

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO EMPRESARIAL, CONTRATOS, RESPONSABILIDADE CIVIL E FAMÍLIA

MARIANA SILVEIRA SANTOS

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM RELAÇÕES SEM VÍNCULO
SANGÜÍNEO: FILHOS DE CRIAÇÃO**

Brasília, DF

Fevereiro de 2015

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM RELAÇÕES SEM VÍNCULO SANGÜÍNEO: FILHOS DE CRIAÇÃO

Monografia de final do curso de pós-graduação em Direito Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), desenvolvida pela aluna Mariana Silveira Santos.

Brasília, DF

Fevereiro de 2015

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM RELAÇÕES SEM
VÍNCULO SANGÜÍNEO: FILHOS DE CRIAÇÃO**

Monografia de final do curso de pós-graduação
em Direito Empresarial, Contratos,
Responsabilidade Civil e Família no Instituto
Brasiliense de Direito Público (IDP),
desenvolvida pela aluna Mariana Silveira Santos.

Aprovada em _____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora:

Brasília, DF

Fevereiro de 2015

RESUMO

O Direito Civil e o Direito de Família recorrem a Constituição Federal, já que nela existem os preceitos a serem seguidos pela sociedade, e devido isso acabam sendo conhecidos por Direito Civil Constitucionalizado. Esse direito abarca os princípios que são utilizados tanto pelos civilistas como pelos constitucionalistas, como é o caso do princípio da dignidade humana. O Direito de Família, por consequência de suas modernizações, baseia-se principalmente na sócio-afetividade, ou seja, o afeto ditará como que as relações familiares se estabelecem e como acontecem os “processos adotivos”. Os filhos de criação surgem como modalidades de filho aonde se equiparam com os adotados “à brasileira” e conceitua-se e estabelece parâmetros para que não exista a diferenciação entre os filhos. A metodologia dedutiva foi utilizada para chegar à conclusão de que os filhos de criação deveriam ter o mesmo tratamento que qualquer outro filho, inclusive tendo não só os mesmos direitos, como também os deveres.

Palavras chaves: Sócio-afetividade; Direito de Família; Família; Filhos de Criação.

ABSTRACT

The civil law and family law appeal the Constitution, as there are the precepts to be followed by the company, and because it end up being known by Civil Law constitutionalized. This right includes the principles that are used both by civilists as the constitutionalists, such as the principle of human dignity. The Family Law, as a result of its modernization, is based primarily on socioaffective, that is, the affection will dictate how that family relationships are and how the adoptive processes is. Parenting emerge as the son of arrangements where are equivalent to those adopted "a brasileira" and defines parameters. The deductive methodology was used to arrive at the conclusion that the children who are raised by this people should have the same treatment as any other child, including having not only the same rights, but also duties.

Key words: socioaffective; Family Law; Family; Adoption.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 FAMÍLIA	9
1.1 Repersonalização.....	13
1.2 Pluralidade de entidades familiares.....	15
2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DE FAMÍLIA	20
3 FILIAÇÃO	29
3.1 Breve Histórico	29
3.1.1 Idade Antiga	29
3.1.2 Idade Média.....	30
3.1.3 Idade Moderna	30
3.1.4 Idade Pós-moderna.....	30
3.2 Conceituação	31
3.3 Estado de filiação	32
3.4 FILHOS DE CRIAÇÃO	36
3.4.1 Doutrina da Proteção Integral.....	36
3.4.2 Conceituação	37
3.4.3 A posse de estado de filho	39
3.4.4 Análises Jurisprudenciais.....	40
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

A paternidade socioafetiva é um tema recorrente no Direito, e trouxe para a sociedade um conceito moderno de família, no qual inseriu novos moldes e teorias que revitalizaram conceitos antigos de filiação e de adoção.

O tema tratado, no presente trabalho, são os filhos de criação, que segundo Paulo Lobo, são àquelas crianças que foram escolhidos por seus “pais” (afetivos) para serem criados dentro de uma relação de amor, carinho e igualdade de direitos e deveres, sem qualquer discriminação com os filhos naturais.¹

O filho de criação é um fenômeno conhecido no Direito, como por exemplo, no reconhecimento de paternidade afetiva, mas que ainda não são reconhecidas para certos fins, como sucessão hereditária. É sabido que a sociedade aceita e reconhece os filhos de criação, mas o judiciário cria empecilhos para a oficialização deste instituto, causando dificuldades para os interessados (família envolvida afetivamente).

O Estado brasileiro tem normatizado a adoção para torná-la mais acessível a todos os interessados em adotar, porém, o processo de adoção ainda não alcançou a celeridade desejada, o que leva os interessados na adoção dela desistir e percorrer caminhos mais curtos, como a “adoção à brasileira” (registro ilegal de um filho como se seu fosse) e a criação de filhos socioafetivos.

Todos os filhos têm o dever de ser tratados igualmente, independentemente de origem, seja filho natural, adotado, advindo de inseminação artificial, ou de criação.²

A paternidade socioafetiva é o ponto de partida para a contextualização da filiação, possibilitando, então a análise mais aprofundada de determinados temas, como a filiação socioafetiva consistente nos filhos de criação.

¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 234.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2ª ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 439.

A delimitação do tema paternidade socioafetiva é necessária, pois envolve aspectos como a posse de filho, a adoção, os princípios constitucionais que regem os direitos das crianças, fertilização heteróloga, entre outros assuntos que estão envolvidos no Direito de Família.

O objetivo do trabalho, portanto, consistiu em demonstrar que os filhos de criação devem ter os mesmos direitos que os filhos naturais, na medida em que se tratará assim de forma igualitária as modalidades de filiação.

Com isso, foi possível também fazer uma distinção entre filhos de criação e os filhos adotados de forma “à brasileira”, desenvolver e discutir como que os vínculos socioafetivo influenciam as relações entre pais – filhos – sociedade e por fim demonstrar os direitos reais que todos os filhos tem, sendo ele de criação ou não.

Para alcançar os objetivos expostos, foi utilizado o método dedutivo na pesquisa, utilizando textos e livros que falam sobre as relações socioafetivas e sobre a composição de uma família, para que se possam ser feitas comparações a respeito dos filhos de criação com outras modalidades de filhos e também utilizou-se jurisprudências que demonstra essa relação, e a maneira que foi abordada pelo Poder Judiciário.

Depois disso, foi feita uma relação de como que os filhos havidos, tanto em uma relação tradicional, como por outros meios, se estabelecem, e provando que elas têm ou não, com embasamento em casos concretos o direito de exigir o que lhes é de direito.

No primeiro capítulo foi tratado basicamente sobre o que é a família, como ela se estrutura, e como o direito constitucional influencia no Direito de Família, no segundo capítulo foi tratado sobre os princípios norteadores do Direito de Família, e principalmente os que influenciam a filiação, no terceiro capítulo foi tratado sobre a filiação em si e sobre o tema do trabalho, que são os filhos de criação, conceituando-o, e analisando algumas jurisprudências.

1 FAMÍLIA

Para que as famílias se estabeleçam, devem-se seguir parâmetros impostos tanto por meio de lei, como pela sociedade, mas que para tal vínculo seja considerado juridicamente real, ou seja, seguir padrões estabelecidos em lei. Mas isso se dá também pela necessidade que existe de se reconhecer a família como base principal para a vida, e para que ela seja aceita pela sociedade, deve-se seguir sempre os costumes e tradições existentes na cultura brasileira, fazendo com que a família siga certas tradições culturais aonde todos os deveres e direitos daqueles envolvidos na relação devem cumpri-los.

Esses parâmetros podem ser conhecidos como o casamento, a união de duas pessoas de sexos opostos³, que nada mais é que um contrato estabelecido entre as partes e os filhos havidos nesse casamento. Este seria o formato padrão de uma família para os mais conservadores.⁴

Com isso, pode-se notar que o Direito de Família, estabelecido no Código Civil brasileiro, também é um direito constitucional, o que atualmente tem sido muito visto como o Direito Civil Constitucionalizado, que nada mais é do que utilizar das normas estabelecidas pela Constituição Federal dentro do Direito Civil, estabelecendo sempre um vínculo, que mostre que o Estado também está presente nas relações familiares através dos princípios constitucionais e a interpretação do Direito Civil por meio desses princípios, e segundo Caio Mario, “ao mesmo tempo que os direitos fundamentais passaram a ser dotados do mesmo sentido nas relações públicas e privadas, os princípios constitucionais sobrepuseram-se à posição anteriormente adotada pelos Princípios Gerais do Direito”⁵, ou seja, os preceitos constitucionais sempre fundamentaram o Direito Civil.

