

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

VANESSA APARECIDA REZENDE

**O VALOR JURÍDICO DO AFETO E O INSTITUTO DA PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA COMO FORMA DE PARENTESCO**

MARÍLIA
2014

VANESSA APARECIDA REZENDE

O VALOR JURÍDICO DO AFETO E O INSTITUTO DA PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA COMO FORMA DE PARENTESCO

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação
“*stricto sensu*” em Direito no Centro Universitário
Eurípides de Marília como requisito parcial da
obtenção do grau de mestre em direito na área de
concentração Teoria do Direito e do Estado.

Orientador: Professor Dr. Edilson Donisete
Machado

MARÍLIA
2014

VANESSA APARECIDA REZENDE

O VALOR JURÍDICO DO AFETO E O INSTITUTO DA PATERNIDADE
SOCIOAFETIVA COMO FORMA DE PARENTESCO

Banca Examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

1º Examinador: _____

Prof. Dr.

2º Examinador: _____

Prof. Dr.

Marília, _____ de _____ de 2014.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me permitir essa grande vitória, pois sem Ele nada seria possível, e a todos que contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho, que hoje se torna realidade.

Muito obrigada!

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus pais, Clarice e Rezende, pela lição de vida, luta e pelo amor incondicional. Essa vitória é de vocês!

Ao meu irmão, José Carlos pelo apoio, ao Gabriel e Nicolly pelos sorrisos.

Ao meu amor, Marcelo, pela compreensão, carinho e companheirismo. Sem você esse sonho não se realizaria.

Ao prof. Lafayette, pela compreensão e atenção dedicada.

Aos professores do curso e ao meu orientador prof. Edinilson, pelos conhecimentos transmitidos nesta jornada.

E a todos que direta ou indiretamente contribuíram para essa conquista, em especial ao Luciano, Graça, Maria Clara e Neusa.

“O dia mais belo? Hoje
A coisa mais fácil? Equivocar-se
O obstáculo maior? O medo
O erro maior? Abandonar-se
A raiz de todos os males? O egoísmo
A distração mais bela? O trabalho
A pior derrota? O desalento
Os melhores professores? As crianças
A primeira necessidade? Comunicar-se
O que mais faz feliz? Ser útil aos demais
O pior defeito? O mau humor
A coisa mais perigosa? A mentira
O pior sentimento? O rancor
O presente mais belo? O perdão
O mais imprescindível? O lar
A estrada mais rápida? O caminho correto
A sensação mais grata? A paz interior
O resguardo mais eficaz? O sorriso
O melhor remédio? O otimismo
A maior satisfação? O dever cumprido
A força mais potente do mundo? A fé
As pessoas mais necessárias? Os pais
A coisa mais bela de todas? O amor”

Madre Teresa de Calcutá

REZENDE, Vanessa Aparecida. **O valor jurídico do afeto e o instituto da paternidade socioafetiva como forma de parentesco**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de pós-graduação “*stricto sensu*” em Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

RESUMO

De acordo com a linha de pesquisa “construção do saber jurídico”, o presente estudo tem como objetivo analisar aspectos jurídicos do valor do afeto e o instituto da paternidade socioafetiva como forma de parentesco. Neste diapasão, o problema de pesquisa busca questionar a evolução do vínculo paterno-filial, as formas e os critérios de seu estabelecimento, apreendida através da posse de estado de filho e no fundamento do melhor interesse do menor, para a determinação da paternidade. A metodologia escolhida é a pesquisa bibliográfica com fundamento na doutrina, legislação e jurisprudência. Para tanto, parte-se de uma análise sobre a família ocidental e sua evolução histórica, seguindo pelo estudo acerca das novas formações familiares que podem se apresentar de diferentes formas, tais como: a família originada pelo casamento, pela união estável, monoparental, homoafetiva, entre outras. A Constituição Federal de 1988 importou em uma enorme transformação no Direito de Família, contemplando uma nova racionalidade jurídica, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade entre os filhos e entre os cônjuges, da liberdade, do planejamento familiar, da paternidade responsável, da afetividade e do melhor interesse da criança e adolescente. A concepção de família que se busca é a da família fundada na comunhão de afeto, construída a partir do convívio familiar, baseada no desenvolvimento da personalidade e na realização individual de todos os membros que a compõem. Concluiu-se, ao final do estudo, que na contemporaneidade, o afeto adquire grande valor na seara do Direito de Família, em todos os seus quadrantes, seja como elemento necessário a construir relações de parentesco, outrossim, encontra-se presente nas relações de filiação como critério de estabelecimento da paternidade.

Palavra-chave: Direito de família, filiação, paternidade, afeto.

REZENDE, Vanessa Aparecida. **Legal Value of Affection and the Institution of Socioaffective Fatherhood as form of Kinship.** 2014. Dissertation (Master Degree in Law) – Post-graduate course “*stricto sensu*” in Law, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, sponsor of Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

ABSTRACT

According to the research line "legal knowledge construction", the present study has as its aim to analyze legal aspects of value of the affection and the institution of the socioaffective fatherhood as form of kinship. In this diapason, the problem of search seeks to question the evolution of the filial paternal bond, forms and the criteria for its establishment, seized through the possession of condition of son and in the foundation of the best interest of the child, for the determination of paternity. The methodology chosen is the bibliographical research based on doctrine, legislation and jurisprudence. To this end, one starts from an analysis on the Western family and its historical evolution, followed by the study about the new family formations that may present themselves in different ways, such as: the family originated by marriage, by stable union, single parents, homo-affective, among others. The Federal Constitution of 1988 imported in an enormous transformation in Family Law, contemplating a new legal rationale, based on the principles of human dignity, solidarity, equality between children and between the spouses, of freedom, of family planning, responsible parenthood, the affection and the best interests of the child and adolescent. The conception of family which one is looking for is the conception of the family founded on the communion of affection, built from familiar conviviality, based on the development of personality and individual achievement of all members that compose it. It was concluded at the end of the study, that in contemporary times, affection acquires great value in the area of Family Law, in all of its quadrants, whether as a necessary element to build relations of kinship, furthermore, it is present in the relations of filiation as a criterion for establishing paternity.

Keywords: Family law, filiation, paternity, affection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – DA FAMÍLIA E A RELAÇÃO DE PARENTESCO	12
1.1 Evolução Histórica da Família Ocidental.....	12
1.2 A Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	21
1.3 A Família Pós-Moderna.....	30
1.4 Formas de Família na Atualidade.....	34
1.5 Relações de Parentesco.....	39
1.5.1 Parentesco Natural.....	40
1.5.2 Parentesco Civil.....	42
1.5.3 Parentesco por Afinidade.....	43
1.5.4 Parentesco por Afetividade.....	44
CAPÍTULO 2 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	48
2.1 Dignidade da Pessoa Humana.....	49
2.2 Solidariedade Familiar.....	52
2.3 Igualdade.....	53
2.4 Liberdade.....	56
2.5 Planejamento Familiar e Paternidade Responsável.....	57
2.6 Afetividade.....	58
2.7 Melhor Interesse da Criança e Adolescente.....	61
CAPÍTULO 3 – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.	67
3.1A Afetividade como Valor Jurídico.....	67
3.2 Filiação: Jurídica, Biológica e Socioafetiva.....	79
3.3 Posse de Estado de Filho.....	81
3.4 Paternidade.....	84
3.5 Paternidade Socioafetiva.....	87
CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

As mudanças na sociedade e no Estado acabaram por refletir no desenho jurídico atual da família, em especial com relação aos filhos.

Nesse sentido, existem algumas questões no tocante à discussão entre paternidade biológica e paternidade afetiva que tem sido levada ao Poder Judiciário e apesar dos Tribunais brasileiros estarem caminhando no sentido do reconhecimento da paternidade afetiva, a matéria gera controvérsias, posto tratar de questão tão delicada e com tantas peculiaridades a cada caso.

Desse modo, necessário se faz tratar da família e a relação de parentesco, dos fundamentos constitucionais do Direito de Família, para enfim, tratar da paternidade socioafetiva, pois a Constituição Federal de 1988 importou em uma enorme transformação no Direito de Família, contemplando uma nova racionalidade jurídica, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade entre os filhos e entre os cônjuges, da liberdade, do planejamento familiar, da paternidade responsável, da afetividade e do melhor interesse da criança e adolescente.

Assim, vem sendo alteradas as formações das entidades familiares que hoje conferem status de família à união estável e às famílias monoparentais.

A nova visão que se concretizou com a Constituição Federal de 1988 colocou a família fora da proteção apenas sob o ponto de vista do casamento e contemplou, em primeiro plano, o afeto entre seus membros.

A concepção de família que se busca hoje é a da família fundada na comunhão de afeto, construída a partir do convívio familiar, baseada no desenvolvimento da personalidade e na realização individual de todos os membros que a compõem.

Observa-se que na contemporaneidade, o afeto adquire grande valor na seara das relações estabelecidas dentro do grupo familiar, especialmente quanto ao estabelecimento do vínculo de paternidade.

O modelo de família retratado no Código Civil de 1916 era patriarcal, matrimonializado, hierarquizada, com fundamento patrimonial e baseada na desigualdade entre os cônjuges e entre os filhos, porém esse modelo ficou no passado e adquiriu novos recortes que caminham para assegurar a todos os indivíduos a igualdade de tratamento, contemplando o afeto que adquire grande valor na seara das relações estabelecidas dentro do grupo familiar, especialmente quanto ao estabelecimento do vínculo de paternidade.

Assim, o problema de pesquisa é o atual valor jurídico do afeto com ênfase na paternidade socioafetiva.

E nesse diapasão, o estudo que se apresenta tem como objetivo analisar aspectos jurídicos do valor do afeto e o instituto da paternidade socioafetiva como forma de parentesco.

O tema escolhido justifica-se pelo seu valor social na trajetória da dignidade da pessoa humana e sua previsão como fundamento da Constituição Federal de 1988 que banuiu a discriminação entre os indivíduos seja matrimonializada ou não, biológica ou formada por adoção dos filhos, a família ainda é a base da sociedade conforme determina o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao liame jurídico entre as pessoas de um mesmo grupo familiar, que se denomina de parentesco, destacamos o parentesco natural, que decorre do vínculo sanguíneo; o parentesco civil, constituído por um ato judicial; o parentesco por afinidade, que é o vínculo estabelecido entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro; e por fim, a fim de se buscar um conceito plural de parentesco, temos o parentesco por afetividade, estabelecido na vontade, no consentimento e no afeto.

Saliente-se que o Direito de família é regido por princípios que podem ser encontrados expressa ou implicitamente na Constituição Federal, dentre eles temos a dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, igualdade, liberdade, planejamento familiar e paternidade responsável, afetividade e o melhor interesse da criança e adolescente.

A afetividade é um aspecto necessário, complementar e indissociável no desenvolvimento do ser humano, daí a sua importância nas relações familiares.

É a afetividade, enquanto elo de união do grupo familiar e elemento para o desenvolvimento dos indivíduos, que permite a plena realização dos princípios constitucionais.

A filiação, relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos, pode se assentar nas vertentes: jurídica (que é aquela que o ordenamento jurídico determina); biológica (aquela que deriva do liame genético); e filiação socioafetiva (que se forma pelos laços de afeto típicos de pai e filho, construídos no dia-a-dia da convivência familiar).

Hoje família é vista com fundamento na igualdade de proteção a todos os seus componentes sem distinção ou discriminação.

Para atingir o objetivo proposto o estudo será desenvolvido com embasamento na metodologia bibliográfica com a divisão em três capítulos interdependentes para esclarecer o tema escolhido.

No primeiro capítulo do estudo, serão abordados os aspectos necessários à compreensão da família e a relação de parentesco ao longo da trajetória histórica.

No segundo capítulo, o direcionamento do estudo se voltará para os fundamentos constitucionais do Direito de Família.

E no terceiro e último capítulo, será dada ênfase na paternidade socioafetiva, sendo este o problema desta pesquisa.

Por ser este um tema tomado por vasta literatura e discussões, não se pretende finalizá-lo nessas poucas páginas, mas contribuir para mantê-lo, além da doutrina e jurisprudências atrás dos muros das universidades e no calor das discussões das salas de estudos acadêmicos.

CAPÍTULO 1 – DA FAMÍLIA E A RELAÇÃO DE PARENTESCO

A família vive em constante transformação em razão de sua função, natureza e concepção, e por este motivo, não há no ordenamento jurídico um conceito de família e, dificilmente será possível atribuir-lhe uma definição predeterminada, aplicável às épocas e povos distintos.

A sua realização na história se deu e, atualmente se dá de inúmeras formas, motivo pelo qual, se buscará analisar alguns períodos históricos para entender como se deu a evolução da estrutura familiar nos dias atuais.

No âmbito do Direito de Família, tradicionalmente, as relações jurídicas se classificam em relações conjugais, relações de parentesco e as relações de afinidade. Porém, como veremos, o Código Civil abre espaço para o reconhecimento de novas formulações e classes de parentesco, ao prever no art. 1.593, em sua parte final, que o parentesco pode resultar da consanguinidade ou “outra origem”.

Desse modo, vamos tratar do parentesco natural, civil, por afinidade, e por fim, o parentesco por afetividade, que atende aos anseios e mudanças nos vínculos estabelecidos entre os integrantes do grupo familiar na atualidade, fundada no respeito e no afeto.

1.1 Evolução Histórica da Família Ocidental

No início da civilização, tem-se notícia de que o homem, a partir das necessidades de sobrevivência, passou a viver em grupos familiares. Com a evolução da sociedade, a família se organizou de acordo com os costumes de cada lugar, tornando-se monogâmica bem semelhante aos modelos do sistema atual.

A família vive em constante transformação em razão de sua função, natureza e concepção, por isso não há no ordenamento jurídico um conceito estabelecido de família, nem é possível dar-lhe um conceito geral porque o grupo familiar tem distinta amplitude nos diversos aspectos em que é considerado, assim, o conceito de família atravessa o tempo, sempre tentando clarear e demarcar o seu limite, especialmente para fins de Direito.

Enquanto instituição, a família, sempre esteve inserida no contexto histórico, político e social da civilização humana. A sua realização na história se deu e, atualmente se dá de inúmeras formas.

A família reflete diretamente cada momento histórico vivido pela humanidade, podendo dessa forma ter sido estruturada por diversas razões, tais quais: econômicas, políticas, sociais, religiosas, procriativas, afetivas, dentre outras.

Quanto à alteração das características dos grupos familiares, esta se pode dar em função da época, da geografia, do desenvolvimento econômico, técnico e social, de classe social, da política e da evolução de ideias.

Assim, a família, enquanto forma específica de agregação tem dinâmica própria, mas que é afetada pelos processos social, econômico e político. Por esta razão, a estrutura social é uma espécie de esqueleto sobre o qual a sociedade e suas operações estão fundadas. Supõe-se que, quando este muda, todo resto também tende a mudar, pois os contextos culturais e subculturais em que se está imerso, os contextos históricos, político, econômico, religioso, de meio ambiente, de peculiaridades de região, país ou hemisfério sustentam e compõem o universo relacional do indivíduo (TEIXEIRA, 2005, p. 12).

Para Bittar (2005, p. 6), a família está constantemente se modificando:

pela erosão de valores, pela alteração de parâmetros de comportamento, pela decrepitude e pela inadequação das instituições aos desafios presentes, pelas mudanças socioeconômicas, pelas crises simultâneas que afetam diversos aspectos da vida organizada em sociedade, pela explosão de complexidade provocada pela emergência de novos conflitos sócio institucionais, pela requalificação dinâmica dos modos de produção, pelas alterações nos modos tradicionais de se conceber o ferramental jurídico para a construção de regras sociais.

Dias e Cunha Pereira (2005, p. 7) indicam, ainda, fatores que influenciam na estruturação da família contemporânea:

sexo, casamento e reprodução sempre foram os elementos estruturadores da família, servindo de paradigma para a sua organização jurídica. No entanto, não mais é necessário ato sexual para a concepção e, ademais, o casamento deixou de ser o único meio de legitimar as relações afetivas. Consequentemente, a dissociação desses elementos impõe que se reveja o conceito de família. Mas, ainda assim, não se pode dizer que tenha ela sofrido um processo de desagregação. É irrefutável a premissa de que a família ainda é o que sempre foi e será: a célula básica da sociedade, ponto de partida a possibilitar o desenvolvimento das outras relações sociais.

Para compreender a origem da família, faz-se necessário conhecer a sua evolução no tempo nas diferentes civilizações, que influenciaram fortemente a nossa sociedade atual, em especial, na estruturação do núcleo familiar.

Engels (2006, p. 31) analisa as fases pré-históricas até a civilização, descrevendo primeiramente o estado selvagem, dividindo-o em três fases. Na fase inferior, o homem vivia

em árvores e lutava pela sobrevivência em meio às feras selvagens. Sua alimentação era à base de raízes e frutos. Na fase média, o homem começou a agregar à sua alimentação frutos do mar, e caracterizou-se pelo surgimento do fogo, a maior descoberta da humanidade. Em virtude de tal descoberta, o homem buscou aprimorar sua alimentação com tubérculos, caça e farináceos cozidos com cinzas quentes. Por fim, o autor destaca a fase selvagem superior, a qual ocorreu quando o homem despertou para as invenções de armas usadas na caça de animais. As residências fixavam-se em aldeias e os homens passavam a desenvolver atividades como construção de utensílios feitos de madeira e tecidos confeccionados a mão.

Quanto à fase da barbárie, Engels (2006, p. 34) divide seu estudo também em três fases idênticas às acima mencionadas. Primeiramente a fase inferior, quando da descoberta da argila e da utilização da mesma para revestir cestos e vasos para torná-los refratários. Outra característica importante dessa fase foi que o homem passou a produzir o seu próprio sustento, através do cultivo doméstico de plantas e da criação de animais. O mesmo autor descreve algumas características importantes desse período:

Viviam em casas de tijolos secados ao sol ou pedra, casas em forma de fortalezas, cultivavam em terrenos irrigados artificialmente o milho e outras plantas comestíveis, diferentes de acordo com o lugar e clima e que eram sua principal fonte de alimentação. Haviam chegado até a domesticar alguns animais: os mexicanos, o peru e outras aves; e os peruanos, a lhama. Além disso, eles sabiam trabalhar os metais, exceto o ferro, razão pela qual não conseguiam ainda prescindir das armas e instrumentos de pedra.

Nesse momento histórico, o homem despertou para o cultivo de produtos agrícolas e para a domesticação de animais e passou a viver em casas e a conviver em grupos.

Quanto à relação materno-filial, nas famílias formadas por grupos, Engels (2006, p. 49) enfatiza que:

Em todas as formas de famílias por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Muito embora ela chame seus filhos a todos da família comum e tenha para com eles deveres maternos, a verdade é que sabe distinguir seus próprios filhos dos demais. É claro, portanto, que, em toda a parte onde subsiste o casamento por grupos, a descendência só pode ser estabelecida do lado materno e, portanto, reconhece-se apenas a linhagem feminina. De fato, é isso que ocorre com todos os povos que se encontram no estado selvagem e no estado inferior da barbárie.

E ainda, explica ao estudar a família, sua evolução em quatro etapas: família consanguínea, família punalua, família pré-monogâmica e a família monogâmica.

A família consanguínea foi a primeira etapa da família. “Nela, os grupos conjugais se separam por gerações. Todos os avôs e avós, dentro dos limites da família, são em seu conjunto, marido e mulher entre si” (ENGELS, 2006, p. 34).

Nessa espécie de família, seus membros se relacionavam sexualmente, entre si, no entanto, esse modelo de família acabou desaparecendo, dando lugar ao modelo de família punalua, excluindo a prática da relação sexual entre os membros da própria família.

A partir da proibição do casamento entre seus membros, a família foi se fortalecendo enquanto instituição social e religiosa.

Na família pré-monogâmica, a mulher deixa de relacionar-se com vários homens para ser de propriedade de um só, enquanto que ao homem era permitida a prática da poligamia. Se fosse constatado o adultério por parte da mulher, ela era castigada de forma cruel.

Nesse momento, o homem passou a sentir dificuldades em encontrar mulheres, sendo necessário procurá-las. Engels (2006, p. 58) afirma: “por isso começam com o casamento pré-monogâmico, o rapto e a compra de mulheres, sintomas bastante difundidos, mas nada mais que sintomas de uma transformação muito mais profunda que se havia efetuado”.

O casamento passou a ser uma forma de manter para si uma esposa, já que eram raras, dando origem à família monogâmica, caracterizada pelo casamento e pela procriação, crescendo, nesta época, a importância da família natural como forma de agrupamento familiar. Tal agrupamento era constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos.

A família natural tinha por base o casamento. Imposta a monogamia, surgiu uma nova ordem sexual na sociedade, que antes era permissiva quanto à infidelidade do chefe de família, pois, segundo Engels, somente ao homem era concedido o direito de romper o casamento ou então repudiar sua mulher, em caso de traição ou esterilidade.

Quanto à esterilidade da mulher, era, naquela época, um motivo justo de rompimento da sociedade conjugal. Coulanges (1998, p. 47) nos ensina que:

Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível tenha sido até obrigação. Na Índia, a religião prescrevia que ‘a mulher estéril fosse substituída ao fim de oito anos’. Nenhum texto formal nos prova ter sido este mesmo dever obrigatório, igualmente na Grécia e em Roma. Todavia, Heródoto cita-nos dois reis de Espanha que foram obrigados a repudiar as suas mulheres porque estas se mostravam estéreis.

Assim, além da mulher ser propriedade do marido era ela obrigada a dar-lhe filhos, sob pena de anulação de seu casamento, não se cogitando a hipótese da infertilidade ser do homem.

Com o passar do tempo, a família deixou sua característica de conviver em grandes grupos para aos poucos se individualizar, fortalecendo seus laços. Com sua evolução, o que realmente passou a uni-la foi a religião.

De acordo com Coulanges (1998, p. 35), se nos reportarmos aos nossos antepassados, encontraremos em cada lar um altar, no qual se cultuavam oferendas e cultos aos mortos e aos deuses. A família reunia-se ao redor do altar a cada manhã para iniciar o dia com orações, e à noite para ofertar preces de agradecimentos. Sob esta argumentação, pode-se dizer que foi a religião que transformou a família em um corpo.

Na Antiguidade, não havia laços afetivos entre os membros da família. Nesse sentido, Airés (1978, p. 10) destaca:

Essa família antiga tinha por missão - sentida por todos - a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolada não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor.

A família era unidade política, religiosa e econômica. O chefe de família concentrava todas estas funções, era o pai de família - *pater familias* - protetor do lar, provedor da família, sacerdote e transmissor da herança de seus antepassados.

Registra Alves (2008, p. 605) que:

são absolutos os poderes do '*pater familias*' sobre as pessoas e coisas a ele submetidas. É ele o chefe militar da família, seu sacerdote e juiz; tem poder de vida e morte sobre todos os membros da família – pode até expor os filhos, ao nascerem; ou depois, vendê-los, no estrangeiro, como escravos. Todo o patrimônio da família lhe pertence; daí, tudo o que as pessoas, que lhe são submetidas, adquirem passa a pertencer a ele. Somente ingressa na família quem o '*pater familias*' quiser, até os filhos de sua esposa ele deverá reconhecê-los como seus. E para que uma pessoa '*alieni iuris*' saia de sua família é necessário que o '*pater familias*' o consinta, pela emancipação ou pela extinção da '*manusmaritalis*'.

No mesmo sentido, Coulanges (1998, p. 36) menciona que o pai era sinônimo de autoridade, homem forte protegendo os seus, “o pai é, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos avós, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside no pai”.

E ainda, o mesmo autor, lembra que na Antiguidade havia distinção dos filhos quanto ao sexo, já que a filha quando casava deixava de fazer parte da sua família de origem. Assim, um pai podia amar sua filha, mas seus bens só podiam ser delegados aos filhos homens (COULANGES, 1998, p. 36).

A história relata a transformação da família através das diversas conotações, a ela dada ao longo do tempo, dentre algumas, podemos destacar a família enquanto agrupamento religioso e político, a família clássica, a família moderna contemporânea e a pós-moderna, famílias que foram se sucedendo, com a mudança dos costumes, com a alteração dos valores, com a introdução de novos comportamentos e princípios e até mesmo com o abandono de alguns costumes e tradições.

No Direito Romano, a família era uma entidade que se organizava em torno da figura masculina, muito diferente da contemporaneidade. Em Roma, reinava o autoritarismo e a falta de direitos aos componentes da família, principalmente no que diz respeito aos filhos e à mulher. Existia uma concentração de poder e quem o detinha era a figura do *pater*.

A família romana poderia ser classificada em cinco grupos: as *gens*, cujos membros, que se denominavam *gentiles*, se julgavam descendentes de um antepassado comum, lendário e imemorável, do qual recebiam o nome gentílico, que os unia; a família *comuneiure*, conjunto de pessoas ligadas pelo parentesco agnático, que se transmitia apenas pelo homem, estavam sujeitas à *potesta* de um *pater familias* comum; a família *próprioire*, complexo de pessoas que se encontravam sob a *potestas* de um *pater familias*; o conjunto de cognados, aqueles que estavam ligados apenas pelo parentesco sanguíneo; e, a família natural, agrupamento constituído apenas dos cônjuges e de seus filhos independente de o marido e pai, ser ou não *pater familias* da mulher e dos descendentes imediatos. Cada uma destas formas familiares teve destaque em determinado período, especialmente, as *gens* no direito pré-clássico (754 a.C., até aproximadamente 126 a.C.) e a família *próprio iuri* no final do direito pré-clássico e início do direito clássico (da data do término do direito pré-clássico ao término do reinado de Diocleciano em 305 d.C.) e a família natural no direito pós-clássico (da data do término do direito clássico à morte de Justiniano, em 565d.C.).

Gomes (2000, p. 33) define a família romana, como sendo um “conjunto de pessoas sujeitas ao poder do *pater familias*, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança”.

Coulanges (1998, p. 36) faz menção ao fato de que ao estudar a família romana, fica evidente que o afeto nunca foi uma de suas características, enquanto que a autoridade do homem sobre a mulher e os filhos foi seu principal fundamento.

A família era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional ao mesmo tempo. Quanto aos bens, “[...] inicialmente, havia um patrimônio só que pertencia à família, embora administrado pelo *pater*. Numa fase mais evoluída do Direito Romano, surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*” (WALD, 2002. p. 10).

Quanto às mulheres, as mesmas ingressavam na família do marido, sujeitando-se à *manus* – poder marital. Chamava-se *conventio in manu* o ato pelo qual a mulher ingressava na família do marido, rompendo todo o laço com sua família originária.

