável entender que com base no princípio da dignidade da pessoa humana, na primazia que preconiza o melhor interesse da criança, e principalmente na nova organização familiar brasileira, que fundamentar a paternidade em laços unicamente biológicos ferem os preceitos constitucionais empregados por nosso ordenamento.

³⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.331.

³⁴² NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. *Apud*. WOLD, Arnaldo. **Direito civil: direito de família**, vol. 5 / Arnaldo Wold, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. – 17.ed. reformulada. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.42

³⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.99

Assim, Juraci Costa, esclarece:

A partir da Constituição Federal de 1988, a família afetiva foi constitucionalmente reconhecida, o afeto passou a exercer um relevante papel, delineando as relações familiares os novos modelos de paternidade, mostrando que a paternidade biológica não exerce mais superioridade sobre a afetiva³⁴⁴.

Maria Berenice Dias, explica com clareza a adequação da socioafetividade nas novas relações familiares, conforme segue:

A possibilidade de identificação da realidade genética, com altíssimo grau de certeza por meio dos exames de DNA, desencadeou uma verdadeira corrida na busca da verdade real, em substituição a verdade jurídica definidas muitas vezes por singelas presunções legais. De outro lado, os avanços científicos, permitindo a manipulação biológica, popularizaram a utilização de métodos reprodutivos como a fecundação assistida, a cessão do útero, a comercialização de óvulos ou espermatozoides, a locação de útero, isso tudo sem falar na clonagem. Diante desse verdadeiro caleidoscópio de situações, cabe perguntar como estabelecer os vínculos de parentalidade. A resposta não pode ser mais encontrada no campo da Biologia, pois as situações fáticas idênticas ensejam soluções diametralmente diferentes. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que aluga o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo³⁴⁵.

Por outro lado, ignorar verdades e direitos com base exclusivamente em critérios subjetivos que variam entre juízes e tribunais, podem gerar grande instabilidade jurídica e acabar prejudicando direitos fundamentais tão importantes quanto o próprio direito a identidade e filiação.

³⁴⁴ COSTA, Juraci. **Paternidade socioafetiva**. Revista Jurídica – CCJ/FURB. V. 13, nº 26, jul./dez. 2009. p.131.

³⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Entre o ventre e o coração**. 2008. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>, Acesso em: 18 de outubro de 2012.

3 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O reconhecimento da chamada “filiação socioafetiva” consiste na relação entre pai, mãe e filho (ou “paternidade socioafetiva”: relação paterno-filial), sem vínculo sanguíneo entre eles, mas com fortes vínculos afetivos, capazes de gerar efeitos, seja na ordem pessoal, seja na ordem patrimonial. É o caso, por exemplo, de algumas formas de reprodução artificial, da adoção, da “adoção à brasileira”, do “filho de criação” e em algumas situações, das relações entre padrasto/madrasta e enteado.

Neste sentido, Adriana Karlla de Lima:

A filiação socioafetiva encontra sua fundamentação nos laços afetivos constituídos pelo cotidiano, pelo relacionamento de carinho, companheirismo, dedicação, doação entre pais e filhos. Está cada vez mais fortalecida tanto na sociedade como no mundo jurídico, ponderando a distinção entre pai e genitor, no direito ao reconhecimento da filiação, inclusive no direito registral, tendo-se por pai aquele que desempenha o papel protetor, educador e emocional³⁴⁶.

Para Jorge Shiguemitsu Fujita,

Filiação socioafetiva é aquela consistente na relação entre pai e filho, ou entre mãe e filho, ou entre pais e filho, em que inexistente liame de ordem sanguínea entre eles, havendo, porém, o afeto como elemento aglutinador, tal como uma sólida argamassa a uni-los em suas relações, quer de ordem pessoal, quer de ordem patrimonial³⁴⁷.

Não foi outro o entendimento de Paulo Lobo, na III Conferência Estadual dos Advogados do Ceará, em agosto de 2011, que explanou que a socioafetividade trata-se de “filiação decorrente do afeto contínuo nas estruturas familiares”³⁴⁸. Assim, é possível concluir que a paternidade objeto da cultura humana, não sendo somente um “dado”, mas sim, um “construído”, que demanda tempo, atenção, dedicação, respeito, carinho, zelo e amor recíprocos.

O Código Civil prevê a diversidade e possibilidade de outras formas de constituição das famílias, com a finalidade de englobar a filiação e as relações paterno-filiais sem correlação sanguíneas, dotando-as de igual dignidade em relação à biológica³⁴⁹.

³⁴⁶ LIMA, Adriana Karlla. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280 >. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

³⁴⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu, **Filiação**. 2. ed. - São Paulo : Atlas, 2011, p.71.

³⁴⁸ Publicado por OAB-Ceará. Extraído por Jus Brasil. **Advogados discutem a filiação socioafetiva**. Disponível em <<http://oab-ce.jusbrasil.com.br/noticias/2818339/advogados-discutem-a-filiacao-socioafetiva>> . Acesso em 01, de dezembro de 2012.

³⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.161.

Além disso, nossa legislação pátria estabelece que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”³⁵⁰, garante a norma constitucional da igualdade entre os filhos³⁵¹, confirma a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do matrimônio oriundo de fecundação artificial heteróloga (com autorização prévia do marido)³⁵², e por fim, consagra a prova de filiação com base em qualquer modo admissível em direito³⁵³.

Segundo Luiz Edson Fachin:

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela ao pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nesta qualidade, sendo reconhecido como tal em ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles que toma conta do boletim e na lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho de olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos³⁵⁴.

Na falta ou defeito do registro de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito³⁵⁵, prestigiando o princípio da aparência,³⁵⁶ o que caracteriza a posse de estado de filho e, sobretudo, o vínculo paterno-filial.

A paternidade tem um significado mais profundo que a verdade biológica, onde o zelo, o amor paterno e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva. Uma paternidade, que vai sendo construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando verdadeiros laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica, até porque, a paternidade real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos das relações de sentimento que vão sendo cultivados durante a convivência da criança³⁵⁷.

Trata-se basicamente de uma integração familiar reconhecida pelo Direito, formal e definitiva daquele que apesar de não se tratar de filho natural ou biológico adquiriu espaço e *status* de filho na família em que está inserido. Esta é baseada na relação cotidiana existente

³⁵⁰ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

³⁵¹ idem, “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

³⁵² idem, “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

³⁵³ idem, “Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II – quando existirem presunções resultantes de fatos já certos.”

³⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade - relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.59

³⁵⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.”

³⁵⁶ COSTA, Juraci. **Paternidade socioafetiva**. Revista Jurídica – CCJ/FURB. V. 13, n° 26, jul./dez. 2009. p.131.

³⁵⁷ MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000. p.40.

no seio do ambiente familiar, que na maioria das famílias desperta o amor, o carinho mútuo entre seus entes.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional [...] Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a filiação biológica e a sócio-afetiva. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais³⁵⁸.

Doutrinariamente, com relação à parentalidade socioafetiva, já na I Jornada de Direito Civil³⁵⁹, realizada de 11 a 13 de setembro de 2002, consolidou entendimento viabilizando o reconhecimento. Aprovando o enunciado número 103³⁶⁰, a Jornada entendeu ao interpretar o artigo 1593³⁶¹ do Código Civil de 2002, que o parentesco civil decorre também da inseminação artificial heteróloga e da posse de estado de filho. O mesmo entendimento foi estendido ao enunciado número 108³⁶², isso porque acrescenta a interpretação do artigo 1603³⁶³, que a filiação além de se provar pelo registro civil, também se faz de forma consanguínea e socioafetiva.

Ainda nesse sentido, a III Jornada de Direito Civil³⁶⁴ através do enunciado número 256³⁶⁵, firma entendimento garantindo a parentalidade socioafetiva como modalidade de parentesco civil.

³⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p.67.

³⁵⁹ CEJ - Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados da I Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2611/2689> >, Acesso em: 07 de agosto de 2013.

³⁶⁰ CEJ - Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados da I Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2611/2689> >, Acesso em: 07 de agosto de 2013. p.27. “Enunciado 103 - Art. 1593: O código Civil reconhece, no artigo 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 socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.”

³⁶¹ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

³⁶² CEJ - Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados da I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2611/2689> >, Acesso em: 07 de agosto de 2013. p.27. “Enunciado 108 - Art. 1603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

³⁶³ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”

³⁶⁴ CEJ - Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados da III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2619/2696> >, Acesso em: 07 de agosto de 2013.

³⁶⁵ idem, p.46. “Enunciado 256 – Art. 1593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”

A socioafetividade é juridicamente conhecida nos institutos da posse de estado de filho, nas formas de adoção conhecidas e na inseminação artificial heteróloga.

O afeto como base familiar teve seu destaque ampliado com a aprovação da Lei número 11.924 de 17, de abril de 2009³⁶⁶, conhecida como “Lei Clodovil”, em alusão ao então deputado, inspirado por sua própria história de vida, tendo em vista que foi um filho adotado pelo casal Domingos Hernandes e Izabel Sanches Hernandes, apresentou projeto de lei que permite que o enteado adote o nome da família do padrasto ou madrasta a fim de com tal ato favorecer as pessoas que criam os filhos de seus companheiros, como se seus fossem³⁶⁷.

Tal legislação fora sancionada em 17 de abril de 2009, sob o número 11.924. Altera o artigo 57 da Lei de Registros Públicos³⁶⁸ passando a vigorar acrescido do parágrafo 8º com a seguinte redação:

O enteado ou enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos parágrafos 2º e 7º, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja a expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família³⁶⁹.

Note a clareza da lei em dispor que não haverá supressão do sobrenome dos pais biológicos, o que se permite é que ao lado do nome de registro seja lançado também o sobrenome do padrasto ou da madrasta.

Em 29 de novembro de 2012, o Supremo Tribunal Federal admitiu existir Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com Agravo que versa sobre a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. O caso concreto elencado trata de pedido de Anulação de Assento de Nascimento de “adoção à brasileira” de avós que no ato do nascimento reconheceram a neta como se sua filha fosse. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou procedente a ação, priorizando o vínculo biológico (o

³⁶⁶ BRASIL. Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009. **Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta.** Art. 1º Esta Lei modifica a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta, em todo o território nacional.

³⁶⁷ COSTA, Juraci. **Paternidade socioafetiva.** Revista Jurídica – CCJ/FURB. V. 13, nº 26, jul./dez. 2009. p.133.

³⁶⁸ BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.**

³⁶⁹ BRASIL. Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009. **Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta.** Art. 2º O art 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º: § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

Agravo n. 692186 / DF até o presente momento encontra-se no Supremo Tribunal Federal aguardando julgamento).

Segundo o ministro Relator Luiz Fux,

A prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica é relevante sob o ponto de vista econômico, jurídico e social, configurando destarte, a existência do requisito da repercussão geral³⁷⁰.

Embora reconhecida à repercussão geral que definirá a prevalência sobre as formas de filiação, no direito aplicado, parece inconcebível uma fórmula que consiga abarcar todas as possibilidades de aplicação aos casos concretos.

Em 03, de junho de 2013 o Deputado Federal Newton Cardoso - PMDB/MG, apresentou o Projeto de Lei n. 5682/2013³⁷¹, que altera o artigo 27 da Lei número 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a possibilitar a busca do reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva.

Pelo Projeto,

Art. 2º. o artigo 27 da Lei nº 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

Parágrafo único. O reconhecimento do estado de filiação socioafetiva não decorre de mero auxílio econômico ou psicológico.

Segundo justifica o autor, a alteração se faz necessária com base nas alterações conceituais que a família moderna apresenta, sobretudo baseada nos laços de “carinho, afeição e solidariedade existente entre os integrantes”³⁷², deixando, portanto, de ser

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MANIFESTAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALENCIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 692186 / DF – Distrito Federal. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=0000006>> Acesso em: 15 de julho de 2013.

³⁷¹ Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5682/2013. **Altera o artigo 27 da Lei nº 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a possibilitar a busca do reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva.** Autor Deputado Newton Cardoso. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32302CB48600C49DD0CE87F169E9C600.node1?codteor=1094494&filename=PL+5682/2013>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

³⁷² Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5682/2013. **Altera o artigo 27 da Lei nº 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a possibilitar a busca do reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva.** Autor Deputado Newton Cardoso. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32302CB48600C49DD0CE87F169E9C600.node1?codteor=1094494&filename=PL+5682/2013>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

meramente fundamentada pelo vínculo biológico. Destaca ainda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a manifestação da Ministra Nancy Andrighi ao apontar que tal instituto deriva de “construção jurisprudencial e doutrinária, ainda não respaldada pela legislação vigente”³⁷³ e apresenta como objetivo da lei proposta o seguinte texto:

O objetivo deste projeto de lei é conferir maior segurança jurídica às relações familiares, instituindo a previsão de formalização de investigação de paternidade ou maternidade socioafetiva bem como assegurando que o reconhecimento do estado de filiação não decorre de mero auxílio econômico ou psicológico. Clamo meus pares a aprová-lo³⁷⁴.

Com isso, mais uma vez as modificações sociais ocorridas nas últimas décadas justificam o reconhecimento jurídico da situação fática, onde o foco da família deixa de se pautar exclusivamente no caráter social, econômico e religioso, passando a ser baseado nas relações de afeto e companheirismo³⁷⁵.

³⁷³ Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5682/2013. **Altera o artigo 27 da Lei nº 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a possibilitar a busca do reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva.** Autor Deputado Newton Cardoso. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32302CB48600C49DD0CE87F169E9C600.node1?codteor=1094494&filename=PL+5682/2013>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

³⁷⁴ Brasil. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5682/2013. **Altera o artigo 27 da Lei nº 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a possibilitar a busca do reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva.** Autor Deputado Newton Cardoso. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32302CB48600C49DD0CE87F169E9C600.node1?codteor=1094494&filename=PL+5682/2013>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

³⁷⁵ SILVA, Carlos Brandão Ildfonso. PENA, Luciana Calado. **Paternidade e seus aspectos registral, socioafetivo e biológico: A viabilidade jurídica de seus desmembramentos e os efeitos jurídicos decorrentes.** Disponível em: <http://ibdfam.org.br/?artigo&artigo=380> Acesso em: 25.08.2012

3.1. Posse do Estado de filho

A questão que se destaca acerca da filiação ou paternidade socioafetiva é a “Posse do estado de filho”, que trata de uma realidade na qual alguém desfruta da qualidade de filho de outra pessoa, sem que possua necessariamente algum vínculo genético ou jurídico.

Sobre a posse do estado de filho, José Bernardo Ramos Boeira esclarece:

É a posse de estado, a expressão forte e real do parentesco psicológico, a caracterizar a filiação afetiva. Alias não há modo mais expressivo de conhecimento do que um pai tratar seu filho como tal, publicamente dando-lhe proteção e afeto, e sendo o filho assim reputado pelos que, com ele convivem. E pode-se afirmar que a desbiologização da paternidade tem, na posse do estado de filho, sua aplicação mais evidente³⁷⁶.

Caracterizam-se “pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento pai”³⁷⁷.

É uma situação de fato que independe da realidade legal, onde um indivíduo vive de forma contínua e notória como filho de outrem³⁷⁸.

Segundo Maria Berenice Dias,

[...] quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, detém o que se chama de posse de estado ou estado de filho afetivo [...] a aparência faz com que todos acreditem existir situação, fato que não pode ser desprezado pelo direito³⁷⁹.

Foram consagrados três elementos clássicos para o reconhecimento da posse de estado de filiação, sendo: *nominatio* (nome), *tractatus* (trato) e *fama* (fama)³⁸⁰.

Juraci Costa no mesmo sentido ensina:

A doutrina em sua grande maioria considera de grande importância três elementos que são requisitos para identificar a posse do estado de filho: Nome: atribuição do nome do pai ao seu filho; Trato: caracteriza-se pelo comportamento expressando amor, carinho, assistência e tudo mais que um pai faria por seu filho; Fama: comportamento social perante a sociedade expressando a aparência do vínculo que envolve pai e filho³⁸¹.