De acordo com o que foi dito, verifica-se que é melhor que as análises para o Direito de Família sejam norteadas por essas duas modalidades de

³ Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de se estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casado - (Código Civil).

⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Apresentação. In: *Direito de família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Orgs.) 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. VIII.

direito, o que faz com que os doutrinadores e juristas acreditem que os benefícios para as pessoas que estão nesse convívio, que é a família, sejam maiores do que se o direito fosse analisado apenas por um enfoque. Isto é, melhor que os fatos sejam analisados por dois possíveis caminhos, do que por um só. Lourival Serejo diz em sua obra que:

Entendemos, até pelo título desta obra, que o Direito de Família está hoje condicionado pelo direito constitucional e que essa distinção entre o público e o privado ficou cada vez mais tênue. O que não se pode negar é que elevação dos principais institutos do Direito de Família ao *status* constitucional representou uma garantia de que os princípios assegurados das relações familiares estão mais bem resguardados e, por conseguinte, mais fortes para tornarem eficazes.⁶

Assim, pode-se dizer que as junções de princípios com a interpretação do Direito Civil, através de seus preceitos, estimulam o direito prático, visto que a família sofreu, nas últimas décadas, profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social.

Isto vem a mostrar que esse Direito Constitucionalizado vem abrindo portas para novos paradigmas, como as novas modalidades de família, que não encontram embasamento no Direito Civil, mas que encontram apoio junto aos princípios constitucionais, estabelecidos principalmente em seu artigo 5º e, seguindo o ritmo da globalização, que, como Maria Berenice Dias cita, a “globalização impõe constante alteração de regras, leis e comportamentos”⁷ e mesmo perante essa globalização, ainda há dificuldades de alteração no âmbito jurídico-familiar.

A família é uma entidade que foi estabelecida por vínculos afetivos, que são continuados pela força da perpetuação da espécie, seja por meios biológicos ou por qualquer outro meio. Como Maria Berenice Dias fala, “a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja

⁶ SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2ª ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 4.

⁷ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

estruturação se dá através do direito”⁸, isso significa dizer que as pessoas se juntam para estabelecer subgrupos, que se pode ser chamado de sociedade, aonde as pessoas estabelecem certos vínculos para que haja a continuidade dos seres, tornando possível a referência que se faz as famílias, e que isso acontece por causa da necessidade de continuidade familiar e social que foi estabelecida as pessoas.

E isso significa dizer que a cada dia que passa, para que se possa entender o que acontece, as evoluções, tem-se que envolver, utilizar, e até mesmo estabelecer novos paradigmas, que possam vir a esclarecer novos conceitos.

Fachin diz que:

Na perspectiva do debate do novo Código Civil, [...] identifica-se o Direito de Família para além da 10.406/02, sob égide da Constituição Federal de 1988, abrindo cena no palco para a criação jurisprudencial e para apreender a complexidade e paradoxo na estrada epistemológica das novas comunhões, reconhecendo novos tempos.⁹

O Direito Civil Constitucionalizado é embasado pela contemporaneidade, e principalmente quando se fala em Direito de Família, essa contemporaneidade fica mais visível, pois com os novos tempos, os modelos de família foram modificados e a sociedade vem aceitando com mais facilidade esses novos modelos, o que traz para a esfera civil, novas jurisprudências, que aceitam essas mudanças e com consequência disso, muitas doutrinas vem se adequando ao novo modelo de um Direito Civil constitucionalizado, muitas vezes até deixando de lado o Direito Civil puro e simples.¹⁰

Paulo Lobo também conceitua o Direito Civil Constitucionalizado de maneira bem clara, afirmando que:

[...] a constitucionalização do Direito Civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil,

⁸ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-18.

que passam a condicionar observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.¹¹

E isso faz com que se entenda um pouco melhor essa matéria, já que ela é muito ampla, e não tem como falar apenas nela.

Visto isso, a família constitucionalizada, basicamente é a remodelação da família, que como é tratado por Maria Berenice, é um redimensionamento, pois,

[...] passaram a integrar o conceito de entidade familiar as **relações monoparentais**: um pai com seus filhos. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.¹²

Com esse redimensionamento, a “nova” família está baseada em princípios como a dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade, o que vem a estabelecer que as famílias constitucionalizadas também possam ser chamadas de famílias modernas, seja formada por pai, mãe, irmão, ou seja, formada apenas por mãe e filho, ou por pais e filhos adotivos, ou ainda por famílias homossexuais (os diversos arranjos familiares atuais)¹³.

As famílias modernas se baseiam muito mais no patamar emocional, o que faz com que os laços afetivos tornem-se vínculos jurídicos e daí a formação de novas famílias com estruturas diferentes. Como Fabíola Santos Albuquerque fala:

[...] um novo modelo da família fundado sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da funcionalização, da pluralidade e do eudemonismo. Essa nova roupagem axiológica impingida ao Direito de Família em nada coincide com o modelo conservador, patriarcal hierárquico e matrimonializado inserido na codificação oitocentista.¹⁴

¹¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

¹² DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.

¹³ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 41-42.

¹⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos Albuquerque. *Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636, CC/2002*. In: PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA (Coord). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 161

Reforçado por Fachin, não deve existir qualquer discriminação dentre essas famílias, já que elas estão fundadas na sócio-afetividade, e devem seguir os avanços do Direito, principalmente no que tange a paternidade.¹⁵

Daí a possibilidade da análise dos novos modelos de família que cada vez mais tomam a frente perante a sociedade e se estabelecem com mais força.

Portanto, é possível começar a entender tópicos como a repersonalização, a pluralidade das entidades familiares e enxergar quais princípios e como eles são utilizados nesse novo conceito de entidade familiar.

1.1 Repersonalização

A família “tradicional” dá-se a utilização das aspas, por serem as famílias mais antigas que se baseavam apenas na letra da lei, sendo nos artigos 1511 a 1783, CC/2002¹⁶, que eram famílias amparadas basicamente pelo patrimônio e o *status*, desse ponto começa a se entender o porquê que as famílias “tradicionais” eram praticamente consideradas contratos, que podia até estabelecer as relações interpessoais.¹⁷

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18-19.

¹⁶ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial. – (Código Civil).

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 179.

Esses contratos vinham amparados por direitos e deveres que deveriam ser cumpridos por aqueles que estavam entrando naquele acordo. Acontece que, na maioria das vezes esses contratos eram estabelecidos pelas famílias, e obrigando aquelas pessoas a se comprometerem com algo que já vinha pré-estabelecido por outras pessoas, Rodrigo da Cunha Pereira reforça essa tese quando ele fala:

A família, no século XIX, era marcadamente patriarcal, e estruturava-se em torno do patrimônio familiar, visto que sua finalidade era, principalmente, econômica. O vínculo familiar tinha fundamentos formais. A família era, praticamente, um núcleo econômico e, tinha também grande representatividade religiosa e política. O *pater familias* era o grande homem, o grande chefe, que acumulava em suas mãos uma imensa gama de poderes.¹⁸

A repersonalização, como dito pelo Paulo Luiz Netto Lôbo, em Constitucionalização do Direito Civil, reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do Direito Civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.¹⁹

Portanto, o papel da pessoa, volta a ser o centro das atenções, ficando mais provável o vínculo afetivo, pois este é inerente a pessoa, surgindo os laços de afeto.²⁰

O afeto passa a ser precursor da efetividade jurídica da repersonalização, o que funda a família em um aspecto afetivo e não mais em um vínculo estabelecido por um papel (relações jurídicas formais).²¹

Não se fala mais no casamento como base única para formação de família, e sim no afeto que existe entre pessoas que estão visando estabelecer uma relação mais íntima, baseadas em todos os preceitos do casamento, mas com o vínculo afetivo como base mais forte para esse convívio, sendo apoiado pelo

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 179.

¹⁹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-30.

²⁰ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-30.