Ao adquirir a *manus*, o marido passava a ter direitos sobre a mulher, dentre eles, o direito de vida e morte, porém havia necessidade de ouvir o *tribunal domesticus* do qual participavam os parentes cognados da mulher; o direito de vendê-la – venda fictícia – e não venda efetiva; a mulher podia ser abandonada pelo marido. Os bens da mulher eram integrados ao patrimônio do *pater familias* e, se ela fosse *alieni iuris* levava o dote. Desse modo, a mulher não podia se obrigar civilmente.

Engels (2006, p. 81) salienta que o homem possuía muito mais liberdade do que o restante da família fosse ela civil ou moral. Assim, atitudes que para a mulher eram encaradas como crimes e penalizadas severamente, para o homem era algo considerado honroso, ou, quando muito, uma leve mancha moral que carregava com satisfação, como era o caso do adultério.

Em virtude do absolutismo do homem, a paternidade não podia ser questionada, a não ser nos casos em que fosse comprovado não ter havido a coabitação ao tempo da concepção. Desta forma, “a família romana, longe de ser uma organização democrática alicerçada no princípio ético da afeição, tal qual a moderna, apresenta antes as características de uma entidade política, fundada no princípio da autoridade” (PEREIRA, 1998, p. 7).

Para os romanos, era obrigatório ter filhos para se perpetuar os cultos religiosos, mas não bastava apenas ter filhos, era necessário que esses fossem frutos do casamento.

A mulher aos poucos foi conquistando seu espaço no lar e na sociedade, passando a ser responsável pela manutenção do culto, iniciando assim, uma nova fase, e mesmo sem autonomia, começou a cumular funções, através de seu sacerdócio doméstico.

Neste sentido, Coulanges (1998, p. 99):

A mulher tem direitos porque tem seu lugar no lar, sendo a encarregada de olhar para que não se extinga o fogo sagrado. É a mulher, sobretudo, que deve estar atenta a que este fogo se conserve puro, invoca-o e oferece-lhe sacrifícios. Tem pois também o seu sacerdócio. Onde a mulher não estiver, o culto doméstico acha-se incompleto e insuficiente. Grande desgraça para os

gregos é ter o ‘lar sem esposa’. Entre os romanos a presença da mulher é de tal modo indispensável ao sacrifício que o sacerdote, ficando viúvo, perde o seu sacerdócio.

Dessa maneira, a civilização romana marcou de forma expressiva o Direito de Família, influenciando fortemente a nossa sociedade atual.

Já o Direito Canônico, diferentemente do Direito Romano, foi marcado pelo advento do cristianismo. Desta forma, o Direito Canônico pode ser compreendido como “o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana [...] a denominação ‘canônico’ deriva da palavra grega *Kánon* (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa à fé ou à ação cristã [...]” (WALD, 2002, p. 53-54).

Por certo, foi por influência do Cristianismo que a família passou a ter um caráter sacramental. Embora se possa pensar que o casamento para o Direito Romano tinha mais sentido religioso, sua concepção era mais de relação jurídica que de uma celebração propriamente. Na verdade, foi o cristianismo que elevou o casamento a sacramento: “Homem e mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel” (PEREIRA, 1997, p. 35).

O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, somente a morte separaria a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, simbolizada através da troca de alianças, no entanto, em casos específicos, como adultério ou tentativa de homicídio, era permitida a separação de corpos, mediante autorização do bispo.

Segundo Russo (2005, p. 43), o surgimento dessa nova concepção ocorreu devido à decadência do Império Romano. Para ele “essa nova família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos”.

Para o Direito Canônico, o casamento se realizava apenas com o consenso das partes que declaravam sua vontade, geralmente em público, e na presença do sacerdote e, então se aperfeiçoava com a cópula carnal.

De acordo com Pereira (2002, p. 16), a partir do fortalecimento do poder espiritual, a Igreja passou a empenhar-se em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar:

O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o *concubinatus* havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal qual o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos,

contaminando-se em relações carnavais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos.

Com o catolicismo, houve o fortalecimento da autoridade do homem dentro da célula familiar, tornando-o chefe absoluto. Assim, a mulher estava condenada aos afazeres domésticos e ao cuidado com os filhos, não podendo se ausentar do lar sem o consentimento do marido. Nesse sentido, Cunha Pereira (2006, p. 61) acrescenta:

A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Conseqüentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo matá-lo.

Os países católicos eram fortemente influenciados pela Igreja, de modo que sua legislação seguia os moldes da lei canônica. O casamento tinha caráter sacramental e era de competência exclusiva da Igreja. Já os países protestantes, acreditavam que a competência em matéria de família deveria ser exclusivamente do Estado, por tratar de ato simples da vida civil e encarar a família como uma instituição humana e não divina.

Percebe-se que ambas as visões religiosas, cada uma ao seu modo, dava atenção as organizações familiares, embora com diferentes concepções.

Por questões sociais e políticas da sociedade, o casamento por ser um ato que importava à comunidade, assim como, em razão da existência de minorias não católicas, passou-se a admitir nos países católicos o casamento civil, ao lado do casamento religioso.

E assim, aos poucos, o poder civil passou a legislar sobre o direito de família, absorvendo a autoridade eclesiástica, distinguindo-se, então, os aspectos civis e religiosos do casamento, vinculados respectivamente ao Estado e à autoridade eclesiástica.

Já sob a influência da Revolução Industrial, a família continuou sua evolução, mas, sempre dentro dos princípios do patriarcado.

A concepção geral que perdurou por longo tempo sobre a família era da estrutura tradicional composta pelo pai, mãe e seus filhos. A família possuía uma estrutura patriarcal, onde o pai servia, em princípio, para cuidar dos interesses patrimoniais da família e para dar continuidade ao seu próprio nome e à continuidade genética de seus ascendentes.

Como se pode observar, a família possuía interesses predominantemente patrimoniais, já que refletia, especialmente nas últimas décadas, o Estado Liberal, do homem livre e

proprietário do início do século XX, bases em que foram assentadas na legislação sobre a família no Brasil (Código Civil de 1916) (BRASIL, 1916).

As transformações ocorridas na sociedade, ao longo dos anos, especialmente com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, nos mostram uma outra realidade, na qual as novas formas familiares são um fato social.

O homem passa a entender que era possível escolher seus próprios caminhos, assim, as pessoas, antes à margem da concepção formal de família, passaram a reivindicar a sua inserção e o reconhecimento pela sociedade.

E ainda, as relações entre os seus entes passam a ser de igualdade e de respeito mútuo, e o seu traço fundamental é a lealdade.

Neste passo, o conceito de família, seguindo a evolução da sociedade, foi transformado e atualmente a família deixou de ser uma instituição voltada a manter bens e a honra, e passa a se identificar pelos laços de afeto.

Hironaka (1999, p. 8) enfatiza:

Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Segundo Welter (2003, p. 31), a família da pós-modernidade, se abre para configurar-se em um mundo cruel, uma forma de abrigo, um pouco de calor humano, um lar onde entre seus membros se pratique a solidariedade, a fraternidade, e acima de tudo, os laços de afeto e amor.

1.2 A Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro

As sucessivas mudanças legislativas no âmbito familiar iniciaram-se na metade do século passado e culminaram com o advento da Constituição Federal de 1988. A partir daí, surgiram inúmeras leis tentando adequar-se às novas perspectivas da família e da sociedade.

No Brasil colonial, a família era concebida em modelo único, ou seja, ou ela se enquadrava naquela moldura, ou então não adquiriria relevância para o Direito. Assim, as disposições retratadas no Código favoreciam apenas à classe dominante.

A história da organização jurídica da família moderna assenta-se em princípios que foram construídos e desconstruídos através de uma ideologia movente ao longo dos séculos. Além dos aspectos políticos e econômicos

que davam o tom patrimonializado e hierarquizado às famílias ocidentais, ela calcava-se também em uma moral que dizia o dever-ser e sustentava a ideologia patriarcal, inclusive através de uma moral sexual civilizatória. Foi através dessa moral sexual que se legitimou ou ilegitimou-se determinadas categorias de filhos e formas de constituição de famílias. Em nome da moral e dos bons costumes, podemos dizer que a história do Direito de Família é também uma história de exclusões e em nome dessa moral muita injustiça já se fez (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 69).

Dessa forma, no Brasil colônia as uniões não derivadas de um casamento e a filiação que não decorresse do matrimônio, eram afastados para a esfera do não Direito, já que o modelo de família codificado não atribuía valor jurídico para esses tipos de relações.

Contudo, isso não impedia a ocorrência de outras formas de organização familiar que sempre foi uma realidade viva e pujante na sociedade brasileira desde as suas origens. Realidade esta que, mesmo sendo negada pelo Direito, evidentemente não deixou de existir.

Destarte, se a organização familiar no Brasil-Colônia era centrada nas uniões matrimonializadas, nos moldes europeus-cristãos, tanto as famílias sem casamento eram uma realidade, quanto os relacionamentos de natureza sexual paralelo ao matrimônio, ou envolvendo pessoas pertencentes a classes sociais díspares, ou clérigos, eram frequentes (RAMOS, 2000, p. 108).

Neste sentido, Ramos (2000, p. 111) afirma que “porém no plano da realidade social, a família brasileira sempre foi plural, conforme evidenciam as fontes históricas a respeito, embora isto não tenha sido reconhecido pelo sistema jurídico senão em data recente”. E nesse mesmo sentido, Fachin (2001, p. 45) demonstra como as relações de filiação, na Colônia, se davam: “Na história da família, a criança sempre exerceu um papel em que a relação entre pais e filhos era fñcada numa realidade moral e social, quase isenta de sentimentos e afetividade. O filho na família patriarcal era mais um elemento de força produtiva”.

Não se mencionava o sentido da afetividade que deveria manter o estreitamento dos laços maternos, paternos e fraternos que são relevantes nas relações que se firmam no seio familiar.

Venceslau (2004, p. 12), retrata muito bem a classificação discriminatória entre os filhos, presente no Código Civil de 1916:

Os filhos legítimos, ocupantes do topo da pirâmide de proteção, eram aqueles nascidos no interior de um lar matrimonial, único que merecia ser denominado de família. Coerente nesta lógica, o artigo 352 do Código Civil previa a equiparação dos filhos não matrimoniais aos legítimos, por intermédio do instituto da legitimação, isto é, com a superveniência do casamento dos pais, durante a concepção ou após o nascimento do filho. Conforme dito anteriormente, os filhos ilegítimos eram classificados em naturais e espúrios. Os filhos naturais eram concebidos de pais não unidos pelos laços do matrimônio, mas sem qualquer impedimento para o

casamento, o que facilitava a sua equiparação aos legítimos, por meio da legitimação. Os filhos espúrios eram igualmente concebidos extramatrimonialmente, todavia, com a existência de impedimentos matrimoniais entre os pais. Os espúrios eram chamados ainda de adúlteros ou incestuosos, consoante o impedimento dirimente absoluto que obstasse o casamento dos pais fosse o casamento com terceira pessoa ou a consanguinidade.

Os obstáculos impostos ao reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, bem como a concepção de um vínculo matrimonial indissolúvel, bem representam as ficções jurídicas criadas pela racionalidade clássica, conforme enfatizado por Oliveira (2001, p. 5):

As concepções dominantes nos séculos dezoito, dezenove e ainda na primeira metade do século vinte sobre a estrutura e funcionamento do agregado familiar impunham uma regulamentação positiva que deixava lugar amplo às ficções – de amor conjugal perpétuo, de paternidade marital – e omitia o reconhecimento dos vínculos de filiação extramatrimonial como se eles, de facto, não existissem. (...) As limitações da dissolução do casamento e a subsistência do laço matrimonial por força da lei, independentemente da comunhão afetiva dos cônjuges traduziu-se numa ficção jurídica de matrimônio, mera forma sem conteúdo real. (...) Ficções que consistiam na atribuição de paternidades falsas ao marido sem possibilidades suficientes de impugnação e ainda nas dificuldades do reconhecimento da paternidade natural, que chegava à proibição nos casos de filiação natural adúlterina.

A atenção dos pais com a criação e desenvolvimento dos seus filhos menores era direcionada para a manutenção e reprodução desse modelo hierarquizado e patriarcal, como bem demonstra Ruzyk (2005, p. 117):

A criação dos filhos visava ao atendimento das necessidades de reprodução desse modelo de família. As filhas eram criadas com o cuidado necessário a se tornarem boas mães e esposas, honradas, recatadas e pias, para a obtenção de bons casamentos, sem a preocupação com desenvolvimento intelectual. O relevante, para os filhos homens, era que pudessem assumir as futuras responsabilidades masculinas, em que se coloca a administração do patrimônio.

Neste contexto, o modelo colonial, que se fez presente na codificação, quanto ao conjunto de poderes que representava o pátrio poder, era caracterizado pelo viés patrimonialista e hierarquizado, aonde o filho era considerado mais um objeto do que um sujeito de direito dotado de dignidade.

Com a situação da família presente no Brasil colonial retratada no Código, Holanda (1995, p. 82), ilustra que:

Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para a sua tirania. Não são raros os casos como o de um Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em

conselho de família e manda executar a sentença, sem que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso.

Com o passar do tempo, a família padrão do período colonial brasileiro foi se alterando, sendo que no período correspondente ao Brasil Império ela já possuía, mesmo que timidamente, novas feições.

Dentre tais alterações, destaca-se o processo de industrialização, a inserção da mulher no mercado de trabalho, o movimento feminista, o surgimento de novos métodos contraceptivos, a liberalização sexual, dentre outras mudanças que alteraram a realidade social e a concepção de mundo que vigorava na mente das pessoas.

A passagem da grande-família para a família nuclear é colocada à mostra por Fachin (1992, p. 25):

A pequena-família, distante da família patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção, é muito mais um núcleo onde são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. A família já não produz bens na esfera doméstica e por isso observa-se uma separação entre o lar e o local de trabalho. A família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros. O que conta na família nuclear é a satisfação das necessidades pessoais, numa comunhão de sentimentos e afetos, isto é, de vida e de história. Sob a concepção *eudemonista* da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade. (...) O estudo da evolução estrutural da família, que de costume opõe o modelo tradicional ao moderno com tese e antítese, de um passo à frente impulsionado por fatos sociais que se impõe perante o Direito. Cuida-se já da família 'pós-nuclear'. A coabitação fora do casamento e a relativa indiferença ao estado matrimonial dos pais exemplificam esse novo momento do modelo familiar. A 'família' sem filhos pode ser uma das faces da superação da família nuclear. Vê-se também encartada esse modelo 'pós-nuclear' a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes, recepcionada expressamente pela Constituição de 1988 (art. 226, par. 4). Enquadra-se aí a hipótese da família adotiva, cujo o adotante não seja casado.

Ramos (2000, p. 43) demonstra a progressiva alteração no modelo de família, antes aceita somente por meio do matrimônio, conferindo assim dignidade jurídica às demais formas de família que sempre estiveram presentes na sociedade:

Em face da progressiva alteração da fisionomia estrutural e das funções da família, que, embora num movimento lento, foi afastando a de tipo patriarcal, caracterizada pela rigidez de papéis desempenhados por cada membro do grupo e por sua hierarquia interna, compatibilizando-a com a ótica atual da realidade de vida, precipuamente urbana, e com a emancipação feminina que a acompanhou, o elemento unificador entre as diversas formas de relações familiares passa a ser cada vez mais a comunhão de afeição e vida. Isto vem a embasar a pluralidade de faces que a realidade familiar pode

assumir, não mais se justificando, inclusive, a manutenção da noção, posta nos sistemas jurídicos liberais, de que a única fonte de família seja o matrimônio, o que, a rigor, sempre foi falso, no que se refere à realidade brasileira.

Assim, com as mudanças paradigmáticas, as relações familiares, passam a valorizar os laços afetivos, expresso por meio de suas funções pessoais.

Cunha Pereira (2006, p. 100), comenta que:

O Direito de Família só estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social. Os exemplos históricos de indignidade no Direito de Família são muitos: a exclusão da mulher do princípio da igualdade, colocando-a em posição inferior ao homem; a proibição de registrar o nome do pai nos filhos havidos fora do casamento se o pai fosse casado; e o não reconhecimento de outras formas de família que não fosse o casamento.

Na tentativa de mudar as linhas daquele quadro delineado pelo Código Civil de 1916, a legislação tenta compreender e se adaptar à nova realidade a partir da edição de leis extravagantes. Houve deste modo, a progressiva busca da igualdade entre os cônjuges, bem como da igualdade entre todos os filhos e acabou-se com a ficção do matrimônio indissolúvel.

Somente na Constituição Federal de 1988 se refletiram as profundas alterações sociais, trazendo novos paradigmas e valores para o direito de família, proclamando que a família é a base da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Dias e Cunha Pereira (2005, p. VIII) fazem interessante reflexão quanto aos fatos sociais das últimas décadas, que refletiram na transformação da família e, conseqüentemente no ordenamento jurídico:

A partir da segunda metade do século XX, está-se vivendo um importante processo de transformação, determinado – entre outros fatores – pela quebra da ideologia patriarcal, impulsionada pela revolução feminista. A evolução do conhecimento científico, somaram-se o fenômeno da globalização, o declínio do patriarcalismo e a redivisão sexual do trabalho, a ensejar uma profunda mudança na própria família. A travessia para o novo milênio transporta valores totalmente diferentes, mas traz como valor maior uma conquista: a família não é mais essencialmente um núcleo econômico e de reprodução, onde esteve instalada a suposta superioridade masculina. Passou a ser – muito mais do que isso – o espaço para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e, acima de tudo, o núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito.

Para Carbonera (1998, p. 294), a mudança dos paradigmas constitucionais, reflete as alterações sociais, em especial a admissão das novas estruturas familiares:

A Constituição Federal de 1988, nitidamente relacionada a um Estado do Bem-Estar Social, demonstrou acentuada preocupação com o social, o que

resultou na maior intervenção nas relações sociais. Com o reconhecimento da multiplicidade de famílias pela Carta Constitucional, houve o aumento da tutela, assim como da esfera de liberdade de escolha dos sujeitos. Isto redundou no fato de que, embora continuem existindo famílias nos moldes patriarcais, a recepção de outras formas abriu espaço para famílias fundadas no afeto e no desejo de estar junto, formando uma comunhão de vida e fazendo com que seja seu elemento central.

A Constituição de 1988 contempla uma série de reformas pelas quais passou a instituição familiar, que limitava o grupo familiar ao originado do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e, discriminando as pessoas unidas sem casamento e os filhos nascidos fora de relações matrimoniais.

Sobre as inovações elencadas na Carta Magna de 1988, Welter (2003, p. 68) pronuncia-se:

Na leitura dos dispositivos constitucionais que albergam os interesses da família, a Constituição Federal, ao contrário da visão moderna de proteção exclusiva da entidade familiar, permitiu que se reconhecessem constitucionalmente, em perspectiva pós-moderna, dois princípios eventualmente, considerados antagônicos: proteção à unidade familiar e o de proteção aos filhos, considerados em sua individualidade.

Dessa forma, o legislador mudou o enfoque da legislação, deixando de oferecer proteção especial ao casamento, aos filhos legítimos, para priorizar a proteção da família à pessoa dos filhos de forma igualitária.

Nesta evolução, de uma sociedade total e única para um estágio em que as relações familiares têm sede no amor, na compreensão, na igualdade, assumindo estas diferentes formas.

Neste contexto, Gama (2001, 82), afirma:

A civilização humana vivencia uma completa reformulação do conceito de família no mundo contemporâneo, no contexto do mundo globalizado. Em todos os cantos do planeta, o modelo tradicional de família vem perdendo terreno para o surgimento de uma nova funcionalizada em seus partícipes, uma família que continua sendo imprescindível como cédula básica da sociedade, fundamental para a sobrevivência desta e do Estado, mas que se funda em valores e princípios diversos daqueles outrora alicerçados da família tradicional.

De fato, a Constituição Federal de 1988 alargou o conceito de família, passou a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam como partícipes da união, seja como descendentes (Artigos 226 e 227).

Tais artigos da Constituição Federal de 1988 trazem os pontos essenciais da mudança de paradigma adotada pelo constituinte, assim sintetizados: 1) proteção à família constituída

pelo casamento civil, pelo casamento religioso com efeitos civis, pela união estável entre o homem e a mulher e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; 2) ampliação das formas de dissolução do casamento, ao estabelecer facilidades para o divórcio; 3) declaração da plena igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na convivência conjugal; 4) consagração da igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Com a Constituição de 1988, a ideia de que família só era reconhecida enquanto entidade constituída pelo casamento; ampliou-se e foi reconhecida pelo Estado como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, refletindo assim na própria realidade social.

Cunha Pereira (2008, p. 276), a respeito do casamento: “o casamento, quer nós queiramos ou não, foi e continuará sendo uma forma paradigmática de constituição de família, tanto que todas as regras e toda a regulamentação sobre união estável têm como paradigma, como referência o casamento”.

Enfim, a Constituição Federal de 1988 assumiu novos paradigmas no que concerne à família e seus membros, e ainda, passou a proteger qualquer entidade familiar, sem restrições.

Nasce uma nova família que se funda em novos valores e princípios e há o rompimento com o modelo da família hierarquizada fundada exclusivamente no casamento, permitindo-se assim o desenvolvimento de relações mais afetivas dentro do núcleo familiar.

Vemos que a Constituição Federal de 1988 absorveu toda transformação da sociedade e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos, que, para Dias e Cunha Pereira (2005, p. 10) são:

o artigo 226 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de Constituição, com o que o Constituinte voltou o seu olhar para a realidade dos arranjos que mostram as várias possibilidades de representação social da família. O segundo eixo transformador encontra-se no §6º do artigo 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento. Em outras palavras, filho é filho. Porém, enquanto houver desejo sobre a face da terra, crianças fora do casamento continuarão nascendo, mas discriminá-las está definitivamente proibido. A terceira grande revolução reside nos artigos 5º, inciso I e 226, §5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do atual Código Civil, que data de 1916. No entanto, imperioso ressaltar uma condição: o discurso da igualdade.

Quanto à importância do afeto, como novo paradigma das relações familiares, ressalta Hironaka (2008, p. 51):

mas, acima de tudo, espalha-se a ideia de afetividade como o grande parâmetro modificador das relações familiares, estando a querer demonstrar que o verdadeiro elo das pessoas envolvidas nessas relações, nesse núcleo, nesse tecido, consubstancia-se no afeto. Não houve momento como este antes, seguramente. Não houve momento de reformulação das estruturas da família, através dos tempos, que tivesse dado o salto qualitativo em direção às emoções (performance maximamente otimizada do ser humano), sem ter de passar – obrigatória ou exclusivamente – pelas veredas de antes, quais sejam, o prumo político, a revisão social e/ou o planejamento econômico. Dito de outra forma: nem só de arquétipos da modernidade vive a instituição da família, nos dias atuais; outras causas concorrem, ao lado daqueles, para apresentar a contextualidade que se impregna de mudanças e rupturas e que se tem considerado ser a ‘pós-modernidade’.

De fato, nos tempos atuais, a família identifica-se pela maximização do afeto e funda-se na igualdade, na liberdade de Constituição e na convivência.

Porém, ressalta Grisard Filho (2007, p. 64), que a família por ser fundada na liberdade e nos interesses de seus membros, poderá ter os laços de união mais facilmente desatados:

o modelo de família atual, fundada na livre eleição do casal, no amor e no afeto, denota uma fragilização dos vínculos conjugais, pois, quando se instala o desamor, diminui a comunicação e desaparece o afeto, fracassam projetos biográficos comuns e desmoronam as ilusões, mais facilmente chega o divórcio através de fórmulas cada vez mais facilitadoras introduzidas pelo Estado-legislador. Este mesmo Estado, por outro lado, fortaleceu a solidariedade intrafamiliar mediante a afirmação constitucional da co-responsabilidade parental da proteção integral do menor.

É certo que a união familiar, baseada na solidariedade, no afeto, no companheirismo e na liberdade, fortalece o desejo de seus membros permanecerem juntos sem nenhuma imposição ou por alguma dependência, mas pelo simples fato de querer compartilhar uma vida em comum.

Porém, quando ocorre alguma desavença no seio familiar, seja por falta de amor, compromissos, pelo egoísmo, dentre outras coisas, pela facilidade em se por fim ao vínculo conjugal pelo divórcio, as pessoas ali envolvidas acabam por não tentar resolver e superar as dificuldades encontradas e acabam optando em pôr um ponto final na relação, o que vai a contramão aos ideais que os levaram ao planejamento da união do casal.

O legislador procurou adaptar-se à evolução social e aos costumes, porém, cabe aos operadores do direito aplicar as normas e princípios constitucionais, sob a perspectiva civil-constitucional, de forma consciente aos casos concretos de modo a atender os interesses da família e dos indivíduos que a forma.

Nesta mudança de paradigmas, o Código Civil perdeu a centralidade no sistema jurídico e a Constituição é colocada no centro do sistema, informando toda a ordem jurídica, como se manifesta Fachin (2008, p. 6):

A Constituição, com os valores ali consagrados, inspirou a edição de leis esparsas que vieram regulamentar seu conteúdo, bem como, adequar aos seus princípios disposições legais preexistentes. Ademais, novo foi o cenário jurídico-político, pois a Constituição, veio residir no centro do ordenamento social, e se aplica direta e imediatamente nas relações privadas. Nela está o centro irradiador, uma vez que a edição de leis posteriores não cria, propriamente, novos direitos – cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional –, mas, na verdade, regulamenta e explicita o conteúdo latente no texto constitucional.

Sobre o tema, explica Hironaka (2008, p. 57) que:

E assim é porque o salto qualitativo que a pós-modernidade impôs ao direito, mormente o Direito Civil, correu no sentido da sua releitura, do seu reposicionamento espacial e temporal, estruturando-se com isso uma dimensão nova que reaproxima direito e ética. (...), os princípios alcançam outra esfera valorativa no contexto hermenêutico, pois eles ganham foros de ‘norma jurídica’ (...) Os princípios, diferentemente, abrem os horizontes porque pretendem ser realizados amplamente, embora dentro dos naturais limites da possibilidade jurídica existente no caso concreto. Os princípios são, enfim, a mais alta expressão da normatividade, porque a norma jurídica, como gênero, compreende os princípios e também as regras.