Doutrinariamente, é pacífico que a posse de estado de filho não precisa se configurar logo que a criança nasce, podendo vir posteriormente, desde presente tais

³⁷⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse do estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1999. p.54-55.

³⁷⁷ idem, p.60.

³⁷⁸ LÔBO, Paulo, **Famílias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.215.

³⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p.333.

³⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade - relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.126.

³⁸¹ COSTA, Juraci. **Paternidade socioafetiva**. Revista Jurídica – CCJ/FURB. V. 13, nº 26, jul./dez. 2009. p.131.

requisitos. Também é comum na posse de estado de filho casos onde não estão presentes todos os elementos, ainda assim, o entendimento segue no sentido de reconhecer a parentalidade socioafetiva.

Acerca da ausência destes requisitos José Bernardo Ramos Boeira sustenta:

A doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a “posse de estado de filho” se concorrem os demais elementos – trato e fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade esses dois elementos são os que possuem densidade capaz de informar e caracterizar a posse de estado³⁸².

O trato é considerado elemento essencial, de maior valor, que revela a conduta dispensada e exprime a vontade de ser pai (ou mãe). É reconhecido em atos como a manutenção social, afetiva, psicológica, econômica e moral, mostrando evidente o cuidado paterno-materno-filial³⁸³. Já “a fama, representa a exteriorização do ‘estado’, em que terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público”³⁸⁴.

Deste modo, Jaqueline Filgueiras Nogueira, reforça:

O trato é elemento clássico de maior valor para que se estabeleça a “posse do estado de filho”, pois é o tratamento que os pais dispensam ao seu filho, assegurando-lhe a manutenção, educação, instrução, enfim, contribuindo de maneira efetiva para a formação dele como ser humano, que demonstra a força para informar a “posse de estado de filho”³⁸⁵.

Nossa legislação deixou de conceituar juridicamente termos como “pai e filho”, assim, coube à doutrina e jurisprudência fazê-lo. Com isso, no que concerne à “posse do estado de filho”, existe grande subjetividade, o que dificulta o trabalho do julgador, afinal, a falta de critérios objetivos podem gerar diversas inseguranças jurídicas sobre o tema. São inúmeros os questionamentos que podem ser formulados e que neste estudo não conseguimos encontrar uma resposta lógica e objetiva.

Um exemplo disso é a relação padrasto enteados. Em ambiente externo provavelmente seja possível confundir tais relacionamentos como uma relação paterno-filial, porém, a organização das famílias, conforme já vimos, não segue um padrão.

Podemos encontrar famílias onde os padrastos participam, amam e atuam na vida e educação da criança como se fossem efetivamente pais, do mesmo modo que, também é

³⁸² BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade, posse do estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 1999. p.63.

³⁸³ *ibidem*, p.63.

³⁸⁴ *ibidem*, p.63.

³⁸⁵ NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p.216.

possível que dentro da intimidade do lar, não exista esta correlação. Desta forma, o que socialmente pode aparentar uma realidade na verdade pode não ser.

É comum na família contemporânea casos em que cada um dos pais apesar de morarem e conviverem no mesmo espaço físico, “criam” os filhos dos relacionamentos anteriores separadamente, com um pensamento semelhante a: “eu” cuido dos “meus”, “você” cuida dos “seus” e “nós” cuidamos dos “nossos” filhos.

O que se pretende expor com isso é que nem sempre a realidade é exatamente conforme se supõe. A aparência externa de uma relação filial pode ser um critério muito subjetivo e incapaz de refletir a verdade sobre os fatos.

Outra questão que pode ser levantada e que não encontramos uma resposta objetiva é referente ao tempo que a “posse de estado de filho” leva para se configurar. Seria possível considerar um prazo mínimo para que tal relação se estabeleça ou uma vez que se trate o enteado como se seu filho fosse, ainda que por dias ou meses, a relação entre pai e filho já se configura?

E hipoteticamente extrapolando as convenções sociais e jurídicas conhecidas, podemos ainda imaginar a situação de uma mulher que no decorrer de sua vida passa por vários casamentos, morando a cada período com um homem diferente e que durante o convívio matrimonial, cada um desses companheiros, por um período determinado criaram como filhos os seus enteados, que foram por ela gerados em outras uniões. Neste caso como ficaria a relação socioafetiva dos filhos com os supostos pais? É possível o estabelecimento de paternidade socioafetiva entre um filho e dois ou mais pais?

Ora, em tese tal hipótese poderia ser admitida, pois se o vínculo que estabelece a parentalidade é o afeto e se uma vez estabelecido não se desfaz, seria então possível que nossa jurisprudência entendesse assim, seguindo o mesmo raciocínio aplicado aos casais homoafetivos para permitir que estes registrem seus filhos com o nome de dois pais, por exemplo.

Em decisão semelhante, a Justiça do Paraná, na Comarca de Cascavel, autorizou registro de nascimento que consta a dupla parentalidade paterna³⁸⁶, ou seja, no registro de

³⁸⁶ Poder Judiciário - Comarca de Cascavel – Vara da Infância e da Juventude. Estado do Paraná. Autos 0038958-54.2012.8.16.0021. Ação de Adoção. Julgado em 20 de fevereiro de 2013. Julgador: Sérgio Luiz Kreuz. Disponível em: <http://www.direitodascrianças.com.br/anexos/2/7/SENTENCA_DUPLA_PARENTALIDADE__INICIAIS.pdf>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

nascimento do menor, consta nome da mãe biológica e de dois pais, sendo um afetivo e um registral³⁸⁷.

A princípio a demanda pedia a substituição de um pelo outro, entretanto, uma emenda à inicial alterou o pedido e solicitou o acréscimo do nome do pai afetivo no registro de nascimento do menor, tendo em vista que o pai biológico jamais abandonara o filho. Com parecer favorável do Ministério Público o juiz Sergio Luiz Kreuz, entendeu que para o melhor interesse da criança deveria permanecer o nome dos dois pais.

³⁸⁷ CONJUR. Consultor Jurídico. **Justiça autoriza que adolescente tenha dois pais**. Artigo publicado em: 17, de Fevereiro de 2013. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2013-fev-27/justica-autoriza-adolescente-tenha-dois-pais-registro-civil> >. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

3.2. Adoção e “adoção à brasileira”

A jurisdição brasileira reconhece dois tipos de adoção, sendo: a adoção legal ou filiação civil³⁸⁸, que trata de maneira formal, sendo respeitados os trâmites legais antes do acolhimento da criança em seu novo lar. E a chamada “adoção à brasileira”, meio ilegal que consiste em efetuar o registro da criança, sabendo-se não ser o genitor, como se seu filho natural fosse.

A adoção legal visa o cumprimento dos procedimentos jurídicos previstos em lei, na qual são devidamente observadas as medidas legais necessárias a garantir o melhor acolhimento da criança em sua nova família.

Em suma:

Ocorre quando uma pessoa, maior de 18 anos, ou um casal, deseja adotar, isto é, assumir como filho uma criança ou adolescente contando com a expressa concordância dos pais naturais, ou ainda, no caso do adotando não ter pais naturais ou estes já terem sido destituídos do poder familiar por meio de medida judicial própria ou, ainda, serem eles falecidos³⁸⁹.

A Lei de Adoção inova ao priorizar a família ampliada no processo de adoção, sendo assim, tem preferência na adoção os parentes próximos que se interessem em adotar a criança ou adolescente que com eles já convivam, ou que já possuam laços afetivos ou de afinidade.

Questão polêmica que tem chegado aos Tribunais refere-se à adoção de crianças por casal não inscrito no Cadastro Nacional de Adoção. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que são nobres os propósitos que preconizam³⁹⁰ a manutenção do cadastro. Porém, entendeu³⁹¹ que a observância do cadastro com a inscrição cronológica dos adotantes não pode prevalecer sobre o melhor interesse do menor³⁹².

³⁸⁸ Regulamentada e reformulada pela nova Lei de Adoção (Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009), pelo Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990).

³⁸⁹ ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática do direito de família**. 4.ed. – São Paulo: Atlas, 2013. p.106.

³⁹⁰ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

³⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO**. REsp. 1172067 / MG. Recurso Especial. 2009/0052962-4. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Disponível em:<

Assim,

Quando já existe um vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção que não esteja cadastrado, os ministros da Terceira Turma avaliam que o melhor para a criança é manter esse vínculo. “Não se está a preterir o direito de um casal pelo outro, uma vez que, efetivamente, o direito destes não está em discussão. O que se busca, na verdade, é priorizar o direito da criança de ser adotada pelo casal com o qual, na espécie, tenha estabelecido laços de afetividade”, explicou o relator³⁹³.

Outra situação polêmica se refere à adoção por famílias homoafetivas, neste ponto em particular nota-se que cada vez mais os tribunais brasileiros têm aceitado a relação afetiva que existe entre pais homossexuais e seus filhos socioafetivos, reconhecendo a parentalidade e garantindo a ambos seus direitos civis.

Neste sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrihy, nota a seguinte decisão:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

[...] Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

[...] A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.

Recurso especial NÃO PROVIDO³⁹⁴.

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Resp+1172067&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 15 de julho de 2013.

³⁹² STJ. Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal da Cidadania. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ.** Disponível em:< http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668# >. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

³⁹³ STJ. Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal da Cidadania. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ.** Disponível em:< http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668# >. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

³⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.** REsp 1281093 / SP. Recurso Especial

Já “adoção à brasileira” ocorre quando, sabendo não ser a mãe ou pai biológico da criança, o registra e trata como se fosse, sendo público e notório sua condição e posse de estado de filho.

Observa-se que para se configurar o instituto da “adoção à brasileira” faz-se necessário que o adotante esteja consciente de sua qualidade de “não progenitor” ao assumir a responsabilidade sobre aquela criança que passará então a ser considerada filho.

[...] Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado³⁹⁵.

O Brasil, por ser um país extremamente carente de condições de desenvolvimento humano, acaba de certo modo por incentivar a figura da adoção à brasileira, tendo consciência disso, o próprio legislador ampara aqueles que por ato de nobreza, praticaram o registro ilegal de filho que sabia não ser seu³⁹⁶.

Infelizmente, é comum em nosso país, que mães despreparadas ou desamparadas ofereçam seus filhos a casais ou pessoas mais estruturadas socialmente, para que estes possam criar e educa-los em melhores condições.

Estes por sua vez, normalmente se encantam com a fragilidade da vida humana e mesmo conhecendo ser tal ato ilegal³⁹⁷, se rendem ao fascínio de ter em casa uma criança. Com receio de perder o menor ao ingressar com o pedido de adoção, estes prosseguem registrando a criança e dispensando os meios legais.

Outra situação fática bem comum em nossa sociedade é aquela em que a mãe biológica não tendo conhecimento do pai biológico, ou, sem interesse em divulgá-lo ou mesmo em comunicá-lo sobre a sua paternidade, se envolve emocionalmente com terceiro,

2011/0201685-2. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 18.12.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=889852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 15, de julho de 2013.

³⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.** REsp 1088157/PB. Recurso Especial 2008/0199564-3. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23.06.2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1088157&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

³⁹⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** “Art. 242. Parágrafo Único – se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.”

³⁹⁷ *ibidem*, “Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu filho de outrem; ocultar recém nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – Reclusão, de dois a seis anos.”

que mesmo sabendo não ser o pai biológico, devido ao seu envolvimento com a mãe do menor, se apega à criança e o registra como se seu filho fosse.

Discorrendo sobre a “adoção à brasileira” Débora Gozzo, explica:

Neste caso, especificamente, tanto pode dar-se a hipótese do casal que registra como seu filho que não é, como a de que um só deles, o homem, ou a mulher, registre o filho de sua companheira como próprio, ou que um homem ou uma mulher registre como seu pessoa com a qual não possui nenhum vínculo biológico. Em todos os casos os que passam a desfrutar do *status* de filho de uma ou outra pessoa, acaba por reconhecer nesses pais registrais seus “genitores biológicos”, se não lhes for dada oportunidade de saber quem são seus parentes consanguíneos³⁹⁸. (grifos no original)

Em casos semelhantes, ao fim do relacionamento amoroso entre mãe e “pai registral”, é comum que estes tentem anular o registro alegando não ser o efetivo pai biológico, e esquivando-se das responsabilidades civis que a paternidade gera.

Doutrina e Jurisprudência, para esses casos, tem ressaltado a dignidade da criança e entendido pela não anulação do registro, considerando o pai registral como o verdadeiro pai daquela criança, se não biológico, socioafetivo. Uma vez que fora estabelecido o vínculo paternal com o reconhecimento voluntário.

Maria Berenice Dias ao trazer à tona a questão elenca:

Tal atitude, ainda que configure delito contra o estado de filiação, nem por isso deixa de produzir efeitos, não podendo gerar irresponsabilidades ou impunidades. Como foi o envolvimento que gerou a posse do estado de filho, o rompimento da convivência não apaga o vínculo de filiação que não pode ser desconstituído. Assim, se depois do registro, separam-se os pais, nem por isso, desaparece o vínculo de parentalidade³⁹⁹.

O Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que a “adoção à brasileira” e a socioafetividade é válida quando se trata de garantir direitos e garantias dos filhos, entretanto, estes filhos, sentindo-se prejudicados, poderiam recorrer à anulação, com base na existência dos institutos do “erro ou falsidade”, conforme segue:

[...] De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o

³⁹⁸ GOZZO, Débora. **O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética**. In. Direito das Famílias / Maria Berenice Dias organizadora. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.423.

³⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p.335.

filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei.

[...] A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira"⁴⁰⁰.

Assim, em casos de reconhecimento voluntário de paternidade, não há o que ser discutido em juízo sobre anulação ou alteração de registro de nascimento devido ao arrependimento do pai registral. O suposto pai, sendo conhecedor ou não de sua qualidade de genitor estabeleceu o vínculo paterno-filial que não pode ser desfeito, ao se manifestar livremente reconhecendo a paternidade da criança, nestes casos, o registro civil não deve se basear unicamente na verdade biológica, mas na verdade fática ora estabelecida frente à relação que se desenvolveu entre as partes.

Contudo, porém, a relação biológica existente entre pais e filhos não deve ser ignorada e uma vez existindo o interesse das partes na manutenção desta relação de forma jurídica, deverá o magistrado analisar a questão com a devida cautela.

⁴⁰⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS.** REsp 1167993/RS. Recurso Especial 2009/0220972-2. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento: 18.12.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1088157&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

3.3. Inseminação artificial heteróloga

Estabelecido pelo Código Civil no artigo 1597, inciso V, está a presunção de paternidade para filhos havidos na constância do casamento advindos da técnica de inseminação heteróloga⁴⁰¹.

O Conselho Federal de Medicina foi pioneiro com a Resolução 1352/92⁴⁰² na regulamentação da reprodução humana assistida⁴⁰³, tal Resolução foi revogada e substituída pela Resolução 1957, de 2010⁴⁰⁴, atualmente, em vigor.

Atualmente a Resolução 1957/2010 é a única norma existente no Brasil, que trata especificamente da reprodução assistida, esta por sua vez, traduz em suas normas que toda pessoa capaz pode fazer uso dos procedimentos de reprodução assistida, desde que esteja esclarecido e de acordo com a técnica e com a legislação vigente⁴⁰⁵.

Entretanto, no Brasil ainda não contamos com legislação específica sobre o tema, em processo legislativo aguardando decisão da Câmara dos Deputados, se encontra o Projeto de Lei n. 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, que dispõe sobre a reprodução assistida.

O texto aprovado pelo Senado federal em 2001 prevê na Seção VI, as normas referentes à filiação da criança reproduzida por técnicas de fertilização assistida.