²¹ GALIA, Rodrigo Wasem. *A Repersonalização das Relações Familiares*. Disponível em: <[HTTP://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/familia.pdf](http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/familia.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2010.

princípio da afetividade, e possibilitando a formação de novos tipos de família sem a necessidade de formalização do ato.²²

Com isso, é possível afirmar que quando o patrimônio não é mais o centro da relação, a família em si vem a ser o centro das atenções, e têm intrínsecos a si os valores existenciais da pessoa humana, passando o patrimônio a estar em segundo plano dentro das relações familiares.²³

Devido esse afastamento do patrimônio como fator principal das relações familiares, os indivíduos dessa relação passam a ter uma tendência igualitária com relação aos outros membros da família, pois não existe mais aquele negócio de “eu sou o dono disto, ou daquilo”. Não existe mais hierarquia entre os familiares, e sim uma igualdade de poderes.^{24 25}

Observa-se, portanto, que o afeto passa a ter valor no núcleo familiar, e no que diz respeito ao Direito de Família, os novos modelos de filiação são baseados no afeto, desconsiderando-se o fator biológico e sobressaltando o aspecto afetivo, que traz consigo a valorização da pessoa humana e dos seus sentimentos.

Quando se analisa a estrutura familiar tradicional em contrapartida a estrutura familiar contemporânea, entende-se que a família é uma organização subjetiva fundamental, e que ela leva a construção da felicidade, e com isso a possibilidade de geração de vários (e novos) tipos de entidades familiares, como serão expostas a seguir.

1.2 Pluralidade de entidades familiares

A pluralidade das entidades familiares começou a ser reconhecida com a constitucionalização do direito, e é sabido que o Direito Constitucionalizado preza muitos os princípios que norteiam o bem estar da pessoa humana, podendo

²² LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21-32

²³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-30.

²⁴ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-30.

²⁵ MADALENO, Rolf, *Curso de direito de família*. 3ª Ed.rev., ampl., e atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 14

ela estabelecer suas relações afetivas, e principalmente familiares da maneira em que queiram desde que não esteja sendo usado de má-fé para a formação desses vínculos.²⁶

Esses novos vínculos baseados no afeto que estão surgindo cada vez mais na sociedade, nada mais são do que a mudança no conceito de família tradicional, para um conceito que abranja o que as pessoas estão querendo, envolvendo sempre seus sentimentos. Isso faz com que a sociedade acabe consagrando novas estruturas de família, deixando as pessoas livres para escolher se querem formar uma família “fora dos padrões normais”.²⁷

Com a constitucionalização do Direito de Família, percebe-se que com o passar dos tempos novas entidades familiares vieram surgindo, e sendo aceitas, inclusive por força de lei, como é o caso da união estável.

Outro “tipo” de família que existe, e que é aceita e reconhecida por todos é a família monoparental. Uma modalidade atualmente muito comum, mas que antigamente não tinha muita aceitação, a não ser que fosse em decorrência do falecimento de um dos pais, já que não era correto se ter filhos sem ser dentro de uma “família padronizada”²⁸. Essa modalidade de família é formada apenas por um pai, ou uma mãe, que tem um filho, seja ele havido por meio de adoção, ou por fertilização *in vitro*, ou até mesmo por força de criação (afetividade)²⁹.

Esses modelos de família já são bem comuns perante a sociedade, mas uma nova modalidade que tem que ser aceita, e cada vez mais tem espaço na vida é a formação de famílias homoafetivas, que antes não eram aceitas de maneira

²⁶ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 40-44.

²⁷ MADALENO, Rolf, *Curso de direito de família*. 3ª Ed.rev., ampl., e atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 11-14.

²⁸ MADALENO, Rolf, *Curso de direito de família*. 3ª Ed.rev., ampl., e atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 6-7.

²⁹ MADALENO, Rolf, *Curso de direito de família*. 3ª Ed.rev., ampl., e atual. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 6-7.

alguma pelas pessoas, mas que vem ganhando força depois que as relações familiares voltaram-se para o lado afetivo.³⁰

Nas entidades familiares atuais, o que se preza é o vínculo afetivo, o que faz com que existam vários tipos conceitos de família. Esses tipos são, segundo Maria Berenice Dias³¹:

- **Matrimonial**, que está baseada na religião, e foi criado bem antes do surgimento do Estado. A igreja que estabelecia um vínculo entre um homem e uma mulher, que estariam abençoados por Deus, e só se dissolvia com a morte de um dos cônjuges. O único jeito que se anulava um casamento na igreja era se a pessoa fosse estéril ou impotente.

O casamento era, para o Código de 1916, uma relação matrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heterossexual. Uma outra maneira que existia para que o casamento acabasse era o *disquite*, que cessava os deveres matrimoniais, mas não acabava o casamento, o que impedia que os sujeitos da relação se casassem novamente.

Diante disso, percebe-se aqui a notória relação contratual, pois as relações se baseavam apenas no patrimônio, e o afeto não tinha nenhuma importância;

- **Informal**, que se dava pelo relacionamento extraconjugal, aonde o único modelo de família era o legítimo (matrimonial). Nas relações extraconjugais, em que existissem filhos, esses não teriam direito nenhum a reconhecimento do pai enquanto casado, e também não poderia pleitear nenhum direito que os filhos “legítimos” teriam direito (nem os filhos e nem a concubina).

Essas relações com o passar do tempo começaram a ser a aceita, e por meio da Constituição Federal, essas pessoas que estavam nessa relação informal passaram a ter direitos, tanto de reconhecimento, como patrimonial. Essas

³⁰ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 42-54.

³¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.44-48.

relações passam a ser aceitas pela sociedade, vindo a ser chamada de união estável, e se tornando uma modalidade de formação de família muito comum na sociedade atual;

- **Homoafetiva**, que nada mais é que a relação entre duas pessoas do mesmo sexo, que tem laços afetivos muito fortes, e que querem estabelecer uma família, inclusive com direitos a ter filhos, seja por meio de adoção, ou por qualquer outro meio. Essa modalidade ainda não é muito aceita nos meios jurídicos, mas já existe a condição de se registrar essa relação, efetivando assim direitos tanto patrimoniais, como direitos sucessórios e direito real de habitação, que no Direito de Família se dá ao cônjuge sobrevivente. Estabelece a essa relação o mesmo regime utilizado na união estável, sendo cada vez mais viável, e aceito pelo meio jurídico;

- **Anaparental**, que se dão quando existe uma relação entre parentes, ou até mesmo pessoas que não são parentes, mas que dividem uma vida juntas, mesmo sem que haja nenhuma analogia sexual, e que se esforçam juntas e adquirem um patrimônio.

Essas pessoas têm direito de preferência quando do falecimento de uma das pessoas da relação, e mesmo que seja irmão, esse indivíduo que morava junto, e construíram um patrimônio tem preferência sobre os outros irmãos. Essa relação segue a mesma linha da união estável dando plenos direitos patrimoniais, sucessórios e de direito real de habitação;

- **Pluriparental**, que surge principalmente devido às separações ou divórcios e são chamadas também de famílias mosaicos, pois aqui se juntam os filhos de cada um dos cônjuges, e se estabelecem um vínculo afetivo forte tanto entre os pais legítimos, como também com os padrastos e madrastas. Essas relações, pelo Código Civil são consideradas como monoparentais (art. 1579, parágrafo único), mas que com a formação de novos vínculos, se houver afeto, pode-se considerar uma nova modalidade de família;

- **Paralelas**, que surgem quando existe uma relação extra matrimonial. Essa relação não gera efeitos jurídicos se a pessoa que estabeleceu

essa relação não sabia da existência do casamento do outro. Já se essa pessoa sabia, afasta-se todas as oportunidades de reconhecimento de vínculo, ou de direitos patrimoniais e;

- **Eudemonista**, que é uma família que busca a afetividade em primeiro plano, vindo a se tornar a modalidade mais usada atualmente. E como dito por Rolf Madaleno, em *Novas perspectivas de família*, o eudemonismo significa que a possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente uteis, pois ninguém deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar, isto é, se a pessoa está feliz na sua vida íntima, ela pode passar isso para as outras, e conseguir estabelecer um vínculo baseado no afeto e intimidade da convivência.

Com isso, nota-se a existência de vários novos conceitos de família, que perante a sociedade são aceitos e alguns vêm sendo cada vez mais aprovados, trazendo novidades para o campo jurídico, forçando que sejam criadas novas leis e aprimorando os costumes da sociedade, motivando a formação de famílias com o amparo afetivo.³²

³² DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios que norteiam o Direito de Família estão ligados a um princípio que embasam todos os outros. Esse princípio é a dignidade da humana, que está intrínseco ao ser humano.