No mesmo sentido, é a lição de Fachin (2008, p. 121) ao relatar que “é por essa razão que, a rigor, hoje se tem, de família, de filiação, da paternidade e da maternidade, muito menos um conceito prévio, e muito mais um conceito que se constrói a posteriori”. E complementa que :

Tratar-se-á de uma das dimensões importantes da incidência dos princípios constitucionais da família, que é a incidência construtiva desses significados por meio da jurisprudência. (...) essa impossibilidade não significa dizer que não devamos ter um mínimo de estabilidade e previsibilidade jurídica, porque é fundamental, no Estado democrático de direito, o respeito irrestrito a uma principiologia axiológica de índole constitucional, o respeito irrestrito aos termos do contrato social, como a sociedade faz, politicamente livre, através de seus representantes.

Quanto à releitura dos institutos de Direito de Família a partir dos princípios constitucionais, Moraes (2006, p. 639), demonstra que:

Na realidade, somente a interpretação conforme a Constituição da República, na perspectiva do direito civil-constitucional, permitirá o pleno desenvolvimento daquele diploma legal, do ponto de vista da consagração de relações familiares, conjugais e parentais, unidas pelos ideais democráticos constitucionalmente estabelecidos e pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Partindo da perspectiva civil-constitucional das relações sociais que se desenvolvem na seara das famílias; podemos elencar os princípios fundamentais norteadores do Direito de Família brasileiro contemporâneo que são: I) dignidade humana; II) solidariedade familiar; III) igualdade; IV) liberdade; V) planejamento familiar e paternidade responsável; VI) afetividade; VII) melhor interesse da criança e adolescente.

Os princípios constitucionais passam a incidir de maneira direta e imediata, sem que isso represente desprezo sobre o legislador ordinário, embora alguns doutrinadores ainda digam que a incidência direta e imediata dos princípios constitucionais nas relações interpretadas significaria preterir o legislador ordinário. Esta visão dos princípios constitucionais, hoje, já está superada.

Os princípios, por trazerem conceitos e ideias amplas, permitem a construção de um direito mais atual, que, concomitantemente acompanha as transformações e os momentos vividos pela sociedade.

1.3 A Família Pós-Moderna

Na sociedade contemporânea, as relações de afetividades se acentuam entre os membros da família, dessa maneira, inúmeras questões devem ser repensadas, especialmente, a paternidade afetiva, dentre outras questões.

Nos dias atuais, a família tanto pode ser formada por um grupo social restrito, como é o caso da família monoparental, que é formado por um só dos pais e seu filho ou filhos, ou formada por outros grupos mais extensos, como aquela que compreende a todos os descendentes de um tronco comum, ao qual se acham ligados por um vínculo de parentesco consanguíneo dentro de limites pré-fixados na lei.

A família, no sentido amplo da palavra e nos termos dos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil, é o núcleo formado pelo casal e seus filhos e ainda seus parentes da linha reta e ou da colateral e afins, já no sentido restrito, é o grupo formado pelo pai, mãe e filhos.

A concepção de família, apenas como o grupo de pessoas unidas por laços de parentesco ou por matrimônio, está superada, vez que não compreende todos os modelos de família existente. Hoje, temos uma pluralidade familiar, permitindo ao indivíduo adotar o modelo que se ajustar à sua forma de convivência e à privacidade de seus membros, uma vez que, a família tornou-se plural, na sua origem ou formação.

Nesta linha argumental, Herrera (2008, p. 151), explica que esta ideia sobre a sociedade atual – pós-moderna e globalizada – convida aos operadores do direito a revisar e ampliar o leque dos conteúdos que integram o direito de família. Diz a autora estar convencida que um dos primeiros passos consiste em reavivar o debate em torno do que é e o que se entende por família no século XXI. A respeito, lembra a autora, tem-se dito que a pluralidade de formas de constituição de família representa uma grande ruptura com o modelo único de família, instituído pelo casamento. Diz, ainda que é necessário aceitar outras formas de relacionamento que igualmente merecem proteção jurídica. É o princípio do pluralismo e da liberdade que vem personificar a sociedade pós-moderna.

No ajuste da família atual, assume a família um “desenho plural, aberto, multifacetário e globalizado, servindo como locus privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”, no dizer de Farias (2013), o atual ambiente da pós-modernidade: “é o ambiente ideal para a realização espiritual e física do ser humano, ou seja, somente se justifica a proteção da família para que se efetive a tutela da própria pessoa humana e não mais vislumbrada como simples instituição jurídica e social, voltada para fins patrimoniais e reprodutivos”.

Nesse sentido, Hironaka (2008, p. 65), registra que:

a ‘foto’ da família da pós-modernidade retrata muito além de suas funções simplesmente sociais, econômicas, ideológicas, reprodutivas, religiosas, morais. Ela retrata também os projetos pessoais de cada um de seus membros, na busca pela sua realização e felicidade, sem perder de vista, contudo, a mesma projeção para o todo familiar. Isso porque a sociedade de hoje é assim. Os homens de hoje estão assim. A vida é está e as condutas humanas assim são realizadas. E, ‘uma vez que a família está inserida em uma sociedade, ela não pode ficar à parte das alterações sociais’, assim como, por outro ângulo, ‘a sociedade não pode ficar alheia às mudanças no meio familiar’.

Assim, a família atual, se difere dos modelos de família existentes no passado, seja quanto às relações de autoridade e poder, seja também quanto à estrutura e formação, baseada, especialmente no afeto.

Ensina-nos Grisard Filho (2007, p. 29):

Está claro que, por suas variadas origens, graus, natureza e versões multifacetadas dos diversos recantos do ordenamento jurídico, torna-se um desafio interminável toda tentativa de reunir em um só conceito sua máxima significação: o locus do amor, sonho, afeto e companheirismo, o lugar de elaboração da identidade da personalidade humana. Neste sentido se diz que a família é convivência orientada pelo princípio da solidariedade em função da afetividade e laços emocionais conjuntos. A família é a comunidade de vida material e afetiva de seus membros, que permite a subsistência, o

desenvolvimento e o conforto deles, assim como o intercâmbio solidário, a mútua companhia, o apoio moral e afetivo para alcançar o desenvolvimento pessoal, a autodeterminação e a felicidade para cada um.

A transformação do direito de família, em razão das alterações em seu núcleo estrutural, consolidou-se na elaboração dos direitos da personalidade. O princípio da dignidade da pessoa humana, que passou a ser o fio condutor de todo sistema jurídico constitucional, privilegia, protege e insere a pessoa na realidade social, posto que se direciona ao homem concreto e individual com necessidades reais que luta para conquistá-las.

O papel do ser humano, no decorrer dos tempos, mudou significativamente, passando o homem a considerar relevante a sua integração em grupos, grupos estes considerados fonte de solidariedade, companheirismo e amor, importantes para se alcançar a felicidade e a sua realização como indivíduo.

A família passa a ser uma realidade sociológica, e não apenas um conceito jurídico, não sendo mais possível pensá-la sem essa nova dimensão constitucional, baseada nos princípios específicos do direito de família.

Tepedino (1999, p. 326), ao tratar das alterações sofridas pela família ao longo dos tempos, lembra que:

a atávica necessidade de cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, vale dizer, o seio de sua família, este lócus que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros - é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

Apesar da consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento da união estável e das famílias monoparentais pelo Estado, os avanços não foram suficientes para atender às necessidades da sociedade, uma vez que a família regulamentada pelo Código Civil passa a representar limitada forma de convivência, deixando o legislador de observar expressamente uma importante realidade social que é a família formada pelo afeto.

E este é o grande desafio: a compreensão da família plural, aberta, baseada no afeto, que está além da família codificada, além das regras existentes que emolduram os fatos, ou seja, é enxergar e aceitar as novas e mais diversas constituições familiares, descobrir as necessidades de seus membros, para então, poder protegê-lo e ampará-los.

Neste sentido, Fachin (2008, p. 129), orienta que:

e há nessa tríplice dimensão – doutrinária, legislativa e jurisprudencial – o desafio de construirmos, nos próximos dez anos, um novo paradigma hermenêutico do Direito de Família brasileiro contemporâneo, será edificado por muitas vozes, pelas mãos daqueles que, com sensibilidade e legitimidade pelo exercício de sua prática, irão participar de debates e expor as suas opiniões, mas também, no cotidiano, fazer as suas tarefas, porque do caso concreto também emerge um conjunto de percepções teóricas que são relevantíssimas.

Em geral, o ordenamento jurídico vem depois das transformações sociais, motivo pelo qual, quase sempre existe certa defasagem entre as necessidades dos indivíduos e as leis em vigor. Os operadores do direito, especialmente os juízes, pelos poderes investidos pelo Estado, na aplicação do direito, devem ajustar as normas à realidade social, possibilitando a aplicação do direito com base nos princípios constitucionais, permeados de conteúdo essenciais dos direitos fundamentais, universais e inalienáveis, promovendo assim, o desenvolvimento de uma jurisprudência que reflita a pluralidade de uma sociedade aberta.

Foram grandes as conquistas alcançadas nos tribunais, nestes últimos tempos, com a construção de uma jurisprudência sólida, baseada em construções doutrinárias, que refletem conceitos renovados do direito de família coerente com a atual realidade social.

Observam, contudo, Dias e Cunha Pereira (2005, p. 8) que:

não é fácil absorver tantas transformações, pois toda a travessia é sempre acompanhada de turbulência, o que gera a tendência de ver esta revolução da família como seu fim. Para o Direito, as dificuldades são ainda maiores, visto ser um desafio a disciplina jurídica das relações de afeto e das sequelas patrimoniais daí decorrentes, de tal modo que assegure e viabilize a organização social. É nesse imperativo categórico que está o ‘convite a pensar’ as novas representações sociais da família para compreendê-la neste novo século.

A proteção estatal atualmente é realizada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, respeitando o indivíduo e a individualidade de cada grupo, assim, é de grande importância que o ordenamento jurídico procure refletir as mudanças e alterações ocorridas na sociedade, compreendendo as necessidades das pessoas, já que a legislação se modifica mais lentamente que os indivíduos. Assim, extrema é a importância da construção de uma jurisprudência sólida e bem fundamentada, já que, geralmente este é o primeiro contato do Estado com os problemas e angústias vivenciados pelas famílias e pela sociedade.

Esta construção dependerá do olhar sensível dos operadores do direito, que, em conjunto, cada qual no desenvolver de seu trabalho, solidificarão as bases para que o direito acompanhe as transformações da sociedade.

1.4 Formas de Família na Atualidade

Conforme disposto no texto constitucional, “a entidade familiar protegida pelo Estado é aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo ser originada do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade” (MADALENO, 2011, p. 41).

Embora a Constituição Federal não contemple de forma explícita a diversidade familiar existente na atualidade, compartilha do seguinte entendimento:

Haveria evidente equívoco imaginar pudesse o texto constitucional restringir sua proteção estatal exclusivamente ao citado trio de entidades familiares (casamento, união estável e relação monoparental), olvidando-se de sua função maior, de abrigo ao sistema democrático e de garantir a felicidade através da plena realização dos integrantes de qualquer arquétipo de ente familiar, lastreado na consecução do afeto, pois como prescreve a Carta Política, a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226) e um Estado Democrático de Direito tem como parte integrante de seu fundamento e existência a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), que sob forma alguma pode ser taxada, restringida ou discriminada (MADALENO, 2011, p. 5).

Dessa forma, a família atual tem outro perfil, isto é, ela se alargou para além das fronteiras lançadas pela Constituição Federal, dentre as quais, citaremos alguns dos vários modelos de famílias existentes na atualidade.

Neste sentido, Dias (2001, p. 62) assevera que:

As famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia status ao casal. Neste seu remanescente, que opta por prole reduzida, os papéis se sobrepõem, se alteram, se confundem ou mesmo se invertem, com modelos também algo confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de vida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os membros.

Assim, a família deixa de dar prevalência ao caráter produtivo e reprodutivo, passando a prestigiar em suas relações algo muito maior, que é o afeto.

Além da família matrimonial que é aquela oriunda do casamento civil, formada pelos cônjuges e prole, destacamos a união estável, a família monoparental, anaparental, reconstituída, homoafetiva e a família projetada sem filhos.

Considera-se união estável a entidade familiar, onde os indivíduos ingressam por vontade própria, fora do matrimônio, que se caracteriza pela convivência pública, contínua e duradoura.

Pode ser entendida como sendo a entidade familiar constituída por duas pessoas, que convivam em posse do estado de casado, que se converteu em relação jurídica em virtude da Constituição, que lhe atribuiu dignidade de entidade familiar própria, com seus direitos e deveres.

A família monoparental se configura pela presença e interrelação da prole com apenas um de seus genitores por diversas razões: viuvez, divórcio, separação judicial, adoção unilateral, não reconhecimento da prole pelo outro genitor, inseminação artificial (homóloga – após a morte do marido, ou de mulher solteira; heteróloga), produção independente (LEITE, 2003, p. 31).

Antigamente a monoparentalidade ocorria como um fenômeno involuntário, pois era fruto de uma situação imposta, como por exemplo, a viuvez. Atualmente esse fenômeno caracteriza-se cada vez mais como voluntário. Ele parte de uma opção do sujeito, demonstrado, por exemplo, como podemos observar no crescente número de divórcios.

Uma das dificuldades da monoparentalidade é que o genitor guardião deve suprir tanto as necessidades econômicas, quanto as afetivas. Os filhos por sua vez, são obrigados a conviver sem a presença contínua de um dos pais; estes por vez podem enfrentar problemas sociais que geralmente ocorrem nas escolas ou em rodas de amigos.

A Constituição Federal também confere a esta organização o status de família, e ainda não há a sua regulamentação, apesar do Código Civil tratar de algumas situações que a envolva, como é o caso da regulamentação da guarda dos filhos.

A família anaparental é constituída e embasada no afeto, sendo formada por pessoas que se vinculam de forma sentimental sob os mesmos propósitos fraternos da família tradicional, sem entretanto, estarem vinculados necessariamente, à presença da ascendência paterna ou materna.

O exemplo mais clássico de família anaparental, é os casos de convivência entre tios e sobrinhos, somente primos ou somente irmãos, ou irmãos e primos, que vivam sob o mesmo teto, compartilhando obrigações e deveres.

Para Barros (2003, p. 7), a família anaparental se baseia no afeto, mesmo não estando presentes pai e mãe, explicando ainda sobre a formação do termo, como sendo de “origem grega, o prefixo ‘ana’ traduz ideia de privação. Por exemplo, ‘anarquia’”, significando uma sociedade que vive ‘sem governo’. Esse prefixo permite criar o termo ‘anaparental’ para designar a família sem pais.

Dias (2005, p. 47) elucida a necessidade de reconhecimento deste grupo familiar, que nada se diferencia da família monoparental, citando como exemplo a convivência de duas irmãs, por longos anos, que:

(...) conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial de ambas constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a Súmula 380, para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente, gera flagrante injustiça para com quem auxiliou a amearhar o dito patrimônio. A solução que melhor se aproxima de um resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexista qualquer conotação de ordem sexual, convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável. (...) estas estruturas de convívio em nada se diferenciam da entidade familiar de um dos pais com seus filhos e que também merece proteção constitucional.

Assim, com a proteção desta entidade familiar e com o alargamento do conceito de família para pessoas solteiras, entendemos que inexiste qualquer óbice à instituição do bem de família nessa configuração, conforme dispõem os art. 1.711 e 1.721 do Código Civil.

A família reconstituída é aquela formada por um dos genitores e seus filhos, sendo que aquele se liga a outra pessoa, também com filhos, passando a constituir uma nova entidade familiar.

A estrutura da família reconstituída implica na fusão de duas ou mais famílias com características e modos de relação diferentes em que circulam e convivem crianças e adolescentes de distintos casamentos e convivências, criando múltiplos vínculos.

Define Grisard Filho (2007, p. 78), como família reconstituída:

a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior. Numa formulação mais sintética, é a família na qual ao menos um dos adultos é um padrasto ou uma madrasta. Ou, que exista ao menos um filho de uma união anterior de um dos pais. Nesta categoria entram tanto as sucessivas uniões de viúvos e viúvas como de divorciados e divorciadas com filhos de uma relação precedente e as primeiras de mães e pais solteiros. Alude, assim, não só a Constituição como ao estabelecimento de um novo núcleo familiar, no qual circulam crianças de uma relação dissolvida. Um posterior relacionamento implica a fusão de duas ou mais famílias com características e modos de interação diferentes. A possibilidade de que um grupo familiar reconstituído funcione com um baixo nível de conflitos dependerá da disponibilidade de que seus membros aceitem um modelo familiar distinto do anterior e que as relações entre seus membros sejam permeáveis. Os filhos deste tipo de relação experimentam dificuldades com relação aos limites, o espaço e o tempo que se lhes dedica e a

autoridade a que devem obedecer, porque implica passar de um modelo a outro (de um nuclear a outro binuclear), em que antigas pautas seguem vigente junto a novas.

Os sujeitos destas famílias experimentam enormes dificuldades em relação ao tempo, espaço e autoridade que lhes correspondem, pois cada um tem sua própria história. Com a nova família surgem novas regras que precisam se ajustar às anteriores de cada grupo para criar regras próprias ao novo grupo, gerando sua identidade.

Quanto ao tema, lembra Grisard Filho (2007, p. 15) que:

desde a origem da sociedade humana organizada surge a família como entidade fundada em regras – dada à necessidade de organização de um sistema, com base religiosa, social e econômica. No plano dos sistemas jurídicos romano-germânico, o núcleo familiar primário – pai-mãe-filhos – tem estabelecido claramente os papéis e as funções, as responsabilidades, os direitos e os deveres para cada um de seus membros. Contudo, toda esta normatização não cobre as demandas e as expectativas dos integrantes das várias formas de família que surgem no cenário social contemporâneo, como resultado da menor estabilidade do laço conjugal.

No processo de concepção da família reconstituída, forma-se uma estrutura complexa, formada por múltiplos vínculos de seus membros pertencentes a sistemas familiares provenientes de uniões anteriores. As crianças podem passar a ter novos irmãos que, mesmo sem qualquer vínculo anterior, passam a ser assim tratados pelo funcionamento da família no cotidiano. Pais e mães afins cumprem suas funções muitas vezes sobrepondo-as às dos pais biológicos. Aparecem novos tios e avós, provenientes de outras famílias. O círculo social se expande e surgem crises e conflitos de autoridade e lealdade, o que exige o estabelecimento de acordos para uma interação estável no tempo e flexível em sua formulação.

O elo entre cônjuge ou o companheiro e os filhos do outro é o que define as famílias reconstituídas. Logo a maior preocupação no seio da família reconstituída concerne, especialmente, no tocante ao múnus inerente aos pais em relação aos filhos, o qual detém natureza tão complexa e peculiar, e em que permeiam todas as etapas do desenvolvimento dos filhos.

O pluralismo familiar, como forma de reconhecimento de diversas composições familiares, quebra o paradigma da exclusividade do modelo padrão e implica aceitação de novas estruturas familiares na sociedade, especialmente como consequência da facilitação e da frequência cada vez mais elevada das separações e divórcios, que possibilita um novo contexto sócio jurídico, de fronteiras permeáveis e tormentoso, e, por isto mesmo, gerador de questões ainda não enfrentadas pelo direito, no qual estão inseridas as famílias reconstituídas.

A família homoparental, parte da união, do vínculo de afeto, entre pessoas de mesmo sexo. Essas uniões até recentemente eram ignoradas pelo ordenamento jurídico pátrio que não assegurava qualquer garantia legítima comum em uma união estável tradicional.

Em um recente julgado, o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu aos companheiros da relação homoafetiva duradoura e pública os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres.

E, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou resolução de número 175, proposta por seu presidente, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Joaquim Barbosa, que veda às autoridades competentes – os magistrados e delegatários de serviços extrajudiciais – a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Embora seja este o atual entendimento, ainda é notório o preconceito existente quanto à união estável homoafetiva, neste sentido, Monteiro (2007, p. 17), manifesta que: “Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito”.

Temos também, a família projetada sem filhos, que é quando o casal planeja sua vida sem a intenção de perpetuar a sua espécie, visando a comunhão plena de vidas, baseada na igualdade de direitos e deveres e na mútua assistência; sendo os demais objetivos, que normalmente se atribui ao casamento, secundários, ou seja, não essenciais, como a procriação.

Neste sentido, Monteiro e Silva (2007, p. 22), manifestam que o casamento é:

a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos (...) a reprodução não é mais a finalidade precípua do casamento, devido ao fato de que muitos casais optam por não ter filhos, mas o mútuo adjutório sim, sempre foi e será não só a finalidade, mas o efeito jurídico do casamento.

Observa-se que atualmente a definição de família tem sofrido um alargamento, caracterizado pelas diversas estruturas familiares, baseadas sempre no afeto, que nos mostra a necessidade de estabelecimento de novas interpretações para estes paradigmas familiares apresentados na dinâmica social moderna, a fim de se alcançar segurança jurídica.

1.5 Relações de Parentesco

Parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge e os parentes do outro e entre o adotante e o adotado (DINIZ, 2008, p. 361). O conceito inclui o parentesco por afinidade, que abrange não apenas os parentes do cônjuge, mas também do companheiro.

O parentesco é o liame jurídico entre pessoas de um mesmo grupo familiar decorrente de um fato natural ou jurídico. Logo, não são apenas os laços sanguíneos que delimitarão a extensão do parentesco.

As relações parentais revestem-se de grande importância na prática, na medida em que assinalam relevantes e constantes efeitos, estatuidos direitos e obrigações recíprocos entre os parentes, tanto na esfera pessoal como patrimonial, e fixando limites e proibições com fundamento em sua existência.

Fachin (2003, p. 3) afirma que:

as relações jurídicas entre pessoas consideradas pela lei como parentes, decorrem de laços, vínculos e efeitos apreendidos pelo próprio ordenamento legal. Supõem, assim, direitos subjetivos e deveres jurídicos recíprocos, decalcados da fonte normativa, em que se imponham por meio da jurisprudência, pela força criadora dos fatos. Tais direitos e deveres edificam feixe de vínculo jurídicos que se projetam para todo o ordenamento jurídico.

Grisard Filho (2007, p. 31) assevera que as relações de parentesco são importantes nas definições dos membros do grupo familiar, uma vez que existe família quando entre determinados sujeitos há um vínculo de parentesco (consanguíneo, afetivo, adotivo) e lembrando que, a família contemporânea funda-se na ideia de afetividade, como sua função principal.

Em nosso ordenamento jurídico atual, o parentesco pode ser classificado em: consanguíneo, vinculando as pessoas que descendem uma das outras ou de um tronco que lhes é comum, limitado ao quarto grau; e, civil, decorre da lei e nasce do laço convivencial válido, e afinidade, que vincula o cônjuge aos parentes consanguíneos do outro cônjuge.

Ressalta-se que os esposos ou companheiros não podem considerar-se, em suas relações recíprocas, como parentes ou afins. Eles formam uma categoria à parte, determinando uma aliança, sem realizá-la juridicamente entre si, a qual os torna familiares.

De uma maneira geral, pode-se dizer que parentesco é o vínculo jurídico que nasce dos laços de sangue, do casamento ou da união estável, da afinidade ou da adoção, constituindo as diversas classes de parentesco. Se desta última classe, diz-se socioafetiva, como proposta

inovadora do art. 1.593, quando se refere ao parentesco que resulta ‘de outra origem’. (GRISARD FILHO, 2007, p. 32.)

A divisão do parentesco em espécies tem importância não apenas para fins didáticos, mas também por distinguir as relações por origem, conteúdo e efeitos dentro do Direito de Família.

Para Madaleno (1995, p. 5), o parentesco distribui-se em classes, de acordo com os diversos aspectos de vinculação e se define como sendo o vínculo existente entre as pessoas em decorrência da consanguinidade, da afinidade e da adoção, devendo ser ressaltada a igualdade na filiação alcançada pela atual CF (art. 277, §6º), desenhando, já sem tempo, um novo perfil no Direito de Família brasileiro, exatamente no encaixe da tendência mundial de igualização da prole.

1.5.1 Parentesco Natural

O parentesco por consanguinidade ou natural é a relação que vincula entre si as pessoas que descendem umas das outras ou de um tronco que lhes é comum. Assim, são parentes as pessoas que se ligam por um vínculo de sangue.

Quanto à antiga discriminação entre o parentesco matrimonial e extramatrimonial, lembra Fachin (2003, p. 18),

dentre as várias espécies de parentesco, o denominado natural, ou consanguíneo, é aquele que retrata o vínculo entre pessoas que partilham de um mesmo tronco ancestral, ligadas, portanto, pelo sangue. Outrora, entretanto, a aplicação restrita deste conceito não bastava para caracterizá-la, pelo menos com seus efeitos jurídicos, posto que ao operador do direito se apresentava um exercício classificatório que deveria levá-lo à distinção entre relação de parentesco matrimonial e extramatrimonial. Tal classificação era levada a efeito devido à aceção normativista acerca do Direito, que aplicada ao Direito de Família tornava impossível se atribuir efeitos no ordenamento jurídico às relações familiares de fato, isto é, que não estavam inscritas precisamente nos moldes legais.

No âmbito das relações de parentesco natural ou consanguíneo, o vínculo ao tronco ancestral comum denomina-se linha, que pode ser dividida em linha reta e linha colateral, conforme se refira a pessoas que tenham relação de descendência e ascendência entre si, ou diga respeito a pessoas que embora não possuam relação de ascendência ou descendência tenham o mesmo tronco ancestral.

Na linha reta, as pessoas descendem direta e sucessivamente umas das outras, como bisavô, avô, pai, filho, neto, bisneto, estabelecendo, assim, uma série infinita. Nesta linha de

parentesco, a característica é a inexistência de limite de graus entre aqueles que mantêm relação de ascendência e descendência. Parentes ascendentes são o pai, o avô, o bisavô, o trisavô e assim por diante, e os descendentes são o filho, neto, bisneto, e assim sucessivamente. Nesta linha de parentesco distingue-se o parentesco ascendente do parentesco descendente, conforme se sobe ou se desce em direção àquela pessoa que de quem ou que dele proveio. Diferencia-se também a linha materna da paterna, dependendo do marco referencial ser a mãe ou o pai.

A linha reta é mensurada em grau, sendo que cada um destes corresponde a uma geração, de maneira tal que o filho e o pai são parentes em primeiro grau, o avô e o neto são parentes em segundo grau, e assim sucessivamente já que, como mencionado, para o direito a relevância desse tipo de parentesco é *ad infinitum*.

Na linha colateral, também denominado de oblíqua ou transversal, as pessoas provêm de um tronco comum sem descenderem diretamente umas das outras. São as relações que se estabelecem entre irmãos, tios e sobrinhos. Nesta linha, o parentesco pode ser bilateral ou unilateral, dependendo se o parentesco for estabelecido pela linha materna e paterna ou apenas por uma delas, o que se verifica, especialmente no caso de irmãos. A colateralidade ainda pode ser igual ou desigual, em razão da distância apresentada entre o tronco ou ancestral comum. No caso de irmãos, por exemplo, a distância é igual.