Este Projeto de Lei segue uma tendência cada vez mais presente na jurisprudência brasileira, a de reconhecer apenas o vínculo socioafetivo para os casos de inseminação

⁴⁰¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁴⁰² SOUZA, Fernanda Maria Costa de. CARNEIRO, Alan Dionizio. MORAIS, Gilvânia Smith da Nóbrega. LOPES, Maria Emília Limeira. ZACCARA, Ana Aline Lacet. DUARTE, Ana Aline Lacet. **Inseminação Artificial Heteróloga: Implicações Bioéticas e Jurídicas**. Revista Brasileira de Ciências da Saúde. v.16. n.3. 2012. p.422. Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/rbcs/article/viewFile/12729/7884> >. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

⁴⁰³ Com o este entendimento segue a Resolução do Conselho Federal de Medicina CFM n. 1.358/1992. Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, seção i, p.16053. (revogada pela resolução cfm nº 1957/2010). **Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA: 1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.**

⁴⁰⁴ CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM n. 1.957/2010**. (Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79). Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm >. Acesso em 20 de agosto de 2013.

⁴⁰⁵ ibidem, “Item II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA: 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.”

artificial, excluindo do doador genético quaisquer direitos ou responsabilidades com relação à criação, educação ou sustento da vida que for gerada.

Excepciona-se o direito ao anonimato apenas em hipóteses onde for necessário prevenir ou curar doenças genéticas, dos envolvidos ou parentes até 2º grau, conforme podemos observar:

Art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida. § 1º. A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos. § 2º. A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato. § 3º. O acesso mencionado no parágrafo anterior estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida⁴⁰⁶.

Art. 17. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil⁴⁰⁷.

Art. 18. Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida sujeitam-se, sem prejuízo das competências de órgão da administração definido em regulamento, à fiscalização do Ministério Público, com o objetivo de resguardar a saúde e a integridade física das pessoas envolvidas, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)⁴⁰⁸.

Basicamente a técnica de inseminação artificial heteróloga consiste na coleta do óvulo saudável do casal e recorre-se a algum “banco de doação sêmen” de um terceiro anônimo. A inseminação é assistida em laboratório e o embrião já formado é implantado na esposa ou companheira, que virá a se tornar mãe.

Deste modo:

Com esteio nos conflitos bioético-jurídicos, a inseminação artificial heteróloga insere-se nas espécies do gênero reprodução humana medicamente assistida, sendo definida como um conjunto de técnicas de que a ciência dispõe para possibilitar a fecundidade a casais quando, pelo menos, um de seus membros seja considerado infértil ou hipofértil. Os métodos de reprodução humana possibilitaram a procriação, sem relação sexual, podendo, para esse fim, ser utilizados gametas de ambos os pais ou de doador anônimo, e útero de pessoa estranha ao casal⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ BRASIL. PLS – Projeto de Lei do Senado, n. 90 de 1999. **Dispõe sobre a Reprodução Assistida.** Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304 >. Acesso em: 20, de agosto de 2013. Art. 16.

⁴⁰⁷ idem, Art. 17.

⁴⁰⁸ idem, Art. 18.

⁴⁰⁹ BORLOT AMM, TRINDADE ZA. As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico. Estudos de Psicologia, 9(4): 63-70, 2004. *Apud*: SOUZA, Fernanda Maria Costa de. CARNEIRO, Alan Dionizio. MORAIS, Gilvânia Smith da Nóbrega. LOPES, Maria Emília Limeira.

A inseminação artificial heteróloga, via de regra, é utilizada por casais impossibilitados de ter filhos de forma natural. São comuns em casos de relacionamentos homoafetivos, e também em casais heterossexuais com algum problema reprodutivo masculino.

Segundo explica Jorge Shiguemitsu Fujita:

Serão filhos matrimoniais aqueles resultantes de técnicas de reprodução assistida envolvendo óvulo do cônjuge virago e o sêmen de terceiro, desde que tenha havido *a priori* a autorização do cônjuge varão, o qual não precisa ser, necessariamente estéril, ou que não tenha possibilidade de procriar, “por qualquer razão física ou psíquica”^{410,411}.

Com isso, o homem (ou a mulher) que virá a ser o “pai (ou mãe) registral e afetivo” da criança não participa diretamente da fecundação, sendo que o material genético utilizado para gerar a nova vida é formado por 50% advindos do óvulo de sua esposa ou companheira e dos outros 50% provenientes de um doador.

Assim, Débora Gozzo, esclarece:

[...] o mais interessante é que o legislador considera como filho matrimonial aquele que nascer fruto da inseminação do óvulo da mulher com sêmen de terceiro, isto é, com sêmen que não provém de seu marido. Cuida-se aqui da chamada “inseminação artificial heteróloga”, em confronto com a homóloga, em que se usa o material genético do casal. Assim, se o marido *concordar* com a inseminação do óvulo de sua mulher pelo sêmen de outro homem, ele será considerado legalmente pai do filho que dela nascer. O pai registral, isto é, o marido da mulher casada não será o pai biológico do filho que ela vier a ter [...]. Aqui tanto quanto na adoção, a capacidade de amar do ser-humano será testada, pois a paternidade deverá resultar de uma relação socioafetiva a ser desenvolvida entre o marido/pai registral e o filho de sua mulher⁴¹². (grifos no original).

É uma forma de constituição de paternidade exclusivamente baseada na verdade afetiva, que não admite retratação ou arrependimento⁴¹³ e é considerada configurada desde o momento da concepção⁴¹⁴.

A I Jornada de Direito Civil⁴¹⁵ firmou entendimento doutrinário a respeito da inseminação artificial heteróloga conforme vemos:

ZACCARA, Ana Aline Lacet. DUARTE, Ana Aline Lacet. **Inseminação Artificial Heteróloga: Implicações Bioéticas e Jurídicas**. Revista Brasileira de Ciências da Saúde. v.16. n.3. 2012. p.419-426. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/rbcs/article/viewFile/12729/7884>>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

⁴¹⁰ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado: direito de família. Relações de parentesco; direito patrimonial, v. XVI, p. 53. *Apud*. FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011. p.76.

⁴¹¹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011. p.76.

⁴¹² GOZZO, Débora. **O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética**. *In*. Direito das Famílias / Maria Berenice Dias organizadora. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.425.

⁴¹³ BRASIL. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

⁴¹⁴ COSTA, Juraci. **Paternidade socioafetiva**. Revista Jurídica – CCJ/FURB. V.13, n°26, jul./dez.2009. p.135.

Enunciado 103 - Art. 1593: O Código Civil reconhece, no artigo 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 socioafetiva, fundada na posse do estado de filho⁴¹⁶.

Enunciado 104 - Art. 1597: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento⁴¹⁷.

Também são diversos os relatos aos que recorrem à inseminação artificial heteróloga em casais homoafetivos.

Conforme já mencionado, existe o desejo da maternidade no decorrer o relacionamento homoafetivo feminino, com isso, uma das parceiras é inseminada por material genético de um doador anônimo e a outra acaba tendo o mesmo comportamento que o “marido” teria nos casos de inseminação artificial heteróloga de casais heterossexuais, ou seja, esta expressa sua concordância, e apesar de não contribuir com seu material genético, participa de todas as etapas desta concepção.

A fim de regulamentar tal situação, têm-se o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

É possível a adoção unilateral de criança pela companheira da mãe biológica na hipótese de união estável homoafetiva em que a adotanda é fruto de planejamento do casal, que acordou na inseminação artificial heteróloga, porque o cenário monoparental não retrata a realidade fática da dupla relação de parentalidade, podendo, na hipótese de ocorrer a morte do ascendente biológico, trazer insegurança jurídica, tanto para a menor, que tinha no casal sua referência em relação à parentalidade, quanto para a companheira supérstite, pois não há vínculo jurídico entre ela e a criança, situação apta a gerar disputas envolvendo a guarda do menor e o patrimônio do de cujus. [...] tendo em vista que a Lei 8.069 de 1990 admite, de modo expresso, a adoção conjunta no caso em que os adotantes mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, e a possibilidade de um dos cônjuges ou concubinos adotar o filho do outro, ressaltando-se que a união homoafetiva já foi reconhecida como união estável e qualificada juridicamente como família, restando

⁴¹⁵ CEJ - Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados da I Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2611/2689> >, Acesso em: 07 de agosto de 2013.

⁴¹⁶ idem, p.27.

⁴¹⁷ Ibidem, p.27.

superado o requisito da diversidade de sexos, conforme decidido pelo STF⁴¹⁸.

O fato é que esta nova vida foi planejada por ambas as parceiras do relacionamento homoafetivo, e normalmente, as crianças assim geradas na prática crescem num ambiente familiar composto de duas mães, diante disso, os tribunais cada vez mais deixam de lado dogmas e preconceitos para adequar suas decisões a realidade social atualmente estabelecida.

⁴¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.** REsp 1281093 / SP. Recurso Especial 2011/0201685-2. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 18.12.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=889852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 15, de julho de 2013.

3.4. A investigação de paternidade socioafetiva

Em razão da imprescritibilidade da investigação de paternidade⁴¹⁹, constitui direito personalíssimo a busca pela origem biológica.

Normalmente, a propositura e procedência da ação de investigação de paternidade não tem o condão de desconfigurar à paternidade social já reconhecida, ela apenas permite a pessoa o melhor conhecimento de suas origens.

Por outro lado, também é possível que haja a desconstituição da qualidade de pai socioafetivo, ou seja, o judiciário deve garantir a possibilidade de anulação de registro civil, quando comprovado a não configuração de fato da realidade socioafetiva na relação entre pais e filhos.

Neste caso, priorizar-se-á a prevalência das origens biológicas no registro civil, bem como todos os efeitos jurídicos decorrentes.

Meio as incertezas referentes às formas de paternidade, chegou à corte do Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, referente à investigação de paternidade reconhecida e declarada com fundamento na verdade biológica. O então agravante, tempestivamente alegou a não existência de vínculo socioafetivo entre ele, réu, e a autora. Por unanimidade de votos os Ministros julgaram negado provimento, conforme segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROCEDENCIA DA AÇÃO. EFEITOS PATRIMONIAIS. COMPROVAÇÃO DE AFETO ENTRE A INVESTIGANTE E O PAI BIOLÓGICO. AUSENCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDENCIA DA SÚMULA.279 STF. “Declarada a paternidade biológica do réu em relação à autora, a sentença produz efeitos do reconhecimento espontâneo e dela emanam os efeitos patrimoniais, independentemente da existência de afetividade entre o pai biológico, ora apelante, e a filha, sob pena de violação aos arts. 1.616 e 1.596 do CC/02, e ao art. 277, § 6º, da CF. APELAÇÃO DESPROVIDA”. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO⁴²⁰.

⁴¹⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROCEDENCIA DA AÇÃO. EFEITOS PATRIMONIAIS. COMPROVAÇÃO DE AFETO ENTRE A INVESTIGANTE E O PAI BIOLÓGICO. AUSENCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE.**

Uma vez reconhecido o vínculo paterno socioafetivo e efetuado o registro civil, não há mais que se discutir sobre paternidade estabelecida. Tal ato, de maneira ampla não significa necessariamente o cuidado e respeito ao princípio do melhor interesse da criança.

O objetivo da ação de investigação de paternidade é garantir que o filho seja reconhecido juridicamente por seu genitor, garantindo com isso seus direitos referentes a sua condição de filho e herdeiro. Nesta linha de raciocínio segue a súmula número 301 do Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”⁴²¹.

Observe que até o momento, não há normatização legislativa que regulamente de forma expressa o reconhecimento da paternidade socioafetiva, contudo, os magistrados devem tomar os devidos cuidados para não generalizar toda e qualquer forma de convivência subvertendo a qualidade de paternidade socioafetiva.

Não se pode esquecer que a questão acerca da paternidade socioafetiva está implicada na relação de afeto, amor familiar, e envolve direitos fundamentais da família como um todo. Isso porque não trata apenas da relação paterno-filial, mas de uma gama de questões a ser sopesada, entre elas a identidade familiar até então constituída e a percepção dos demais integrantes das famílias envolvidos indiretamente na problemática.

Quando reconhecida a paternidade de alguém, claro que os maiores interessados serão: Primeiramente, o filho, no qual a decisão irá interferir diretamente em sua vida pessoal, afinal, neste momento ele passa a fazer parte de uma nova família, até então juridicamente desconhecida, ocorre a alteração do nome, principal indicador de sua personalidade e este passa a contar com amparo financeiro e moral do então declarado pai. E em seguida, serão grandes as mudanças no que envolvem a figura do pai, que passa a ter novos direitos e responsabilidades frente ao filho até então não constituído de fato. Com relação ao pai, este passa a exercer direitos e obrigações frente aquele filho, estando entre suas responsabilidades o dever de alimentar e cuidar.

Outras implicações tratam da ordem do direito sucessório, interferindo diretamente na ordem até então estabelecida pelos herdeiros já constituídos. Fatalmente ficariam prejudicados com este reconhecimento, pois receberiam um valor proporcionalmente menor na partilha de bens: a esposa ou companheira e os filhos já reconhecidos.

INCIDENCIA DA SÚMULA.279 STF. Agravo regimental n. 846315 / RS – Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=0001869> > Acesso em: 15 de julho de 2013.

⁴²¹ STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO**, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425. Disponível em:<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#T IT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#T_IT1TEMA0)>. Acesso em: 18 de agosto de 2013.

3.5. A irrevogabilidade da filiação socioafetiva

Deve-se salientar que o reconhecimento da paternidade socioafetiva é um ato irrevogável⁴²², voluntário e irreversível⁴²³, este somente poderá ser impugnado em casos onde existir erro ou falsidade do registro⁴²⁴ ou quando houver desconstituição do poder familiar⁴²⁵. Partindo do pressuposto que não existe “ex-pai”, ainda que ocorra acordo entre as partes, uma vez consolidada a paternidade socioafetiva esta não poderá mais ser desfeita.

A adoção estabelece um vínculo de parentesco pleno com a família adotante, visando proteger tal relação, o Código Civil⁴²⁶ brasileiro estabeleceu o total desligamento do adotado com os parentes consanguíneos (exceto quanto aos impedimentos relativos ao casamento)⁴²⁷, estendendo-se ainda seus efeitos⁴²⁸.

Sobre a valorização do afeto, se entende que esta não retira do indivíduo o direito de buscar sua origem biológica, diferenciando pai e genitor. Assim, o direito ao conhecimento genético não significa, contudo, o reconhecimento da paternidade, com isso, não reconhecendo também os efeitos civis advindos desta.

⁴²² BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.** “Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.”

⁴²³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.”

⁴²⁴ idem, “Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

⁴²⁵ Idem, “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

⁴²⁶ Ao que concerne, tais dispositivos estão revogados pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - estatuto da criança e do adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - código civil, e da consolidação das leis do trabalho - clt, aprovada pelo decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.**

⁴²⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.” (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

⁴²⁸ idem, “Art. 1.628. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.” (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009).

A Lei de Adoção prevê que o adotado após completar 18 anos, se assim pretender, terá garantido o direito a conhecer sua origem biológica, bem como ter acesso irrestrito ao processo de adoção no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes⁴²⁹.

Com a finalidade de resguardar o direito à privacidade e identidade dos envolvidos nas técnicas de reprodução assistida⁴³⁰, existe resolução do Conselho Federal de Medicina⁴³¹ garantindo o anonimato de doadores e receptores.

Sendo assim, o direito a identidade genética implica apenas no melhor reconhecimento de suas origens. O simples conhecimento genético, por si só, não garante de forma alguma a desconstituição da paternidade reconhecida, nem tampouco, alteração do registro civil. Além disso, existe a preocupação com o resguardo da identidade do doador em casos de inseminação artificial heteróloga.

A ação negatória de paternidade, normalmente é atribuída aos casos onde há presunção de paternidade previstos pelo artigo 1597⁴³³ do Código Civil, contudo, os Tribunais também tem aceito para casos de reconhecimento voluntário. A legitimidade ativa para propor tal ação cabe ao marido, ou pai presumido dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível⁴³⁴.

⁴²⁹ BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - estatuto da criança e do adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - código civil, e da consolidação das leis do trabalho - clt, aprovada pelo decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.** “Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.”