Todos os cidadãos que convivem em uma sociedade têm o direito a cobrar que sua dignidade seja preservada. Esse princípio já é estudado há muito tempo, o que faz visível que é um princípio que tem força suficiente para sobreviver, e amparar outros princípios, inclusive os norteadores do Direito de Família.³³

Rodrigo da Cunha Pereira afirma isso quando diz: “A dignidade é também um princípio ético que paira, norteia e pressupõe vários outros princípios, já que não é possível pensar em ser humano sem dignidade”³⁴ fica demonstrado o motivo de o princípio da dignidade humana ser um dos princípios mais fortes, dentre todos que existem.

E quando se fala que um princípio constitucional, Rodrigo Pereira da Cunha é bem visto, e confirma-se isso quando ele fala que é uma conquista histórica, pois:

É o reconhecimento de que não importa quais sejam as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder.³⁵

Demonstrando de maneira fácil que o Estado não pode deixar de cumprir todos os direitos cabidos as pessoas, independentemente de qualquer coisa, facultando a todos os direitos e garantias estabelecidos na Constituição.

³³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 93.

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 98.

No que tange o princípio da dignidade humana face ao Direito de Família, afirma-se que não pode mais ser aceita a exclusão das famílias que tem seus diferentes modelos, e estruturas. De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira,

[...] o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.³⁶

E ainda de acordo com o que o Rodrigo fala, qualquer tipo de preconceito esbarra ao princípio da dignidade humana, que dá direito a todos de escolher como quer viver, devendo sempre abarcar todos os princípios que são apoiados pelo princípio da dignidade, e ponderando os princípios entre si.³⁷

Ingo Sarlet também conceitua a dignidade humana, e vem confirmar a tese de que a dignidade da pessoa humana está inerente a si, e é possível analisar isso quando ele fala:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.³⁸

Diante de tudo que exposto, pelo Direito de Família estar baseado na afetividade, e convivência, o princípio da dignidade humana determina todas as funcionalizações dos institutos jurídicos que estão ligados à pessoa humana.

Outro princípio norteador do Direito de Família é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse princípio abarca todos os meios

³⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 100.

³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 100.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001 pag. 32.

de proteção cabíveis aos menores, sendo abrangido também todos os direitos que os menores têm, sendo, educação, família, saúde, liberdade, etc. Todos esses direitos estão elencados tanto na Constituição, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 227, CF e 3º e 4º do ECA³⁹:

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.⁴⁰

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.⁴¹

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.⁴²

Esses artigos citados acima falam sobre a proteção ao menor, que se estabelece perante todos os cidadãos e que exista a necessidade de se cumprir essas normas, que são direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes. Esses princípios têm que ser cumpridos de acordo com cada situação

³⁹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69-71.

⁴⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

⁴¹ BRASIL. LEI Nº 8.069 de 13/07/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU de 17/07/1990.

⁴² BRASIL. LEI Nº 8.069 de 13/07/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU de 17/07/1990.

de vida do tutelado, devendo sempre ser observadas as circunstâncias em que se encontram.⁴³

Assim, o melhor interesse do menor fica assegurado, estabelecendo que um possível rompimento de uma vida conjugal não afete de nenhuma maneira o menor, sendo imposto que, os pais, independentemente de qualquer circunstância deverão prezar pelo bem estar do filho (seja ele criança ou adolescente) evitando que o vínculo afetivo que existe entre pais e filhos se extinga ou fique abalado, não vindo a causar qualquer dano psicossocial no menor.

Visto isso, Fernanda Otoni Barros fala:

o interesse maior da criança aponta como seu direito não divorciar-se dos seus pais, conservando a ambos no lugar estruturante que lhes cabe em sua formação enquanto sujeito em constituição. A maternidade e a paternidade são sempre irreversíveis e irrenunciáveis na estrutura do romance infantil.⁴⁴

Com relação ao princípio da igualdade, é possível afirmar que a sociedade avançou muito, e que a diferença que existia entre homens e mulheres vem cada vez mais diminuindo, podendo até mesmo falar que já acabou. As diferenças que existiam com relação às mulheres já não existem mais. Os homens vêm sendo equiparados as mulheres, e essas ganhando cada vez mais espaço tanto nos locais de trabalho, como na sociedade em si.⁴⁵

A igualdade, para que exista, tem que ser baseada no respeito às diferenças, e principalmente no Direito de Família, esse princípio tem que ser utilizado sempre. Hoje em dia não tem mais que diferenciar pais de mães, ambos têm que exercer o mesmo papel, tanto na criação, educação e até mesmo financeiro, como no âmbito afetivo.⁴⁶

⁴³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69-71.

⁴⁴ BARROS, Fernanda Otoni. *Convivência familiar: “Ali se” visita os pais... Nem sempre tão maravilhosos*. Revista Brasileira de Direito, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, p. 44-51. abr./maio/jun. 1999.

⁴⁵ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 58-61.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 64-66.

Os pais hoje vêm ganhando mais espaço, podendo demonstrar mais afeto, e presença perante os filhos, visto que não existe mais a condição do pai estar sempre fora trabalhando, e somente a mãe ficando em casa. Devido a evolução da sociedade, esse papel de ensinamentos e afetividade está bem divididos entre os pais.

Essa evolução também mostra que cada pessoa tem que ter a sua individualidade, e como Rodrigo da Cunha Pereira diz:

“[...] Até mesmo sua identidade era retirada, ao adotar o sobrenome do marido, em nome de uma falsa fusão dos espíritos. [...] Do ponto de vista da Psicanálise, essa mistura dos nomes está na contramão da história, uma vez que a conjugalidade saudável significa exatamente a preservação das individualidades, e o nome traz consigo o maior significante dessas singularidades e individualidades.”⁴⁷

Devido todas essas evoluções já citadas, fala-se em um novo tema, que é a guarda conjunta ou até mesmo no fim do termo guarda, pois cada vez mais se torna interessante que, mesmo com a dissolução da vida conjugal, que ambos responsáveis pelos filhos estejam presentes na criação do menor, sendo então criada uma nova maneira de se estar com os filhos mesmo após uma separação, possibilitando a educação, e afetividade de ambos os pais.⁴⁸

Visto isso, não se fala que todas as separações são bem aceitas, mas que ocorrendo e sendo necessária, tem-se sempre que pensar no bem estar do menos, daí o motivo que foi citado anteriormente do princípio da igualdade estar elencado com o princípio do melhor interesse do menor, devendo o poder familiar ser exercido com igualdade tanto pelo pai, como pela mãe.

Para que seja possível essa igualdade acontecer, tem-se que lembrar o princípio da liberdade, aonde as pessoas tem o direito de escolher livremente com quem quer estar, formar uma família, ou até mesmo se divorciar, como afirmado por Maria Berenice Dias, “há a liberdade de extinguir ou dissolver o

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 148.

⁴⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 148.

casamento e a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio”⁴⁹.

O princípio da liberdade também é inerente a pessoa humana assim como o princípio da dignidade humana. O princípio da liberdade possibilita que, no âmbito familiar, que seja escolhido o seu parceiro, seja qual for o sexo, e como quer instituir sua família e que com escolhas feitas, o tratamento jurídico entre os participantes da relação, tem seus direitos iguais, já que foram eles mesmos que escolheram estar em tal situação conjugal.⁵⁰

Com relação à liberdade dos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra em sua letra legal que eles têm direito a liberdade (art. 16, ECA)⁵¹ e também têm seus direitos previstos na Constituição Federal, como visto anteriormente no artigo 227.

Com os seus preceitos estabelecidos em Lei, fica mais fácil de falar no princípio da menor intervenção do Estado, isto é, o Estado deve estar ciente de todos os fatos ocorridos no direito, mas tem que evitar intervir, principalmente quando se fala do Direito de Família.

Por isso, um dos pontos mais difíceis de separar é o limite entre o direito privado e o direito público no âmbito familiar, pois é nessa hora que reconhece se o Estado deve ou não intervir em relações cujas regras têm legislação própria, e foi gerada por vontade própria (princípio da liberdade).⁵²

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 63.

⁵⁰ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62-63.

⁵¹ Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

⁵² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 159-161.