O parentesco na linha colateral não é infinito e o atual Código Civil reduziu do sexto para o quarto grau, nos termos do artigo 1.592 do Código Civil: “São parentes em linha colateral ou transversal até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem umas das outras”.

Sobre o tema, lembra Grisard Filho (2007, p. 117):

desde a família arcaica até a família pós-moderna, o parentesco revela-se como um fato social fundado em certas necessidades, cambiantes, da sociedade. Quando se modificam as necessidades de uma determinada cultura, elevando-se continuamente de um nível inferior para outro mais superior, modifica-se o sistema de parentesco; não só, também o casamento e a vida doméstica. Demonstram os sociólogos e os antropólogos que nas famílias primitivas nem sempre o parentesco está relacionado com o vínculo biológico, uma vez admitida a promiscuidade sexual neste período. Tenha-se como exemplo a família punaluana, cuja essência repousa sobre a noção de casamento grupal, de sorte que muitos homens podiam ser pais de uma criança, o que transferia aos irmãos da mãe as funções paternas (relações avunculares); pai só é necessário para o ato da procriação. Diferentemente, domina na sociedade atual o sistema unitário da família nuclear pai-mãe-filho. Neste modelo, pai-mãe e filho são parentes consanguíneos, porque se vinculam geneticamente.

Essa limitação na linha colateral até o quarto grau existe devido à presunção de que, após esse limite, o afastamento é tão longínquo que o afeto e a solidariedade não sustentam as relações de direito familiares.

O grau de parentesco é outra forma de classificação dos parentes, que auxilia a localização do indivíduo dentro da família, em harmonia com a divisão entre as linhas reta e colateral.

A relevância desses graus para o Direito varia conforme a situação em questão, seja para efeitos sucessórios, impedimentos matrimoniais, depor como testemunha ou, ainda, para o dever de alimentos.

Wald (2002, p. 37) diz que “Os graus representam o número de gerações existentes entre as partes interessadas.”

A contagem dos graus de parentesco na linha reta é feita observando-se o número de gerações existentes entre os parentes. Assim, na linha reta descendente, o filho é parente no primeiro grau, o neto no segundo, o bisneto no terceiro, sucessivamente, enquanto na linha ascendente o pai é parente no primeiro grau, o avô no segundo e o bisavô no terceiro, etc.

Na linha colateral conta-se o parentesco subindo por uma das linhas genealógicas até o tronco ancestral comum e desce pela linha transversal até a pessoa que se quer determinar, correspondendo cada geração a um grau de parentesco. Assim, para determinar o grau de parentesco do primo, sobe contando até o avô (ascendente comum), segundo grau na linha reta, e desce contando, primeiro o tio (terceiro grau) e depois o primo, parente de quarto grau. Dessa forma, são parentes no segundo grau na linha colateral os irmãos, no terceiro grau os tios e sobrinhos e no quarto grau os tios-avós, os primos e os sobrinhos netos.

1.5.2 Parentesco Civil

Dentre as espécies de parentesco, há o denominado civil, que decorre da adoção, uma vez que a lei atribui o estatuto de relação de parentesco ao vínculo existente entre o adotante e adotado. Assim, é constituído por sentença judicial, por ato voluntário das partes, na adoção.

A adoção tem reflexos amplos e não apenas entre o adotante e o adotado, posto que atribui a este a condição de filho e introduz na família adotante, desligando-o de qualquer vínculo com os pais ou parentes biológicos, salvo para os impedimentos matrimoniais. Cria-se, no entanto, uma relação entre pais e filhos através de um ato judicial complexo, pelo qual

se faz um filho biologicamente de outrem um filho próprio, pressupondo uma realidade afetiva.

1.5.3 Parentesco por Afinidade

O “parentesco” por afinidade é o vínculo estabelecido entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro. A denominação é incorreta tanto que no Código Civil usa-se a expressão aliado no caput do art.1.595 para em seguida, no § 1º, utilizar a denominação parentesco.

São afins na linha reta, sem limites, os genros, noras, enteados, padrastos e madrastas, se limitando na linha colateral aos irmãos do cônjuge ou companheiros (cunhados e cunhadas), conforme estabelece o art.1.595, § 1º, do Código Civil. Assim, não são afins os sobrinhos, tios e primos do cônjuge, não ocorrendo, da mesma forma, a afinidade entre os afins, como os concunhados, por tratar-se de um vínculo pessoal.

Cabe ressaltar a afinidade não gera direitos e obrigações, exceto impedimento matrimonial, na linha reta, não podendo, portanto, ser considerada parentesco.

Neste sentido registra Fachin (2003, p. 37):

a noção de parentesco por afinidade, encartada no art. 1.595, onde se apresenta, com efeito, em variados campos de ordem jurídica, como sabido: sem embargo, há realmente limites como na hipótese da pensão alimentar, o que já restou fixado pela jurisprudência, pois não há extensão legal à obrigação de alimentos à nora pelo sogro ou sogra, ou ambos. Nora está no campo do parentesco por afinidade estabelecida pelo casamento. Embora a afinidade não se dissolva pela morte do cônjuge, ela não minúcia, no ordenamento legislativo atual e específico, direito à pretensão de alimentos aos sogros, pelo que há de se reconhecer a ilegitimidade *ad causam* destes, na ação proposta pela nora.

Gama (2001, p. 87), adverte que:

parentesco e afinidade são vínculos que não se confundem, a despeito de ser utilizada terminologia que muitas vezes os considera no mesmo contexto, com a expressão ‘parentesco por afinidade’. Aliás, os dois textos – o do Código Civil de 1916 e o do novo Código Civil – não se preocuparam em distinguir as noções de parentesco e afinidade, o que fica evidenciado pela própria ementa do Título V, do Livro de Direito de Família do Código civil de 1916 e do Subtítulo II, do Título I, do novo Código Civil – Projeto de Lei nº 118/84: Das Relações de Parentesco. Na tramitação do Projeto do novo Código no Senado Federal, foi apresentada emenda de n. 221, com a finalidade de acrescentar à designação do subtítulo a expressão ‘e da afinidade’. Contudo, tal emenda foi rejeitada sob a justificativa do relator

Josaphat Marinho de que ‘não há dúvida, pois, de que o vocábulo ‘parentesco’ abrange a ‘afinidade’ sendo desnecessário modificar a designação do Subtítulo’. Apesar de não haver qualquer vício constitucional na emenda do subtítulo do projeto, tal como anteriormente anunciado, é de se lamentar que o legislador não tenha adotado técnica jurídica mais consentânea com as importantes e fundamentais diferenças entre parentesco e afinidade.

Sobre o assunto, anota Wald (2002, p. 36) “a afinidade não é parentesco, consistindo na relação existente entre um dos cônjuges e os parentes do outro. É um vínculo que não tem a mesma intensidade que o parentesco e se estabelece entre sogro e genro, cunhados, etc”.

No mesmo sentido, registra Fachin (2003, p. 18) que “o termo parentesco, entretanto, liga-se mais intimamente à realidade que informa o vínculo entre pessoas que possuem um mesmo ancestral, ao passo que a relação travada entre um cônjuge e os parentes do outro denomina-se afinidade.”

Afirma Grisard Filho (2007, p. 118), que:

não é o vínculo de sangue que estabelece este parentesco, mas a união conjugal ou estável, determinando que genro e nora e sogro, reciprocamente, vinculem-se no mesmo grau que filho e filha e pai e mãe, isto é, em primeiro grau por afinidade. Da mesma maneira, quando um dos cônjuges ou companheiro tem filhos de uma união precedente, gera o parentesco por afinidade em primeiro grau entre estes e o novo cônjuge ou companheiro do genitor.

Não há em nosso sistema jurídico parentesco entre os parentes consanguíneos de um cônjuge ou companheiro com os do outro, porém, observa-se que a relação existente entre esses indivíduos, muito das vezes, estão eivados de afetividade, o que amplifica o conceito de parentesco familiar.

1.5.4 Parentesco por Afetividade

A alteração da concepção jurídica da família conduz necessariamente à mudança dos vínculos estabelecidos entre os integrantes do grupo. Deve-se buscar um conceito plural de parentesco, no qual a vontade, o consentimento, a afeição, a responsabilidade servirão de base para o seu estabelecimento.

Villela (1980, p. 47), afirma que: “se se prestar atenta escuta às pulsações mais profundas da longa tradição cultural da humanidade, não será difícil identificar uma persistente intuição que associa a paternidade antes com o serviço que com a procriação”.

Com essas palavras, o autor quer dizer que as ações do cuidar e dedicar afeto e carinho ao filho são superiores à procriação, inerente ao ser humano, um ato natural, mas carinho e amor depende de cada pessoa. É uma atitude particular e diferenciada em cada ser humano.

Sobre o parentesco, Madaleno (2004) nos ensina que:

o parentesco não é somente uma forma de fato da natureza, e sim uma noção social que varia de cultura para cultura e, em verdade qualquer adulto pode se converter em um pai psicológico, dependendo da qualidade da interação diária, porquanto o verdadeiro pai é aquele que efetivamente se ocupa da função parental.

Quanto às mudanças de vínculos estabelecidos entre os integrantes do grupo familiar, Gama (2001, p. 2007), registra que:

a natureza jurídica da paternidade, maternidade e filiação nos dias atuais não decorre exclusivamente de informações biológicas ou genéticas, havendo exemplos claros no Direito Comparado em que se dá relevo a sentimentos nobres, como o amor, o desejo de construir uma relação afetuosa, carinhosa, reunindo as pessoas num grupo de companheirismo, lugar de afetividade, para o fim de estabelecer relações de parentesco. A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pais e filhos não atende, exclusivamente, quer valores biológicos, quer juízos sociológicos; é uma moldura a ser preenchida, não com meros conceitos jurídicos ou abstrações, mas com vida, na qual pessoas espelham sentimentos.

O artigo 1.593 do Código Civil prevê que o parentesco será natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem, esta expressão final, abre espaço para o reconhecimento de novas formulações e classes de parentesco, especialmente para o parentesco por afetividade.

O vínculo da união das pessoas de uma família, não é exclusivamente fruto da consanguinidade ou de atribuição legal, mas também se estabelece pelo vínculo afetivo.

Nesta esteira, Grisard Filho, (2007, p. 30) pondera que: “o dispositivo tem sua força inovadora em sua parte final ‘ou outra origem’, que inaugura no direito brasileiro uma nova classe de parentesco, nem natural, nem civil, fundada em vínculos socioafetivos, potencializados à produção de efeitos jurídicos, pessoais e patrimoniais”.

No mesmo sentido é a lição de Fachin (2003, p. 17):

O novo Código Civil brasileiro encarta regra inexistente no Código de 1916, tratando agora das fontes do parentesco natural, civil, consanguíneo ou de outra origem. O teor desse novo dispositivo consagra situações jurídicas conhecidas e também abre espaço para novas formulações já em construção, especialmente a socioafetividade cabível na ‘outra origem’.

Como outras origens, temos também, as relações de parentesco oriundas das inseminações artificiais heterólogas, do reconhecimento voluntário, da adoção à brasileira, da própria adoção judicial, dos filhos de criação, de todos aqueles que caibam na noção de posse de estado de filho.

Visando o bem-estar dos membros da família, a Constituição Federal valorizou a família e a pessoa humana, elevando a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado.

A verdade socioafetiva nas relações paterno-filiais é hoje uma realidade e, de forma acertada, vem sendo reconhecida pelos Tribunais pátrios.

Afirma Madaleno (2000, p. 40) que: “a própria modificação na concepção jurídica de família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade socioafetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para solução de conflitos de paternidade”.

O aspecto afetivo é de extrema relevância na caracterização e regulamentação das relações familiares e o seu estabelecimento entre os integrantes do grupo familiar.

O valor jurídico do afeto, apto a fundar as relações familiares, encontra-se assentado na norma constitucional, que sensível às alterações ocorridas na sociedade, estabeleceu princípios norteadores das relações familiares baseados no afeto, alterando-se assim profundamente sua estrutura, nestas circunstâncias, consagra novas formulações familiares especialmente a socioafetiva, tão civil como o vínculo estabelecido pela adoção ou pela inseminação artificial heteróloga. Assim, em observância aos preceitos constitucionais como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana, e o do melhor interesse do menor, em todas essas novas formulações, prevalece a parentalidade afetiva sobre a identidade genética.

Lembra Fachin (2003, p. 27), que:

a avançada doutrina familiarista, antecipando-se às possibilidades que a hermenêutica pode abrir à luz do art. 1.593, já ressaltava, quanto às espécies de parentesco, (...) grandes transformações por que passam as relações que abriram caminho para uma nova forma de parentesco, o parentesco voluntário, que tanto se origina nas formas científicas e médicas de procriação, como das relações vividas no grupo familiar, muitas vezes composto por pessoas que levam para casa os filhos havidos de casamentos anteriores, somados aos nascidos da relação atual, biológicos, in vitro ou adotivos.

O estabelecimento das relações de parentesco pela afetividade permite, especialmente, a concretização do vínculo estabelecido entre o cônjuge e os filhos exclusivos de seu companheiro, situação bastante comum em nossa sociedade.

Hironaka (1999, p. 10), sob a visão contemporânea do artigo 1.593 do Código Civil de 2002, conclui que: “o que merece ser ressaltado, enfim, é o afeto sincero destes homens pelos filhos de suas mulheres, independentemente de estarem a eles ligados por qualquer liame de parentesco ou de saberem que, aliás, a descendência se identifica apenas pela linha feminina.”

Anota Coltro (2002, p. 16), quanto às relações baseadas no afeto, que:

variadas são as acepções do fato, eis que pode ser (...) sinônimo de amizade, simpatia, amor, paixão, emoção ou inclinação, entre outras palavras que expressam sentimentos (...). Largo é, pois, o campo dessa compreensão (...) uma vez que tanto a intenção de constituir família quanto a convivência duradoura e o respeito e considerações mútuos (além da assistência moral e material recíproca e também a guarda, sustento e educação dos filhos comuns) têm como ínsitos à moldura e conteúdo de cada um a manifestação do afeto (...). Com efeito, amplo é o horizonte de possibilidades que aí se abre.

Coloca-se em cena uma nova base de vínculo parental, baseado exclusivamente no afeto, que permitirá o amparo de relações estabelecidas, especialmente, entre pais e filhos, e os demais membros da família.

CAPÍTULO 2 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família é regido por princípios constitucionais encontrados de forma expressa ou implícita Constituição Federal Brasileira de 1988. São eles fundamentos constitucionais que são utilizados em diversos ramos jurídicos.

Assim, pelo fato de alguns princípios não estarem expressos na legislação, mas serem considerados eficazes pela fundamentação ética na interpretação do ordenamento jurídico, há números diferentes, encontrados, em cada autor, não havendo sequer consenso para um número mínimo de princípios (DIAS, 2005, p. 55).

São apresentados os seguintes princípios constitucionais do Direito de Família: pluralidade das entidades familiares, possibilidade de mudança de nome pelo homem e pela mulher, igualdade entre os filhos, planejamento familiar e paternidade responsável, facilitação da dissolução do casamento. Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, princípio da comunhão da vida baseada na afeição, princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar. Princípio da solidariedade, princípio da busca da erradicação da pobreza, princípio da isonomia de tratamento aos filhos (FARIAS; ROSENVALD, 2008; GONÇALVES, 2010; LISBOA, 2009).

Além dos princípios apresentados, cumpre evidenciar que Tartuce (2006) acrescenta ainda o princípio do melhor interesse da criança, princípio da afetividade e o princípio da função social da família.

Insta ressaltar que os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles acolhidos, do que decorre a necessidade de revisitar os institutos que compõem o Direito de Família, adequando-os à legislação constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica (DIAS, 2006, p. 51).

O rol de princípios, expostos nesta pesquisa, demonstrou que a família tem proteção constitucional na legislação com princípios específicos à seara de família. Assim, serão abordados os principais fundamentos constitucionais que servirá de base para o tema proposto nesta dissertação.

2.1 Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio está elencado no artigo 1º da Constituição Federal como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, o que denota a grande importância que lhe foi dada pelo constituinte.

A respeito da dignidade da pessoa humana, Lôbo (2010, p. 85), descreve que:

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, tutela e intocabilidade. A dignidade nos faz únicos e ao mesmo tempo iguais. Há um mínimo comum que identifica todos os seres humanos como iguais, independentemente da origem, do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da sanidade física ou mental e das condições socioeconômicas. A dignidade humana não é mais postulação do direito natural, pois se converteu em elemento constitutivo do direito positivo, elevada a princípio fundamental pela Constituição de 1988.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um macro princípio do qual irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade. É uma coleção de princípios éticos e isso significa, por exemplo, que será contrário ao nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 94).

Ao longo dos séculos, vários estudos vêm mostrando que a dignidade da pessoa humana está relacionada a passado religioso, principalmente as religiões cristãs recepcionaram o sentido do ser humano como imagem e semelhança de Deus.

No pensamento de Dias (2010), o artigo primeiro da Constituição Federal de 1988 em seu inciso III, dispõe sobre a dignidade da pessoa humana colocando-o no patamar de princípio maior e fundamento do Estado Democrático de Direito. Para o constituinte, este princípio tem como finalidade privilegiar os direitos humanos e promover a justiça social. Daí seu valor como núcleo da atual ordem constitucional.

Cumpramos evidenciar que no pensamento estóico a dignidade é inerente ao ser humano e o distingue das demais criaturas semoventes, sendo todos esses seres humanos dotados da mesma dignidade.

Conforme salientam Pozzoli e Splício (2011), o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao estabelecer que todos são merecedores de igual proteção de sua dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas.

No escólio de Cunha Pereira (2006, citado por POZZOLI; SPLÍCITO, 2011, p.51), "A dignidade, portanto, é o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a determinar a funcionalização de todos os institutos jurídicos à pessoa humana." E conforme o exposto, o "sentido do Princípio da Dignidade Humana só se torna efetivo, quando se verifica na Constituição de 1988, o poder atribuído a cada cidadão de se realizar plenamente em sua personalidade".

A dignidade independe da condição social, cor ou religião, não se podendo atribuir a ela um sentido duplo, mas único como único é cada ser humano.

Nessa mesma linha de pensamento, Tepedino (2008) reafirma que a Constituição Federal de 1988 ao conclamar a dignidade da pessoa humana o faz no sentido de melhorar as condições da existência do ser humano discriminado pela pobreza, pelas desigualdades sociais, evitando assim, sua marginalização e exclusão dos meios a que todos têm direitos.

Ainda com alicerce no autor acima citado destaca-se que no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 está previsto a não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos e desde que decorrentes dos princípios constitucionais cuja configuração é de uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Sarlet (2005, p. 124) conceitua o princípio em questão como: "o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas". E complementa: "a dignidade é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade".

Segundo Dworkin (2006, citado por POZZOLI; SPLICIDO, 2011, p. 51), a dignidade humana é constituída por duas dimensões, cada uma delas ressaltando um aspecto ético fundamental para a realização do ser humano enquanto pessoa moral. A primeira dimensão, à qual Dworkin denomina de "princípio do valor intrínseco da vida humana", significa que "o sucesso ou derrocada de qualquer vida humana é, por si só, importante, algo que todos nós temos razão para querer ou lastimar". Todo indivíduo, portanto, conforme já afirmava Kant, é um fim em si mesmo, ou seja, a vida humana possui um valor intrínseco e é insubstituível".

Dias (2009) pontua que os países democráticos se unem e decidem sobre direitos humanos, dando-lhes o *status* de direitos fundamentais e através dos tratados internacionais que enunciam os direitos dos cidadãos e cidadãs adquirindo, nas constituições que os acolhem, aplicabilidade imediata e com natureza de norma constitucional (CF, art. 5.º, § 1º. e § 2.º). Assim está expresso nos referidos parágrafos:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 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 (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 recepcionou a dignidade da pessoa humana conferindo nova concepção de direitos individuais e sociais que se desdobram em tantos outros direitos. Representou o marco político-jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país.

Hodiernamente, todos os brasileiros são dignos, sejam eles crianças, adolescentes, idosos, homens mulheres, pessoas deficientes ou estrangeiros, consagrando-lhes igual tratamento numa sociedade que se prima por ser fundamentada pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse mesmo sentido, Silva (2013, p. 201) refere-se à dignidade da seguinte forma: "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida."

É pertinente ao tema em análise, evidenciar a importância do constitucionalismo para o surgimento das constituições escritas na modernidade em se que privilegiam a dignidade humana (CANOTILHO, 2003, p. 38).

A ordem constitucional, ao elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, optou expressamente pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade (TEIXEIRA, 2004 apud DIAS, 2010).

Como já mencionado, a dignidade não exclui nenhum cidadão bem como nenhuma entidade familiar uma vez que a pessoa humana precisa de proteção em qualquer relação que se estabelece entre os indivíduos.

Tepedino (2008, p. 48) afirma que a proteção da família é milenar em razão de ser vista como instituição, unidade de proteção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos. Seus membros vivem e convivem num ambiente que necessita de dar-lhes o devido apoio e proteção para que desenvolvam equilibradamente capazes de participarem efetivamente da sociedade onde se inserem.

A valorização da pessoa na família é coerente com as linhas gerais da Constituição Federal, já mencionada com destaque para o artigo 1º, inciso III. Deste modo, a proteção aos componentes da família não constitui exceção à regra, o que conduz à sua priorização em relação ao grupo.

A dignidade da pessoa humana, no dizer de Gama (2007, p. 105), encontra, na família, o solo apropriado para florescer, além de considerar nesse contexto todas as entidades familiares devem ser preservadas para que sejam desenvolvidas suas qualidades sendo como a mais relevante o afeto entre seus componentes. Juntando-se a ele, também completam, o ambiente de segurança seus membros, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança e o amor.

Cunha Pereira (2006, p. 100) aduz que o significado da dignidade humana foi elevado ao nível de um princípio com profundo valor para o Direito de Família que considere a autonomia dos sujeitos no âmbito da liberdade de cada um.

São esses sentimentos que verdadeiramente elevam a família e garantem a dignidade de seus membros para um desenvolvimento pessoal condizente com as exigências da sociedade onde participarão com fundamento nos ideais democráticos.

A filiação ocupa um espaço significativo no âmbito da vida familiar sendo independente de qualquer uma de suas formas, biológica ou por adoção.

Os vários tipos de constituição familiar são o resultado das transformações sociais ocorridas nas últimas décadas sendo que algumas de suas características foram mantidas, porém outras foram alteradas e aceitas e protegidas pelo Direito de Família.

Dessa forma, as relações familiares devem sempre se orientar pelo princípio da dignidade da pessoa humana por buscar a proteção da vida e da integridade dos membros da família, baseados no respeito e assegurando os seus direitos de personalidade.

A dignidade da pessoa humana faz com que os integrantes da família sejam individualmente considerados, garantindo-lhes os direitos mínimos, como a liberdade, igualdade, e outros direitos que são fundamentais ao seu desenvolvimento e que não podem ser de forma alguma restringidos.

2.2 Solidariedade Familiar

Este princípio deriva da solidariedade social que é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Segundo Lôbo (2010, p. 88):

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a

sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade.

Para Bonavides (1998, p. 259), o princípio da solidariedade serve como oxigênio da Constituição, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa constitucional – não apenas dela, pois a partir dela se espraia por todo o ordenamento jurídico. E segundo Dias (2010, p. 66) a “Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da palavra solidariedade [...]”.

Desse modo, a família passou a servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Por isso considera-se que na atualidade a família tem função serviente, isto é, uma função instrumental a serviço da realização da personalidade de seus membros e a noção de que a tutela constitucional da família (art. 226, *caput*, CF) se dirige à proteção dos mesmos. Por isso, deve ser compreendida no contexto amplo das transformações que se operaram em decorrência do papel central que a pessoa humana passou a ocupar no ordenamento jurídico a partir da normativa constitucional (CUNHA PEREIRA, 2006).

Para Lôbo (2010, p. 91), “o princípio da solidariedade vai além da justiça comutativa, da igualdade formal, pois projeta os princípios da justiça distributiva e da justiça social. Estabelece que a dignidade de cada um apenas se realiza quando os deveres recíprocos de solidariedade são observados ou aplicados.”

No âmbito das relações familiares, o princípio da solidariedade é garantidor da assistência material e moral dos pais em relação aos filhos menores, assegurando-lhes, assim, o cuidado necessário para o seu desenvolvimento (CUNHA PEREIRA, 2010).

Assim, ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (DIAS, 2010, p. 62).

Portanto, da solidariedade é que resulta o amparo, a assistência material e moral recíproca entre os familiares, decorrendo do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.3 Igualdade

A igualdade entre os cônjuges foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, que não só estabeleceu a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher (artigo 5º, inciso I)

como também, especificamente, estabeleceu em seu artigo 226, §5º, que homem e mulher passam a dividir as tarefas domésticas e, especialmente, passam a compartilhar as decisões a serem tomadas sobre o grupo familiar, fato que permite maior cumplicidade entre os cônjuges e companheiros, que precisam do consenso, pois, em caso de conflito, não mais prevalece a vontade masculina.

Com o princípio da igualdade dos cônjuges e dos companheiros fica revogado o Estatuto da Mulher Casada (Lei 40121/62) e desaparece, juridicamente, a família organizada sobre a base patriarcal, ou seja, desaparece o poder marital e a autocracia do chefe da família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo (ASSIS; FREITAS, 2007, p. 50).

Ressalta-se que a igualdade entre homem e mulher está adstrita aos direitos e obrigações legais, já que sob o aspecto psicológico, as diferenças entre eles existem, assim como existem entre os seus semelhantes, e os cônjuges e companheiros a partir desta diferença, constroem uma identidade do casal.

A igualdade pode ser vista tanto quanto ao casal, que passa a ter deveres e direitos iguais nas relações domésticas, quanto em relação aos filhos.

[...] a igualdade jurídica dos filhos implica: a) vedação discriminatória relativa à filiação; b) proibição e distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quando (*sic*) ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; c) permissão para o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (ASSIS; FREITAS, 2007, p. 51).

A Constituição Federal de 1988 superou todas as distinções que haviam entre os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos. Dispondo em seu art. 227, §6º, que: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações relativas à filiação.”

Essa mudança de valores trazidas na Constituição Federal de 1988, relata Fachin (2000, p. 207) que:

Quando se conta a história da formação da grande família do começo do século, evoluindo para a família pós-nuclear do final deste século, conta-se a história de mudanças dos valores que inspiravam o sistema codificado. Havia um 'código' do contrato, como havia um 'código' do patrimônio, prontos e acabados no Código Civil.