⁴³⁰ Segundo o enunciado nº 111, da 1ª Jornada de Direito Civil, na “reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante” (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - Enunciados da I Jornada de Direito Civil. Brasília: Conselho Federal de Justiça, 2002. Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acessado em: 25.09.2012)

⁴³¹ CFM. Conselho Federal de Medicina . Resolução CFM n. 1.358/1992. Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, seção i, p.16053. (revogada pela resolução cfm nº 1957/2010). **Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.** “IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES: 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.”

⁴³² CFM. Conselho Federal de Medicina . Resolução CFM n. 1.358/1992. Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, seção i, p.16053. (revogada pela resolução cfm nº 1957/2010).

⁴³³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

⁴³⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil** – “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se deparou com a seguinte situação diferenciada no mérito: a questão trazida ao debate tratava do pedido do pai biológico ao reconhecimento de paternidade que este já praticava de fato, pedia ainda a desconstituição do pai registral. O desembargador André Luiz Planella Villarinho entendeu que é um pedido incomum, isso porque, na maior parte das vezes, as ações são propostas por pais registrais que buscam negar a paternidade, sob o argumento de que inexistia vínculo biológico. E na referida ação, é o pai biológico que buscava o registro do filho, cujo pai registral também lutava pela manutenção do vínculo, alegando a ilegitimidade da parte. Indiscutivelmente, no caso em tela ambos os pais nutriam grande afeto pela criança, “o que certamente reverte em benefício da mesma, bastando, pelo bem dessa, que não mais usem seu amor pelo menor [...] como instrumento de competição e desavença entre eles”⁴³⁵. Neste sentido decidiu a favor da ação, conforme segue:

Inicialmente, no que tange à alegada ilegitimidade ativa do apelado para propor ação de investigação de paternidade, não procede, haja vista a emenda à inicial havida às fls. 24, em que houve a retificação e autuação do presente feito, como ação declaratória de paternidade c/c anulação de registro civil, sem qualquer manifestação dos apelantes a esse respeito. Em sendo assim, desacolho a preliminar de ilegitimidade ativa do apelado⁴³⁶.

Também, chamou a atenção decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, onde fundamentado em erro, fora interposto recurso por cinco irmãos contra sentença proferida pelo Juízo da Segunda Vara Especializada de Família e Sucessões da Comarca de

⁴³⁵ BRASIL. TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NÃO CARACTERIZADA. PREVALÊNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE O PAI BIOLÓGICO E O MENOR.** A adoção à brasileira não caracterizada. Processo número: 70024495228/2008, Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Data do Julgamento: 04.08.2005. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_camarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_camarca%3D700%26num_processo_mask%3D70024495228%26num_processo%3D70024495228%26codEment a%3D2802292+70024495228&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70024495228&comarca=Rio+Grande&dtJulg=25-03-2009&relator=Andr%E9+Luiz+Planella+Villarinho>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

⁴³⁶ BRASIL. TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NÃO CARACTERIZADA. PREVALÊNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE O PAI BIOLÓGICO E O MENOR.** A adoção à brasileira não caracterizada. Processo número: 70024495228/2008, Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Data do Julgamento: 04.08.2005. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_camarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_camarca%3D700%26num_processo_mask%3D70024495228%26num_processo%3D70024495228%26codEment a%3D2802292+70024495228&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70024495228&comarca=Rio+Grande&dtJulg=25-03-2009&relator=Andr%E9+Luiz+Planella+Villarinho>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

Rondonópolis, que nos autos da ação anulatória de paternidade concomitante com cancelamento de registro civil, ajuizada pelos apelantes em face de menor representado por sua mãe, que julgou extinto o feito sem resolução do mérito.

Os irmãos sustentaram que, como herdeiros, possuiriam legitimidade ativa para postular a anulação do registro da paternidade. Afirmaram ainda que o pai falecido teria sido induzido a erro pela mãe do apelado, para que registrasse a criança como filho legítimo, já que o falecido tinha 70 anos de idade quando conheceu a apelada, que, por sua vez, tinha 26 anos e quando do nascimento da criança, o falecido contava com 80 anos de idade, ocorrendo, assim, erro de consentimento em razão da idade avançada⁴³⁷.

Diante de tais fatos, o relator, desembargador João Ferreira Filho:

[...] Destacou a necessidade de se distinguir a ação negatória de paternidade e a ação de desconstituição da paternidade ou anulatória de registro de nascimento. A ação negatória de paternidade, em linhas gerais, é ação de rito ordinário que compete exclusivamente ao pai que pretende contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, ainda que tal paternidade conste do registro civil das pessoas naturais, estando embasada no artigo 1.601 do Código Civil. Já a ação de anulação de registro de nascimento, com fundamento no artigo 1.604 do Código Civil, pode ser manejada por qualquer pessoa, por não ser personalíssima, que tenha legítimo interesse em demonstrar a existência de erro ou falsidade daquele registro, explicou⁴³⁸.

Foi reconhecida a ilegitimidade ativa dos apelantes para pleitear a declaração de nulidade do registro, com a compreensão que, por se tratar de direito personalíssimo, a pretensão caberia tão somente ao pai (que naquela ocasião já se encontrava falecido)⁴³⁹.

⁴³⁷ JUS Brasil Notícias: **Filhos são parte legítima para anular paternidade**. Disponível em: < <http://tj-mt.jusbrasil.com.br/noticias/100429311/filhos-sao-parte-legitima-para-anular-paternidade>> Acesso em: 15 de setembro de 2013.

⁴³⁸ *ibidem*.

⁴³⁹ *Ibidem*.

3.6. Efeitos jurídicos da filiação socioafetiva

Uma vez que a Constituição Federal igualou todas as formas de filiação, podemos concluir que os efeitos jurídicos do reconhecimento de paternidade socioafetiva seguem os mesmos parâmetros da filiação consanguínea, sendo que os casos de inseminação artificial heteróloga e à posse de estado de filho, se identificam, sobretudo, com os efeitos gerados pela adoção.

Assim, no momento do trânsito em julgado da ação que reconhece a filiação socioafetiva em sobreposição a biológica, deve ocorrer o desligamento do vínculo de parentesco entre o filho e a família biológica, exceto para os impedimentos matrimoniais⁴⁴⁰ cabendo para a nova relação familiar os mesmos direitos-deveres previstos para as demais formas de filiações.

No mesmo ato ocorre ainda a transferência do poder familiar⁴⁴¹, que no caso do reconhecimento da paternidade socioafetiva, se transfere do genitor para o pai afetivo. Altera-se o sobrenome⁴⁴² do filho que passará a assinar com o sobrenome do pai então estabelecido pelo reconhecimento socioafetivo e firma-se o direito sucessório recíproco entre pais e filhos socioafetivos, estendendo-se a descendentes e ascendentes até quarto grau⁴⁴³.

Corroborando no mesmo entendimento, Adriana Karlla Lima, conforme segue:

Os efeitos jurídicos da socioafetividade são idênticos aos efeitos gerados pela adoção, dispostos nos artigos 39 a 52 do ECA, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do sobrenome dos pais afetivos; d) as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológicos; f) a herança

⁴⁴⁰ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.”

⁴⁴¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. combinado com o Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

⁴⁴² BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. “Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. § 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome. (Alterado pelo L-012.010-2009).”

⁴⁴³ idem, “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos patrimoniais. § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.”

entre pais, filhos e parentes sociológicos; g) o poder familiar; h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas, entre outros⁴⁴⁴.

Nas palavras de Águida Arruda Barbosa:

Os efeitos de ordem pessoal são o parentesco, o poder familiar e o sobrenome. Entre adotante e adotado estabelece-se o parentesco civil equiparado ao parentesco consanguíneo, conforme previsto no artigo 227, §6.º, da CF. O art. 1.626 do Código Civil preceitua que a adoção “atribui filiação de filho ao adotado, desligando-se de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos do casamento”. Essa a principal característica da adoção, nos termos do Código Civil. A adoção promove a integração completa do adotado na família do adotante, na qual será acolhido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres relativos aos consanguíneos, inclusive de ordem sucessória. Há, portanto, a desvinculação definitiva e irrevogável da família de sangue, salvo para fins de impedimentos para o casamento⁴⁴⁵. (grifos no original)

Silvio Venosa atribui à filiação um estado, o *status familiae*, tal como foi chamado anteriormente, onde todas as ações que objetivam seu reconhecimento, negação ou modificação são ações de estado que vão gerar efeitos patrimoniais, morais e civis, podendo acarretar, inclusive, em alterações no registro de nascimento⁴⁴⁶.

Neste sentido esclarece ainda:

O reconhecimento, como já afirmado, tem efeito *ex tunc*, retroativo, daí por que seu efeito é declaratório. Sua eficácia é *erga omnes*, refletindo tanto para os que participaram do ato de reconhecimento, voluntário ou judicial, como em relação a terceiros. Dessa eficácia decorre a indivisibilidade do reconhecimento: ninguém pode ser filho com relação a uns e não filho com relação a outros. Vimos também que esse ato jurídico é puro, não pode ser subordinado a termo ou condição. É irrevogável, somente podendo ser anulado por vício de manifestação de vontade ou vício material. A sentença que reconhece a paternidade produz, como vimos, os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário⁴⁴⁷.

Ao que se percebe em análise de alguns julgados, a origem genética da filiação tem ficado em segundo plano na determinação da paternidade e não significa a garantia de mais direitos relativos à condição de filho, ou seja, comprovadas as relações de vínculo socioafetivo, a consanguinidade não significa critério essencial para a aplicação dos efeitos jurídicos referentes à paternidade.

⁴⁴⁴ LIMA, Adriana Karlla. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280 >. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

⁴⁴⁵ BARBOSA, Águida Arruda. **Adoção. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição**. In: BARBOSA, Águida Arruda. **Direito de Família / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores. p.211.

⁴⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.6. p. 244.

⁴⁴⁷ idem, p. 292.

Os efeitos gerados por meio do reconhecimento da filiação para casos de adoção e analogicamente para os casos de filiação socioafetiva, “começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito”⁴⁴⁸, segundo o estabelecido pelo Código Civil.

3.6.1. Efeitos jurídicos existenciais

Os efeitos existências no que tange a paternidade socioafetiva estão basicamente relacionados à formação da personalidade e identidade do filho. Para tanto, uma questão relevante e grande causadora de polêmica entre juízes e doutrinadores concerne à responsabilidade civil gerada por danos afetivos advindo de abandono moral.

O abandono moral se configura na relação entre pais e filhos quando uma das partes se recusa a amparar moral, afetiva e emocionalmente o outro. Normalmente se aplica a pais que não residem no mesmo domicílio de seus filhos e deixam de visitá-los, sem se fazer presente com seu dever de criar e educar, ainda que este cumpra seu direito-dever de alimentar.

Aqui cabe breve explanação sobre o “direito de visita”, embora a legislação brasileira não esclareça em detalhes a natureza desse direito, doutrinariamente, existe discussão a esse respeito.

Conforme estudos de Eduardo de Oliveira Leite, a maior parte da doutrina⁴⁴⁹ brasileira entende pela “sacralidade” do direito de visita, sendo: irrenunciável, personalíssimo, inabdicável e absoluto. Seguindo a ideia de que, ainda que os pais não sejam pessoas idôneas, não poderia ter subtraído seu direito de permanência com seus filhos⁴⁵⁰.

Eduardo de Oliveira Leite se coloca em contraposição a este pensamento e entende a o direito de visita como “não sagrado”⁴⁵¹, discorrendo sobre este aspecto nos ensina:

⁴⁴⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Art. 1.628.

⁴⁴⁹ Segundo estudos de Eduardo Oliveira Leite, seguem este raciocínio os doutrinadores: Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Ney de Mello Almada, Orlando Gomes, Caio Mario da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, J. V. Castelo Branco Rocha e Arnaldo Rizzardo. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 211 - 213).

⁴⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 213.

⁴⁵¹ Segundo estudos de Eduardo Oliveira Leite, seguem este raciocínio os doutrinadores: Fábio Maria de Mattia e Antonio Cezar Peluso. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 213.)

A grande maioria da doutrina brasileira, conforme se viu, pende inexoravelmente em direção ao absolutismo do direito de visita “por pior que seja o procedimento do pai”, o que nos causa perplexidade, uma vez que, em tais hipóteses, estar-se-ia priorizando os interesses egoísticos do pai, em manifesto detrimento dos superiores interesses do filho⁴⁵².

Assim como há divergência na doutrina, observamos também julgados em ambos os sentidos. A falta de presença dos pais na vida dos filhos levam alguns magistrados ao entendimento de que uma vez não cumpridos os deveres de criar e educar, participando ativamente da vida da criança, este incorreu em abandono moral, e, ao pai caberá o dever de indenizar financeiramente pelos danos causados. Assim, “não há como obrigar o pai a amar o filho”, mas há como obrigá-lo a visitá-lo, fazendo-se presente na vida deste, e sabendo que uma vez descumpridas estas obrigações o pai (ou mãe) poderá pagar por isso em dinheiro, afinal os deveres com relação ao filho vão muito além do sustento.

Neste sentido, observa-se decisão do Superior Tribunal de Justiça que condenou o pai a indenizar a filha em “Duzentos Mil Reais” pelo dano moral advindo de abandono afetivo sofrido, conforme segue:

“Amar é faculdade, cuidar é dever.” Com essa frase, da ministra Nancy Andrichi, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. A decisão é inédita. Em 2005, a Quarta Turma do STJ, que também analisa o tema, havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral por abandono afetivo⁴⁵³.

Embora diversos magistrados se colocassem contra esta possibilidade, em outro pronunciamento, o Superior Tribunal de Justiça novamente condenou o pai biológico pelo abandono afetivo do filho, conforme segue:

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

[...] 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.

⁴⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 213.

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sala de Notícias – Últimas. DECISÃO: **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo**. A notícia ao lado refere-se aos seguintes processos: REsp 1159242. Publicado em 05.05.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em: 31 de agosto de 2013.

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.

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. [...]

Outras Informações

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois, nos casos em que os pais se omitem do dever de dirigir a criação e educação dos filhos, a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade dos filhos, ofertando-lhes, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois o sofrimento causado à filha caracteriza o dano *in re ipsa*, traduzindo-se em causa eficiente à compensação. (VOTO VISTA) (MIN. SIDNEI BENETI)

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, ocorrendo, inclusive, tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, pois a existência do vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão.

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, exteriorizando-se o abandono em atos concretos como aquisição de propriedades, por simulação, em nome de outros filhos, falta de carinho, afeto, amor, apoio moral, falta de auxílio em despesas médicas, escolares, vestuário e reconhecimento da paternidade apenas na esfera judicial, após longa resistência do genitor, pois está caracterizada a omissão efetiva do pai. (VOTO VISTA) (MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO)

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai se omitiu do seu dever de cuidado para com sua filha, tendo resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, negado voluntariamente amparo material, deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico e alienado fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em preterição da mencionada filha, pois o genitor descumpriu totalmente seu dever de cuidado e infringiu flagrantemente as mais simples obrigações para com sua filha, ensejando tal situação o excepcional reconhecimento da ocorrência de ato ilícito no âmbito familiar, não configurando eventual abuso por parte de filhos que, insatisfeitos com episódios específicos de sua criação, pleiteiam indenização por danos supostamente sofridos. (VOTO VENCIDO) (MIN. MASSAMI UYEDA)

Não é possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que filha alega não ter recebido assistência do pai, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois não é possível quantificar a negligência no exercício do pátrio poder, o que dificulta o reconhecimento do direito à compensação, cabendo reconhecer, apenas, a existência de uma lesão à estima da filha.

Não é possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que filha alega não ter recebido assistência do pai, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, pois, embora a dignidade da pessoa humana seja um dos fundamentos do Estado, a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade e proporcionalidade⁴⁵⁴.