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira, as normas que regem o Direito de Família estão dentro do Direito Privado, o faz com que os direitos inerentes ao direito privado também estejam inerentes ao Direito de Família, visto que se tratam de relações entre particulares, e que normalmente são feitas por livre e espontânea vontade.⁵³

Isso tudo aconteceu, pois a Constituição englobou o Direito Civil, que antigamente priorizava as propriedades e os contratos. Atualmente, com o Direito Civil Constitucionalizado essa vertente mudou, e hoje se fala em um direito baseado muito mais em relação à dignidade da pessoa, do que meramente contratual.

A professora Carmem Lucia Silveira Ramos explica isso de maneira bem clara quando ela diz:

“Essa despatrimonialização do Direito Civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuir as riquezas com maior justiça.”⁵⁴

E por isso o Estado deixa de ser repressor para ser protetor da sociedade, podendo vir até, no caso do Direito de Família a elaborar soluções que tampem as lacunas existentes na legislação com a finalidade de proteger a família, dando-lhe inclusive garantias.⁵⁵

E, segundo Rodrigo da Cunha Pereira,

“a aplicabilidade do princípio da autonomia privada da família como instrumento de *freios e contrapesos* da intervenção do Estado funda-

⁵³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.5, p. 3-4.

⁵⁴ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

⁵⁵ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos que a compõe, que resulta também da personificação do indivíduo.”⁵⁶

Assim, pode-se chegar ao princípio da afetividade, que está muito relacionado com a dignidade da pessoa humana, mas que passa a ser o princípio fundamental na esfera familiar, pois é a partir dele que se tem o fulcro para que novos modelos de família sejam estabelecidos e aceitos pela sociedade.

De acordo com Márcia Elena de Oliveira Cunha, o afeto é compreendido como importante, pois ditará sempre o seu comportamento psíquico diante de outras pessoas, isto é, dependendo do carinho, ou da falta dele, demonstrará como que essa pessoa, carente de afeto, tratará as outras.⁵⁷

A autora ainda diz, “[...] já que os direitos da personalidade são inerentes ao ser humano [...]”⁵⁸ verifica-se que o afeto faz parte da humanidade, devendo sempre ser protegido, seja por meio do Código Civil, seja pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), seja pela Constituição Federal.

Visto isto, pode-se entrar em temas visualizam de maneira clara o princípio da afetividade, como a adoção, ou a sócio-afetividade entra as relações de filiação, que são relações que surgem dentro desse princípio e se norteiam por ele.

Disso surge outra questão, o que importa mesmo é apenas a procriação? Não, o que realmente vale é o afeto.

E o que se pode dizer quando não se tem o afeto é que, fica um espaço vazio entre as relações entre a família, o que gera uma lacuna em sua vida. Atualmente, existem casos já sendo julgados com relação a essa falta de afeto, o que traz a vida daquela pessoa relações nunca existentes antes. Mas não é possível

⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 162.

⁵⁷ CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

⁵⁸ CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

dizer que essas relações serão um mar de rosas, tudo dependerá da cabeça da pessoa e do interesse de vir a se aproximar de alguém que nunca se teve contato.⁵⁹

Outro ponto tratado no texto da Marcia Elena, mas com pouca abrangência é a possibilidade de existir a “adoção a brasileira”, ou a existência de filhos de criação.

É correto afirmar que não se pode fazer algo que a Lei não permite, mas também é necessário se analisar que se essa situação está ocorrendo é porque existem pessoas que precisam e mesmo que de maneira ilícita estão sendo incluídas na sociedade, recebendo afeto, e podendo a se tornar pessoas bem mais sucedidas do que aquelas que, por conveniência legal não pode ser adotada, e que foi criada em um abrigo, ou ate mesmo nas ruas.⁶⁰

Daí a necessidade de se entender os conceitos básicos de filiação, que é o próximo sub-capítulo deste trabalho.

⁵⁹ CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

⁶⁰ CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

3 FILIAÇÃO

3.1 Breve Histórico

3.1.1 Idade Antiga

Nos primórdios, o poder familiar estava vinculado apenas ao pai, que era considerado o chefe de família, e na sua ausência, o primeiro filho varão é quem assumia o poder de família (*Patria potestas*).⁶¹

O pai detinha também o poder de decidir sobre a vida dos seus filhos recém nascidos, mas isso não durou muito tempo, pois o *pater familias* não autorizava mais o livre arbítrio do pai. Para que esse pudesse rejeitar ou abandonar seus filhos deveria haver um consenso entre os parentes mais próximos, que ajudariam o pai a decidir o futuro daquela criança (seja ela menina ou até mesmo criança com alguma deficiência).⁶²

O *pater familias* também tinha o poder de decidir sobre punições de seus filhos acerca de delitos causados por eles, e também decidiam sobre o casamento que a família decidisse.⁶³

Na idade antiga, a religião influenciava as relações familiares, e os cultos domésticos eram repassados de pai para filho, diante do altar. Com isso verifica-se que já existem traços da paternidade socioafetiva, pois, aquele que era apresentado diante do altar em um culto, era considerado filho verdadeiro.⁶⁴

Nesse período antigo, já quase entrando na Idade Média, os filhos foram sub-classificados em duas categorias:

(a) os do *iusti* (ou *legitimi*), os resultantes de justas núpcias e os adotivos; (b) os *uulgoquaesitii* (conhecidos também como *uulgo concepti* ou *spuri*) decorrentes de uma união ilegítima. [...] No período pós clássico [...] surgiram mais duas categorias: os *naturales*

⁶¹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 10-14.

⁶² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 10-14.

⁶³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 10-14.

⁶⁴ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 10-14.

liberi, os filhos oriundos de concubinato; e os legitimados, equiparados aos filhos *iusti* ou *legitimi*.⁶⁵

Deste ponto, vê-se que a possibilidade de a sócio-afetividade entrar no convívio familiar já era existente, demonstrando a sabedoria em acolher aquele que necessita.

3.1.2 Idade Média

As sociedades, na idade média, começam a ser mais abertas, convivendo a família em espécies de vilas, onde todos exerciam suas funções, ajudando em tudo que era necessário. A transmissão sucessória se restringia apenas em bens e sobrenome.⁶⁶

Os vínculos de afeto começaram a ser dissociados, mas mesmo assim, a primogenitura continuava vigente, sendo o objetivo principal dela a continuidade da família, do nome e do status.⁶⁷

3.1.3 Idade Moderna

A religião na idade moderna já não é mais o foco principal dentro das famílias. O aprendizado, sendo caracterizado pela cultura em si se torna mais importante para os pais do que qualquer outra coisa.⁶⁸

O interesse em que os filhos tenham uma instrução passa a ser fator principal, e começa a existir o poder da esposa dentro das relações familiares.⁶⁹

3.1.4 Idade Pós-moderna

As mudanças dentro da família ficam mais elevadas, trazendo consigo a independência entre as partes. Os estudos continuam como bem mais importante para os filhos, mas, a esposa começa a ter mais direitos e ajudar não só

⁶⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 14-15.

⁶⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.15.

⁶⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.15.

⁶⁸ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.15.

⁶⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.15.

nos afazeres domésticos, como dona de casa, mas como também já procura um emprego, e começa a ajudar nas despesas do lar.

Além disso, a afetividade entra em alta, e como diz Paulo Lobo:

A pós-modernidade traz a marca da maior sensibilidade e afetividade na relação paterno-materno-filial, a ponto de podermos, na atualidade, falar do afeto não mais como valor ético, mas também como valor ou princípio jurídico.⁷⁰

E com tudo o que foi dito, chega-se a uma conceituação do que é a filiação.

3.2 Conceituação

O conceito básico de filiação é segundo Paulo Lobo,

[...] a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida de outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por percepção derivada de inseminação artificial heteróloga. [...] Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.⁷¹

Mas pode-se verificar que mesmo havendo já toda uma conscientização dos doutrinadores, ainda existe uma separação dos filhos no Código Civil, mesmo sendo essa diferenciação vedada pela Constituição. A diferenciação que é tratada no Código é que existe um capítulo nomeado “Da filiação” e outro intitulado “Do reconhecimento dos filhos”⁷².

A filiação precisa ampliar seu conceito, para que desta maneira se consiga englobar matérias que antes não cabiam no Direito de Família. É necessária a conscientização em que a consangüinidade não é mais essencial para que se

⁷⁰ LOBO, Paulo. *Código Civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo - São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40.

⁷¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213.