O estado de filiação se estende, com fulcro na dignidade humana e igualdade, para todos os filhos, qualquer que seja sua origem. Dessa mudança de valores, passa-se a adotar um estatuto único, em que os filhos são denominados sem designações discriminatórias e têm constitucionalmente os mesmos status e direitos.

Carbonera e Silva (2009, p. 342) destacaram que a alteração constitucional que consagrou o princípio da unidade da filiação constitui um momento especial de longa trajetória e que somente a nova ordem constitucional é que promoveu efetivamente mudança paradigmática em relação ao estatuto da filiação.

Desse modo, todos os filhos são iguais em dignidade, não podendo haver mais qualquer tipo de discriminação e denominação ultrajante, como ocorria no caso dos filhos nascidos fora da união matrimonial, tidos como filho ilegítimo, adulterino, espúrio e incestuoso.

Nesse sentido, Fachin (1996, p. 43) diz que:

O princípio da inocência, embutido no princípio da igualdade, fez desaparecer qualquer tratamento discriminatório em face da situação jurídica dos autores da descendência. Legítimo ou adulterino: o estigma é extirpado. Filhos são todos, iguais e por inteiro.

No mesmo sentido, Ruzyk (2005, p. 178) declara que: "trata-se de contemplar a óbvia 'inocência' dos filhos, que, por esse motivo, não podem ser tratados de modo diferenciado quanto a atribuição e exercício de direitos, bem como não podem receber designações discriminatórias."

A isonomia dos filhos proclamada pela Constituição tem eficácia imediata para todo o ordenamento, por força do art. 5º, §1º, da Constituição Federal.

Isso significa que essas normas não dependem de norma infraconstitucional para se tornarem autoaplicáveis. Trata-se de eficácia jurídica, que se distingue da eficácia social, também denominada de efetividade.

Com a Constituição Federal de 1988, seus princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, informando toda a disciplina familiar, a nova tábua de valores faz nascer três marcas características em matéria de filiação, quais sejam: "1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A desapatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores" (BARROSO, 2009. p. 82).

Além da igualdade entre os filhos, a Constituição Federal de 1988 consagrou a emergência de novos sujeitos de direitos na relação familiar: a criança e o adolescente, que ganharam uma tutela especial, integral e prioritária, em face de sua condição peculiar de pessoa em formação. Com isto, conforme Carbonera (2005, p. 123), "efetivou-se seu

reconhecimento como sujeito de direito concreto, titular de situações jurídicas na qual está inserido, e não mais objeto de decisões jurídicas".

Dessa maneira, a Constituição de 1988 inaugura uma nova fase para o filho, concebendo-o como "filho-indivíduo" e promulgando o estabelecimento de uma relação paterno-materno-filial mais igual, livre, solidária, afetiva, responsável e democrática.

2.4 Liberdade

No rol dos direitos fundamentais, encontrados em nossa Carta Magna, temos o direito à liberdade, que no qual confere às pessoas a liberdade de locomoção, opinião, liberdade religiosa, enfim, o poder de autogovernar seus atos.

Desse modo, a família é dotada de liberdade, não podendo sofrer interferência do Estado em sua regulação, entretanto, em que pese a liberdade ser um importante princípio que regula as instituições familiares, ele não é ilimitado, devendo sempre estar em harmonia com outros princípios constitucionais e pautado na legalidade.

Neste sentido, Assis e Freitas (2007, p. 57), esclarecem que “no Direito de Família, o princípio da liberdade não implica uma vontade totalmente livre para fazer ou deixar de fazer qualquer coisa. A autonomia da vontade, de algum modo é condicionada pelas leis estatais e pelas práticas sociais”.

Foi a partir da aprovação da PEC 28/2009 que passou a vigorar a Emenda Constitucional nº. 66 de 13 de julho de 2010. Esta Emenda representou um avanço do Direito para a sociedade, pois com ela o procedimento para dissolução do vínculo matrimonial foi simplificado.

As modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 66/2010 para o nosso ordenamento jurídico foram às seguintes: eliminou a existência anacrônica do instituto da separação judicial e estabeleceu como única forma de dissolução do vínculo matrimonial a decretação do divórcio, sem a necessidade de aguardar prazos e discutir as causas da dissolução.

A modificação legal foi uma conquista para a sociedade, que teve prestigiados os princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, colocando assim, o afeto e a felicidade à frente de questões patrimoniais e religiosas.

Assim, apesar da família ser uma instituição formada por entes livres e ter grande importância no contexto social, o Estado deverá, através de suas normas, limitar sempre que necessário, a autodeterminação individual em prol do interesse coletivo.

2.5 Planejamento Familiar e Paternidade Responsável

Decorre do princípio da liberdade familiar, o princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável. Quando a Constituição Federal instituiu o princípio em questão, objetivou, principalmente, resguardar a convivência e o planejamento familiar.

Cabe às famílias planejarem o momento de ter filho e quantos querem ter, dentro de suas condições, a fim de que possam os pais desenvolver satisfatoriamente o seu papel na educação e manutenção de seus filhos.

A paternidade responsável deve ser exercida desde a concepção do filho, a fim de que o pai, seja ele biológico ou afetivo, responsabilize-se pelas obrigações e direitos advindos a partir daí. Tal princípio possui estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o planejamento familiar, o qual deve ser exercido de forma igualmente responsável.

A Constituição Federal de 1988 (artigo 226, §7º) incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas. “Nesta esteira, podemos entender como direito à paternidade responsável o direito às informações e ações necessárias por parte do Estado para que a decisão quanto ao planejamento familiar possa ser tomada de forma livre e consciente” (SCALQUETTE, 2010, p. 439).

A Carta Magna eleva a paternidade responsável como princípio norteador do Direito de Família, em seu 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.

Esclarece Leite (1994, p. 101), fazendo uma diferenciação entre a noção própria da paternidade e as responsabilidades da paternidade, que:

O novo texto constitucional não obriga, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Isto seria mesmo impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria ideia de paternidade, assim entendida como intensa relação amorosa, auto doação, gratuidade, engajamento íntimo, independente de imposição coativa. Pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não se é. Mas o que o novo texto constitucional não pode aceitar - e nisto deu mostras de intenso realismo, mesmo sacrificando noções tradicionais do direito de família brasileiro - é que o ato irresponsável de pôr um novo ser no mundo possa, sob alegação legal (como ocorria até então) furtar-se das responsabilidades daí decorrentes.

Como sintetiza Fachin (1996, p. 98),

Da família matrimonializada por contrato chegou-se à família informal, precisamente porque afeto não é um dever e a coabitação uma opção, um ato de liberdade. Da margem ao centro: os interesses dos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, restam prioritariamente considerados.

Desse modo, não pode o Estado ou mesmo um ente privado intervirem coativamente nas relações de família. Para tanto, faz-se necessário lembrar que o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas. E ainda, cabe ao Estado assegurar a assistência à família na figura de cada um de seus membros, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 227, § 8º, da CF/88).

2.6 Afetividade

O afeto é o principal fundamento das relações familiares, cuja valorização se fundamenta na dignidade da pessoa humana.

Em nossa Carta Magna, é possível identificar quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, quais sejam: 1º) a igualdade dos filhos independentemente da sua origem, conforme o artigo 226, §6º; 2º) a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (§§ 5º e 6º do artigo 226); 3º) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família (§4º do artigo 226); 4º) o direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (artigo 227). (LÔBO, apud DIAS, 2005, p. 60)

A evolução histórica da família mostra que o afeto vem ganhando cada vez mais importância nas configurações das relações familiares, já que o afeto traduz-se na relação de carinho, de cuidado e de atenção entre seus membros.

Para Abbagnano, o afeto deve ser entendido como:

[...] as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter dominante e totalitário. Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Essa palavra designa o conjunto de atos ou atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc. que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa ‘preocupa-se com’ ou ‘cuida de’ outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou a preocupação de que foi objeto. O que comumente se chama de ‘necessidade de afeto’ é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante. Nesse, o afeto não é senão uma das formas do amor (ABBAGNANO apud ANGELUCI, 2006, p. 96).

Pondera Groeninga (2008, p. 28) que:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.

Na jurisprudência pátria, o princípio da afetividade vem sendo muito bem aplicado, inclusive com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico.

Em decisão recente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a verdade biológica:

EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - ANSEIO DO PAI REGISTRAL EM VER REVISTA A QUALIFICAÇÃO PATERNA NO REGISTRO DA CRIANÇA - ESTUDO SOCIAL - DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO PATERNO-FILIAL ENTRE O PAI SÓCIO-AFETIVO E A CRIANÇA - PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA MENOR - PROVIMENTO NEGADO. A filiação socioafetiva é aquela em que se desenvolvem durante o tempo do convívio, laços de afeição e identidade pessoal, familiares e morais. À luz do princípio da dignidade humana, bem como do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar, traduz-se ser mais relevante a ideia de paternidade responsável, afetiva e solidária, do que a ligação exclusivamente sanguínea. O interesse da criança deve estar em primeiro lugar, uma vez que é inegável que em casos de convivência habitual e duradoura com pessoas estranhas ao parentesco, o menor adquire vínculos de confiança, amor e afetividade em relação a estas pessoas. Esse vínculo não pode ser destruído, mesmo que com base na ausência laços biológicos, se afronta os interesses da criança, colocando-a em situação de instabilidade e insegurança jurídica e emocional (MINAS GERAIS, 2012)

Percebe-se que os desembargadores se fundamentaram, mais uma vez, na primazia do afeto e do interesse da criança, sendo esse o requisito fundamental para desenvolvimento saudável da criança no que se refere ao seu lado emocional. Por esse motivo, não logrou êxito a ação anulatória de paternidade.

Essa é a concepção eudemonista da família, que tem como função social realizar a felicidade das pessoas que integram a família, em detrimento de seu aspecto patrimonial. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado da família, por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas (LÔBO, apud DIAS, 2004, p. 61).

Na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado nº. 103, com a seguinte redação:

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

E, ainda, na mesma Jornada, aprovou-se o Enunciado nº. 108, prevendo que: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”. Em continuidade, na III Jornada de Direito Civil, idealizada pelo mesmo STJ e promovida em dezembro de 2004, foi aprovado o Enunciado nº. 256, pelo qual “a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”. Portanto, esses enunciados evidenciam ainda mais o grande valor do princípio da afetividade dentro das relações familiares.

Sobre o afeto, Assis e Freitas (2007 p. 56), diz que:

Afeto é, pois, o pressuposto que diz respeito à disposição das pessoas de se unirem através do matrimônio ou da união estável, no sentido de conjugar esforços com vistas a um objetivo comum, a felicidade. A persecução desse objetivo pressupõe uma série de deveres, dentre os quais se sobressaem os deveres de lealdade e cooperação recíproca.

O princípio da afetividade é a base do Direito de Família Moderno, e tem suas raízes no que se entende por amor o qual, embora totalmente abstrato e subjetivo, encontra-se como um dos pilares de sustentação do ambiente familiar.

De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, significa, em especial – mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva –, compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 93).

Nem sempre o vínculo biológico se traduz em amor verdadeiro entre pais e filhos no mundo de tantas desavenças e desrespeito que se verificam nas relações familiares marcadas pela violência das sociedades contemporâneas.

Os vários estudos antropológicos que aprofundam nas origens da família apresentam, nos seus primórdios, sociedades tribais com indivíduos vivendo em comunidades como se fossem parentes, independentemente de laços sanguíneos para os unirem. Acreditavam num ancestral comum a todos e por isso eram como uma só família.

Oportuno mencionar que a evolução das sociedades fez a distinção entre os indivíduos e muitos vêm sendo excluídos como se não pertencessem ao grupo social humano.

A bandeira levantada pelo Direito de Família obrigou os civilistas a adquirirem uma nova postura diante do postulado da dignidade da pessoa humana que atribui ao indivíduo prioridade com o devido respeito dos demais e garantindo-lhe por parte do direito um mínimo de direitos fundamentais.

2.7 Melhor Interesse da Criança e Adolescente

A Constituição determina que seja assegurada, com absoluta prioridade, maior atenção às crianças e aos adolescentes, atendendo à suas características especiais de pessoas em formação, física, moral e psicológico.

A Emenda Constitucional nº. 65, de 13 de julho de 2010, alterou a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição, passando a ser "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso"; e ainda, modificou o seu art. 227 para cuidar dos interesses da juventude (BRASIL, 2010).

O constituinte abrigou implicitamente a doutrina da proteção integral, convocando, simultaneamente, a família, a sociedade e o Estado a desincumbirem-se do empreendimento da concretização dos direitos fundamentais conferidos a crianças, adolescentes e, agora também, aos jovens, de modo prioritário:

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.

Numa dimensão subjetiva, a concepção da proteção integral reconhece às crianças e adolescentes um conjunto de direitos, alguns comuns a todas as pessoas e outros próprios da sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento; e, numa dimensão objetiva, ao proclamar a coatuação da família, sociedade e Estado, faz descortinar a percepção de que todos os esforços devem ser empregados em busca da realização do superior interesse daqueles sujeitos (KUKINA, 2002, p. 52).

A respeito do princípio "*the best interest of the child*", Fachin (1996, p. 125) elucida que foi "consagrada para ser um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma".

Quanto ao termo prioridade, empregado no art. 227 do CF/88, Ferreira Filho (1999, p. 148), o classifica como: "1. qualidade do que está em primeiro lugar ou do que aparece primeiro; primazia; 2. preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia; 3. qualidade dum coisa que é posta em primeiro lugar, numa série ou ordem".

Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90) em seu artigo 3º onde está previsto que:

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.

Liberati (2010, p. 18) explica que os direitos fundamentais da criança e do adolescente a que o artigo 3º do mencionado Estatuto se refere são "os mesmos direitos de qualquer pessoa humana, tais como o direito à vida e à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito e à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à cultura, ao lazer e ao esporte, à profissionalização e à proteção no trabalho". Esclarece também que esses direitos são garantidos tanto na Constituição Federal (art. 5º) como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os artigos 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente complementam o que consta no artigo 227, *caput*, da CF/88:

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 da infância e à juventude.

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 fundamentais.

Quanto à interpretação da Lei, o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece: “Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

Liberati (2010, p. 20) recorda que esse artigo está relacionado com o artigo 5º da Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro segundo o qual “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins a que ela se dirige”. O autor conclui que na interpretação do texto legal o que deve ser observado é “a proteção da criança e do adolescente, que deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

O Código Civil reconhece este princípio, de forma implícita, em dois dispositivos, no art. 1.583, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos, e no Enunciado nº. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão guarda de filhos constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendendo o melhor interesse da criança. Se não houver acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584 do CC). Certamente, a expressão “melhores condições” constitui uma cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito no caso concreto.

As crianças e os adolescentes por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade, encontram-se em situação de fragilidade, tendo por isso, posição

privilegiada na família e prioridade absoluta perante a ordem jurídica (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 129).

A respeito da condição peculiar em desenvolvimento, esclarece Costa (1992, p. 39), que a característica pessoal da criança e do adolescente,

não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude, que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Quanto ao artigo 227 prescrito na Constituição, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 99), aduzem que todos os integrantes da família, principalmente pais e mães, devem propiciar às crianças e aos adolescentes o acesso adequado de promoção moral, material e espiritual dos seus filhos, como educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e Juventude.

E continuam os mesmos autores Gagliano; Pamplona Filho (2011, p. 99) dizendo que “A inobservância de tais mandamentos, sem prejuízo de eventual responsabilização criminal e civil, pode, inclusive, resultar, no caso dos pais, na destituição do poder familiar”.

Ensina Cunha Pereira (2006, p. 129) que, apenas se pode predeterminar, em relação a esse princípio, a sua estreita ligação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente em razão de eles além de terem os direitos fundamentais “gerais”, isto é, “os mesmos a que os adultos fazem jus, têm direitos fundamentais especiais, os quais lhe são especialmente dirigidos”.

Segundo Lôbo (2011, p. 75), o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente significa que tais devem ter seus interesses tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na aplicação como na elaboração dos seus direitos, por serem pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade, e não como meros objetos de intervenção jurídica e social, quando em situação irregular, como ocorria na legislação anterior para os “menores”.

Nesse aspecto, o autor se refere à legislação anterior, em que a criança e o adolescente eram tratados como meros objetos, isto é, o pátrio poder existia em função do pai. Hoje o poder familiar é exercido em função dos interesses dos filhos; assim, “qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse” (LÔBO, 2011, p. 75).

Uma vez que os filhos são sujeitos de direito, o pátrio poder transmuda-se para o poder-dever familiar, exercido por ambos os pais, de modo igualitário, e "posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais" (MORAES, 2006, p. 630).

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil anterior, utilizou a expressão "poder familiar", no lugar de "pátrio poder", e, apenas com advento da Lei nº. 12.010 de 03 de agosto de 2009, em seu art. 3º, que alterou a denominação de "pátrio poder" para "poder familiar", que ainda existia nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na substituição da expressão em foco, foi retirado o termo "pátrio", que se remetia a figura paterna, e manteve o "poder", o que é de certa forma, criticável, uma vez que, contemporaneamente, se entende que, na verdade, trata-se de um dever e não um poder dos pais com relação aos filhos.

Os pais têm poder, autoridade sobre seus filhos, na medida do dever, da responsabilidade de protegê-los. Assim, por exemplo, o pai ou a mãe não teriam o direito de visitação, mas direito dever de visitação, em razão do direito da criança à convivência familiar com ambos os genitores.

Cunha Pereira (2008, p. 47) em relação ao caráter interpretativo do referido princípio, menciona o entendimento de Emílio Garcia Méndez e Mary Beloff (*Infancia, Ley y Democracia*), segundo o qual este princípio “cumpre uma função hermenêutica dentro dos limites do próprio direito da infante-adolescente, ao mesmo tempo em que permite interpretar, sistematicamente, suas disposições reconhecendo o caráter integral dos direitos da infância”.

Segundo Cury, Paula e Marçura (1999, p. 19),

a proteção integral tem, como fundamento, a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção do mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Funciona o referido princípio como “garantia do desenvolvimento pleno dos direitos da personalidade do menor e diretriz solucionadora de questões conflituosas oriundas da separação ou divórcio dos genitores” (DINIZ, 2008, p. 28).

Os conflitos que envolvem as crianças, os adolescentes e suas famílias devem ser tratados com maior atenção pelos operadores do direito, devendo fazer uma interpretação sistemática com base nas normas legais e constitucionais existentes, não devendo se conceder um poder discricionário ilimitado ao juiz (SILVA PEREIRA, 2008, p. 47).

Nas disputas pela guarda e na estipulação da visita, os genitores com o fim da conjugalidade, não conseguem dissociar o fim da família conjugal da família parental, e utilizam os filhos como “moeda de troca” (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 135).

Assim, para evitar essas e outras situações de conflitos que envolvam crianças e adolescentes, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente teve ser aplicado, evitando assim um prejuízo a estes entes em formação em decorrência de egoísmo e vingança por parte de um ou dos dois genitores.

Hoje o critério definidor da guarda é unicamente o bem-estar da criança ou do adolescente, onde se almeja garantir a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental, e, por sua vez, vale lembrar, que se trata de um dever fundamental dos pais.

Cunha Pereira (2006, p. 135) assinala que a convivência “não assume apenas a faceta de conviver e da coexistência”, mas envolve “participar, interferir, limitar, enfim, educar”. Esses deveres continuam existindo, mesmo com o fim da conjugalidade, em face do artigo 1.632 do Código Civil e por serem atributos do poder familiar, que apenas se extingue com a maioria ou a emancipação do filho.

Contudo, a prioridade pregada por este princípio não é obrigação exclusiva do Estado; o texto constitucional convoca a família e a sociedade, para que, em suas respectivas atribuições, imprimam preferencial cuidado em relação às crianças e adolescentes.

CAPÍTULO 3 – PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

Dentre os notáveis avanços ocorridos no Direito de Família, temos enfrentado inúmeros questionamentos sobre a definição do que vem a ser pai. O que antes era puramente uma questão de ordem biológica, hoje, esse vínculo tem se estabelecido principalmente pelos laços de afeto.

Foi com advento da Constituição Federal de 1988, que houve a mudança de paradigmas no ordenamento jurídico, e quanto à paternidade, esta passa a ter como elemento caracterizador o afeto, onde se levam em conta o melhor interesse do filho, sua proteção e dignidade. Caracterizada a posse do estado de filho, podemos dizer que há elementos para o reconhecimento da paternidade afetiva.

3.1A Afetividade como Valor Jurídico

O conceito de família muito evoluiu com o passar dos tempos, e nossa Constituição Federal de 1988, reconheceu que a família existente na realidade brasileira, não era mais exclusivamente a família tradicional, formada por um casal heterossexual, unidos pelos laços do matrimônio, com filhos advindos dessa relação, que habitam numa unidade doméstica independente, com papéis relativamente estáveis de pai, mãe e filho.

A família de acordo com o Código Civil de 1916, era uma comunidade fundada no casamento, hierarquizada e patriarcal. Havia a distinção entre os filhos, sendo legítimos aqueles concebidos na constância do casamento, e os demais eram considerados ilegítimos.

Dessa maneira, a norma apenas reconhecia como ‘família legítima’, aqueles que se casassem pelo regime civil e os filhos que proviessem da união matrimonial. Assim, as demais formas de união entre um homem e uma mulher eram desconsideradas pela lei, e os filhos que não adviessem de um casamento eram desprezados, marginalizados e recebiam tratamento diferenciado pela legislação.

Sobre o significado de família no Código Civil de 1916, Gomes (1997, p. 19) afirmou que vivia-se num país totalmente agrícola e o referido diploma sinalizava para uma família patriarcal marcada pela estratificação social da época.

A igreja católica sustentava a base da família patriarcal, pois interferia diretamente nas relações conjugais mais íntimas. O chefe da família era o mais importante, colocado no topo da hierarquia familiar sem nenhuma forma de objeção dos demais membros familiares.

Porém, ocorreram inúmeras transformações sociais, especialmente no século passado, sendo destacadas: a industrialização ocorrida no país; o ingresso da mulher no mercado de trabalho; o aumento em sua esfera de atuação social, política e jurídica; a transformação da condição social do jovem; dentre outras coisas.

Portanto, a família como grupo social que é, não permaneceu estática, sentiu e fez sentir suas transformações sociais. Contudo, apenas no século XX, ocorreu a vitória da modernidade na relação de família, o que se traduziu na vitória da racionalidade igualitária e liberatória sobre a autoridade. O casamento deixou de ter aquela estrutura hierarquizada e patriarcal e passou a ser, cada vez mais, uma parceria afetiva, a par disso, muitos casais deixaram de lado toda a formalidade do casamento para se unirem em amor e respeito mútuos.

Com o processo de urbanização, os costumes também foram sendo modificados, assim o grande número de filhos deu lugar a um número cada vez mais reduzido, conseqüentemente, os pais e seus filhos passaram a se conviver mais um com o outro, dando margem a um relacionamento mais próximo, pautado na preocupação de um membro da família com os demais, permitindo a abertura de espaço para o afeto, indicando mais uma modificação no modelo tradicional.

Dessa forma, a redução da estrutura familiar acabou contribuindo para que ela pudesse se tornar uma comunidade mais harmônica, com maior proximidade entre seus membros.

Lembra Fachin (1998, p. 174) que o afeto entre os membros da família começou a ter um patamar diferenciado das antigas formações familiares. Como ensinam os profs. José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, acentuaram-se as relações afetivas num momento de profundas mudanças na sociedade onde a vida social passou da tranquilidade de antes para a agitação da modernidade, do mundo em movimento da modernidade.

Para Dias e Cunha Pereira (2005, p. 7) surgiu um novo paradigma de família e a sexualidade passou a ser discutida com fundamento nos estudos psicanalíticos, chegando na seara do Direito.

As pessoas, que antes procuravam se enquadrar nos modelos pré-estabelecidos de configuração familiar, para não ficarem alheios à sociedade, passam a ter maior liberdade para se unir e estruturar a sua família, sem se sentirem discriminadas, enaltecendo nessas relações o afeto.

Neste sentido, explica Carbonera (1998, p. 291) que a organização das entidades familiares que se davam fora da esfera jurídica geravam preocupações com a legalização das mesmas.

Esse ato vinculou-se a um importante elemento antes ignorado que era o sentimento dos sujeitos envolvidos. Surgiu daí, a família com um importante elemento que se baseia no desejo de uma pessoa estar participando da vida da outra e acompanhando, no caso da adoção, o seu desenvolvimento físico, mental e intelectual.

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar e não do sangue. Segundo Leite (1995, 109), o sangue deixa de ter o valor principal na relação de parentesco dando lugar ao sentimento, ao afeto que deve existir entre pais e filhos. Necessário ao vínculo biológico é a vontade individual.

Cumpra enfatizar, ainda conforme o pensamento de Groeninga (2008, p. 68), que antes das determinações legais e morais de como deve ser a família, ela já existia naturalmente. O direito veio para mistificar a família e colocar algumas num patamar superior a outras.

A família é um fato social, é o espaço para a realização da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, diz que a família é a base da sociedade, logo, é o mais importante grupo social, que merece, portanto, proteção do Estado. E ainda, o *caput* do mesmo artigo, traz em seu corpo, cláusula geral de inclusão, não, sendo admissível excluir qualquer entidade familiar que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e publicidade.

Neste sentido, aduz Perlingieri (1997, p. 244): “o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a ‘*affectio*’ constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”.

Segundo Oliveira (2009, p.3), afeto é o “sentimento de inclinação para alguém, uma amizade, uma simpatia, uma paixão, um estado sentimental que se caracteriza, por uma parte, pela inervação física perceptível e, por outra parte, por uma perturbação peculiar do processo representativo.”

Segundo Lôbo (2008, p. 254), a palavra afeto teria origem latina: vem de ‘*ad*’, com significado de “para” e ‘*fectus*’, com o significado de fato ou feito, o que resultaria em feito um para o outro.

Na filosofia, entendem-se, como afeto, as emoções positivas que se referem a pessoas. As emoções podem se referir a pessoas e coisas, o afeto, por sua vez, são emoções que acompanham algumas relações interpessoais, das quais fica excluída a dominação pela

paixão. O afeto, então, é traduzido por atitudes como a bondade, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura.

Sob a ótica da psicanálise, o afeto pode referir-se ao que nos é dado vivenciar conscientemente em certas circunstâncias, isto é, um estado subjetivo que “sentimos”, mas pode também se referir àquilo que não se sente de modo direto. Trata-se de qualquer espécie de sentimento que se associa a uma ideia, que, em razão da sua intensidade, provoca reações perceptíveis do indivíduo (IMBASCIATI, 1998, p. 14).