Deste modo, com argumentos muito bem embasados, notamos a existência de doutrina e jurisprudência de divergem quanto possibilidade de obrigação de indenizar pela “dor moral” causada pelo dano moral advindo de abandono afetivo.

Existem aqueles que julgam que o amor não se paga com dinheiro, e que, portanto, não há como quantificar o dano gerado pela falta de carinho e atenção. Neste sentido, poder-se-ia dizer que muitos pais presentes, porém, omissos são capazes de causar um dano moral maior do que aqueles que simplesmente não se fazem presentes, mas arcam com suas responsabilidades civis frente ao menor, logo, “não há como obrigar o pai a amar o filho”, mas, uma vez realizada à obrigação de alimentar o pai já estaria cumprindo com sua função social.

Em contraposição, observam-se argumentos no sentido de garantir que o filho, afetivamente rejeitado pela figura paterna, tenha ao menos, uma compensação financeira por este descaso e abandono sofrido.

3.6.2. Efeitos jurídicos patrimoniais

Os efeitos jurídicos de ordem patrimonial são aqueles relativos à prestação de alimentos e ao direito sucessório⁴⁵⁵. Cabe lembrar que obedecidas às disposições legais,

⁴⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE**. REsp. 1159242 / SP. Recurso Especial. 2009/0193701-9. Rel. Ministra Nancy Andrigli. Terceira Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+1159242&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 15 de julho de 2013.

⁴⁵⁵ BARBOSA, Águida Arruda. Adoção. **Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição**. In: BARBOSA, Águida Arruda. Direito de Família / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores. p.211.

ambos têm natureza recíproca entre pais e filhos, independente da classificação desta filiação⁴⁵⁶ em decorrência do parentesco estabelecido.

De acordo com o Código Civil, a destinação do patrimônio de alguém após seu falecimento, será regulada pelo Direito Sucessório, podendo ser disposta pelos ditames legais ou por meio de testamento⁴⁵⁷.

Servindo-se do artigo 1593⁴⁵⁸ do Código Civil, tem-se que o parentesco não se funda apenas pelo critério da consanguinidade, o que indica que deve ser acolhido na sucessão o filho socioafetivo.

Além disso, previsto pelo artigo 1.616 do referido diploma legal, estabelece que “a sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento”⁴⁵⁹.

Deste modo, uma vez reconhecida à paternidade e com base no princípio da igualdade entre os filhos e nos preceitos da Constituição Federal, não há o que se discutir quanto à efetividade em ordem sucessória, sendo os filhos socioafetivos considerados legítimos, devendo a partilha dos bens seguir os mesmos procedimentos adotados por lei para os casos de reconhecimento de filhos presumidos ou voluntários⁴⁶⁰.

Ao discorrer sobre os efeitos patrimoniais gerados pelo vínculo de adoção, de acordo com o texto de Águida Arruda Barbosa:

O adotante, enquanto no exercício do poder familiar, é usufrutuário e administrador dos bens do adotado, como dita o artigo 1.689, I e II, do CC. Com relação ao direito sucessório, o filho adotivo concorre em igualdade de condições com os filhos consanguíneos, em face do princípio da igualdade contido no art. 227, §6.º, da CF, assim como do disposto no art.1.628 do CC⁴⁶¹.

A única ressalva quanto a este assunto, é o cuidado que se deve ter ao analisar o caso concreto no sentido de não confundir a letra da lei, ou seja, ao tratar da igualdade entre os filhos, espera-se que a filiação já esteja realmente consolidada. Entretanto, não está

⁴⁵⁶ Conforme já abordado neste trabalho, no item 2.3. Responsabilidades, obrigações e direitos decorrentes do vínculo de filiação, p.81.

⁴⁵⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”

⁴⁵⁸ idem, “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” (redação conforme o original)

⁴⁵⁹ idem, “Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.”

⁴⁶⁰ idem, “Art. 1784 e seguintes.”

⁴⁶¹ BARBOSA, Águida Arruda. Adoção. **Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição**. In: BARBOSA, Águida Arruda. Direito de Família / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores. p.211.

expresso nem previsto de forma tácita na legislação brasileira que filhos e enteados, por exemplo, devem merecer o mesmo tratamento jurídico e em consequência sucessório.

A presunção da paternidade quando feita de maneira irresponsável, ao invés de garantir o melhor interesse do menor, pode prejudicar terceiros interessados na sucessão, no caso em tela, os herdeiros legais e testamentários, ou os filhos efetivamente reconhecidos (biológicos ou não) daquela pessoa.

A questão que se levanta é: se existe ou existiu (para casos *post mortem*⁴⁶²), realmente a vontade paterna em estabelecer aquela filiação, então porque o pai socioafetivo não o fez através do reconhecimento voluntário, por meio de adoção ou de forma testamentária? Esta questão gera incontáveis discussões, e não possui uma resposta definitiva, não estando pacificada nem entre turmas dos mesmos tribunais.

Neste sentido se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a relatoria do Desembargador Alberto Vilas Boas, conforme segue:

ACÇÃO DE REIVINDICAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA "POS MORTEM" - INTERESSES PURAMENTE FINANCEIROS - AFASTAMENTO DO JUÍZO ÉTICO E JUSTO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - Admitir que o Poder Judiciário supra a vontade da pessoa que foi criada por um casal que, movido pela solidariedade, abrigou o jovem em sua família e passou a criá-lo e educá-lo, para mais tarde receber um prêmio, de pai e mãe socioafetivos, gerando efeitos na esfera do Direito Sucessório, seria desvirtuar toda a interpretação conferida ao instituto da paternidade socioafetiva. Isso porque a busca de uma tardia reivindicação parental, com interesses puramente financeiros, significaria o afastamento de um juízo ético e justo proposto por nosso ordenamento jurídico⁴⁶³.

Em posicionamento contrário, o Relator Caetano Levi Lopes, também do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu pela prevalência da relação socioafetiva após a morte da suposta mãe socioafetiva, ao se manifestar em Apelação Cível, referente à Ação Declaratória de maternidade socioafetiva, mesmo o recorrente alegando que o interesse dos recorridos é meramente patrimonial. Conforme segue:

APELAÇÃO CÍVEL. ACÇÃO DECLARATÓRIA. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALÊNCIA SOBRE A BIOLÓGICA. RECONHECIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O art. 1.593 do Código Civil de 2002 dispõe que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Assim, há reconhecimento legal de outras espécies de parentesco civil, além da adoção, tais como a

⁴⁶² Latim: significa "após a morte", ou "pós morte".

⁴⁶³ TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **ACÇÃO DE REIVINDICAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA ""POS MORTEM"" - INTERESSES PURAMENTE FINANCEIROS - AFASTAMENTO DO JUÍZO ÉTICO E JUSTO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**. Número do processo: 1.0382.06.064486-3/001(1). Numeração Única: 0644863-66.2006.8. Relator: Alberto Vilas Boas. Julgado em: 18.11.2008. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?pagina=1&idarea=20&idmodelo=20339>>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

paternidade socioafetiva. 2. A parentalidade socioafetiva envolve os aspectos sentimental criado entre parentes não biológicos, pelo ato de convivência, de vontade e de amor e prepondera em relação à biológica. 3. Comprovado o vínculo afetivo durante mais de trinta anos entre a tia já falecida e os sobrinhos órfãos, a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida. 4. Apelação conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu a pretensão inicial⁴⁶⁴.

Logo, resta claro que os efeitos civis do reconhecimento de parentalidade socioafetiva devem ser garantidos a todos os filhos, sem distinção ou classificação, entretanto, devido às particularidades dos casos concretos, deverá o órgão jurisdicional se manter atento quanto à efetividade desta filiação, tendo em vista, sobretudo, para os casos *post mortem*, a garantia dos direitos sucessórios dos demais herdeiros.

⁴⁶⁴ BRASIL. TJMG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALÊNCIA SOBRE A BIOLÓGICA. RECONHECIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.** Apelação Cível n. 1.0024.07.803827-0/001 Rel. DES. CAETANO LEVI LOPES, Data o julgamento: 09.07.2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4DD515E6E19DFDC82796C2FFEF811207.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.803827-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

4 A CONCRETIZAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

Podemos observar com o decorrer da presente pesquisa que atualmente no ordenamento brasileiro não existe uma “fórmula legal” capaz de enquadrar todas as possibilidades que a socioafetividade pode apresentar.

A filiação socioafetiva não pode ser vista de forma única pela legislação, afinal, são demandas distintas acerca do mesmo tema que merecem análise e entendimento específicos. Os casos relativos à socioafetividade por vezes formam questionamentos totalmente diversos que impossibilitam um regramento único, além disso, são apresentados pontos de vistas e argumentos totalmente divergentes.

Embora exista projeto de lei⁴⁶⁵ que busque a afirmação legislativa deste tipo de filiação (até então doutrinária e jurisprudencial), ainda assim, esta não teria possibilidade de abarcar as diversas demandas e polêmicas que o tema por natureza gera.

Esta situação, clássica pra o Direito, é algo que faz parte do mundo jurídico. Hans Kelsen, em 1934⁴⁶⁶, já explicava que “a ordem jurídica não pode, de forma alguma, procurar impedir todos os conflitos possíveis”⁴⁶⁷. Entretanto, o que se espera do ordenamento legislativo, é que este garanta o mínimo de segurança jurídica⁴⁶⁸ para aqueles que se submetem a ele.

Ao tratarmos sobre a filiação socioafetiva, podemos observar discrepâncias entre os julgados de casos semelhantes, entre eles, alguns casos concretos, que obtiveram desfechos totalmente divergentes. Em algumas situações, é possível observar posicionamentos contrários entre Turmas do mesmo Tribunal⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5.682/2013. **Altera o artigo 27 da Lei n° 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a possibilitar a busca do reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva.** Autor Deputado Newton Cardoso. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32302CB48600C49DD0CE87F169E9C600.node1?codteor=1094494&filename=PL+5682/2013>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

⁴⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 9.

⁴⁶⁷ idem, p.47.

⁴⁶⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...].

⁴⁶⁹ Referência ao Recurso Especial n. 1159242. Que tramita no Superior Tribunal de Justiça. Onde a Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo. Enquanto que, a Quarta Turma, do mesmo tribunal, que também analisa o caso, já havia se pronunciado de forma contrária. (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567>. Acesso em: 31 de agosto de 2013).

Conforme já mencionado, embora haja diversas variações referentes ao tema, ainda assim, a questão central versa quanto a sobreposição da verdade biológica sobre a afetiva, ou vice-versa. E, embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a repercussão geral⁴⁷⁰ e o interesse público sobre o assunto, este ainda não se posicionou de forma efetiva, deixando a cabo das instâncias inferiores decidirem conforme seus livres convencimentos.

De acordo com trecho retirado de acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, baseado nas lições de Dimas Messias de Carvalho tem-se que:

O ideal é que o parentesco registral coincida com o biológico e socioafetivo, como os filhos biológicos registrados, criados e amados pelos pais, ou os filhos registrados pelos pais adotivos em procedimento regular de adoção. Não existindo coincidência entre o registro e a situação fática, como o filho biológico registrado em nome de outrem sem afetividade ou o filho biológico sem vínculos com os pais naturais e criado como filho por outros, a intervenção judicial é necessária para regularizar a situação jurídica, prevalecendo a afetividade sobre o parentesco biológico [...]⁴⁷¹.

Não outro é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O direito de conhecer a descendência genética é imprescritível. Caso em que, ao registrarem a investigante os pais registrai fizeram uma “adoção à brasileira”. Ao depois, os pais registrai foram os pais socioafetivos da investigante. Verdade socioafetiva que prevalece sobre a verdade genética⁴⁷².

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MANIFESTAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALENCIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 692186 / DF – Distrito Federal. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=0000006>> Acesso em: 15 de julho de 2013.

⁴⁷¹ TJMG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALÊNCIA SOBRE A BIOLÓGICA. RECONHECIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.** Apelação Cível n. 1.0024.07.803827-0/001 Rel. DES. CAETANO LEVI LOPES, Data o julgamento: 09.07.2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4DD515E6E19DFDC82796C2FFEF811207;juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.8038270%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

⁴⁷² BRASIL. TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA DO VÍNCULO BIOLÓGICO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. O DIREITO DE CONHECER A DESCENDÊNCIA GENÉTICA É IMPRESCRITÍVEL. CASO EM QUE, AO REGISTRAREM A INVESTIGANTE OS PAIS REGISTRAIS FIZERAM UMA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". AO DEPOIS, OS PAIS REGISTRAIS FORAM OS PAIS SOCIOAFETIVOS DA INVESTIGANTE. VERDADE SOCIOAFETIVA QUE PREVALECE SOBRE A VERDADE GENÉTICA. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (SEGREDO DE JUSTIÇA)** Processo número: 70010973402, Comarca: Salto do Jacuí, Relator Desembargador Rui Portanova. Data do Julgamento: 04.08.2005. No entanto, vale frisar que referido julgado sofreu reforma em sua totalidade no STJ, conforme: “A ‘adoção à brasileira’, inserida no contexto de filiação socioafetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as

Sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que uma vez estabelecido o vínculo afetivo, este não se desfaz pela descoberta da verdade biológica, devendo, portanto, prevalecer à paternidade afetiva.

O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento da criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência⁴⁷³.

Contudo, porém, a verdade biológica ainda é um vínculo forte demais para se ignorar, com isso, podemos dizer que a grande maioria da jurisprudência nacional, para a maior parte dos casos concretos entende que havendo e conhecendo o vínculo genético, este prevalecerá sobre o socioafetivo.

[...] O cônjuge que deliberadamente omite verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzindo a erro relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida⁴⁷⁴.

cautelais judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. - O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. - O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. - Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. - A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registraes, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto. - Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar 'adotivo' e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. (REsp 833712/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 04/06/2007).

⁴⁷³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DECUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.** REsp. 922462 / SP. RECURSO ESPECIAL. 2007/0030162-4. Rel. Des. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Julgado em: 04.04.2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700301624&dt_publicacao=13/05/2013 > Acesso em: 15, de julho de 2013.

⁴⁷⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DECUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.** REsp. 922462 / SP. RECURSO ESPECIAL. 2007/0030162-4. Rel. Des. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Julgado em: 04.04.2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700301624&dt_publicacao=13/05/2013 > Acesso em: 15, de julho de 2013.

Com o mesmo entendimento segue o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao alegar que:

A paternidade socioafetiva só pode ser oposta à realidade biológica, quando o pai biológico não possuir igualmente afeto pelo filho. Caso em que o apelado possui relação de afeto com o menor, ainda que com menos convivência que o pai registral⁴⁷⁵.

Pensando nisso, com o objetivo de estudar o comportamento jurídico aplicado às soluções de conflitos relativos à filiação socioafetiva, apresentamos alguns entendimentos aplicados por parte do Poder Judiciário, proferidos principalmente nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, sem descartar a jurisprudência dos Tribunais Estaduais.

Apenas a título de exemplo, a fim de demonstrar a importância e o tratamento dado ao tema no cenário jurídico, trazer-se-ão abaixo alguns questionamentos e as possíveis respostas atualmente existentes, sabendo, entretanto, que muito há a se elucidar sobre o assunto.

Primeiramente vale ressaltar o compromisso que a justiça deve ter em casos que envolvem direito de família, principalmente por tratar de questões relevantes para a formação e manutenção dos direitos da personalidade.

Partindo deste princípio, deve se redobrar a atenção ao decidir sobre filiação, pois, conforme se observou, a jurisprudência nacional, muitas vezes, parte do pressuposto de que o pai biológico abandonou seu filho, porém, normalmente ao que tudo indica, não há qualquer investigação ou mesmo uma análise superficial sobre a história dessa concepção, logo, pode acontecer que o efetivo genitor sequer tenha conhecimento da existência desse filho.

Em situação semelhante o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela não configuração da paternidade socioafetiva, entendendo a verdade biológica como verdade real que se sobrepõe à fictícia⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ BRASIL. TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NÃO CARACTERIZADA. PREVALÊNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE O PAI BIOLÓGICO E O MENOR.** Aadoção à brasileira não caracterizada. Processo número: 70024495228/2008, Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Data do Julgamento: 04.08.2005. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70024495228%26num_processo%3D70024495228%26codEmenta%3D2802292+70024495228&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70024495228&comarca=Rio+Grande&dtJulg=25-03-2009&relator=Andr%E9+Luiz+Planella+Villarinho>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

⁴⁷⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA ATIVA. AÇÃO DE ESTADO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL DO GENITOR (ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SUB ROGAÇÃO DOS AVÓS.**

Sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

A legitimidade ordinária ativa da ação negatória de paternidade compete exclusivamente ao pai registral por ser ação de estado, que protege direito personalíssimo [...].

[...]O erro a que foi induzido o pai registral de criança nascida na constância do seu casamento com a genitora, com quem o suposto pai não estreitou afetividade suficiente para que desfrutasse da paternidade socioafetiva (posse do estado de filho), desafia a eficácia constitutiva negativa de estado pleiteada na inicial, com a conseqüente alteração do registro público de nascimento da criança, para fazer constar o nome do pai biológico, excluindo-se consecutivamente, o nome dos avós registrais paternos. O registro público tem por princípio conferir segurança jurídica às relações civis e deve espelhar a verdade real e não fictícia.

[...] O princípio da supremacia do interesse do menor impõe que se assegure seu direito ao reconhecimento do verdadeiro estado de filiação, que já verdadeiramente exercida pelo pai biológico⁴⁷⁷.

Com relação à possibilidade do pai registral, sabedor que não possuía vínculo biológico com a criança à época da lavratura do assento de nascimento, desconstituir o registro nos casos de separação da genitora, tem prevalecido o entendimento de que não será possível a desconstituição da paternidade, uma vez que foi de conhecimento do genitor a realidade, ou seja, a ausência de vínculo biológico⁴⁷⁸. Outra possível resposta encontrada na

IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE DNA. RESULTADO DIVERSO DA PATERNIDADE REGISTRAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO PAI BIOLÓGICO. SUPREMACIA DO INTERESSE DO MENOR. VERDADE REAL QUE SE SOBREPÕE A FICTÍCIA. ART. 511, § 2º, DO CPC, AUSÊNCIA DE NULIDADE SANS GRIEF, REESAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULAS NºS 83, 211, 7/STJ E 284/STF. INCIDÊNCIA. REsp. 1328306 / DF. RECURSO ESPECIAL. 2012/0120657-7. Rel. Des. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Julgado em: 14.05.2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201206577&dt_publicacao=20/05/2013 > Acesso em: 15, de julho de 2013.

⁴⁷⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA ATIVA. AÇÃO DE ESTADO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL DO GENITOR (ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SUB ROGAÇÃO DOS AVÓS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE DNA. RESULTADO DIVERSO DA PATERNIDADE REGISTRAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO PAI BIOLÓGICO. SUPREMACIA DO INTERESSE DO MENOR. VERDADE REAL QUE SE SOBREPÕE A FICTÍCIA. ART. 511, § 2º, DO CPC, AUSÊNCIA DE NULIDADE SANS GRIEF, REESAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULAS NºS 83, 211, 7/STJ E 284/STF. INCIDÊNCIA. REsp. 1328306 / DF. RECURSO ESPECIAL. 2012/0120657-7. Rel. Des. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Julgado em: 14.05.2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201206577&dt_publicacao=20/05/2013 > Acesso em: 15, de julho de 2013.**

⁴⁷⁸ Nesse sentido: “Descabido anular o registro e paternidade, ainda que o apelante não seja o pai biológico da apelada. Quando o registro foi feito o apelante sabia não ser o pai biológico. E ademais sempre criou a apelada como filha, o que consubstancia a paternidade socioafetiva. (TJRS, Apelação Cível 700016096596. Rel. Rui Portanova. j.26.10.2006).

jurisprudência se funda na equiparação da paternidade socioafetiva à adoção⁴⁷⁹, ato irrevogável⁴⁸⁰.

Deste modo, não havendo presunção de paternidade advinda do casamento, a pessoa que por vontade própria reconhece o filho de outrem, ainda que desconheça esta condição, está declarando seu desejo de ser pai. Com isso, implicitamente também assume as consequências lógicas deste ato, garantindo ao filho todos os direitos civis decorrentes da paternidade.

Nestes casos, não há que se falar em arrependimento, os tribunais brasileiros vêm entendendo que ao se declarar pai, tal pessoa possuía discernimento suficiente para entender o ato civil que praticava. Em situações semelhantes, deve-se, sim, preservar os direitos da criança (ou filho), pois apenas deste modo se garantirá o direito à identidade, personalidade e, sobretudo, à dignidade humana.

Sob a Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, conforme pode-se observar:

Reconhecida a paternidade, por escritura pública, levada ao Registro Civil, não há amparo para que o genitor venha ulteriormente a negá-la, ainda que, por exame de DNA, seja excluída a paternidade biológica, não prejudicando o reconhecimento o fato de o Acórdão recorrido aludir à sua realização como "adoção à brasileira"⁴⁸¹.

Seguindo o mesmo raciocínio o Relator Ministro Massami Uyeda, também proferiu decisão:

[...] A alegada dúvida sobre a verdade biológica, ainda que não absolutamente dissipada, mostrou-se irrelevante, desinfluyente para que o ora recorrente, incentivado, segundo relata, pela própria família, procedesse ao reconhecimento do recorrido como sendo seu filho, oportunidade, repisa-se, em que o vínculo afetivo há muito encontrava-se estabelecido⁴⁸².

⁴⁷⁹ Assim: “Quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a vigência de união estável estabelece uma filiação sócio-afetiva que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável”. (TJRS, Embargos Infringentes 599277365, Rel. Alzir Felipe Schmitz, j. 10.09.99)

⁴⁸⁰ Conforme determina a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Em seu artigo “1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento” e a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Em seu artigo 39, § 1º- “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”.

⁴⁸¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA - VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO**. REsp 1098036/GO. Recurso Especial 2008/0239670-2. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23.08.2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1088157&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

⁴⁸² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO NUTRIDO DURANTE APROXIMADAMENTE VINTE E DOIS ANOS DE CONVIVÊNCIA**

A questão se complica ao se abrir uma exceção legal para a irrevogabilidade de filiação socioafetiva, embora o ordenamento brasileiro não permita a desconstituição da paternidade afetiva para casos de adoção e inseminação artificial heteróloga, há certa divergência doutrinária e jurisprudencial no tocante a posse de estado de filho.

Ora, é direito fundamental de todo brasileiro conhecer sua origem genética, e ainda há quem entenda que é obrigação do pai biológico arcar com as responsabilidades da geração de seu filho, garantindo com isso seus direitos, inclusive os sucessórios.

Por outro lado, não será garantida a justiça com aquele que dedicou-se em criar filho de outrem como seu, se por meio de um processo de investigação de paternidade com base na verdade biológica, seja desconstituída a relação paterno-filial socioafetiva que existiu até então.

Partindo deste princípio, surge outra questão que merece atenção, esta diz respeito a possibilidade de um filho, após falecimento de pai registral que consolidou a paternidade socioafetiva, pretender investigar paternidade biológica de terceiro a fim de obter direitos sucessórios.

Costuma-se utilizar como fundamento de tal indagação o artigo 1.614 do Código Civil que determina que o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação⁴⁸³. No entanto, a doutrina frisa que a irrevogabilidade do reconhecimento não obsta sua anulação, por exemplo, por vício de consentimento ou social⁴⁸⁴.

Segundo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mostra-se flagrantemente descabida a investigação de paternidade quando o pai registral é falecido e restou materializada a relação jurídica de paternidade socioafetiva com o pai registral⁴⁸⁵.

QUE CULMINOU COM O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PATERNIDADE - VERDADE BIOLÓGICA QUE SE MOSTROU DESINFLUENTE PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE ALIADA AO ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO REGISTRO SOB O ARGUMENTO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - ERRO SUBSTANCIAL AFASTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - PERFILHAÇÃO - IRREVOGABILIDADE - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. REsp 1078285 /MS. Recurso Especial 2008/0169039-0. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data do Julgamento: 13.10.2009. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_viusualizacao=null&livre=1078285&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 15 de julho de 2013.

⁴⁸³ “As normas legais que estabelecem limite temporal ao exercício do direito de desconstituir a paternidade registral visam consolidar a paternidade socioafetiva, sendo também um imperativo de equilíbrio, segurança e estabilidade social. Inteligência do art. 1.614 do CCB” (TJRS Apelação Cível 70044297638 RS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 19/10/2011).

⁴⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1142.

⁴⁸⁵ **INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE REGISTRAL. LAPSO TEMPORAL E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. 1. AS NORMAS LEGAIS QUE ESTABELECEM LIMITE TEMPORAL AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DESCONSTITUIR A PATERNIDADE REGISTRAL VISAM CONSOLIDAR A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, SENDO TAMBÉM UM IMPERATIVO**

Fala-se também em prazo para o reconhecimento da origem genética, ou seja, para que o filho socioafetivo tenha satisfeito o desejo de descobrir quem é seu pai biológico. Segundo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o direito de conhecer sua origem genética é imprescritível, indisponível e personalíssimo⁴⁸⁶, mesmo quando o investigante já possui uma relação de socioafetividade com seus pais adotivos. Porém, nesse caso a descoberta do vínculo biológico terá cunho meramente declaratório, pois visa satisfazer a necessidade do indivíduo de conhecer sua estirpe. Inviável, portanto, a alteração do assento de nascimento, persistindo os direitos hereditários somente em relação aos pais socioafetivos⁴⁸⁷.

E finalmente, tem chamado atenção e gerado controvérsias nos tribunais brasileiros a situação concreta onde sem a existência do reconhecimento voluntário de paternidade, os supostos filhos, com base na paternidade socioafetividade, ingressaram em juízo solicitando esse reconhecimento por meio judicial.

DE EQUILÍBRIO, SEGURANÇA E ESTABILIDADE SOCIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.614 DO CCB. 2. MOSTRA-SE FLAGRANTEMENTE DESCABIDA A INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE QUANDO O PAI REGISTRAL É FALECIDO E RESTOU CONSOLIDADA A RELAÇÃO JURÍDICA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O PAI REGISTRAL QUE PERDUROU POR MAIS DE QUARENTA ANOS. RECURSO PROVIDO. Apelação Cível n. 70044297638 RS, Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Data do Julgamento: 19.10.2011. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70044297638%26num_processo%3D70044297638%26codEmenta%3D4402828+Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+70044297638&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70044297638&comarca=Bag%E9&dtJulg=19-10-2011&relator=S%E9rgio+Fernando+de+Vasconcellos+Chaves>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

⁴⁸⁶ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.** “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”

⁴⁸⁷ BRASIL. TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. RECURSOS ADESIVOS. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA, NULIDADE DE PARTILHA, INDENIZAÇÃO DE FRUTOS E RENDIMENTOS E ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO.** Apelação Cível n. 70035810290 Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol, Data do Julgamento: 01.10.2010. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetic%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70035810290%26num_processo%3D70035810290%26codEmenta%3D3832441+70035810290&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70035810290&comarca=Comarc+a+de+S%E3o+Borja&dtJulg=01-10-2010&relator=Jorge+Lu%EDs+Dall%27Agnol>. Acesso em: 15 de setembro de 2013. No entanto, com outro entendimento o STJ decidiu: É imprescritível o direito de o filho, mesmo já tendo atingido a maioridade, investigar a paternidade e pleitear a alteração do registro, não se aplicando, no caso, o prazo de quatro anos, sendo, pois, desinfluentes as regras dos artigos 178, § 9º, VI, e 362 do Código Civil então vigente. Precedentes. Recurso especial não conhecido.” (DIREITO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. ARTS. 178, §9º, VI, E 362, DO CÓDIGO CIVIL. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. REsp n. 466783/RS, 3ª TURMA, STJ, RELATOR Ministro. Castro Filho, Data do julgamento: 19.04.2005. disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+466783&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 de setembro de 2013).

Vistos dois casos que tratam de alegação de existência de paternidade socioafetiva com o ex-companheiro da mãe dos autores. Notou-se no primeiro caso em tela que trata de Apelação, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, da Oitava Câmara Cível, proferiu decisão alegando que a boa convivência e o amparo aos menores fazem parte da condição de companheiro assumida com a mãe dos menores, e que, portanto, seria “desarrazoado” atribuir a esta pessoa uma terceira forma de paternidade, ou seja, a afetiva⁴⁸⁸. Por sua vez, no segundo episódio, com o entendimento totalmente contrário, a juíza Adriana Mendes Bertocini, da 1ª Vara da Família de São José – Santa Catarina entendeu pela procedência da ação condenando o réu a prestar alimentos provisionais ao filho biológico de outrem.

De acordo com o julgado apresentado pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, é cabível apenas para o efeito preservar a relação jurídica parental preexistente decorrente de ato formal e voluntário de reconhecimento de maternidade ou paternidade, em que haja consolidação no plano fático desse vínculo, de modo a evitar seu desfazimento diante da alegação de ausência de identidade genética⁴⁸⁹.

Assim, segue a ementa da decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O EX-COMPANHEIRO DA MÃE DOS AUTORES. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO A ENSEJAR REPARAÇÃO CIVIL.

1. O demandado, na condição de companheiro da mãe dos autores, conviveu com os menores e deu-lhes assistência material e afetiva durante o período em que se manteve a união estável. No entanto, a vinculação afetiva que entre os litigantes tenha se formado não detêm força suficiente para gerar uma outra atribuição de paternidade que não seja a registral ou a biológica, ou mesmo para gerar qualquer

⁴⁸⁸ BRASIL. TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O EX-COMPANHEIRO DA MÃE DOS AUTORES. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO A ENSEJAR REPARAÇÃO CIVIL.** Processo n. 70051462174. Comarca: Caxias do Sul. Data do Julgamento: 18.04.2013. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70051462174+2002&tb=proc>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

⁴⁸⁹ BRASIL. TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O EX-COMPANHEIRO DA MÃE DOS AUTORES. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO A ENSEJAR REPARAÇÃO CIVIL.** Processo n. 70051462174. Comarca: Caxias do Sul. Data do Julgamento: 18.04.2013. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70051462174+2002&tb=proc>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

dever jurídico para com os infantes. O simples fato de o demandado – que não é o pai biológico, nem o pai registral dos autores – ter bem convivido e prestado auxílio material aos filhos de sua ex-companheira não é suficiente para configurar uma terceira espécie de paternidade (socioafetiva) em relação a eles.

2. Presumir que o companheiro de uma mãe que detém a guarda dos filhos gere uma terceira espécie de paternidade – socioafetiva – pelo simples fato de com eles conviver soa, com a devida vênua, desarrazoado. Partindo dessa premissa, ficaria inteiramente inviabilizados relacionamentos afetivos que alguém viesse a manter com mulheres que se separam e têm filhos da primeira união, porque o eventual companheiro, ou mesmo novo cônjuge, assumiria, *ipso facto*, deveres jurídicos para com essas crianças apenas pela circunstância de manter com elas uma boa convivência ! Ou seja, para não ser considerado pai, restariam a ele duas opções, ambas absurdas: (1) não conviver com as crianças e, conseqüentemente, não morar sob o mesmo teto que a companheira, ou; (2) não ter bom relacionamento e não prestar nenhum tipo de auxílio material a elas. Esse seria, em suma, o resultado verdadeiramente teratológico a que se chegaria com o prestígio da pretensão recursal.

3. Não comete ato ilícito o companheiro que rompe sua união estável e sai de casa em que morava com a companheira e seus filhos, deixando de dar assistência a estes, que já contam, para tanto, com pai biológico e registral.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME⁴⁹⁰.

Contradizendo tal teoria, até então única no direito brasileiro, foi proferida sentença pela juíza Adriana Mendes Bertoncini, da 1ª Vara da Família de São José – SC, em processo que corre em segredo de justiça, onde de forma inédita proferiu medida cautelar que condena o ex-companheiro da mãe ao pagamento de pensão alimentícia a ex-enteada de 16 anos.

Pelo apurado, trata-se de:

Uma decisão de primeiro grau da Justiça de Santa Catarina determinou que um engenheiro pague pensão à filha de sua ex-companheira. O ex-padrasto terá que pagar 10% de seu salário para a adolescente de 16 anos.

Considerada inédita por operadores do Direito, a sentença proferida pela juíza Adriana Bertoncini, da 1ª Vara da Família de São José (SC) foi baseada no conceito de "*paternidade socioafetiva*". A ideia é que, por ter ocupado funções de pai, o engenheiro adquiriu a responsabilidade de um pai biológico.

⁴⁹⁰ BRASIL. TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O EX-COMPANHEIRO DA MÃE DOS AUTORES. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO A ENSEJAR REPARAÇÃO CIVIL.** Processo n. 70051462174. Comarca: Caxias do Sul. Data do Julgamento: 18.04.2013. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/a/?q=70051462174+2002&tb=proc>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

O engenheiro já paga pensão para a ex-mulher. Com as duas pensões, desembolsará cerca de R\$ 1.400 para mãe e filha. Os dois nunca foram casados, mas passaram a ter os mesmos direitos por causa do conceito de união estável, que durou cerca de dez anos.

A mãe também recebe pensão do pai biológico da adolescente. Mas o valor, diz a advogada Daniela Bus, não seria suficiente para manter o padrão social anterior à segunda separação.

De acordo com a advogada, o ex-marido disse que poderia continuar pagando a escola particular da adolescente. Mesmo assim, a mãe preferiu acionar a Justiça⁴⁹¹.

Este julgado teve grande repercussão na mídia nacional, e em matéria divulgada pelo jornal Estado de São Paulo⁴⁹², foi informado que tal decisão havia sido concedida sem que o padrasto fosse ouvido, sendo que a magistrada teria presumido a “paternidade socioafetiva” pelo fato deste ser o responsável pelo contrato escolar da adolescente.

Rolf Madaleno concorda com a sentença judicial. Para ele, "com a separação, a enteada passou a viver uma dupla perda: material e socioafetiva". Ele complementa que "para o Direito de Família, a afetividade é fonte principal de constituição de uma entidade familiar."⁴⁹³

Este é um exemplo onde é possível notar a inversão de valores e a confusão quanto aos conceitos utilizados em matéria de direito de família. A socioafetividade foi simplesmente presumida com fundamento de que uma vez ocupado as funções de pai, adquire-se as responsabilidades de um pai biológico, ignorando-se com isso, direitos e obrigações do genitor e atribuindo a outro uma responsabilidade que normalmente não caberia a ele.

Tal fundamento além de ser desprovido de logicidade, ainda desestimula que padrastos e madrastas se comprometam com a educação, cuidados e zelo de crianças filhas de seus cônjuges ou companheiros.

⁴⁹¹ Jus Brasil Notícias. **Engenheiro condenado a pagar pensão à ex-enteada**. Disponível em: <<http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/100121659/engenheiro-condenado-a-pagar-pensao-a-ex-enteada>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

⁴⁹² ESTADÃO, Jornal O Estado de São Paulo. Luciano Bottini Filho, especial para O Estado. **Em decisão inédita, engenheiro de SC é condenado a pagar pensão a ex-enteada**. 09 de outubro de 2012 | 23h 59. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,em-decisao-inedita-engenheiro-de-sc-e-condenado-a-pagarpensao-a-ex-enteada,943156,0.htm>> Acesso em: 16 de outubro de 2012.

⁴⁹³ Jus Brasil Notícias. **Engenheiro condenado a pagar pensão à ex-enteada**. Disponível em: <<http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/100121659/engenheiro-condenado-a-pagar-pensao-a-ex-enteada>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

Para o professor de direito da USP José Fernando Simão, a juíza Adriana Bertoncini teve uma atitude equivocada. "Ela confundiu um bom padrasto com um pai. A decisão desencoraja os maridos a serem bons padrastos"⁴⁹⁴.

Deduzir uma relação de socioafetividade contra a vontade do suposto pai que alega não considerar o outro como filho, e obrigá-lo ao reconhecimento ou atribuir-lhes responsabilidades de outro, parecem fazer com que toda a teoria da socioafetividade se desmanche. Afinal, se por essa teoria o vínculo paterno-filial se baseia no afeto, não seria lógico que ambos (pai e filho) desejassem essa relação?

Neste contexto percebe-se que o melhor interesse do menor acaba se sobrepondo a dignidade de pessoa dos dois pais, pois, suprime-se o direito do pai socioafetivo, ignorando seu desejo em não ser considerado pai de alguém que biologicamente ele já não é, e ainda anulam-se os direitos e desejos do pai biológico, que não é chamado a se manifestar na demanda.

Assim,

A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto⁴⁹⁵.

Note que, o que incomoda no trato sobre o assunto é a falta de critérios objetivos que levam os magistrados a interpretar a filiação socioafetiva. Uma vez materialmente comprovada relação pai e filho, como no caso da adoção, da inseminação artificial heteróloga ou do reconhecimento voluntário da paternidade, não restam dúvidas de que realmente fora criado o vínculo afetivo.

A falta de positivação quanto à matéria de direito de família, embora possa trazer boas surpresas no sentido de garantir a estabilidade familiar em casos omissos, mas reconhecidamente dignos, também trazem “aberrações jurídicas”, diga-se isso em casos de excessos cometidos por interpretações equivocadas advindas de alguns magistrados.

⁴⁹⁴Jus Brasil Notícias, Extraído de: Espaço Vital - 11 de Outubro de 2012. **Engenheiro condenado a pagar pensão à ex-enteada**. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticia/100121659/engenheiro-condenado-a-pagar-pensao-a-ex-enteada>> Acesso em: 16 de outubro de 2012

⁴⁹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS**. REsp 1167993/RS. Recurso Especial 2009/0220972-2. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento: 18.12.2012. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1088157&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

CONCLUSÃO

A realidade da filiação socioafetiva se estabelece de forma concreta entre as nuances das famílias brasileiras contemporâneas e ignorar tal fato é fechar os olhos para uma situação fática vigente que anseia e merece um posicionamento judicial. Assim, a filiação socioafetiva deve ser reconhecida pelo Direito em casos efetivamente dignos, ou seja, desde que haja uma relação social e de afeto entre pais e filhos, e que exista o desejo bilateral em tornar esta relação jurídica.

Entretanto, aplicar a sobreposição da paternidade afetiva sobre a biológica em todos os casos, como alguns defendem, será um grande erro por parte do Judiciário (ou do Legislativo). Isso porque, as responsabilidades sobre a vida gerada cabem, via de regra, aos genitores, afinal, a realidade da vida nos ensina que “parente não se escolhe” e, principalmente, não deve ser imposto com base numa relação subjetiva. Deste modo, acompanhamos a jurisprudência majoritária, que entende que a paternidade socioafetiva existe para firmar uma relação jurídica já estabelecida de fato, não para criar uma nova realidade.

A inexistência de pressupostos objetivos e regramentos específicos acerca do tema geram insegurança jurídica. Contudo, usando o raciocínio mais lógico encontrado, acreditamos que, mesmo que o Supremo Tribunal Federal decida um posicionamento a ser seguido a este respeito, ou que o Congresso Federal estabeleça uma legislação específica, ainda assim, é impossível que se faça justiça sem que, se analise cuidadosamente as normas enquadrando-as ao fato concreto.

O ideal seria que todas as formas de paternidade se juntassem na figura paterna de uma só pessoa, mas a realidade se mostra oposta, e por vezes, a criança nasce de um genitor, é registrado pelo marido da mãe e cresce sendo criado por um terceiro que ingressou na relação posteriormente, podendo ou não existir vínculo de afeto entre eles, gerando com isso uma enorme contradição que nenhuma legislação seria capaz de supor.

Assim, tem-se que a “verdade real” pode e normalmente deve ser a biológica, tendo em vista que tanto homem quanto a mulher genitores daquela nova vida tem responsabilidades diretas sobre aquela criança, devendo garantir seus direitos e arcar com suas obrigações. Mas, a “verdade real” também pode ser a socioafetiva, que ocorre quando apesar da família não ser a biológica, esta quer, acolhe, cuida e ama, o filho como se natural fosse, e esta relação muitas vezes é mais real e verdadeira do que qualquer relação geneticamente estabelecida.

A questão mais controversa gira em torno do reconhecimento judicial da socioafetividade quando não há interesse por parte do suposto pai que este reconhecimento aconteça. Por este ato, o juiz expede após ação declaratória de paternidade, ordem obrigando o “suposto pai” a reconhecer juridicamente o “suposto filho” socioafetivo, tal ato garante a igualdade entre os filhos e em consequência todos os direitos relativos à filiação.

Parece-nos cabível que o melhor posicionamento acerca “da posse do estado de filho”, atribui a plena igualdade de filiação quando reconhecido o efetivo desejo de pai e filho no reconhecimento dessa paternidade, garantindo com isso os direitos civis de ambos, bem como seus efeitos sucessórios e obrigacionais.

No nosso entendimento, quando a lei fala em igualdade entre filhos, em nenhum momento está dizendo que esta filiação pode ser presumida sem os requisitos para tanto. E para que exista a garantia dessa igualdade à qualidade de filho, esta relação deve ser clara, pública e notória.

Isso quer dizer que a socioafetividade se baseia em dois aspectos, como o próprio nome sugere: a realidade social exteriorizada da relação paterno-filial, que estatui a condição de filho frente à sociedade em geral, ainda que não exista nenhum vínculo genético ou registral, caracterizando-se assim a posse de estado de filho; e o afeto, amor, cuidado e a dedicação que se presume existente na relação entre pais e filhos. Na falta de qualquer desses pressupostos, não há que se falar em filiação socioafetiva.

No reconhecimento judicial socioafetivo forçado, o suposto pai, normalmente não tem qualquer interesse no reconhecimento deste filho, ou seja, é uma pessoa que não ama, que não cuida, que não zela pelos interesses do outro, o que deveria por si só, descaracterizar de imediato o vínculo afetivo.

Além disso, se até o momento da propositura da ação não houve um reconhecimento de paternidade voluntário, se não houve uma adoção formal, se não houve declaração testamentária nem sequer a manifestação de vontade em reconhecer aquele filho, não parece lógico forçar tal situação.

Muitas vezes com base no princípio do “melhor interesse da criança” o juízo não leva em consideração as marcas que a rejeição pode causar, afinal, uma pessoa já abandonada pelo pai biológico, ao ter sua paternidade estabelecida de forma tão invasiva através de mandado (muitas vezes por insistência da mãe), acabará por se sentir novamente rejeitado, haja vista que pela segunda vez não despertou no outro o desejo de ser seu pai, ato que está sendo praticado apenas por força de ordem judicial.

Além disso, ao que podemos apurar ao longo da pesquisa, não se observa por parte do judiciário uma preocupação em analisar com rigor as origens biológicas antes de reconhecer a paternidade afetiva. Parte-se do pressuposto de que a criança fora abandonada e que o pai biológico não tem interesse em reconhecê-lo, entretanto, muitas vezes, ocorre do pai biológico sequer saber da existência do filho, ou então, tem dúvidas com relação à paternidade, não se recusando objetivamente a cumprir com suas obrigações paternas na criação e educação do filho, em caso de efetiva constatação dessa paternidade.

Espera-se ainda que os julgadores tenham comprometimento ao analisar questões que envolvem a família, obedecendo às normas constitucionais que a protegem. Sendo a paternidade socioafetiva uma criação doutrinária, sem expressa previsão legal, não se pode admitir que à presumam, cabendo ao juiz o dever de examinar minuciosamente o caso concreto e a verdade sobre a alegação desta paternidade, observando, se possível, a existência de intenções meramente patrimoniais por traz desse pedido de reconhecimento.

Talvez uma forma de evitar esta “especulação patrimonial” seja a imposição de limites claros para que se estabeleça a filiação socioafetiva. Entre estes limites vislumbramos a impossibilidade de reconhecimento sem que o suposto parente afetivo seja ouvido em juízo. Tal atitude por si só excluiria os casos de pais que não possuem de fato o vínculo afetivo, excluindo também os casos de reconhecimento *pos mortem*; outra proibição deveria seguir no sentido de não se reconhecer a filiação socioafetiva quando falecido os pais registraes, seja como forma de respeito aos que criaram seus filhos, seja como forma de justiça patrimonial, haja vista que estes filhos já teriam herdado o que lhes é de direito.

O que podemos observar é que, o juiz fica encarregado de decidir não apenas a vida de pai e filho socioafetivos, mas de todos aqueles que direta ou indiretamente participam daquela vida familiar, neste rol incluímos, por exemplo, o pai biológico, e os herdeiros do pai socioafetivo. Afinal, os efeitos jurídicos da decisão que “condena” uma pessoa a ser pai socioafetivo, por ter ajudado a mãe na criação de seu filho, ultrapassa a barreira individual, gerando efeitos sucessórios e prejudicando herdeiros já constituídos.

Logo, não se pode admitir que se confundam a figura de um amigo, ou de um padrasto, à condição de pai, haja vista que desta forma pode-se suprimir a dignidade humana dos dois pais e de outras pessoas que não possuem nenhum vínculo nesta relação, tais como os herdeiros por eles já constituídos.

Pode ainda acontecer do filho, ao completar a maioridade, sair em busca de sua verdade biológica e se ver moralmente ou patrimonialmente prejudicado devido há um reconhecimento de paternidade afetivo que além de não acrescentar melhoras na sua

qualidade de vida (uma vez que fora forçado, ou que jamais existiu de fato), o impossibilite de buscar em juízo o reconhecimento por parte do pai biológico, e com isso, uma compensação financeira por meio da sucessão pelo abandono então cometido.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de Família: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Prática do direito de família**. 4.ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Junior, VIDAL Serrano. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA, Águida Arruda. Adoção. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda. **Direito de Família** / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores.

BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: **Repensando o direito de família**. Coordenador: Rodrigo Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.

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

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada** / Roxana Cardoso Brasileiro Borges. – 2. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. – (Coleção Prof. Agostinho Alvin / coordenação Renan Lotufo).

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5682/2013. Altera o artigo 27 da Lei n° 8.069, de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a possibilitar a busca do reconhecimento de vínculo de filiação socioafetiva**. Autor Deputado Newton Cardoso. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=32302CB48600C49DD0CE87F169E9C600.node1?codteor=1094494&filename=PL+5682/2013>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n. 12**. Disponível em: < <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1294906/pai+presente-provimento+CNJ-12-2010.pdf> >. Acesso em: 25, de agosto de 2013.

_____. **Provimento n. 16**. Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/78/62/C9/D6/68D1A3100074AF93180808FF/Provimento_N16.pdf >. Acesso em: 25, de agosto de 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937

BRASIL. Comarca de Porto Alegre. **AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMBINADA COM ALTERAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. 8ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES**. Juiz Prolator: Juiz Cairo Roberto Rodrigues Madruga. Data do Julgado: 12/12/2008. Processo 10802177836. Disponível em:< <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/127.pdf> > Acesso em: 18, de agosto de 2013.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941. **Dispõe sobre a organização e da família**.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942. **Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais**.

BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. **Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos**.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de Fevereiro de 1950. **Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados**.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**.

BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula casos de dissolução da sociedade**.

BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração**.

BRASIL. Lei n. 7.250, de 14 de novembro de 1984. **Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos**.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**.

BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. **Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências**.

BRASIL. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição**

Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009. **Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta.**

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - estatuto da criança e do adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - código civil, e da consolidação das leis do trabalho - clt, aprovada pelo decreto-lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências.**

BRASIL. Poder Judiciário - Comarca de Cascavel – Vara da Infância e da Juventude. Estado do Paraná. **AUTOS 0038958-54.2012.8.16.0021. AÇÃO DE ADOÇÃO.** Julgado em 20 de fevereiro de 2013. Julgador: Sérgio Luiz Kreuz. Disponível em:<http://www.direitodascrianças.com.br/anexos/2/7/SENTENCA_DUPLA_PARENTALIDADE___INICIAIS.pdf>.

Acesso em: 20, de agosto de 2013.

BRASIL. PLS – Projeto de Lei do Senado, n. 90 de 1999. **Dispõe sobre a Reprodução Assistida.** Disponível em:<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.** REsp. 1159242 / SP. Recurso Especial. 2009/0193701-9. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+1159242&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 15 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA - REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ - INTERESSE MAIOR DA CRIANÇA - VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO.** REsp 1098036/GO. Recurso Especial 2008/0239670-2. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23.08.2011. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?t>

ipo_visualizacao=null&livre=1088157&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.** REsp 889852 /RS. Recurso Especial 2006/0209137-4. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento: 27.04.2010. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=889852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. PECULIARIDADES.** REsp 833.712/RS , Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 17.05.2007. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=833712&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 11 de setembro de 2013.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.** REsp 450566/RS , Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 03.05.2011. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+450566&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 11 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.** REsp 945283 / RN. Recurso Especial 2007/0079129-4. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. QUARTA TURMA. Data do Julgamento. 15.09.2009. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=945283&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE RECONHECIDOS.** REsp 1167993/RS. Recurso Especial 2009/0220972-2. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Data do Julgamento: 18.12.2012. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1088157&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.** REsp 1088157/PB. Recurso Especial 2008/0199564-3. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data do Julgamento: 23.06.2009. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1088157&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO NUTRIDO DURANTE APROXIMADAMENTE VINTE E DOIS ANOS DE CONVIVÊNCIA QUE CULMINOU COM O RECONHECIMENTO JURÍDICO DA PATERNIDADE - VERDADE BIOLÓGICA QUE SE MOSTROU DESINFLUENTE PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE ALIADA AO ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO - PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO REGISTRO SOB O ARGUMENTO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - ERRO SUBSTANCIAL AFASTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - PERFILHAÇÃO - IRREVOGABILIDADE - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** REsp 1078285 /MS. Recurso Especial 2008/0169039-0. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data do Julgamento: 13.10.2009. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/t>

oc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=1078285&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO >. Acesso em: 15 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.** REsp. 1172067 / MG. Recurso Especial. 2009/0052962-4. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Resp+1172067&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 15 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DECUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.** REsp. 922462 / SP. RECURSO ESPECIAL. 2007/0030162-4. Rel. Des. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Julgado em: 04.04.2013. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700301624&dt_publicacao=13/05/2013> Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. LEGITIMIDADE ORDINÁRIA ATIVA. AÇÃO DE ESTADO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDISPONÍVEL DO GENITOR (ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SUB ROGAÇÃO DOS AVÓS. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE DNA. RESULTADO DIVERSO DA PATERNIDADE REGISTRAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE AS PARTES. FILIAÇÃO AFETIVA NÃO CONFIGURADA. ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE PELO PAI BIOLÓGICO. SUPREMACIA DO INTERESSE DO MENOR. VERDADE REAL QUE SE SOBREPÕE A FICTÍCIA. ART. 511, § 2º, DO CPC, AUSÊNCIA DE NULIDADE**

SANS GRIEF, REESAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULAS N°S 83, 211, 7/STJ E 284/STF. INCIDÊNCIA. REsp. 1328306 / DF. RECURSO ESPECIAL. 2012/0120657-7. Rel. Des. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Julgado em: 14.05.2013. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaelettronica/ita.asp?registro=201201206577&dt_publicacao=20/05/2013> Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. PRETENSÃO DA MÃE DE OBSTAR O DIREITO DO PAI DE VISITAR A FILHA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE VISITAS. PRETENSÃO DO PAI DE TER AMPLIADO O SEU DIREITO DE VISITAR A FILHA. AJUIZAMENTO CONCOMITANTE, EM OUTRO PROCESSO, DE AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE DE INTERESSES A ENVOLVER AMBAS AS AÇÕES PROPOSTAS PELA MESMA PARTE. DESISTÊNCIA DA NEGATÓRIA APÓS A CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA PARTE RÉ. QUESTÃO A SER OBSERVADA NA AÇÃO NEGATÓRIA E NÃO EM SEDE DE MEDIDA CAUTELAR. MANUTENÇÃO DO DIREITO DE VISITAS.** MC 1032875 / DF. Medida Cautelar 2008/0036703-7. Relatora Ministra Nancy Andrighi. TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento. 28.04.2009. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=mc+16357&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.** REsp 1281093 / SP. Recurso Especial 2011/0201685-2. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 18.12.2012. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=889852&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 15, de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROCEDENCIA DA AÇÃO. EFEITOS PATRIMONIAIS. COMPROVAÇÃO DE AFETO ENTRE A INVESTIGANTE E O PAI BIOLÓGICO. AUSENCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. QUESTÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS DE ÍNDOLE**

INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDENCIA DA SÚMULA.279 STF. Agravo regimental n. 846315 / RS – Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=0001869> > Acesso em: 15 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MANIFESTAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALENCIA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 692186 / DF – Distrito Federal. Disponível em:< <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=0000006> > Acesso em: 15 de julho de 2013.

BRASIL. TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA ""POS MORTEM"" - INTERESSES PURAMENTE FINANCEIROS - AFASTAMENTO DO JUÍZO ÉTICO E JUSTO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Número do processo: 1.0382.06.064486-3/001(1). Numeração Única: 0644863-66.2006.8. Relator: Alberto Vilas Boas. Julgado em: 18.11.2008. Disponível em:<<http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?pagina=1&idarea=20&idmodelo=20339>>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

BRASIL. TJMG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREVALÊNCIA SOBRE A BIOLÓGICA. RECONHECIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. Apelação Cível n. 1.0024.07.803827-0/001 Rel. DES. CAETANO LEVI LOPES, Data o julgamento: 09.07.2010. Disponível em:<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJespelhoAcordao.do;jsessionid=4DD515E6E19DFDC82796C2FFEF811207.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.8038270%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

BRASIL. TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NÃO CARACTERIZADA. PREVALÊNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE O PAI BIOLÓGICO E O MENOR. A adoção à brasileira não caracterizada. Processo número:

70024495228/2008, Sétima Câmara Cível. Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Data do Julgamento: 04.08.2005. Disponível em:<http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70024495228%26num_processo%3D70024495228%26codEmenta%3D2802292+70024495228&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF8&numProc=70024495228&comarca=Rio+Grande&dtJulg=25-032009&relator=Andr%E9+Luiz+Planella+Villarinho>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

BRASIL. TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O EX-COMPANHEIRO DA MÃE DOS AUTORES. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO A ENSEJAR REPARAÇÃO CIVIL.** Processo n. 70051462174. Comarca: Caxias do Sul. Data do Julgamento: 18.04.2013. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em:<<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70051462174+2002&tb=proc>>. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

BRASIL. TJRS, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVA DO VÍNCULO BIOLÓGICO. PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA. O DIREITO DE CONHECER A DESCENDÊNCIA GENÉTICA É IMPRESCRITÍVEL. CASO EM QUE, AO REGISTRAREM A INVESTIGANTE OS PAIS REGISTRAIS FIZERAM UMA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". AO DEPOIS, OS PAIS REGISTRAIS FORAM OS PAIS SOCIOAFETIVOS DA INVESTIGANTE. VERDADE SOCIOAFETIVA QUE PREVALECE SOBRE A VERDADE GENÉTICA. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (SEGREDO DE JUSTIÇA)** Processo número: 70010973402, C. Salto do Jacuí, Relator Desembargador Rui Portanova. Data do Julgamento: 04.08.2005. Disponível em:<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=70010973402%2C&tb=jurisnova&partialfields=&requireredfields=&as_q=>>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

BULOS, Uadi Lâmmego, **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.389.
 CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do Afeto nas relações de família. In: FACHIN, Edson Luiz (Coordenador). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998.

CEJ - Centro de Estudos Judiciários. **Apresentação dos Enunciados da I, III, IV e V, Jornadas de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile>>, Acesso em: 07 de agosto de 2013.

_____. **Enunciados da I Jornadas de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2611/2689>>, Acesso em: 07 de agosto de 2013.

_____. **Enunciados da III Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2619/2696>>, Acesso em: 07 de agosto de 2013.

_____. **Enunciados da IV Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2626/2701>>, Acesso em: 07 de agosto de 2013.

_____. **Enunciados da V Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2634/2708>>, Acesso em: 07 de agosto de 2013.

CFM. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1.358/1992. Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, seção i, p.16053. (revogada pela resolução cfm nº 1957/2010).

Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Corregedoria do CNJ lança projeto para ampliar reconhecimento de paternidade.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/9594-corregedoria-do-cnj-lanca-projeto-para-ampliar-reconhecimento-de-paternidade>>. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

CONJUR. Consultor Jurídico. **Justiça autoriza que adolescente tenha dois pais.** Artigo publicado em: 17, de Fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-27/justica-autoriza-adolescente-tenha-dois-pais-registro-civil>>. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

COSTA, Juraci. **Paternidade socioafetiva.** Revista Jurídica – CCJ/FURB. V. 13, nº 26, jul./dez. 2009.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade.** Campinas, SP: Romana, 2004.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 a (iii) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2013.

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

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Entre o ventre e o coração**. 2008. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>, Acesso em: 18 de outubro de 2012.

_____. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Palestra proferida no I Fórum SEMIRA pela Igualdade, promovido pela Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial – SEMIRA, em 5.12.2007, em Goiânia – GO. Disponível em:<www.mariaberenice.com.br>, Acesso em: 18 de outubro de 2012.

_____. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

_____. _____. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Dicionário de Latim. Disponível em:< <http://www.dicionariodelatim.com.br/sui-juris/> > . Acesso em: 25 de agosto de 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5, direito de família, 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DONIZETTI, Leila. **Filiação Socioafetiva e direito a identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ESTADÃO, Jornal O Estado de São Paulo. Luciano Bottini Filho, especial para O Estado. **Em decisão inédita, engenheiro de SC é condenado a pagar pensão à ex-enteada**. 09 de outubro de 2012 | 23h 59. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,em-decisao-inedita-engenheiro-de-sc-e-condenado-a-pagar-pensao-a-ex-enteada,943156,0.htm>> Acesso em: 16 de outubro de 2012.

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

FACHIN, Luiz Edson. FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In. **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 118.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa** – Nova Edição revista e ampliada – J.E.M.M., Editores, Ltda. / Editora Nova Fronteira S/A. – 1986.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2011.

_____. **Direito de Família** / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2.ed. rev. e atual. v.VI – direito de família. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOZZO, Débora. “**Nascimento anônimo**”: em Defesa do Direito Fundamental à Vida. Revista Mestrado em Direito, Osasco, Ano 6, n. 2, 2006.

_____. O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética. *In*. **Direito das Famílias** / Maria Berenice Dias organizadora. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. Jurisprudência Comentada: **Família mosaico. A proteção dos filhos e o estreitamento das relações com seus genitores diante do novo conceito de família**. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/47/artigo170146-1.asp>> Acesso em: 16 de outubro de 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do Direito de Família. Evolução Histórica da Família e Formas Atuais de Constituição. *In*: BARBOSA, Águida Arruda. **Direito de Família** / Coordenação Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 – (Direito Civil; 7 / Orientação Giselda M. F. Novaes Hironaka); Vários Autores.

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Família. **Estatuto das Famílias**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/Estatuto_das_Familias.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

Jus Brasil Noticias. Extraído de: Espaço Vital - 11 de Outubro de 2012. **Engenheiro condenado a pagar pensão à ex-enteada**. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/100121659/engenheiro-condenado-a-pagar-pensao-a-ex-enteada>> Acesso em: 16 de outubro de 2012.

_____. **Perdão judicial é concedido a casal culpado por praticar adoção à brasileira**. Disponível em:< <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100148054/perdao-judicial-e-concedido-a-casal-culpado-por-praticar-adocao-a-brasileira>>. Acesso em: 25, de agosto de 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LEISTER, Margareth. **A questão dos valores universais, diversidade e a prática da tortura**. 2009, p.157. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43566433/A-questao-dos-valores-universais-diversidade-e-a-pratica-da-tortura>> Acesso em 16 de julho de 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil : em homenagem a Dra. Regina Bilac Pinto, a “grande dama da editoração jurídica brasileira”** / Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro : Forense, 2011.

_____. **Direito civil aplicado**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. _____. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Adriana Karlla. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_l ink=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280 >. Acesso em: 20, de agosto de 2013.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOTUFO, R. Código Civil Comentado. *Apud*: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007. – (Coleção Prof. Agostinho Alvin / coordenação Renan Lotufo).

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Novas perspectivas no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família da pós modernidade**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/.../TES_VERSAO_RESUMIDA_ADRIANA.pdf >. Acesso em: 13, de agosto de 2013.

MEDEIROS, Letícia Zanega de. **Paternidade Socioafetiva, Direito e Justiça**. Porto Alegre: Edipucrs, v.27, n.25, 2003.

MIZRAHI, Mauricio Luis; **Familia, matrimonio y divorcio**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.

NOGUEIRA, Jaqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

ONU / UNICEF. Organização das Nações Unidas. **A Convenção Sobre os Direitos das Crianças**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em:<http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf >. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PT na Câmara, site oficial da Liderança do PT - **Deputado rebate críticas ao Estatuto da Família**. Data: 30, de Dezembro de 2010. Disponível em:<http://www.informes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5736:deputado-rebate-criticas-ao-estatuto-da-familia&catid=42:rokstories&Itemid=108> Acesso em: 16 de Outubro de 2012.

RAGAZZI, José Luiz. GARCIA, Tiago Munaro. Princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice. (coordenação). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Carlos Brandão Ildefonso. PENA, Luciana Calado. **Paternidade e seus aspectos registral, socioafetivo e biológico: A viabilidade jurídica de seus desmembramentos e os efeitos jurídicos decorrentes**. Disponível em:<<http://ibdfam.org.br/?artigo&artigo=380>> Acesso em: 25 de agosto de 2012.

SILVA, Edmar Araújo. MELO, José Wagner de. **Coleção Tempo de Aprender**. In. EJA 6. ano – Volume 1 – 2.ed. – São Paulo – IBEP, 2009. Vários Autores.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOBRAL, Mariana Andrade. **Princípios Constitucionais e as relações jurídicas familiares**. Âmbito Jurídico. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400 >. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

SOUZA, Fernanda Maria Costa de. CARNEIRO, Alan Dionizio. MORAIS, Gilvânia Smith da Nóbrega. LOPES, Maria Emília Limeira. ZACCARA, Ana Aline Lacet. DUARTE, Ana Aline Lacet. Inseminação Artificial Heteróloga: Implicações Bioéticas e Jurídicas. Revista Brasileira de Ciências da Saúde. v.16. n.3. 2012. p.419-426. Disponível em:<<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/rbcs/article/viewFile/12729/7884> >. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal da Cidadania. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. **Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ**. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.txt=97668# >. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

_____. _____. **Súmula 301** - SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TI T1TEMA0> >. Acesso em: 18 de agosto de 2013.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, v.22, n. 139, 2008.

_____. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2011.

TJMG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Reconhecimento de Paternidade**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conheca-otjmg/ajustica/servicosocidadao/reconhecimento-de-paternidade/#.Uhpq4xukrmg> >. Acesso em: 25 de agosto de 2013.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação : entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. - Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 69.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v.6. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WINNICOTT, Donald W., 1896-1971. **Tudo começa em casa**. Tradução Paulo Sandler. - 4.ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLD, Arnoldo. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil: direito de família**. v.5, 17.ed. reformulada. - São Paulo : Saraiva, 2009.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. **Os novos paradigmas da família contemporânea, uma pesquisa interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.