⁷² DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 321.

tenha um filho. O poder familiar se torna o foco das entidades familiares, juntamente com o afeto entre as relações, a conhecida relação socioafetiva.⁷³

Atualmente, segundo Maria Berenice, existe uma nova conceituação de filiação, sendo ela: “filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc.”⁷⁴ Visto isso, presume-se que a filiação não necessita mais de ser biológica, mas que também pode existir em decorrência de relações que se fortificam a tal ponto que se pode confundir aspecto o biológico com o aspecto afetivo.

Um termo novo, mas que pode ser considerado muito forte é a desbiologização da paternidade, que é uma expressão trazida por João Baptista Vilella, e indica a filiação psicológica e não mais apenas a biológica.⁷⁵ Indica que a consangüinidade não tem mais valor único nas relações parentais, vindo a ficar em segundo plano, com relação à afetividade.

A filiação não pode ter interferência nem do Estado e nem da sociedade, segundo Paulo Lobo⁷⁶. E isso demonstra que a filiação pode ser tanto natural (biológica), ou artificial (meios de inseminação, adoção e filiação socioafetiva). E a filiação é um direito de todo cidadão, como previsto na CF (art. 227, § 6º), por isso que as diversas maneiras de se haver um filho vem sendo ampliada e aceita pela sociedade, sendo sempre uma opção da pessoa de ter ou não um filho, mas a partir do momento em que esse filho exista, tem que se preservar todos os direitos ao afeto que ele deve ter.⁷⁷

3.3 Estado de filiação

A filiação sempre foi buscada pela sociedade como uma verdade biológica, isto é, se tem consangüinidade com seus supostos pais. Atualmente, essa

⁷³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 60-82.

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 324.

⁷⁵ VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte. p. 404.

⁷⁶ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 325.

busca tem sido modificada, sendo que não mais importa apenas o aspecto sanguíneo. Para a justiça, essa verdade biológica era chamada de verdade real.

Com relação ao estado de posse do filho, o vínculo gerado pelo amor, companheirismo, amizade, afetividade é muito mais importante que a origem biológica. Com isso, percebe-se que o comportamento existente entre pai e filho é o que podemos chamar de paternidade sociológica/ afetiva.

A paternidade socioafetiva está também vinculada ao estado psicológico da pessoa que esta no meio da lide, que normalmente são crianças que querem apenas um pouco de carinho e amor, para que cresçam e tornem-se adultos saudáveis, tanto fisicamente, como psicologicamente.

O que se pode dizer sobre o estado de filiação é que trata-se de uma situação fática, que demonstra não só o cotidiano das pessoas, mas também pode vir a indicar uma presunção de paternidade.

Essa presunção é chamada de *pater is est*, que é uma dedução de certo fato que perante a sociedade aparenta ser uma coisa, mas é outra. O pai, por muito tempo foi considerado pai legítimo apenas por ser marido da mãe da criança. Mas essa concepção de paternidade matrimonial vem ficando muito defasada, visto a possibilidade de exames, como o DNA, que mostra cientificamente quem é ou não o pai, não sendo afastada da esfera civil, pois é essa presunção que se encontra no Código Civil vigente.

Independentemente da presunção de paternidade,

[...] a origem genética apenas pode prevalecer quando não se tenha constituído alguma das modalidades de filiação sócioafetiva (adoção, posse de estado de filiação e concepção por inseminação artificial heteróloga).⁷⁸

Portanto, se perante a sociedade existe uma aparência de filho, não se pode desconsiderar essa aparência, tratando esse filho como se filho fosse.

⁷⁸ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 216.

O estado de filiação enfatiza a relação socioafetiva, e relativiza a questão genética, mas com relação ao registro do filho, também pode ser um meio de presunção de paternidade, pois aquele que foi até o cartório para registrar a criança é considerada pai, independentemente de ser ou não. É mais uma vez a presunção *pater is est* é utilizada nesses casos.

A partir do momento em que a pessoa registra a outra como se filho fosse, essa ação não poderia ser revogada, a não ser por medida judicial que comprove que houve erro ou falsidade, ou que seja um pedido de comprovação de paternidade e que esse não é genitor nem nunca teve vínculos afetivos com o filho, sendo essa medida cabida apenas ao pai.⁷⁹

Mesmo que o filho não seja geneticamente real, e que não seja adotado legalmente, será considerado filho devido o registro legal, como é o caso da “adoção à brasileira”, em que os pais registram a criança como se filho fosse, mas que não é.⁸⁰

É certo afirmar que não se pode fazer algo que a Lei não permite, mas também é necessário se analisar que quando essa ação acontece, existem pessoas que estão sendo incluídas na sociedade, e que estão recebendo afeto, e podem vir a ser pessoas mais bem sucedidas do que aquelas que, por conveniência legal não pode ser adotada, e que foi criada em um abrigo, ou até mesmo nas ruas.

E devido isso, no estado de filiação, o afeto é compreendido como importante, pois ditará o comportamento psíquico das pessoas envolvidas no conflito diante de outras pessoas, isto é, dependendo do carinho, ou da falta dele, demonstrarão como que essa pessoa, carente de afeto, tratará as outras.

Daí a necessidade de se esclarecer a respeito da posse do estado de filho, em que Rolf Madaleno explica claramente que:

A noção de posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno

⁷⁹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 444.

da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.⁸¹

No estado de posse de filho, existem três elementos fundamentais para que esse estado seja reconhecido, sendo eles: *tractatus*, quando o filho é tratado como tal, *nominatio*, quando o filho tem o nome dos pais (família) e *reputatio*, quando existe uma reputação perante a sociedade de que é filho de tal família.⁸²

E, diante disso, a sócio-afetividade é considerada como uma verdade aparente e vem sendo cada dia mais utilizada no nosso convívio, seja essa sócio-afetividade advinda de uma adoção, e até mesmo a criação de uma criança que não vem a ser adotada, mas é criada como se filho fosse, pois “os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue”.⁸³

A sócio-afetividade também trata a respeito do fato que, vale muito mais a pena, atualmente, se preocupar com o bem estar da criança ao invés de se preocupar com outros fatores, sendo esses fatores impedimentos para que a criança tenha uma vida feliz e saudável, visto que “a filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos”.⁸⁴

A possibilidade que existe de proibir as relações socioafetivas de pai e filho só traz prejuízo para a criança, que acaba sendo prejudicada pelo fato da legislação brasileira ainda não aceitar todos os meios de filiação socioafetiva, mesmo que ela seja um tema abrangido por outras áreas, como a sociologia e a antropologia, que estão diretamente ligadas ao direito, mas que só agora está sendo reconhecida pelo direito.

⁸¹ MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 22.

⁸² DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 338.

⁸³ LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 513.

⁸⁴ LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 507.

3.4 FILHOS DE CRIAÇÃO

3.4.1 Doutrina da Proteção Integral

Antes de se falar nos filhos de criação, tem-se que citar a doutrina da proteção integral, que está ligada ao artigo 227 da Constituição Federal de 1988, onde pode-se reafirmar a integração com o princípio da dignidade humana. O artigo 227⁸⁵ diz que os direitos fundamentais da criança e do adolescente devem ser obrigatoriamente seguidos, e, portanto isso se estende ao dever/obrigação da criança estar em um lar, seja ele natural (sanguíneo) ou não.

A doutrina da proteção integral tem três pilares, sendo eles:

1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2º) crianças e jovens têm direitos à convivência família; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.⁸⁶

E diante do 2º pilar estabelecido na doutrina, é notório que qualquer pessoa terá o direito a uma família, seja ela estruturada da maneira que for.

É necessário ressaltar que, a doutrina da proteção integral surgiu depois da Convenção dos Direitos da Criança, e absorveu vários dos princípios citados na Convenção, o que faz com que os preceitos utilizados anteriormente, estivessem “desatualizados”, tornando a doutrina da proteção integral o meio mais moderno de utilização perante a sociedade não só brasileira como também mundial, já que a própria ONU foi quem aprovou o texto da Convenção dos Direitos da Criança.⁸⁷

⁸⁵ 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. – (Constituição Federal).

⁸⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. *Doutrina da Proteção Integral*. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Coordenadora: Kátia Maciel. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

⁸⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. *Doutrina da Proteção Integral*. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Coordenadora: Kátia Maciel. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

Diante disto, os filhos de criação estão diretamente envolvidos na filiação socioafetiva, já que nesse caso, os pais escolheram aquela criança para criar como se filho fosse, sem nenhuma distinção entre um filho legítimo (seja biologicamente, ou legalmente), até porque a escolha de criar tal filho foi do próprio pai/mãe, sem que ninguém os forçasse a nada, possibilitando àquela criança o direito a um lar.