A definição freudiana mais básica do afeto é tratar-se de um estágio final de um fator quantitativo, de uma energia chamada de soma de excitação ou quota de afeto, isto é, o elemento metapsicológico primordial. Em psicanálise, o afeto corresponde à descarga de energia no interior do corpo acompanhada de prazer ou desprazer conjugada à percepção da descarga (WINOGRAD, 2005).

O afeto, enquanto representante da pulsão, assume tanto uma dimensão quantitativa como qualitativa. No que diz respeito à sua dimensão quantitativa, temos a ideia de *quantum* de afeto (*affektbetrag*) – expressão por meio da qual Freud faz sobressair a economia do afeto, sendo designada por expressões como “energia pulsional”, “energia de investimento”, ou até mesmo “libido” quando a pulsão sexual é a única que este em causa, tratando-se de vários tipos de relação que existe entre os seres humanos. De forma diferenciada, o afeto está nas relações de pais e filhos, companheiros, amigos, dentre outras relações. A dimensão qualitativa refere-se à impressão subjetiva em termos do que Freud considera como “processos que são sentidos como afetos”. Nesse sentido, o afeto pode ser entendido como a expressão qualitativa da quantidade de energia pulsional. Assim, Freud distingue o aspecto subjetivo do afeto e os processos energéticos pulsionais que o condicionam (AMORIM, 2003).

Com fundamento doutrinário de Groeninga (2008, p. 75), entende-se afeto como algo que afeta o ser humano e movimenta sua existência como uma forte energia inconsciente que age no consciente.

“Para a psicanálise é essa energia com que se investem as representações, os símbolos, as pessoas, as coisas, as ideias e as ideologias e mitos imprimindo-lhes uma direção, um sentido nas ações” (GROENINGA, 2008, p. 75).

Tem-se, nesse sentido, o afeto como uma mola que impulsiona o ser e dá-lhe uma sensação diferenciada aumentando sua autoestima, sua confiança e segurança numa existência plena de realizações.

Groeninga (2008, p.75) entende que o afeto apresenta dois lados o afeto do amor e do ódio, havendo uma relação entre eles.

Nessa mistura de sentimentos afetivos que se manifestam no amor ou no ódio, há dificuldade, para as pessoas, de lidarem com esse paradoxo e é a família o ponto de apoio e sustentação para que um e/ou outro sentimento se manifeste de forma equilibrada conforme complementa a autora em análise.

O afeto como podemos observar, pode ser compreendido como um estado emocional, que vai desde o sentimento mais agradável ao mais insuportável, sendo neste caso um sentimento exagerado que pode vir a ser prejudicial pois foge à anormalidade de um sentimento nobre.

Sendo o afeto um estado emocional capaz de produzir sentimentos que possibilitem a formação de um elo do indivíduo com outras pessoas, relevante se faz este elo, pois permeará os relacionamentos entre as pessoas envolvidas.

A afetividade é um aspecto necessário, complementar e indissociável no desenvolvimento do ser humano, daí a sua grande importância nas relações familiar.

A psicanálise veio nos mostrar a diferença entre a realidade objetiva e a subjetiva, de modo que, para a adequada interpretação e aplicação das normas do Direito de Família há que se observar a verdade das relações, a realidade das famílias, mesmo que esta não atenda aos mitos que temos da família. Assim a intersubjetividade ajudará aos operadores do direito na aplicação da norma a cada caso concreto apresentado (CUNHA, 1997, p. 61).

O afeto, sob o ponto de vista do Direito, é entendido como o elo formador e mantenedor de relações estabelecidas entre as pessoas, quer seja por relações de conjugalidade, ou de paternidade ou parentesco, que viabiliza a valorização das pessoas e de seus interesses tanto individuais como parte de um grupo familiar.

O afeto tem a força de influenciar e unir pessoas, é um estado emocional genuíno, natural, que não espera qualquer contraprestação, especialmente, quando falamos do amor e do carinho existente no âmbito familiar.

Madaleno (2002, p. 33) traz sua contribuição a este estudo quando vislumbra o afeto como a “manifestação espontânea, gerada por impulso natural de sentimentos que se estreitaram apenas por amizade, por vínculos de parentesco ou por qualquer outra modalidade com semelhante origem”.

E ainda complementa sua concepção de afeto como um sentimento nobre, sem nenhuma tarifação, com profundo respeito ao afeto mecânico, protegido pela sociedade e a

cultura que a envolve como sendo desde os primórdios, simples e espontâneo que nasce simplesmente da sinceridade da pessoa.

Para Lôbo (2008, p. 254), é este “estado emocional que observado como fato social e psicológico quando transferido para o fato jurídico, se traduz na afetividade jurídica, que cria uma categoria própria no mundo do Direito”.

A inserção do afeto no Direito há tempos é tema do movimento da repersonalização do Direito de Família, e tal movimento se dá em direção à busca do que nos torna e nos qualifica como ser humano.

A dignidade humana, princípio basilar presente no artigo primeiro da nossa Carta Magna, pode ser traduzida, segundo Moraes (2006b) como:

um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Os direitos fundamentais, como o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana, que é o fundamento da nossa República Federativa do Brasil, e esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação em detrimento da liberdade individual (HIRONAKA, 2005, p. 165).

A ideia de dignidade da pessoa humana nas relações de família se encontra no texto constitucional e tem total aplicabilidade pelo Direito, considerando a família como a célula da sociedade, sendo uma de suas expressões a liberdade, como a vontade de se unir e conviver, e o respeito aos direitos fundamentais do grupo familiar.

Nossa Carta Magna também trouxe os princípios da solidariedade e da convivência familiar, assim estabelecido, o primeiro em seu artigo 3º, particularmente no inciso I, onde traz a ideia de se buscar uma sociedade solidária, e o segundo, esta previsto no *caput* do artigo 227, onde remete ao direito à convivência em família, como forma de realização e desenvolvimento de cada integrante deste grupo.

Estes princípios, quais sejam, dignidade da pessoa humana, solidariedade e convivência familiar, por certo, fundamentam a afetividade. É o afeto que expressa a vontade de estar e permanecer ou não junto a outra pessoa, por isso, se revelou um elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, quanto na sua dissolução.

Com fundamento na concepção de Carbonera (1998, p. 294), pode-se afirmar que tratar da dignidade e da igualdade significa também abordar sua coexistência num ambiente dividido por duas ou mais pessoas “se ambas têm direitos idênticos, significa que a convivência somente será possível se houver a limitação da liberdade individual pela lei”.

É graças ao afeto que existe entre as pessoas que se torna possível restringir a liberdade de uma sobre a outra, sobretudo porque o sentimento que aflora com relação ao outro afasta o egoísmo, surgindo o desejo de proteção, de apoio.

“Se assim não fosse, certamente não estaríamos falando de família, onde as pessoas decidem permanecer unidas por vontade própria, buscando a realização própria e a dos demais, respeitando a esfera da dignidade e da liberdade de cada sujeito” (CABONERA, 1998, p. 294).

Sendo a dignidade, a igualdade e a liberdade valorizada como diretrizes constitucionais, a solidariedade passa a ocupar, automaticamente, maior espaço no âmbito familiar, que, após inúmeras transformações, tem como base o afeto.

Registra Fachin (2003, p. 27) que:

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

Não obstante, a Constituição Federal não tenha trazido o princípio da afetividade expressamente em seu texto, decorre tal princípio dos demais princípios.

Para Marques, Cachapuz e Vitória (1999, p. 19), a isonomia do texto constitucional entendida como igualdade entre os sujeitos, implica no preenchimento dos vácuos legislativos que ignoram o mundo dos fatos em proteção, lembrados somente nas posições jurisprudenciais. Estas interpretando os fatos, com base nos princípios gerais do direito e da análise comparativa a outros ordenamentos jurídicos conseguiram prover as necessidades dos cidadãos.

O mérito não se pode afirmar que pertence Constituição Federal de 1988, o reconhecimento de criar dispositivos para resolver problemas vinculados ao Direito de Famílias. Porém, foi capaz de obrigar a se fazer uma interpretação profunda das leis infraconstitucionais, adaptando-as à realidade material apresentada. Contemplou-se, assim, a igualdade entre os membros das famílias, sem exclusão ou discriminação como havia no passado.

O conceito de igualdade abre uma visão diferenciada em que todos os membros da família sejam considerados de forma isonômica como sujeitos de direitos, reconhecendo assim, suas individualidades e o respeito aos seus direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 foi efetivamente um marco no tocante aos valores do direito de família. O princípio da dignidade da pessoa humana, inserido como fundamento do Estado Democrático de Direito, aliado ao princípio da solidariedade, permitem uma releitura, especialmente das relações familiares e do Direito de Família. Se considerarmos as relações dentro do ambiente familiar, constataremos que não mais é uma relação patrimonializada o fator de ligação entre as pessoas, criou-se uma nova ordem, onde os vínculos predominantes são os socioafetivos, verificados tanto nas relações entre pais e filhos, já que o vínculo não é mais exclusivamente biológico, como entre os cônjuges e companheiros.

O que se busca é a valorização das pessoas dentro do grupo familiar e a realização de seus interesses, sejam eles pessoais ou coletivos. E é a afetividade, enquanto elo de união do grupo familiar e elemento para o desenvolvimento dos indivíduos, que permite a plena realização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Neste sentido, é a lição de Carbonera (1998, p. 290) aduz que a atual concepção de família foi construída de forma gradual, deixando, aos poucos, a concepção de desigualdade entre os membros para assumir o ideário de igualdade e pessoalidade. Aspectos antes ignorados relativos ao ser humano e aos seus sentimentos foram resgatados e a busca da felicidade foi o ponto de referência com a contemplação do afeto. Com um valor maior dado à pessoa, a família ganhou novo paradigma na proteção da Constituição Federal de 1988. Nesse novo contexto destacam-se a igualdade e a dignidade da pessoa humana como princípios norteadores do direito de família.

Por ser um princípio de natureza cultural, a afetividade deve ser encarada pelo Direito como princípio orientador das relações do Direito de Família, com base nas diretrizes constitucionais.

Pela leitura de Lôbo (2008, p. 253), é lícito afirmar que sua preferência é pelo termo afetividade por tê-lo como uma transeficácia de um dado de realidade, da realidade psíquica, anímica, para o Direito. A realidade da vida é um caminho para o direito abraçar certas categorias e apossar-se delas. Ele as transforma e adapta numa categoria para exercer sua função de regulação de conduta.

Lôbo (2008, p. 253) ressalta que “é por isso que o princípio da afetividade – já o chamo de princípio – é uma norma e tem natureza normativa. Não é uma proclamação

retórica, não é meramente um projeto ético, é norma, norma que se extrai do ordenamento jurídico”.

Cumprido destacar que para esse autor que o Princípio da Afetividade não se trata de um simples enunciado da retórica e nem mesmo uma concepção proposta pela ética, mas sim determinação da norma.

Na doutrina que trata das atuais tendências do Direito de Família, o afeto já ocupa um lugar significativo, o que demonstra seu ingresso na esfera jurídica. A análise da jurisprudência também indica que os julgadores já estão cientes do valor do afeto nas relações de família. Da mesma forma, a preocupação com o aspecto afetivo também já se faz sentir na legislação.

Com o pensamento alicerçado ainda em Lôbo (2008, p. 253), cumpre evidenciar que a comunhão da vida que sustentou a família, desde seus primórdios, veio a se tornar o suporte na modernidade. Com isso, as relações afetivas ganham valor semelhante aos valores dados somente aos laços sanguíneos. Irmãos biológicos ou adotivos são atualmente vistos sob o manto do afeto com respeito aos direitos fundamentais que é direcionado a todas as pessoas. Ganhou vultuosidade as relações de respeito, de afeto e amor entre os membros da família humana.

Pois bem, a família encontrou sua unidade no afeto, logo, a afetividade desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, assim, vista como princípio, será capaz de aproximar a instituição jurídica da instituição social.

E para que isto ocorra relevante é a contribuição de outras áreas, especialmente da psicanálise, da sociologia e da psicologia, pois, entendendo a instituição social da família, compreendendo o ser humano, suas relações e motivações, poderá o Direito, de forma mais adequada e mais próxima, atender aos anseios dos indivíduos.

Carbonera (1998, p. 273) alega sobre o tema em discussão que “a partir de um certo momento, as relações particulares extrapolam seus limites iniciais, se fazem sentir no meio social e daí migram para a esfera jurídica. Inicialmente particulares, tais relações assumem caráter menos restrito e recebem proteção”.

Foi aí que o afeto restrito às pessoas que o sentem passou a ser valorizado também no âmbito da justiça, ocupando lugar de destaque.

E complementa Hironaka (2008, p. 65) ao afirmar que finalmente tem a nova família da contemporaneidade não o melhor nem pior dos modelos familiares que a antecederam, mas é diferente deles, como disse inicialmente. Nesta família, os aspectos de positividade são bem

vindos e são capazes, quiça, de dar ênfase aos aspectos que dizem respeito mais às trocas, às verdades, à cooperação, à complexidade e, principalmente, ao afeto entre seus membros.

Essa concepção de família, como lugar de realização de afetos, difere da que se tinha como instituição natural, mantida em razão do patrimônio, da hierarquia e dependência. A afetividade, por sua vez, é o único elo entre duas pessoas livres, onde o Direito é chamado para tutelá-la.

Nesse contexto, Madaleno (2002, p. 33), assevera que:

é para esse valioso universo de afeto de subsistência e outros valores que mais guardam riquezas de ordem subjetiva do que da subsistência material, a ciência jurídica vem desenvolvendo esse eficiente, moderno e célere instituto processual (...) no campo do Direito de Família, a sonhada pacificação social.

Todavia, alerta Groeninga (2008, p. 79a),

não são apenas as famílias que estão em processo de mudança, também o estão todas as instituições. Há necessidade de o Judiciário também repensar o seu papel, a sua intervenção, inclusive para que não se constitua como uma intervenção que violente a própria família. Nesse sentido, há algumas lógicas do conflito voltadas para o judiciário. Existe a lógica da força, a lógica da sentença, a lógica da conciliação e finalmente, como se usa falar muito mais hoje em dia, a lógica da mediação interdisciplinar.

O Direito não deve determinar de que forma a família será constituída e de que forma se darão as relações entre seus membros. Deve, contudo observar a realização dos princípios basilares do Direito de Família, na proteção da família e dos indivíduos, deixando, porém, às pessoas a liberdade quanto à formação e modo de condução das relações.

O Código Civil de 2002 regulou, com mais detalhes, as matérias já trazidas na Constituição Federal no que diz à família e filiação, bem como acrescentou novas modificações. Os filhos havidos de relacionamentos extraconjugais passaram a ter o direito de ser reconhecidos por seus pais, conjunta ou separadamente (art. 1.607), direito esse já estabelecido, anteriormente, pela Lei 883/1949 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990, art. 26). O direito ao reconhecimento da origem genética, também já consagrada pela Lei 8.069/1990 (art. 27), foi regulado pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.606. O marido, por sua vez, passou a ter o direito de contestar a paternidade dos filhos havidos de sua esposa (art. 1.601).

Além dessas, várias outras mudanças foram trazidas pela legislação nos últimos anos, bem como a jurisprudência dos Tribunais tem inovado de maneira construtiva no sentido de

acompanhar o desvencilhamento das relações socioafetivas dos padrões de conduta estabelecidos pelas normas de Direto.

O direito dos filhos em ver reconhecida a sua paternidade foi estabelecido de forma veemente. Esses, sendo ou não fruto de um casamento entre os seus pais, têm o direito de identificar a sua origem genética e de receber todo apoio moral e material para o seu desenvolvimento. Os pais, da mesma forma, têm o direito de reconhecer a paternidade/maternidade de seus filhos.

Com o advento dos exames de DNA, o estabelecimento da paternidade por meio de critérios legais deu lugar à verdade ditada pela ciência, com credibilidade altíssima, dado o índice de 99,9% de probabilidade de acerto do exame. A certeza da paternidade biológica veio, portanto, acrescentar aos critérios de presunção legal.

No entanto, vale mencionar, que, apesar de extremamente útil, o exame de DNA na investigação da paternidade biológica, não é apenas a genética que pode dar sentido à paternidade ou à maternidade. É preciso ir além. As relações entre pais e filhos, fundadas no amor, na amizade e no respeito mútuo, têm, na maioria dos casos, significado mais do que a mera ligação biológica, sanguínea, entre os mesmos. A justiça finalmente tem entendido que ser pai ou ser mãe não significa apenas gerar uma criança, mas sim criar, amar, cuidar e dedicar-se ao seu desenvolvimento.

Quanto à importância do afeto para o estabelecimento da paternidade, revela Carborena (1998, p. 304) que:

uma terceira verdade vem sendo valorizada na esfera jurídica. O aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram, revela que talvez o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos é mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais. A incerteza presente na posse de estado de filho questiona fortemente a certeza da tecnologia. Ademais, a verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que fornecer material genético. (...) A figura paterna é reconhecida pelo amor, desvelo e serviço com que se entrega ao bem da criança. (...) A verdade socioafetiva, a seu turno, aproxima-se do modelo de família eudemonista, pautada que está no afeto, construído quotidianamente e não determinado desde o início da relação, revelando a valorização dos sujeitos. Desta forma, a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica da família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação, e o afeto, neste sentido, deve ocupar lugar de destaque.

Surge, assim, a paternidade socioafetiva, na qual o pai é aquele que participa do desenvolvimento intelectual, físico e moral da criança, que se faz presente em todos os momentos e, acima de tudo, que ama e tem como filho aquele que criou.

A paternidade socioafetiva, ao contrário da biológica e da jurídica, não foi expressamente legitimada pelo Direito e, portanto, precisava criar as bases de seu fortalecimento. Nesse contexto, surgiram a ‘posse de estado de filho’, a ‘adoção à brasileira’, a ‘filiação socioafetiva’, todos termos que visam a legitimar os relacionamentos entre pais e filhos, fundados estritamente no afeto.

Neste sentido, Dias (2009):

Filiação socioafetiva, adoção à brasileira, posse do estado de filho são novos institutos construídos pela sensibilidade da Justiça, que têm origem no elo afetivo e levam ao reconhecimento do vínculo jurídico da filiação. É de tal ordem a relevância que se empresta ao afeto que se pode dizer agora que a filiação se define não pela verdade biológica, nem a verdade legal ou a verdade jurídica, mas pela verdade do coração. Há filiação onde houver um vínculo de afetividade. Aliás, essa palavra está referida uma única vez no Código Civil, exatamente quando fala da proteção à pessoa dos filhos, ao dizer que a guarda deve ser deferida levando em conta a relação de afinidade e afetividade (1.584, parágrafo único). Assim, a sacralização da nefasta lista vai de encontro a tudo que vem sendo construído para realçar a afetividade como elemento identificador dos vínculos familiares.

Com a instalação da igualdade e da liberdade na família, o vínculo jurídico cedeu parte de seu espaço à verdade socioafetiva. Felicidade e afeto demarcaram seu espaço na noção jurídica de família em todas as esferas, a exemplo do que já havia acontecido na realidade social.

E, neste contexto, registra Madaleno (2002, p. 33):

Aliás, é o afeto a matéria-prima fundamental nas relações de filiação, de intensidade variável, contudo constante, oxigênio e sobrevida que responde pela adequada formação moral e psíquica dos filhos que são postos neste agitado mundo dos adultos, pessoas que, por vezes, de adultos nada demonstram, senão uma constante distorção na forma como educam e usam sua prole, comprometendo sua natureza humana, fragilizando sua estrutura moral, vilipendiando as relações parentais da prole com seus pais não guardiães, com inferências ilícitas e movidas apenas por suas mesquinhas deficiências e carências pessoais.

O afeto tem também a sua importância enquanto elemento estruturador da família, vez que na formação da personalidade dos filhos, a principal influência de fatores sociais, certamente, advém da estrutura familiar em que se encontra. Imprescindível, deste modo, o estabelecimento pleno do vínculo paterno-filial, que só se encontra, verdadeiramente, na afetividade.

Groeninga (2008, p. 100b), sob a ótica da interdisciplina entre Direito e Psicanálise, explica a importância do afeto na formação da personalidade:

temos observado um crescente valor dado ao afeto, uma qualidade da pessoa que finalmente ganha valor jurídico diferenciado. O afeto é matéria-prima da subjetividade, como também é ele que pavimenta as relações intersubjetivas. É na subjetividade das diferenças, e na intersubjetividade das semelhanças, que se forma a personalidade. E, com a contribuição da interdisciplina, deve-se buscar a necessária objetividade e a materialização objetiva dos Direitos da Personalidade. Neste sentido, a interface entre Direito e Psicanálise torna-se de rigor na necessária busca da objetividade que possa, assim, integrar o afeto.

O afeto é fator essencial no desenvolvimento intelectual, físico e moral do ser humano, sendo indiscutível a sua relevância nas relações familiares, tamanha a sua importância, que com base nas diretrizes constitucionais foi elevado a princípio, qual seja, o princípio da afetividade.

3.2 Filiação: Jurídica, Biológica e Socioafetiva

A filiação pode ser considerada de modo simples e amplo como a relação de parentesco que se estabelece entre pais e filhos. Tecnicamente se trata de uma relação de parentesco em linha reta, de 1º grau, por consanguinidade ou outra origem (art. 1.591 e art. 1.593 do Código Civil de 2002).

Essa relação entre pais e filhos pode se assentar nas diversas vertentes: jurídica, biológica ou socioafetiva.

Almeida (2002, p. 24) aduz que:

o tema da paternidade ou da filiação no Direito de Família contemporâneo implica, necessariamente, enfocar os três momentos que hoje se interligam na relação paterno filial: a paternidade jurídica ou presumida (dado legal - imposto pela ordem jurídica), a paternidade científica, biológica ou genética (dado revelado ou conquistado pela medicina genética) e a paternidade socioafetiva (dado cultural ou histórico, construído em conformidade à ordem axiológica de uma determinada época).

A filiação jurídica e a biológica estão consagradas no meio jurídico, já a filiação afetiva é uma teoria jurídica inovadora, desenvolvida pela jurisprudência e pela doutrina, sem previsão expressa na legislação brasileira.

Em linhas gerais, a vertente jurídica da paternidade é aquela que o ordenamento determina - através de presunções e do reconhecimento voluntário ou forçado. A biológica é aquela que deriva do liame genético de pai e filho. E a filiação socioafetiva, a que se forma pelos laços de afeto típicos de pai e filho, construídos no dia a dia da convivência familiar.

A vertente jurídica da filiação diz respeito àquela que o ordenamento determina, como é caso da presunção de que os filhos havidos pela mulher durante o casamento é de seu marido (art. 1.597).

A presunção *pater is est* estava vinculada ao modelo matrimonializado de família, da Codificação de 1916, em que a paz familiar sobrepunha-se à felicidade de cada um dos membros da família e à verdade biológica. Era praticamente absoluta, já que a contestação da presunção da paternidade era deferida apenas ao marido, em tempo curtíssimo e em hipóteses restritas.

Nos dizeres de Almeida (2003, p. 451), "com tal consagração legislativa, a paternidade legalmente esculpida distancia-se da sua base ou origem biológica para atender a interesses da própria família codificada, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica".

Porém, como é sabido, o marido da mãe nem sempre é o pai da criança, e hoje com mais facilidade, a qualquer momento, a princípio, o pai ou o outro legitimado pode negar a paternidade, em comparação à época de vigência do Código Civil anterior.

A verificação da razoabilidade da negatória da paternidade pressupõe a análise das três noções no caso concreto. Não pode a decisão se basear apenas numa vertente e trocar um dogma por outro, pois nenhuma delas é absoluta.

Quanto à vertente jurídica, por fim, cabe frisar que, embora não corresponda em alguns casos à realidade, não pode ser desconsiderada por completo, a ponto de ser retirada do ordenamento, já que ela facilita a determinação da paternidade de filhos de pais casados. Do mesmo modo o reconhecimento voluntário de filho, instaura uma relação de filiação jurídica, que passa a formar a personalidade de uma pessoa.

Já a vertente biológica, inicialmente, era uma "verdade proibida", pois filhos eram apenas aqueles concebidos na forma jurídica, ficando a descendência genética de fora da tutela do sistema quando não coincidia com a concepção jurídica de filiação.

A prova do vínculo biológico era, anteriormente, bastante precária e rudimentar, além disso, quando surgiu na década de 80, era poucos que faziam uso desse instrumento devido ao seu elevado custo, tornando-se hoje mais acessível e podendo ser, em alguns Estados, custeado pela própria justiça.

Apesar do DNA ter extraordinária valia na pesquisa da verdade científica da filiação, o mesmo não tem valor absoluto e decisivo na determinação da verdade real e cultural da filiação, diante das circunstâncias e dos novos rumos e valores emergentes da filiação socioafetiva na vida moderna.

Assim, a identidade real, embora parta do código genético e da filiação jurídica, ela não se resume a esses dois aspectos. Hoje predomina a identidade cultural ou socioafetiva, como componente maior da identidade real das pessoas, que não são objetos, mas seres humanos dotados de razão, vontade, sentimento, personalidade e dignidade.

3.3 Posse de Estado de Filho

A Constituição Federal de 1988 foi um marco no que diz respeito aos valores da família contemporânea brasileira, desligando-se das relações hierárquicas e patrimonializadas, refletiu diretamente na mudança das relações paterno-filiais, abrindo espaço para relações de igualdade, respeito mútuo e afeto.

A posse do estado de filho traz para o Direito uma realidade social que, assim como o vínculo biológico, é apreensível no mundo dos fatos e indispensável para o estabelecimento de uma realidade jurídica da filiação fncada na verdade socioafetiva.

Em linhas gerais, Lôbo (2004, p. 148), define a filiação como sendo um:

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

Ensina Almeida (2003, p. 154) que:

filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram. Desde a Antiguidade, a relação de filiação é o vínculo parental mais importante, talvez porque o mais próximo e também aquele que realmente sempre existiu. Com efeito, mesmo nas épocas em que não se poderia visualizar a existência de família como união entre o pai e a mãe, a relação de filiação era reconhecida, pelo que se pode considerar tal vínculo como o precursor das relações de parentesco.

Para Fachin (2003, p. 61), a base ambivalente da filiação sugere a coincidência dos vetores socioafetivos e biológicos no pai jurídico. Princípios e regras que se vertem em normas jurídicas estabelecem a paternidade, mediante tábua de valores que são incorporadas na legislação, na doutrina e na jurisprudência (2003, p. 61).

A posse do estado de filiação se estabelece quando alguém assume o papel de filho perante aquele que assume o papel de pai, independentemente da existência de vínculo biológico entre eles.

Assim, a filiação nem sempre decorre de laços consanguíneos entre os genitores e a prole, e pode também não decorrer do vínculo jurídico, estabelecido pela presunção legal estatuída no artigo 1.597 do Código Civil ou proveniente da certidão oficial de registro de nascimento (FACHIN, 2006, p. 61).

Sobre o assunto, Nogueira (2001, p. 95) discorre dizendo que “não se pode negar que o vínculo relacional entre pai e filho não se cria através de um documento, é preciso querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, é necessário se sentir como filho”.

Desse modo, o elemento caracterizador da posse de estado de filho e também da paternidade socioafetiva decorre da função de pai e/ou mãe, bem como do querer ser filho de alguém, ou seja, a partir do momento em que um casal (ou uma só pessoa) se dispõe a cuidar da criança, tratando-a como filho por meio do carinho, do respeito e da convivência, presente estará a posse de estado de filho. A paternidade se faz e se constrói, daí a ideia de que o estado de filho afetivo não se dá com o nascimento, e sim com a manifestação da vontade.

Dias (2006, p. 306) destaca que a noção de posse de estado de filho se estabelece em um ato de vontade que se sedimenta no terreno da afetividade, questionando tanto a verdade jurídica quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.

Lôbo (2005, p. 339), faz uma distinção entre pai e genitor:

Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Afinal, qual a diferença razoável que deva haver, para fins de atribuição de paternidade, entre o homem doador de esperma, para a inseminação heteróloga, e o homem que mantém uma relação sexual ocasional e voluntária com uma mulher, da qual resulta a concepção? Tanto em uma como em outra situação não houve intenção de constituir família. Ao genitor devem ser atribuídas responsabilidades de caráter econômico, para que o ônus de assistência material ao menor seja compartilhado com a genitora, segundo o princípio constitucional da isonomia entre os sexos, mas que não envolvam direitos e deveres próprios de paternidade.

Existem três elementos que auxiliam a caracterizar a posse de estado de filho, quais sejam: o nome (se o filho usa o nome de família); o tratamento (se na convivência familiar está configurada a relação filho/pai, como se realmente fossem pai e filho); e o reconhecimento pela sociedade (ou seja, se no ambiente social, há o reconhecimento pela sociedade da relação paterno/filial).

Neste sentido, está a lição de Fachin (1992, p. 156):

uma conhecida triologia clássica elenca os elementos que normalmente constituem a posse de estado de filho; *nomen, tractus e fama*. É sabido que estes são os principais dados formadores daquele conceito, mas, nem a doutrina, nem a jurisprudência, nem o legislador se arriscam em dar um rol completo ou definição acabada dos fatos aptos a constituí-lo. Assim vista, a posse de estado, é manifesta a sua natureza complexa. Não há dúvida que, formada por fatos, ela seja, num primeiro momento, um fato social do qual se extraem consequências jurídicas. Apresentando-se no universo dos fatos, a posse de estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade.

A posse de estado exige muito além da aparência de filho, não basta o reconhecimento pelo meio social, necessário também o estabelecimento de tratamento e o reconhecimento das figuras de pai e filho nesta relação, dentro do ambiente familiar.

Farias e Rosenvald (2008, p. 480) fazem críticas às exigências, vez que, para os autores, o fato, esse tratamento dos pais em relação aos filhos, seja notório é de ordem lógica, mas exigir-se que o filho utilize o nome de família como necessário para o acolhimento da teoria não possui importância para a determinação da posse do estado de filho, já que, via de regra, as pessoas são conhecidas pelo seu prenome, e, “na hipótese, não dispõem de condições de ostentar o sobrenome do pai afetivo”.

A posse de estado de filho não tem a função de comprovar a verdade biológica, mas sim de valorizar o aspecto afetivo e sociológico da filiação, valorizando elementos e situações na busca do verdadeiro significado de família.

Assevera Fachin (1992, p. 163) que:

no fundamento da posse de estado de filho é possível encontrar a verdadeira paternidade, que reside antes no serviço e no amor que na procriação. Esse sentido da paternidade faz eco no estabelecimento da filiação, e por isso, reproduzindo a modelar frase do professor João Batista Villela, é possível dizer que, nesse contexto, há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional.

Sobre o tema, justificando a impossibilidade de investigação de paternidade biológica, nos casos em que configurada a paternidade afetiva, assevera Veloso (1997, p. 214):

priorizando-se os interesses da criança, o biologismo é contido quando se constata a posse do estado de filho diante do marido da mãe. Se coexistem a paternidade jurídica (estabelecida pela regra ‘*pater is est*’) é a paternidade afetiva, esta situação real e concreta em que se encontra o filho na família e na sociedade é barreira intransponível para que se introduza um questionamento nesta relação paterno-filial. A busca da verdade biológica, obviamente, tem de ter alguns limites, inclusive para garantir o que seja mais útil para a criança, para seu equilíbrio psicológico, sua paz, tranquilidade, enfim, para sua felicidade.

A posse de estado, como realidade sociológica e afetiva, pode se mostrar tanto em situações em que está presente a filiação biológica, como naquelas em que a vontade e o afeto são os únicos elementos, como por exemplo, a adoção, ato puramente voluntário, que tem no afeto sua dimensão central, à margem da biologia. Outro exemplo é a inseminação artificial heteróloga, onde o homem registra como seu o filho gerado artificialmente por sua esposa, com material genético de outrem.

Pois bem, é a posse de estado, enquanto meio de prova do estado de filiação, fundamento legal para a filiação afetiva e recurso essencial no estabelecimento do verdadeiro sentido da filiação, baseados nos princípios atuais da paternidade.

3.4 Paternidade

A paternidade é um direito-dever, construída na relação afetiva onde se assume os deveres em realizar os direitos fundamentais da criança ou adolescente em formação, conforme previsto no art. 227, CF/88: vida, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar.

A função exercida por aquele que assumiu o papel de pai é muito mais importante, no estabelecimento do vínculo paterno-filial, que a do genitor, enquanto doador de material genético.

Cunha Pereira (1997, p. 132-134), para verificar qual o significado e importância de um pai em outras culturas e ordenamentos jurídicos, narra que:

Levi Strauss, em 'As Estruturas Elementares do Parentesco', demonstrou que a família tem inúmeras facetas em relação ao papel de pai. Em algumas sociedades, o marido tem apenas um papel social e econômico. Em outras, é o pai legal quem educa e ama os filhos de uma mulher com quem vive, mesmo sabendo que não é o pai biológico. Em uma sociedade do Tibet, por exemplo, vários irmãos partilham de uma mesma mulher, e o pai é o pai legal, isto é, aquele que cumpriu uma cerimônia especial até que outro resolva assumir o direito de paternidade. Entre os nayars (Índia), as crianças pertencem somente à linhagem materna, e o marido é absolutamente insignificante. Na Austrália, uma tribo da costa nordeste chamada WikMokans tem clara a distinção entre paternidade biológica e paternidade social e possui palavras diferentes para designar as diferentes paternidades. Na Índia central, os nayars, o esposo ritual (pater) e os amantes (os genitores) dividem entre si o papel que entre nós é atribuído a um único homem. Em várias tribos africanas, a paternidade é associada simbolicamente ao avô, pois acreditam que as crianças são reencarnação do avô ou bisavô.

A paternidade pode ou não coincidir com o elemento biológico, porém, o que a determina é a vontade de ser pai e assumir as suas responsabilidades que torna possível o estabelecimento da verdadeira paternidade.

A ideia de ‘posse de estado’ ampliou o conceito de paternidade e permitiu a aproximação da ideia de paternidade a de uma função, assim como considerado pela psicanálise, associada ou não à paternidade biológica.

A função pode ser exercida por uma série de pessoas, o genitor, o marido da mãe, o avô, um tio, ou simplesmente por aquele que criou e acolheu como filho.

Na doutrina, predomina a orientação de que pai não é apenas aquele que contribui com o seu material genético. A relação paterno-filial que identifica pais e filhos é aquela construída no cotidiano, com base no afeto, na dedicação, na educação, proteção, orientação, nos cuidados despendidos, para o pleno desenvolvimento de seu filho.

Para Leite (2000, p. 331), “a verdadeira filiação – esta a mais moderna tendência do direito internacional – só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos independentemente da origem biológica genética”.

Villela citado por Veloso (1997, p. 123) ensina que:

a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, de que possa resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. 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 reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu conteúdo eletivo, tem-se a prefigura da paternidade no futuro, que radica essencialmente ideia de liberdade.

Pai é aquele que ama e cria uma criança, é aquele que educa, orienta, ensina, se dedica, repreende, protege, alimenta, veste. Ainda que tal função seja exercida de fato, esta pessoa, sem dúvida, pode ser considerada como pai. Existe nesta relação uma realidade afetiva que o direito deve enxergar e amparar. A pessoa que assume a função de pai tem direitos e deveres para com a criança, sempre, buscando o seu melhor interesse.

Pois bem, a filiação biológica, por si só, não é garantia da vivência da paternidade, a verdade biológica é insuficiente para determinação da paternidade, eis que, como visto, a paternidade envolve a construção de uma relação e o fortalecimento de um vínculo, fato que se dá, no dia a dia.

De fato, o elo de união entre pai e filho se fortifica e se estabelece no trato diário, na convivência, quando é possível vivenciar e sedimentar o mais nobre dos sentimentos, o amor.

Anota Pierlingieri (1997, p. 244):

o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. Não se trata (e nem poderia ser) da exclusão do *iure sanguinis*, e sim, de um equilíbrio diante da *ratio* da comunhão de vida.

Cumpra lembrar que no âmbito das relações de família a Constituição Federal de 1988 assegura a igualdade de todos perante a lei sem distinção de sexo, raça, cor, credo, dentre outras. E logo no seu preâmbulo está o exercício dos direitos sociais individuais. Assim, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são colocados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, onde o respeito, a dignidade da pessoa humana é o corolário do Estado Democrático de Direito e o princípio da igualdade o mais invocado no texto constitucional (POZZOLI; SPLÍCITO, 2011).

Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) revelam no comportamento a base da paternidade. Apresenta-se então a paternidade como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no serviço e amor que na procriação (FACHIN, 1998, p. 178-179).

O estado de filiação desligou-se da origem biológica para assumir uma dimensão mais ampla que abranja a qualquer outra origem. Para ser pai, é preciso primeiro fazer-se pai, é necessário dedicar-se à construção cotidiana de paternidade.

Para Lôbo (2004, p.152):

o estado de filiação é gênero, do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Ainda que ele derive, na grande maioria dos casos, do fato biológico, por força da natureza humana, outros fatos o determinam, a saber, a adoção, a posse do estado de filiação e a inseminação artificial heteróloga. Assim, para abranger todo universo de situações existenciais reconhecidas pelo direito, o estado de filiação tem necessariamente natureza cultural (ou socioafetiva).

Nogueira (2001, p. 98) afirma que pai tem que ser muito mais que apenas pai jurídico ou biológico, mas pai de coração, de adoção e de doação. Nesse sentido, Gadotti (1998, p. 109) esclarece que:

O amor paterno (materno) não é simples nem complicado. O amor paterno exige presença ativa, diálogo... permanentes, intermináveis, mesmo quando os casamentos se desfazem. (...) Eis a questão da paternidade: é preciso ter tempo e disponibilidade para viver com os filhos. Amor paterno (materno) é presença ativa e atenção. É construção. Não é instintivo, genético. É conquista.

Dúvidas não restam mais que genitor é quem gera e pai é quem cria. A paternidade envolve a constituição de valores, educação e formação do filho, de sua individualidade e dignidade – estes adquiridos principalmente na convivência familiar.

Neste sentido, Almeida (2003, p. 281) explica que:

o estado de filiação não se estabelece(...) apenas como ato puramente biológico. (...) Consubstancia-se, sim, na formação de laços afetivos, na história pessoal de cada membro da família sendo pautada por alegrias e tristezas compartilhadas, (...), apoio, comprometimento, solidariedade, influências do ambiente familiar e social, que a hereditariedade sanguínea não consegue desvelar e construir, por si só.

Hoje em dia, é cada vez mais comum a identificação da filiação pelo afeto, tema que tem sido muito abordado em nossos Tribunais, que, em linha com a nossa melhor doutrina, tem reconhecido o afeto como base do estado de filiação.

3.5 Paternidade Socioafetiva

O Direito em muito avançou na questão do estabelecimento da paternidade, sobretudo, não há como deixar de mencionar, a incorporação do elemento social e afetivo, como base para o estabelecimento da filiação.

A paternidade não pode se resumir simplesmente à ciência, através de dados biológicos, devendo se levar em conta outros aspectos, principalmente o afetivo, em benefício dos filhos.

A convivência familiar, independentemente da origem do filho, promove a integração definitiva do grupo social familiar, bem como, a relação afetiva tecida no tempo entre quem convive. Configurada a posse do estado de filho (nome, tratamento e reconhecimento pela sociedade), há elementos para que se reconheça a paternidade afetiva.

A independência entre a verdade biológica e a paternidade, não é novidade para o Direito, neste sentido, Welter (2003, p. 129) entende que se pode identificar quatro modalidades de paternidade socioafetiva: a decorrente da adoção regular e legal; a adoção “à brasileira”, na qual o adotante simplesmente registra o filho de outrem como seu, sem o

devido processo legal; a criação de “filho” sem registro, o chamado “filho de criação”; e a reprodução humana assistida.

A relação paterno-filial, portando, se constrói, em sua essência, no afeto que une pai e filho, independentemente do vínculo biológico entre eles.

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

A perspectiva da filiação apresenta novos horizontes em sua base socioafetiva. Neste contexto, Cunha Pereira (1997, p. 131-132), afirma que no entendimento do Direito, pai é aquele que empresta seu nome na certidão de nascimento do filho. Entretanto, questiona-se o ordenamento jurídico, tão vinculado a elementos biológicos para a paternidade, garante ou ajuda a garantir o estabelecimento da paternidade. Pode-se atribuir ao pai o sentido de genitor, o marido ou companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou é aquele que dá sobrenome ou mesmo o seu nome. Cabe ao pai e à mãe o papel social meramente biológico. Mas, o direito amplia o conceito de pai e evidencia sua função social. Nota-se aí, o avanço e um sinal de compreensão, pelo nosso ordenamento jurídico, de que o pai é muito mais importante como função do que propriamente como o genitor.

No ordenamento jurídico brasileiro ainda não há previsão legal que reconheça expressamente a paternidade afetiva, para tanto, é necessário utilizar os princípios constitucionais fundamentais.

O Direito deve traduzir a realidade social, acompanhando as transformações oriundas da vida, sendo capaz de absorver as necessidades da sociedade, para assim, poder ampará-la, nas mais diversas formas de agrupamento social.

Leite (2000, p. 67) ensina que o que “a evolução histórico-cultural comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho”.

Atualmente, como até então visto, é certo que as famílias se sustentam muito mais pelo afeto do que por necessidades reprodutivas ou econômicas. A carga genética do filho não basta para que o pai afetivo deixe de ser pai. Importante ressaltar que o reconhecimento da paternidade afetiva é possível ainda que o filho tenha sido registrado pelo pai biológico, já que o fato a ser considerado pelo Direito para reconhecimento da relação paterno-filial não constitui apenas um fato biológico, mas, também, um fato social, que se revela tanto na sua manifestação perante o grupo social, como, especialmente, na esfera psicológica e afetiva dos sujeitos.

Diz Cornu (2003, p. 324-326), que a verdade biológica não reina absolutamente sobre o direito da filiação, porque esta incorpora, necessariamente, um conjunto de outros interesses e valores. Para o autor, confundir verdade real da filiação com verdade biológica, é um entendimento “reducionista, cego, demagógico e decepcionante”, concebendo “um direito biológico totalitário, além de um pseudo-direito subjetivo ilusório e nefasto”.

Aponta Fachin (2003, p. 57-58) que “paternidade e ascendência genética são conceitos que nem sempre se identifica no mesmo sujeito. (...). São aí compreendidas novas tendências do direito de filiação contemporâneo de família”.

O que se percebe é que o atual modelo de filiação transformou-se no transcurso da história clássica e tradicional e a voz do sangue foi superada pela voz do afeto colocando-o no mesmo patamar de importância.

O atual modelo jurídico de família e de filiação foge dos moldes tradicionais que foram determinados pelo Código Civil Brasileiro privilegiando os sentimentos humanos.

Na dissociação do conceito de paternidade de origem biológica, Ascensão (1978, p. 504) ensina que: “a quebra é de conceito, mas é mais: é também de percepção e da construção da própria realidade. É que a ordem jurídica não é uma estrutura estática e acabada, mas uma ordem evolutiva, uma resposta diferente a cada nova situação social”.

Por sua vez, assevera Barboza (2002, p. 23) que “a determinação da paternidade com base na informação genética tornou-se, porém, um imperativo, como se bastasse o vínculo biológico para criar talvez a mais importante das relações humanas: a de filiação”.

A autora em comentário ainda ressalta que não se pode confundir identidade genética com paternidade e a maternidade explica que o ideal seria que existisse uma coincidência entre as duas circunstâncias da existência humana. Não se exclui, portanto a ideia de que paternidade e maternidade são identificados com a base do afeto.

Nota-se que mais uma doutrinadora coloca o afeto como o primordial requisito para que se construa uma relação harmônica entre pais e filhos, não havendo a menor importância para uma relação biológica como fundamento principal para se estreitem esses vínculos familiares.

Cumprido salientar que o desenvolvimento da engenharia genética que tornou certa a verdade biológica da filiação, também trouxe um elemento afetivo com o desenvolvimento das técnicas de inseminação artificial heteróloga. Assim, se, de um lado, a ciência permite a certeza sobre os laços de sangue, ela admite, sob outro aspecto, que tais laços sejam postos à margem diante de uma realidade afetiva, impondo, pois, o reconhecimento de uma filiação socioafetiva.

Com propriedade Leite (1994, p. 121) ressalta que “as procriações artificiais e todos os efeitos daí decorrentes alteraram, porém, a ordem natural da evolução e, negando uma tradição assentada (da verdade biológica) propõe o contrário”.

O referido autor explica que os promotores das inseminações e fecundações, doações de gametas assumem indiretamente a valorização do afeto na filiação. Com essa postura complementam acreditando na filiação socioafetiva.

Diferentemente da procriação, fenômeno natural, instintivo desde os primórdios, sobre o qual o homem, ainda nos dias de hoje, ante toda a informação à disposição, ainda gera filhos sem ter a intenção de ser pai, a paternidade somente se estabelecerá quando o pai, assumir efetivamente a função de pai. É, pois, uma opção assumir ou não integralmente o papel de pai.

Neste sentido, preciosa a lição de Vilella (1980, p. 45), note-se, que “a paternidade, em si mesma, não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Aqui, o fato da natureza é dado por uma relação de causalidade material: a fecundação e seus necessários desdobramentos. É bem verdade que este fato enquanto tal, não está subtraído à vontade humana, que decide, afinal, de sua ocorrência ou não”.

Percebe-se com essas posturas que a verdadeira relação de paternidade/filiação não está apenas nos laços biológicos, mas na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta perante o grupo social e à família.

A realidade jurídica da filiação deve, então, se revelar na verdade socioafetiva da filiação, tendo como base, a posse do estado de filho, que possui os elementos necessários ao reconhecimento da relação de filiação.

Afirma Fachin (2003, p. 28) que se não há dúvida acerca da relevância do reconhecimento dos laços biológicos entre pais e filhos, mas afirma que as relações de afeto, carinho e amor superam os laços genéticos.

Percebe-se com essas posturas que quando a criança vem ao mundo e durante seu crescimento ela não compreende um parto ou uma relação biológica com seus pais. Para ela, importa o carinho, a atenção e o amor que recebe no ambiente familiar com simpatia e estímulos para crescer de forma saudável.

O que traz mais valia à relação entre as pessoas e o tratamento de uma pela outra é o reconhecimento da importância do outro, numa construção cotidiana nas relações intersubjetivas concretas.

A lição de Goldstein, Anna Freud e Solnit explica que a identificação dos pais pelas crianças se dá em virtude de seu comportamento, ou seja, da postura que assumiram em relação àquela criança, despendendo os cuidados necessários para o seu desenvolvimento

como ser humano, assim, citada por Villela (1980, p. 50), somente quando são os próprios pais biológicos que atendem a esses desejos, a relação biológica determina uma psicológica, na qual a criança possa se sentir mais segura, apreciada e desejada.

Tanto na relação biológica quanto afetiva é responsabilidade dos pais edificarem relações de amor e respeito no ambiente familiar.

Somente com o culto da afetividade dentro do grupo familiar será possível o desenvolvimento da solidariedade entre seus membros, essencial para a harmonia do grupo e para a formação de cada um como cidadão.

Contudo, como visto, não há no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo expresso que reconheça a verdade socioafetiva como elemento constitutivo da filiação, todavia, os princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do menor e da afetividade, permitem o reconhecimento da filiação socioafetiva.

Neste sentido, Welter (2003, p. 50-52) conclui que:

embora o País tenha canonizado a filiação biológica, deve ser reconhecida, em ação de investigação de paternidade, a perfilhação sócio-afetiva, porque: a) a Carta Magna proíbe qualquer discriminação entre filhos, não afastando, a toda evidência, o filho de direito ou de fato; b) a Constituição Federal determina sejam cumpridos os princípios da dignidade humana e da cidadania, elevados à categoria de fundamento da República artigo 1º, incisos II e III; c) deve ser observado o princípio da prevalência dos interesses do menor, cujo reconhecimento da filiação (biológica e sociológica) é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição (artigo 27 do ECA).

Observa-se, pois que a adoção da ideia de desbiologizar a paternidade traz significativa mudança para o conceito das relações paterno-filiais, pois, pais, serão aqueles que conscientemente optarem pelo livre exercício da paternidade.

A verdadeira família não é decorrente de fornecimento de material genético, mas, sim, dos laços afetivos familiares, decorrentes do amor e do carinho e da solidariedade, assim, deve ser compreendida pela circunstancia de ser-pai, de ser-filho, de ser-irmão, de ser-marido, de ser-convivente, de ser-família.

Afirma Fachin (2003, p. 25), nessa mesma linha de pensamento e evidencia que a construção da verdade sociológica da filiação acontece não só na origem biológica ou genética, mas na conduta daquele que precisa cuidar, dar carinho, orientar e conduzir bem tanto em público quanto no ambiente íntimo da vida em família. Com essa relação, atende-se ao princípio da dignidade da pessoa humana como preceitua o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal não enaltece somente a origem biológica da filiação, estabelece exatamente o contrário, abrigando gênero somente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre o outro.

Almeida (2002, p. 24) atribui a paternidade de se estabelecer uma ligação substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos, com origem ou não no casamento, porém voltado totalmente para a qualidade da entidade familiar como promotora da realização espiritual ao desenvolvimento da personalidade de todos os componentes da família.

Em havendo um conflito entre pais biológicos e pais não biológicos, hoje, ante as novas diretrizes constitucionais, tal conflito não mais se resolve pela primazia dos primeiros ou dos segundos. Mudou o foco dos interesses dos pais para os filhos. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, com força de Lei Ordinária no Brasil, desde 1990, estabelece o melhor interesse da criança, em face dos interesses dos pais. Essa norma, alinhada com a Constituição Federal, foi absorvida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil.

Se a Lei Civil não se refere expressamente à afetividade como situação reveladora da filiação, também não o faz quanto à verdade biológica, considerando a presença da presunção *pater is est* no ordenamento jurídico. Sobre o papel dos operadores do direito, ante as lacunas do ordenamento, assevera Muniz (1998, p. 116): “nessa medida, a decisão judicial, ao integrar a lacuna para resolver o caso concreto, esboça, para além disso, o desenho da norma jurídica que o legislador deverá editar para, em futuros desenvolvimentos do sistema, preencher o vazio normativo existente.”

Nota-se que o exame de DNA, somente confirma o vínculo genético entre as pessoas, mas não atribui a paternidade, como dissertam Canezin e Eidt (2012, p. 13), “o exame de DNA, no entanto, apesar de extremamente importante como meio de prova, não atribui a paternidade ou maternidade a alguém, mas apenas confirma o vínculo biológico existente entre as pessoas”.

Para o autor, a finalidade do exame é mostrar o verdadeiro genitor, mas não o verdadeiro pai. O genitor nem sempre está ligado ao filho pelos laços do amor e do afeto como está ligado o verdadeiro pai.

Diante da constatação histórico-social de que a paternidade é construída pelos laços afetivos e de solidariedade e pela influência do ambiente familiar, os testes científicos não podem, e jamais poderão alcançar a realidade que envolve os laços paterno-filiais.

Assevera Medeiros (2003, p. 122), “após a busca desenfreada pela paternidade biológica, percebeu-se que não bastava ter um pai que reconhecesse a paternidade, era preciso um pai que de fato exercesse a paternidade.”

A ideia de afetividade consagra a proteção dos interesses dos filhos, a ponto de podermos afirmar que a ascendência genética pode vir a ser sacrificada em respeito ao melhor interesse da criança.

Sobre o tema, esclarece Lôbo (2008, p. 257):

a verdade socioafetiva em sentido estrito, quando já constituído o estado de filiação e de paternidade, que não pode ser desfeito, porque derivado da convivência familiar duradoura. Três hipóteses de filiação, apenas socioafetivas, podem ser destacadas no nosso Código Civil de 2002. Primeira, adoção. Vejam no art. 1.626 do Código Civil a respeito. Segunda, posse do estado de filiação. Vejam no art. 1.605 a respeito. E a terceira, a concepção por inseminação artificial heteróloga. Vejam no art. 1.597. Essas relações de paternidade e filiação são integral e exclusivamente socioafetivas. E não pode o filho adotado vindicar a paternidade biológica ou a maternidade biológica. E não pode, como já disse, o filho gerado com sêmen do homem que não o marido vindicar a paternidade biológica desse outro homem.

Quando havia conflito entre filiação biológica e socioafetiva, prevalecia, na maioria dos casos, a primeira, sob a justificativa do interesse dos pais biológicos, porém, o interesse do menor, objeto e não sujeito da disputa, não era determinante. Entretanto, com a inversão dos interesses, o julgador, no caso concreto, deverá observar o melhor interesse do menor e decidir se a sua realização pessoal estará assegurada entre os pais biológicos ou entre os pais não biológicos. Devendo ser ponderada a convivência familiar, constitutiva da posse do estado de filiação.

Sobre a observação do princípio do melhor interesse do menor, ante o conflito biológico e afetivo, analisa Almeida (2003, p. 171):

surge então um primeiro problema, qual o de se saber quem é, realmente a mãe: aquela que cria ou a que deu à luz. A solução parece difícil ante a perspectiva utilizada na interpretação dos direitos que afetam o caso. É que a jurisprudência de nossos Tribunais, calcada em larga doutrina, vem-se inclinando no sentido de que o direito regula a relação de filiação deve ser aplicado tendo em vista antes os interesses dos filhos. Assim, em litígio onde se discute a guarda de filho trocado, não é descartável a hipótese de que este fique com a mãe de criação, posto local menos traumático ao menor.

Assim a filiação “não esta lastreada no nascimento (fato biológico), mas em um ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 670).

Com o reconhecimento da paternidade afetiva, atendendo ao princípio do melhor interesse do menor, o filho terá todos os direitos de filho.

Identificar a origem, bem como, definir o fundamento biológico, jurídico, ou socioafetivo, que deva prevalecer no estabelecimento das relações paterno-materno-filiais, é tarefa que está a exigir do operador do direito, observância plena dos valores, princípios e normas constitucionais, tendo a dignidade da pessoa humana como valor essencial e fundamento indispensável do ordenamento jurídico.

Registramos que o estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade, não guarda qualquer relação com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade.

Enfim, para a definição da paternidade o que se coloca em lugar de maior relevância é o atendimento do interesse na constituição de um vínculo parental, observando o melhor interesse da criança, que oportunize a convivência familiar para o desenvolvimento afetivo, ético, psicológico e intelectual do menor.

Atualmente pode-se dizer que existem três formas de determinar a paternidade:

[...] três diferentes critérios para a determinação da filiação a partir da combinação das suas distintas origens e características: i) o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal; ii) o critério biológico centrado na determinação do vínculo genético, contando, contemporaneamente, com a colaboração e certeza cientificada do exame de DNA; iii) o critério socioafetivo, estabelecido pelo tipo de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.641).

Assim, a paternidade jurídica é aquela constante do registro de nascimento da pessoa, sendo geradora de direitos e deveres, a paternidade biológica esta relacionada com a genética, com o sangue, podendo ser comprovada pelo exame de DNA, já a paternidade socioafetiva é aquela formada pelos laços de afeto.

Na tentativa de localizar respostas para a verdade da filiação, sopesando os elementos jurídicos, biológico e afetivo, há que se considerar que o vínculo pai-filho não se constrói como sendo apenas um dado, e sim na relação de pai-filho, baseado no afeto.

Esta tendência, seguindo a melhor orientação doutrinária e jurisprudencial foi acolhida, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal nos Enunciados 103 e 130, quando reconhecida a noção de paternidade socioafetiva como forma de parentesco civil.

O Enunciado 103 esclarece que o artigo 1.593 do Código Civil de 2002 reconhece outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção acolhendo assim, a noção de que há 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.

O Enunciado 130 faz uma proposição sobre o artigo 1.601 do Código Civil. Sua redação atual: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único: Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.” Redação proposta: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo primeiro: Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filho. Parágrafo segundo: Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.”

Na III Jornada de Direito Civil, no Enunciado 256, quanto ao artigo 1.593 restou igualmente reconhecido que a posse do estado de filho (paternidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

O Projeto de Lei denominado Estatuto das Famílias, originalmente PL 2.285/2007, que passou, em razão de tramitação conjunta na Câmara dos Deputados, a ser identificado como Substitutivo ao PL 674/2007 segue atualmente em discussão na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados.

O referido Projeto de Lei do Estatuto das Famílias pretende substituir todo o Livro do Direito de Família do Código Civil vigente no Direito.

Em seu Capítulo I do Título IV, destinado à Filiação, também na linha da melhor doutrina e jurisprudência a respeito do tema, reconhece expressamente a paternidade socioafetiva como forma de parentesco civil no artigo 77 descrito a seguir:

Art. 77. É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetiva, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético sem gerar relação de parentesco.

Parágrafo único. O ascendente genético pode responder por subsídios necessários à manutenção do descendente, salvo em caso de inseminação artificial heteróloga.

E quanto às demais formas de filiação, os artigos de 70 a 76 dispõem sobre elas conforme demonstrado a seguir:

Art. 70. Os filhos, independentemente de sua origem, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações e práticas discriminatórias.

Art. 71. A filiação prova-se pelo registro de nascimento.

§ 1.º Os pais devem registrar os filhos no prazo de trinta dias do nascimento.

§ 2.º Também se prova a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando houver posse de estado de filho.

Art. 72. Os filhos não registrados podem ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente.

§ 1.º O reconhecimento dos filhos é feito:

I – por documento particular ou escritura pública;

II – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

III – por manifestação direta e expressa perante o juiz, mesmo que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

§ 2.º O ato de reconhecimento deve ser levado ao registro de nascimento.

§ 3.º O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

§ 4.º O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

§ 5.º São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento.

Art. 73. Presumem-se filhos:

I – os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção;

II – os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor;

III – os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre e informado do marido ou do convivente, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha ocorrido antes do seu falecimento.

Art. 74. O filho registrado ou reconhecido pode impugnar a paternidade, desde que não caracterizada a posse do estado de filho em relação àquele que o registrou ou o reconheceu.

Parágrafo único. O filho maior não pode ser registrado ou reconhecido voluntariamente sem o seu consentimento.

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

Parágrafo único. A sentença que julgar procedente a investigação produz os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário.

Art. 76. Cabe ao marido, ao convivente ou à mulher o direito de impugnar a paternidade ou a maternidade que lhe for atribuída no registro civil.

§ 1.º Impugnada a filiação, se sobrevier a morte do autor os herdeiros podem prosseguir na ação.

§ 2.º Não cabe a impugnação da paternidade ou maternidade:

I – em se tratando de inseminação artificial heteróloga, salvo alegação de dolo ou fraude;

II – caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

Dos dispositivos mencionados, é possível extrair a preocupação do legislador em tratar a filiação de modo igualitário, pouco importando a origem consanguínea ou socioafetiva (adoção, posse de estado de filho ou inseminação artificial heteróloga). Almeja-se descortinar os paradigmas parentais, materno-filiais e paterno-filiais que podem apreender, no plano

jurídico, a família como realidade socioafetiva, coerente com o tempo e o espaço do Brasil de hoje, recebendo a incidência dos princípios norteadores da superação de dogmas preconceituosos.

Como o fato vem sendo recorrente, seria de suma importância à criação de lei específica para regulamentar os casos concretos e resolver problemas que surgem nessas relações familiares. Já existe um projeto de Lei n. 5682/2013, proposto pelo Deputado Newton Cardoso (PMDB-MG), que: "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".

Por tal razão, entendemos ser louvável a proposição de possibilitar o reconhecimento do ascendente genético, garantindo o direito fundamental da dignidade da pessoa humana em conhecer o seu ascendente biológico, sem, no entanto, criar laços de parentesco, mantendo a paternidade existente.

Existem algumas questões no tocante à discussão entre paternidade biológica e paternidade afetiva, que têm sido levadas ao Poder Judiciário, e apesar dos nossos Tribunais estarem caminhando no sentido do reconhecimento da paternidade afetiva, a matéria ainda não é pacífica e gera inúmeras controvérsias, posto tratar de questão tão delicada e com tantas peculiaridades a cada caso.

Algumas peculiaridades que podem ser apresentadas quanto a essa matéria: 1. O filho é registrado pelo pai afetivo – adoção à brasileira – segundo o nosso ordenamento presume-se pai, o pai registral. Entretanto, em um determinado momento o filho descobre que seu pai biológico não é o seu pai registral e decide investigar a sua origem genética, ou, até mesmo a mãe se separa do pai registral e, na qualidade de representante do filho menor decide investigar a paternidade do filho. Neste momento, temos um ponto polêmico, que contrapõe dois valores: a) de um lado: o direito do filho de saber a sua origem genética, que possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade, posto ser o estado de filiação um direito personalíssimo, portanto indisponível e; b) de outro lado: temos que a investigação de paternidade serve para dar pai a quem não tem, portanto só é possível para constituir paternidade, nunca para desconstituí-la (GOUVEIA, 2010, p. 120).

Lôbo (2004, p. 505-530) é pontual ao dissociar as questões relativas ao direito da personalidade das questões de direito de família, concluindo que a verdadeira paternidade é fruto do afeto e é perfeitamente compatível com a descoberta da ascendência genética:

O estado de filiação decorre da estabilidade dos laços afetivos construído no cotidiano de pai e filho, constitui essencialmente da atribuição da

paternidade/maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza do Direito de Família e a segunda de direitos da personalidade. As normas e os efeitos não se confundem. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de, por exemplo, conhecer seus ascendentes biológicos. Em contrapartida, a paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem. É inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente.

Diante do conflito da paternidade afetiva e biológica, interessante trazer alguns julgados recentes que têm reconhecido a preponderância da paternidade afetiva, ainda que não neguem o direito de conhecimento à ascendência genética.

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. 2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. 3. Recurso especial não provido (BRASÍLIA, 2012).

No julgado acima apresentado, nota-se que prevaleceram os vínculos afetivos próprios do estado de filho, em detrimento da paternidade biológica. Houve o afastamento da alegação de falsidade ou erro e a manutenção do registro de nascimento comprovando, assim, que a posição jurídica privilegia o afeto nas relações familiares, principalmente nas relações entre pais e filhos.

ADOÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MENOR QUE MORA, DESDE O CASAMENTO DE SUA GENITORA COM SEU PADRASTO, EM DEZEMBRO DE 2000, COM ESTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. MOLDURA FÁTICA APURADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMONSTRANDO QUE O MENOR FOI ABANDONADO POR SEU PAI BIOLÓGICO, CUJO PARADEIRO É

DESCONHECIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. As instâncias ordinárias apuraram que a genitora casou-se com o adotante e anuiu com a adoção, sendo "patente a situação de abandono do adotando, em relação ao seu genitor", que foi citado por edital e cujo paradeiro é desconhecido. 2. No caso, diante dessa moldura fática, afigura-se desnecessária a prévia ação objetivando destituição do poder familiar paterno, pois a adoção do menor, que desde a tenra idade tem salutar relação paternal de afeto com o adotante - situação que perdura há mais de dez anos -, privilegiará o seu interesse. Precedentes do STJ. 3. Recurso especial não provido (BRASÍLIA, 2011).

Nesse julgado, deu-se maior atenção ao princípio do melhor interesse da criança que abandonada pelo pai biológico que não mais foi encontrado, foi adotado pelo padrasto com quem estabeleceu vínculos afetivos de pai e filho. Prevaleceu mais uma vez a paternidade socioafetiva.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. COMPROVAÇÃO DA VERDADE REGISTRAL E SOCIOAFETIVA QUE PREVALECE SOBRE A BIOLÓGICA. COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA POR EXAME DE DNA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DO PAI REGISTRAL QUE FICOU EVIDENCIADA, A PONTO DE AFASTAR A VERDADE BIOLÓGICA. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do código civil. a retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de...(RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Na apelação cível acima apresentada, houve comprovação da verdade registral e socioafetiva e também da verdade biológica, entretanto a verdade biológica foi afastada e prevaleceu mais uma vez a paternidade socioafetiva.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO PELA NULIDADE DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE DA PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO INEXISTENTE. REALIZAÇÃO DE TESTE DE PATERNIDADE POR ANÁLISE DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE SÓLIDO VÍNCULO AFETIVO POR MAIS DE 23 ANOS. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE VEDADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É irrevogável e irretratável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova, estreme de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento. A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica (SANTA CATARINA, 2011).

Registramos que, nos casos de desconstituição de relação de paternidade, que o registro não se tratou de erro, mas de registro consciente de paternidade/maternidade, que, depois de consolidada a relação, qualquer que seja o interesse do menor, a verdade socioafetiva foi estabelecida.

Medeiros citado por Fachin (2003, p. 127) comenta a importância da jurisprudência quando o assunto é a paternidade:

Observa-se que os tribunais, ao decidirem sobre o estabelecimento da paternidade, começaram a informar, progressivamente, seus pronunciamentos como valores diversos daqueles que inspiraram o legislador. Diversamente do sistema codificado, mostra-se visível a preocupação com a verdade da filiação, não seguindo estritamente os rigores impostos pelo legislador. Assim, recolhem dos fatos circunstâncias ausentes no Código. Nessa recepção, a jurisprudência revela, em diversos momentos, elementos que de fato coincidem justamente com aqueles que caracterizam a posse de estado. Mesmo sem tê-la explicitamente assumido, a ideia de posse de estado de filho se faz presente em inúmeros acórdãos, exercendo um importante papel. Nesse aspecto, a jurisprudência mostra flagrante distância do texto codificado.

Invocados os princípios constitucionais da proteção da entidade familiar pelo Estado e da dignidade da pessoa humana, fundamentam os julgadores, a prevalência da relação socioafetiva, quando estabelecida e consolidada a relação paterno-filial, em prol do menor e dos laços de identidades formados, que, não poderão ser desfeitos sem traumas para as crianças.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, que “O menor, de regra, deve ser mantido onde está, desde que aí se encontre bem. A troca de meio ambiente deve ser evitada o quanto possível, para não causar prejuízo psíquico à criança”. (STF, RE 100.200.0, 2ª Turma, j. 27/09/83, Rel. Min. Moreira Alves, in RT 586/234).

Registramos ainda que o Supremo Tribunal Federal (STF), em votação no Plenário Virtual, reconheceu repercussão geral em tema que discute a prevalência, ou não, da paternidade socioafetiva sobre a biológica. A questão chegou à Corte por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 692186, interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que inadmitiu a remessa do recurso extraordinário para o STF. No processo, foi requerida a anulação de registro de nascimento feito pelos avós paternos, como se estes fossem os pais, e o reconhecimento da paternidade do pai biológico.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (BRASÍLIA, 2013).

Como se vê, é extremamente importante que o julgador tenha a sensibilidade de analisar cada caso concreto à luz dos fundamentos constitucionais, para verificar se há o estabelecimento da paternidade socioafetiva e a presença da posse do estado de filho, e ainda, aplicar o direito no melhor atendimento aos interesses do filho.

Outra situação que podemos imaginar é quando o pai, que registrou o filho como se seu fosse, posteriormente, pretende negar essa paternidade.

A declaração de paternidade livre e espontânea é ato irrevogável e sua anulação só é possível nos casos previstos em lei: dolo, erro e coação. E ainda, não há como desconstituir o vínculo parental se há presença de posse de estado de filho, eis que se forma um vínculo afetivo com a criança que transcende o interesse do pai.

Entretanto, existe a possibilidade de não ter sido configurada a paternidade afetiva entre o pai registral e o filho. Nesses casos, o julgador deverá se orientar pelo princípio do melhor interesse do filho, decidindo a cada caso concreto, já que não foi configurada a posse de estado de filho.

Remeter a paternidade a configurações meramente biológicas, é retroceder ao conceito arcaico de “ser pai” distante, provedor e autoritário, desconsiderando seu conceito moderno que é pautado no afeto e no respeito.

Assim, “a paternidade não pode se resumir simplesmente à ciência, através de dados biológicos, devendo se levar em conta outros aspectos, principalmente o afetivo, em benefício dos filhos” (LÔBO, 2005, p. 339).

Vê-se que, apesar da tecnologia científica ter condições de detectar biologicamente a filiação, por meio do exame de DNA, sempre será necessário levar em conta o melhor interesse do menor, analisando se nas relações paterno-filial se deu em bases afetivas, pois, como podemos observar, os pais não são obrigatoriamente os que geram o filho, mas sim os que amam, criam, educam, orientam, ensinam, se dedicam, repreendem, protegem, alimentam, vestem, sempre observando o melhor interesse da criança.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, cumpre salientar que o conceito de família muito evoluiu com o passar dos tempos, e nossa Constituição Federal de 1988 reconheceu que a família existente na realidade brasileira, não é mais exclusivamente a família tradicional, formada por um casal heterossexual, unidos pelos laços do matrimônio, com filhos advindos dessa relação, que habitam numa unidade doméstica independente, com papéis relativamente estáveis de pai, mãe e filho.

As pessoas, que antes procuravam se enquadrar nos modelos pré-estabelecidos de configuração familiar, passaram a ter maior liberdade para se unir e estruturar a sua família, sem se sentirem discriminadas, enaltecendo nessas relações o afeto.

A afetividade é um aspecto necessário, complementar e indissociável no desenvolvimento do ser humano, daí a sua grande importância nas relações familiares.

Na sociedade contemporânea, as relações de afetividade se acentuam entre os membros da família, dessa maneira, inúmeras questões devem ser repensadas, especialmente, a paternidade afetiva.

A paternidade socioafetiva, ao contrário da biológica e da jurídica, não foi expressamente legitimada pelo Direito e, portanto, precisava criar as bases de seu fortalecimento. Nesse contexto, surgiu a posse de estado de filho que visa legitimar os relacionamentos entre pais e filhos, fundados estritamente no afeto.

A posse do estado de filho traz para o Direito uma realidade social que, assim como o vínculo biológico, é apreensível no mundo dos fatos e indispensável para o estabelecimento de uma realidade jurídica da filiação fincada na verdade socioafetiva.

Esta posse de estado de filho não tem a função de comprovar a verdade biológica, mas sim de valorizar o aspecto afetivo e sociológico da filiação, valorizando elementos e situações na busca do verdadeiro significado de família.

A função exercida por aquele que assume o papel de pai é muito mais importante, no estabelecimento do vínculo paterno-filial, que a do genitor, enquanto doador de material genético.

Pai é aquele que ama e cria uma criança, é aquele que educa, orienta, ensina, se dedica, repreende, protege, alimenta, veste. Ainda que tal função seja exercida de fato, esta pessoa, sem dúvida, pode ser considerada como pai. Existe, nesta relação, uma realidade afetiva que o direito deve enxergar e amparar.

Atualmente, os Tribunais pátrios têm reconhecido a paternidade afetiva, ainda que não neguem o direito de conhecimento à ascendência genética.

Finalmente, é lícito concluir através do estudo realizado, que não há no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo expresso que reconheça a verdade socioafetiva como elemento constitutivo da filiação e parentesco, todavia, os princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do menor e da afetividade, permitem o reconhecimento da filiação socioafetiva.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Luiz Gavião. O direito de família e a Constituição de 1988. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.) **O novo estatuto da filiação**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALMEIDA, Maria Cristina. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- AMORIM, Ana Karenina de Melo Arraes; VIANA, Terezinha de Camargo. O luto na obra freudiana: um afeto normal. **Pulsional Revista de Psicanálise**. 2003. Disponível em: http://www.editoraescuta.com.br/pulsional/173_01.pdf>. Acesso em 16 maio 2013.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. **O valor jurídico do afeto: construindo o saber jurídico**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, 2006.
- ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito - Introdução e Teoria Geral**; uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 504.
- ASSIS, Olney Queiroz; FREITAS, Márcia. **Tratado de direito de família: interpretação doutrinária, jurisprudência comentada, legislação referencial e prática processual**. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à Identidade Genética. In: III Congresso Brasileiro Direito de Família, 2002, Belo Horizonte. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 379-389.
- BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRASIL, **Constituição Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 2 de jan. 2014.

BRASIL, **A Emenda Constitucional nº. 65**, de 13 de julho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm. Acesso em: 02 jun. 2013.

BRASÍLIA, **STJ** - REsp 1207185 MG 2010/0149110-0; Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Julgamento: 11/10/2011; Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA; DJe 22/11/2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21034162/recurso-especial-resp-1207185-mg-2010-0149110-0-stj>. Acesso em 18 dez. 2013.

_____. **STJ**, REsp 1059214 RS 2008/0111832-2; Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Julgamento: 16/02/2012; Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA; DJe 12/03/2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21399240/recurso-especial-resp-1059214-rs-2008-0111832-2-stj>. Acesso em 18 dez. 2013.

_____. **ARE** 692186 RG/DF - DISTRITO FEDERAL REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator:Min. LUIZ FUX. Julgamento: 29/11/2012. DJe-034 Divulg.: 20-02-2013 Public.: 21-02-2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55097767/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-ii-04-06-2013-pg-409>. Acesso em: 18 dez. 2013.

CANEZIN, C.C. ; EIDT, F. F. **Filiação Socioafetiva**: um passo do direito ao encontro da realidade. Porto Alegre. Revista Síntese de direito de família, v 13, nº19, p.09-23, 2012.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, p.3, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. A família e sua tutela: aspectos relevantes para a análise da eficácia do ordenamento jurídico no plano das relações familiares. In: **Pensando o Direito**: Reflexões em busca da afetividade. Curitiba: Centro Universitário Positivo, 2005.

_____. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. Os filhos da democracia: uma reflexão acerca das transformações da filiação a partir da Constituição federal de 1988. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009.

COLTRO, Antônio Mathias. **Um valor imprescindível**. Belo Horizonte: Del Rey, a. 4, nº 8, maio 2002.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir, AMARAL e SILVA, Antônio Fernando do; MENDÉZ, Emilio García (coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 39.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

_____. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

_____. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: DIAS, Maria Berenice e BASTOS, Eliene Ferreira. **Família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CORNU, Gerard. Droit Civil: **La Famille**. 8. ed. Paris, Montchrestien, 2003.

CURY, Munir, PAULA, Paulo Afonso Garrido de, MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.19.

DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v.2, n.8, p.62-69 jan./mar. 2001.

_____. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Adoção e a espera do amor**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22622>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

_____. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (coord.). **Direito de Família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, prefácio.

DIAS, Maria Berenice e BASTOS, Eliene Ferreira. **Família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado: Texto Integral**. Traduzido por Ciro Mioranza. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, 2006, v.2. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal).

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

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

_____. A tríplice paternidade dos filhos imaginários. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: Aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 02.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Comentários ao novo código civil**. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. Vol. XVIII – Coord. Sávio de Figueiredo Feitosa. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Questões de direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Princípios constitucionais do direito de família brasileiro contemporâneo. In: DIAS, Maria Berenice e BASTOS, Eliene Ferreira. **Família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FACHIN, Rosana Amaral Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Do parentesco e da filiação**. Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves. **A família da pós-modernidade**: mais que fotografia, possibilidade de convivência. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil_familia/artfamilia4.pdf> Acesso em 03 jan. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Direito de família. v. 6. 4 ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2012.

_____. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.148.

GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da Práxis**. São Paulo: Cortez, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família– As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, v. VI.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Função social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Das relações de parentesco. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, v. VI, 2010.

GOUVEIA, Débora Consoni. **A autoridade parental nas famílias reconstituídas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16122010-105204/>>. Acesso em: 23-07-2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas uniões depois da separação. Ed. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. Afetos, sexualidade e violência: A família desmistificada. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira. **Família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008a.

_____. **Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: RT, v.7, 2008.

_____. **Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade**. Aspectos psicológicos na prática jurídica. São Paulo: Milenium, 2.ed. 2008b.

HERRERA, Marisa, Filiación, adopción y distintas estructuras familiares em los albores del siglo XXI. In. DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira. **Família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr./jun. 1999.

_____. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.101, p.153-167, jan. dez. 2006.

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

IMBASCIATI, Antônio. **Afeto e representação**: para uma análise dos processos cognitivos. São Paulo: Editora 34, 1998.

KUKINA, Sérgio Luiz. Efetividade dos direitos da criança e do adolescente no Brasil à luz dos direitos humanos. In: GRILO, Valéria Teixeira de Meiroz; DIGIÁCONO, Murilo José; SILVA, Cristina Maria Suter Correia da (Coords.) **Revista Igualdade**. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Curitiba, v. 10, n. 36, p. 1-89, jul./set., 2002.

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

_____. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Famílias monoparentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.). **Afeto, ética, família e novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 148

_____. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Anais**, IV Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ, **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, jan. 2005, nº. 339.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

_____. A família enquanto estrutura de afeto. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira. **Família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Direito civil**: parte geral. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Princípio jurídico da afetividade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aso?id=527>>. Acesso em 03 nov. 2013.

MADALENO, Rolf Hanssem. Alimentos e sua restituição judicial. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, nº 211, maio 1995.

_____. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

_____. A multa afetiva. Aspectos processuais do direito de família. **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM. n.8, maio 2002. (Número especial).

_____. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2011

MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia (col.) VITÓRIA, Ana Paula da Silva (col.). Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – Direito pós-moderno? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.764, 1999.

MEDEIROS, Leticia Zanenga. **Paternidade Socioafetiva**. Porto Alegre. Direito e Justiça: Rio Grande do Sul, v.25, n.27, p.107-138, 2003.

MINAS GERAIS, **TJMG** – Ag 6433396-71.2009.8.13.0024 – 1ª C.Cív. – Rel. Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade Washington Ferreira – DJe19.10.2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em: 10 dez. 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 32.ed., 1995; 38 ed. Regina Beatriz Tavares da Silva (Atual.), 2007, v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. Coleção Temas Jurídicos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família democrática. In: Família e dignidade humana: *Anais* do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1998.

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

OLIVEIRA, Guilherme de. **Sobre a verdade e a ficção no direito de família**. Temas de Direito de Família. 2. ed. Coimbra, 2001.

OLIVEIRA, Suely Bischoff. **Afeto o que vem a ser?** 2009. Disponível em:<<http://www.artigonal.com/psicologiaauto-ajuda-artigos/afeto-o-que-vem-a-ser-fontescielo-brasil-et-al-903774.html>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.3, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

POZZOLI, Lafayett; SPLICIDO, Christiane. **Teoria Geral do Direito**: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade. São Paulo: Boreal, 2011.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Família sem casamento: De relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIO GRANDE DO SUL, **TJRS** - AC: 70044880854 RS , Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 11/04/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/04/2012). Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21508354/apelacao-civel-ac-70044880854-rs-tjrs>. Acesso em: 15 dez. 2013.

RUSSO, José. As sociedades afetivas e sua evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n. 32, out./nov. 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro, 2005.

SANTA CATARINA, **TJSC** - AC: 50504 SC 2011.005050-4, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 10/05/2011, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Lages). Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19767467/apelacao-civel-ac-50504-sc-2011005050-4>. Acesso em: 12 dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Mulher e planejamento familiar. p. 443-449. In: BERTOLIN, Patrícia Turma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Mulher, sociedade e direitos humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36.ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>> Acesso em 12 jul. 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Temas de direito civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

VENCESLAU, 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.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista Forense**, jul./ago./set. 1980.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

WINOGRAD, Monah; SOLLERO-DE-CAMPOS, Flávia; LANDEIRA-FERNANDEZ, Jesus. Um diálogo entre a psicanálise e as neurociências. **Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, 2005.