3.4.2 Conceituação

A conceituação dos filhos de criação é bem ampla, e está abarcada do estado de posse de filho, pois “a tutela jurídica da posse de estado de filiação abriga os chamados filhos de criação, enquadráveis na filiação socioafetiva.”⁸⁸

Então um possível conceito é: os filhos de criação são aqueles que foram escolhidos por seus pais para serem criados dentro de uma relação de amor, carinho e igualdade de direitos e deveres, equiparando-os aos filhos legítimos, (lembrando que essa distinção tem que ser abolida do ordenamento jurídico, como falado anteriormente), e sem que haja qualquer discriminação.⁸⁹

A autora Andréa Rodrigues Amin está muito correta quando ela fala:

Família, seja natural ou substituta, já tem um dever de formação decorrente do poder familiar, mas não só. Recai sobre ela um dever moral de se responsabilizar pelo bem-estar das suas crianças e adolescentes, pelo vínculo consangüíneo ou simplesmente afetivo.⁹⁰

E isso demonstra que os filhos de criação devem ser enquadrados sim na filiação socioafetiva.

Alguns casos concretos abarcam esses conceitos, como na situação em que a pessoa tem seu pai, mas devido à distância e o “abandono afetivo”, a pessoa cria um vínculo paterno com outro homem, por exemplo, uma pessoa tem seu pai biológico morando em outro país, e que nunca teve contato com ele, apenas

⁸⁸ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 234.

⁸⁹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 234.

⁹⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. *Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente*. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Coordenadora: Kátia Maciel. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20.

por telefone e internet. Mas como sua mãe se casou novamente, a criança estabeleceu um vínculo afetivo forte com seu padrasto, que mesmo após separação com a mãe, houve a continuação do vínculo, e do tratamento dela como se filha fosse, não só perante a própria família, mas perante amigos e sociedade.⁹¹

No caso em questão, a criança sabe que seu pai biológico existe, tem um vínculo de amizade ao invés de um vínculo de amor, mas tem seu padrasto como pai, que a trata de forma igualitária com os demais filhos, e nunca deixou faltar nada, muito menos amor e carinho.

Outro exemplo que pode ser usado é: Ocorrendo o falecimento do pai antes da criança nascer, ou até mesmo após seu nascimento. O que deve acontecer com essa criança? Ela deverá ser registrada constando que seu pai faleceu, e caso sua mãe venha a se casar novamente, e caso seu padrasto queira assumir os papéis de pai, deve ele, seguir os trâmites legais e adotar essa criança. Portanto existe a viabilidade, mesmo que lenta, existe.

Deste ponto que também acaba surgindo à figura dos filhos de criação, pois, os familiares envolvidos na situação citada acima que acabam apenas criando, como se filho fosse, para evitar aquele trâmite, já que a criança está enquadrada em um seio familiar consistente.

Com isso, a possibilidade de se entrar em questões mais profundas acerca dos filhos de criação é complicada, mas aos poucos vem se aceitando novos modelos de família, e nada mais justo que os filhos de criação entrem nessa, buscando sempre “efetivar a proteção constitucional despidos de preconceitos, principalmente [...] em relação à família substituta.”⁹²

Um ponto que pode demonstrar a necessidade de aceitar os filhos de criação é que já que a união estável foi aceita como entidade familiar, embasada

⁹¹ AMIN, Andréa Rodrigues. *Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente*. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Coordenadora: Kátia Maciel. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20.

⁹² AMIN, Andréa Rodrigues. *Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente*. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Coordenadora: Kátia Maciel. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 28.

nos vínculos afetivos, e hoje em dia é reconhecida, os filhos de criação deveriam ter os mesmos efeitos jurídicos, formando assim um novo vínculo de filiação.⁹³

A adoção “a brasileira” é um crime:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsas ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.⁹⁴

Mas também está ligada a filiação socioafetiva, e a pessoa que está envolvida na situação pode chegar a ser preso, mas, atualmente, quem cria a criança como se filho fosse, na maioria das vezes só o faz por afeto, e se não está cometendo nenhum ato ilícito (p.ex. exploração infantil), sendo apoiado pela doutrina e pela própria jurisprudência⁹⁵, já que a afetividade vem tornando irrevogável a filiação.

3.4.3 A posse de estado de filho

Como já foi dito no capítulo anterior, o que importa nas relações familiares é o afeto, e isso pode vir a resultar em inversão de uma verdade biológica com uma verdade afetiva.

⁹³ GUIMARÃES, Janaína Rosa. *Filhos de criação – o valor jurídico do afeto na Entidade Familiar*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/31451> > .Acesso em: 15 mar. 2011.

⁹⁴ Código Penal, artigo 299, parágrafo único.

⁹⁵ **Ementa:** “PRETENSÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PATERNIDADE BIOLÓGICA EXCLUÍDA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA COMPROVADA. Comprovado nos autos pela prova testemunhal a relação paterno/filial entre a investigante e o investigado, por longo período é de reconhecer-se a paternidade. A paternidade sócio afetiva não pode ser ignorada, ainda que o exame de DNA seja negativo, quando o próprio investigado assume a filiação da investigante publicamente, e age como tal perante o meio social em que vive. (V.V. D.CABL) INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE -- INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - CONCLUSÃO APURADA EM EXAMES DE DNA - AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO - VERDADE REAL - PROVIMENTO.” (Apelação Cível 1.0024.09.600217-5/002, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/09/2013, publicação da súmula em 23.09.2013).

Ementa: “RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. CANCELAMENTO PELO PRÓPRIO DECLARANTE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. ASSUNÇÃO DA DEMANDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA OBJETIVA. ATUAÇÃO QUE, IN CASU, NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR LEGITIMIDADE À PRETENSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.”. (REsp 234.833/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2007, DJ 22/10/2007, p. 276).

O *nominatio, tractus e reputatio*, passam a ser novamente assunto a ser tratado, pois, mais uma vez demonstra-se que a posse de estado de filho não deve depender apenas dos aspectos legais, mas também de como a sociedade vê aquela situação.

Não é necessária a presença dos três elementos para que uma relação socioafetiva seja reconhecida, existindo apenas um deles, ou dois deles aparentes, não é requisitado prova dos três, já que o afeto é maior prova de existência do tratamento com a criança, o nome, e a fama perante a sociedade.

Jorge Fujita, que também é adepto da teoria dos três elementos, fala que existem outros fundamentos para a posse de estado de filho, e quando ele diz:

[...] a posse de estado de filho não tem aplicabilidade apenas para os filhos matrimoniais, mas para todos eles sem distinção, abrangendo, inclusive, os socioafetivos, representados pelos filhos adotivos e pelos denominados “filhos de criação” e os decorrentes da adoção à brasileira. E tudo isso sem embargo das limitações do Código Civil.⁹⁶

E isso realmente deveria ser refletido na sociedade.

Daí a necessidade de se analisar o que é aceito pelos juízes, já que a sócio-afetividade deve ser o requisito principal nas relações de filiação.

3.4.4 Análises Jurisprudenciais

Os efeitos jurídicos da afetividade estão abrindo portas até mesmo dentro dos tribunais, e de certa forma fornecendo precedentes para situações que são levadas basicamente pela afetividade, como é o caso dos filhos de criação.

Esses efeitos não se referem apenas para a legitimidade *ad causam* e *ad processum*, mas sim a todos os efeitos jurídicos que um filho tem.⁹⁷

Sabe-se que não se pode equiparar os filhos de criação com uma adoção informal, para fins jurídicos, já que a legislação brasileira não acolhe esse

⁹⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. p.113

⁹⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. P. 80-81.

fato, mas verifica-se que cada vez mas a filiação socioafetiva ganha seu espaço, e conseqüentemente possibilita novas leituras de determinados casos.

A possibilidade de uma mãe de criação entrar com uma ação de indenização devido à morte de seu filho em acidente de trânsito pode ser um dos casos em que se vê a legitimidade para que aquela mãe entre com essa ação e exija os direitos de seu filho, como visto na Apelação Cível nº 26.385, TAC/RS.⁹⁸

Verifica-se ainda na Apelação cível nº 70008795775, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que se comprova cada vez mais que os juízes vem analisando de forma a utilizar-se de princípios constitucionais e até mesmo princípios humanos cada caso com suas peculiaridades, como é visto nesse acórdão:

AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO.

A paternidade sociológica é um **ato de opção**, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares.

Uma de suas formas é a **“posse do estado de filho”**, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública.

⁹⁸ Apelação Cível nº 26.385, TAC/RS. 1ª Câmara Cível, julgado em 2/10/1981, Rel. João Aymoré Barros Costa.

Ementa: AÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE DANO POR ATO ILÍCITO PROCESSADA PELO RITO ORDINÁRIO, AO INVÉS DO SUMARÍSSIMO, PELOS PARTICIPANTES DA RELAÇÃO PROCESSUAL NÃO ACARRETA NULIDADE. A MÃE DE CRIAÇÃO E PARTE LEGÍTIMA "AD PROCESSUM" E "AD CAUSAM" PARAPLEITEAR A INDENIZAÇÃO PELA MORTE DO FILHO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO MAS DEVE PROVAR CUMPRIDAMENTE QUE, ALÉM DE SUA PERDA AFETIVA, SOFREU PERDA PATRIMONIAL ECONÔMICAMENTE AVALIÁVEL QUE DEVE RETORNAR AO SEU PATRIMÔNIO PARA ELE VOLTAR AO "STATUS QUO ANTE". SENTENÇA REFORMADA.

Liga-se ao **princípio da aparência**, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente.

Isso ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse.

O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários.

APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.⁹⁹

Diante disso, fica comprovado que os filhos de criação deveriam ter mais direitos, já que podem vir a ser equiparados aos filhos adotivos, ou até mesmo filhos socioafetivo, pois como visto, a afetividade tem mais valor em uma relação entre pais e filhos do que qualquer outra coisa.

Nessa ótica, nota-se que na apelação citada, o E. Desembargador é iluminado ao dizer:

Paternidade socioafetiva e biológica são conceitos diversos e a ausência de uma não afasta a possibilidade de se reconhecer a outra. O reconhecimento da filiação socioafetiva pressupõe a ausência de vínculo biológico entre partes que constroem uma relação familiar e se reconhecem como pais e filhos. Nesse sentido, os efeitos da decisão que reconhece a ausência de paternidade biológica não joga uma pá de cal sobre a questão da filiação socioafetiva.¹⁰⁰

Com isso, fica mais uma vez comprovado que a filiação sócioafetiva pode ter seus ramos, não necessitando ser um instituto que depende da filiação, possibilitando assim que os filhos de criação sejam visto como figura do direito que tem as mesmas características que todos os filhos devem ter.

⁹⁹ Apelação Cível nº 70008795775, 7ª Câmara Cível, julgado em 23/06/2004, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre-RS.

¹⁰⁰ Apelação Cível nº 70008795775, 7ª Câmara Cível, julgado em 23/06/2004, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre-RS.

Os filhos de criação, porém, ainda não tem tanto amparo, mas cada dia que se passa vem conseguindo seu espaço, haja visto que a sócioafetividade é ponto de suma importância, como já falado diversas vezes, e daí o motivo pelo qual os filhos de criação tem ganhado espaço dentro do Direito.

Para isso, a legislação brasileira deveria ser modificada já que existem tantos julgados, inclusive no STJ¹⁰¹, já aceitando o vínculo socioafetivo como fator principal nas relações familiares, e dentro dessa ótica, os efeitos jurídicos deveriam não apenas tutelar o reconhecimento, mas também regular “a posse de estado de filho, como elemento caracterizador da filiação”¹⁰².

Acontece que essas modificações são muito demoradas, mas aos poucos vem se tornando realidade, e pode-se verificar isso, quando tem-se notícias sobre a aprovação de Lei sobre a união homoafetiva, ou a legalização de adoção por casais homossexuais. Isso se pode considerar um avanço dentro de um país onde a se tem um Direito consideravelmente antigo.

Ainda no que diz respeito aos filhos de criação, é possível dizer que, o poder familiar e o amor que se cria dentro das família deverá sempre prevalecer a qualquer outro valor, seja ele legal ou social, por isso, deve-se analisar sempre o bem estar da família e principalmente se aquele filho de criação está sendo beneficiado, ou se já beneficiou de alguma maneira aquela família, pois, se ele está ali, é porque aquela família quis, já que ele não pediu para estar ali...ele foi escolhido!

¹⁰¹ STJ, 3ª Turma, REsp nº 878.941/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267.

Ementa: RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGUÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO.

¹⁰² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009. P. 82.

CONCLUSÃO

A família está contemporânea, e isso acontece também por causa dos valores afetivos que estão se envolvendo nas relações familiares e, independentemente desses valores, está mais fácil aceitar cada indivíduo dessa relação familiar com seus valores individuais, seja este valor qual for, e como ele se manifesta, propiciando assim a dignidade de cada um.

Neste ponto é possível afirmar que a sócio-afetividade é sim o ponto principal de todas as relações, não só familiares, mas também gerais, pois ela dita como será tratada àquela pessoa que está próxima a você no dia-a-dia.

Levando-se em conta o que foi observado, a sócio-afetividade demonstrou como as relações de parentesco são possíveis mesmo sem a existência de um vínculo consangüíneo, e sem passar por um processo de adoção.

Isso se deve a constitucionalização do Direito de Família, ou seja, com enfoque no Direito de Família a partir de preceitos constitucionais se tem deslocado esse ramo, elevando a um status mais garantista, com fins de proteção social familiar, sem com isso deixar seu caráter privado. Chegando-se ao ponto de classificar tal ramo em híbrido com características de ambos os ramos.

No que tange aos filhos de criação, eles devem a ser aceitos e ter direito a exigir a igualdade no tratamento se embasando na sócio-afetividade, uma vez que ela gera direitos e deveres, inclusive sucessórios, podendo ser tema futuro de estudo.

Os filhos de criação não devem ser discriminados apenas por não terem registro que comprovem a filiação. Mas devem sim ser reconhecidos, assim como as uniões estáveis são reconhecidas sem nenhum registro. O afeto tem de ser valorado de forma elevada, baseado no bem-estar da família, e principalmente do filho.

O afeto é sim o elemento principal de uma relação familiar. Ele não mais se esconde atrás das aparências e passa a transparecer para a sociedade, o que mostra que todos têm sentimentos, e que só com os novos tempos onde, não existe nenhum preconceito em demonstrar sentimento pelo próximo é que o afeto é o principal valor nas relações atuais.

Verificamos também que, atualmente, os magistrados (Poder Judiciário) vêm apreciando de maneira mais moderna, vindo a mandar que o nome do pai seja incluído ao do filho de criação. Autorizando legitimidade *ad processum* da mãe de criação, por exemplo, no caso de pensão militar da filha de criação. O que leva a crer que o Estado brasileiro está corporificando o Estado democrático de Direito, mas que só poderá chegar nesse ponto quando aceitar tratar a todos de maneira igualitária como fala em nossa Constituição.

Os filhos de criação devem passar a ser vistos pela sociedade de maneira mais bem vista, já que quem foi criado como filho, foi escolhido, e não teve a intenção de fazer algum mal àquela família. Na verdade, e na maioria das vezes, o que se mais quer é o reconhecimento, apenas com o nome, e isso pode ser a coisa mais importante.

Por isso que esse trabalho foi de cunho muito importante. Não para demonstrar os parâmetros do que é a filiação, e sim para dizer que os filhos de criação querem apenas um reconhecimento perante a sociedade, e mostrar que sim, ele tem origem.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos Albuquerque. *Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1636, CC/2002*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

AMIN, Andréa Rodrigues. *Doutrina da Proteção Integral*. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Coordenadora: Kátia Maciel. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMIN, Andréa Rodrigues. *Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente*. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Coordenadora: Kátia Maciel. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROS, Fernanda Otoni. *Convivência familiar: “Ali se” visita os pais... Nem sempre tão maravilhosos*. Revista Brasileira de Direito, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, abr./ maio/jun. 1999.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. *O afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação* – São Paulo: Editora Atlas, 2009.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. *Filhos de criação – o valor jurídico do afeto na Entidade Familiar*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/31451> >.

LOBO, Paulo Luiz Neto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOBO, Paulo. *Código Civil comentado: Direito de Família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*. Coordenador: Álvaro Villaça Azevedo - São Paulo: Saraiva, 2003.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Apresentação. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Orgs.) 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família*. 1ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*. 2ª ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte.