

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FAAR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

VANÍZIA GUIMARÃES SILVA

**A RELEVÂNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A PATERNIDADE
MERAMENTE BIOLÓGICA OU REGISTRAL**

Campina Grande – PB

2014

VANÍZIA GUIMARÃES SILVA

**A REVELÂNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A PATERNIDADE
MERAMENTE BIOLÓGICA OU REGISTRAL**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FAAR, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof^ª. Esp. Yuzianni Rebeca de
M. S. M. Coury.

Campina Grande – PB

2014

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

S586r Silva, Vanízia Guimarães.

A relevância da paternidade sobre a paternidade meramente biológica ou registral / Vanízia Guimarães Silva. – Campina Grande, 2014.

58 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientadora: Profa. Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. Coury.

1. Direito de Família. 2. Paternidade Sócioafetiva. 3. Paternidade Biológica. I.
Título.

CDU 347.61(043)

VANIZIA GUIMARÃES SILVA

**A RELEVÂNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A PATERNIDADE
MERAMENTE BIOLÓGICA OU REGISTRAL**

Aprovada em: ____ de _____, de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. M. Coury
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientadora)

Prof^ª. Esp. Renata Teixeira Villarim
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1^a Examinadora)

Prof^ª. Esp. Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2^o Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, pelo dom da vida e pela família maravilhosa que tenho.

Agradeço aos professores e amigos, especialmente as amigas Natalia e Izabella, pela parceria, incentivo e apoio que me deram do início ao fim do curso.

Agradeço aos meus professores que tive ao longo desse curso de Bacharelado, pelos conhecimentos proporcionados, pelas aulas e seminários inesquecíveis.

Agradeço a minha orientadora Prof^ª. Esp. Yuzianni Rebeca de M. S. M. Coury, que me ajudou na realização dessa obra e por sua amizade e atenção dispensada.

Agradeço aos pais e meus irmãos que sempre acreditaram na minha capacidade e torceram pela minha vitória, com apreço especial a minha irmã Valdênia, que olhou de forma particular esse projeto.

Agradeço, as minhas filhas Priscilla e Mariana, e ao meu filho Matheus, que pacientemente abriram mão da minha atenção, para que eu pudesse realizar esse projeto de vida.

E um agradecimento muito particular, ao meu esposo Amarildo, que sempre acreditou que esse dia chegaria, ao mesmo tempo, que não mediu esforços pra que esse sonho se concretizasse.

Dedico este trabalho às pessoas mais importantes da vida: meus pais, irmãos, meus amigos, minhas amigas Natália (Branca de Neve) e Izabella (Iza), de quem recebi apoio necessário pra cumprir essa etapa da minha vida, pois sem esse carinho especial de vocês não teria condições de cumprir essa tarefa.

Dedico esse capítulo magico da minha historia, a vocês meus filhos, que sempre encontravam um jeitinho especial de me fazer acreditar que valia a pena cumprir essa jornada.

Dedico a você Amarildo que me ajudou a dar o primeiro passo e me incentivou até o último, não medido esforços, demonstrando de forma impar seu amor incondicional.

“A persistência é o caminho do êxito.”

RESUMO

Direito de Família, a partir do advento da Constituição federal de 1988, abraçou as mudanças da sociedade e do Estado, a medida que consagrou os princípios constitucionais, especificamente aqueles norteadores do Direito de Família, que contemplaram a família com um valor novo e imprescindível que surgiu dentro núcleo familiar, transformando sua estrutura e composição, ” o afeto”, que fortalece a reciprocidade de sentimentos entre pai e filho, passando a considera os laços afetivos como peça chave para modificar a realidade do direito brasileiro em particular a doutrina e a jurisprudência, que faz com que a verdade biológica da paternidade perca sua autonomia, mesmo com a precisão que exame de DNA traz na confirmação dessa paternidade verdadeira, a paternidade não pode ser definida exclusivamente pelos laços sanguíneos, e é nesse entendimento que o Direito de Família reconhece a paternidade socioafetiva, e acredita que essa relação de afetividade pode garantir o melhor interesse da criança..

PALAVRAS-CHAVE: Família, Princípios Constitucionais, Paternidade Socioafetiva, Paternidade Biológica, Filiação, Afeto.

ABSTRACT

Family Law, from the advent of the Federal Constitution of 1988, embraced the changes in society and the state, as enshrined constitutional principles, specifically those guiding the Family Law, which contemplated family with a new, essential value arise within the family nucleus, transforming its structure and composition, "affection", which strengthens the reciprocal feelings between parent and child, going to consider the emotional ties as key to modify the reality of Brazilian law in particular the doctrine and jurisprudence which makes the biological paternity truth loses its autonomy, even with the precision that DNA test brings the confirmation of true paternity, paternity not pose exclusively defined by blood ties, and it is this understanding that family law recognizes the socio-affective paternity, and believes this warm relationship can ensure the best interests of the child.

KEYWORDS: Family, Constitutional Principles, socio-affective paternity, Biological Parenthood, Membership, Affection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA	13
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL	15
1.3 ESPÉCIES DE FAMÍLIA	19
1.3.1 Família Matrimonial	20
1.3.2 Família Informal ou União Estável.....	21
1.3.3 Família Homoafetiva	23
1.3.4 Família Monoparental.....	24
1.3.5 Família Anaparental	25
1.3.6 Família Pluriparental.....	26
1.3.7 Família Paralela.....	26
1.3.8 Família Eudemonista.....	28
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	29
2.1 PRINCÍPIOS GERAIS (APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA).....	29
2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	30
2.1.2 Princípio da Igualdade	31
2.1.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso	33
2.2 PRINCÍPIOS ESPECIAIS (PECULIARES AO DIREITO DE FAMÍLIA).....	34
2.2.1 Princípio da Afetividade	35
2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar.....	36
2.2.3 Princípio da Plena Proteção da Criança e Adolescentes.....	37
3 FILIAÇÃO E PARENTALIDADE.....	39
3.1 FILIAÇÃO	39
3.2 PARENTESCO	44
4 PARTENIDADE.....	48
4.1 ASPECTOS DA PATERNIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	48
4.2 PATERNIDADE BIOLÓGICA EM LINHAS GERAIS	50
4.3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	52
4.3.1 Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva	52
4.3.2 O Afeto como elemento formador das famílias.....	53
4.3.3 Avanços legais acerca do tema	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a paternidade socioafetiva analisando seus aspectos mais relevantes para sua constituição, apresentando suas implicações na sociedade e nas decisões dos tribunais, tomando por base a ideia de que nas relações paterno filial deve ser muito mais prezado o afeto do que uma mera relação parental advinda da consanguinidade ou do mero registro.

A família sofreu mudanças significativas, tanto nos paradigmas sociais quanto no seio familiar, durante a sua trajetória evolutiva. Pois saiu de uma estrutura patriarcal que era modelo da nossa legislação brasileira, para uma família moldada e construída em torno do afeto e da convivência familiar, independentemente da origem biológica ou registral do filho, a qual foi denominada pela doutrina jurídica de paternidade socioafetiva.

No plano jurídico, pelos valores que diz respeito à entidade familiar, especialmente a filiação, a Constituição Federal de 1988 igualou todos os filhos, determinando, no seu artigo 227, § 6º, que os filhos havidos ou não no casamento ou por adoção terão os mesmos direitos. Assim, dentro da mudança de paradigmas iniciada após a promulgação da Carta Magna, fica clara a igualdade jurídica estabelecida entre a filiação sanguínea e as demais formas de filiação pautadas no afeto.

No ramo da ciência houve um grande avanço sem dúvidas, no que diz respeito à investigação de paternidade através do exame de DNA, que é nos dias atuais o método mais preciso para identificação de paternidade. Contudo, vale salientar que apesar dessa facilidade em se obter mais de 99% da certeza da filiação biológica, esta por si só não basta, sendo necessária a observância do efetivo exercício da paternidade, apenas alcançado com a afetividade, presente nas relações interpessoais de convivência, amor e carinho entre pais e filhos.

Contudo, pode-se dizer que o ponto essencial na relação de paternidade não depende mais da relação biológica entre pai e filho, devendo ser asseverado que toda paternidade é necessariamente socioafetiva podendo ter origem biológica ou não.

A socioafetividade está cada vez mais fortalecida tanto na sociedade como no mundo jurídico, ponderando a distinção entre pai e genitor, no direito ao reconhecimento da filiação,

inclusive no direito registral, tendo-se por pai aquele que desempenha o papel protetor, educador e emocional.

Destaca-se que a paternidade é constituída de valores que vão além do provimento de alimentos, que são adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência, sendo a paternidade um múnus (direito-dever), construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação previsto no art. 227 da CF/88, quais sejam, “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar”.

Converte-se assim em pai, de fato, quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.

Assim sendo, para melhor compreensão conceitual e legal, no direito brasileiro, não se pode deduzir nem afirmar que seja a origem genética fator determinante ou não para configurar a paternidade, já que o verdadeiro estado de filiação constitui-se na convivência familiar duradoura e fundamentada nos laços afetivos que são construídos no cotidiano da relação familiar, que no caso da paternidade socioafetiva encontra-se fortalecida na doação e troca de afeto entre os pais com seus filhos, que encontram respaldo no princípio efetivo da dignidade humana, como fator determinante do bem estar pessoal.

Neste contexto, a paternidade socioafetiva busca somente o seu espaço como fator propulsor de uma nova parentalidade, adequando seus conceitos a essa nova realidade familiar e tutela de modo legal e jurídico.

Destarte, o presente trabalho utilizar-se-á basicamente de uma metodologia de base documental e bibliográfica, através da análise de jurisprudência, artigos e pesquisas referentes ao tema.

Segundo ensinamentos de Oliveira (2007, p. 69), pesquisa documental é aquela que busca informações em documentos que não receberam nenhum tratamento científico. Para tanto, os documentos precisam ser considerados cientificamente autênticos. Os documentos podem ser cartas, filmes, reportagens de jornais e revistas, matérias de divulgação, fotografias, dentre outros. Sendo assim, é uma pesquisa realizada a partir de documentos retrospectivos ou contemporâneos.

Nesse sentido serão utilizados o método histórico e pesquisa na rede mundial de computadores, além de publicações dos profissionais do Direito, como meios auxiliares para debater o problema em tela.

Como procedimento de abordagem, será utilizado o método dedutivo, pois segundo Fernandes (2012, p. 9), a base da metodologia dedutiva se assenta em reunir observações e hipóteses ou fatos e ideias. Nesse sentido, serão discutidos os fatos envolvendo a relação da paternidade socioafetiva e a sua preponderância ante a meramente biológica e registral, debatendo questões fáticas e de direito. Dessa forma, o presente trabalho revelará aspectos novos da paternidade afetiva, tema inovador e que possui inúmeras discussões acaloradas nos Tribunais.

Nos capítulos que seguem, serão abordados aspectos relacionados às novas modalidades de família, outrora formada apenas por aqueles componentes que a lei elencava, bem como a influência da evolução desta na paternidade, que hoje tem um novo elemento formador: o afeto! O foco principal, contudo, está nas inovações sociais e jurídicas que originam a paternidade socioafetiva.

O primeiro capítulo aborda a evolução histórica da família, seu vínculo de afeto intrinsecamente ligado ao conceito de família, assim como o amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro.

O capítulo segundo, por sua vez, enfoca os princípios sobre os quais se fundam essa matéria, sobretudo os que possuem fundamental importância para o aspecto da socioafetividade e demonstram-se decisivos para formação do vínculo filial de parentalidade.

O capítulo terceiro conceitua e apresenta os vários tipos de filiação e sua construção na perspectiva constitucional, ao mesmo tempo que faz uma análise conceitual de parentesco mostra sua classificação.

No quarto e último capítulo, comenta-se e conceitua-se a paternidade biológica ou registral de forma sucinta, e, posteriormente insere-se no seu contexto a paternidade socioafetiva, analisando o vínculo afetivo como formador das famílias e mostrando o reconhecimento dessa paternidade no Direito de Família, apontando seus avanços legais.

Fica clara, portanto, a importância da busca de parâmetros ou diretrizes a serem seguidas na análise do fato da paternidade em favor dos interesses da criança, levando em consideração o afeto como princípio formador da família, em especial constituidor da relação paterno-filial.

1 DA FAMÍLIA

1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

A família é, sem sombra de dúvidas, o núcleo social que mais sofreu alterações tanto no contexto histórico como social e nela está enraizada a personalidade do indivíduo.

Com base nisso, afirmam Stolze e Pamplona (2013, p.38) que:

“família é, sem sombra de dúvidas, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos” e acrescentam, “somos e estamos umbilicados unidos à nossa Família”.

É essa particularidade que a família carrega no seu interior que dificulta a formação de um modelo único de família mesmo ou de um conceito específico para esse grupo social que, na verdade, implica na existência de vários grupos dentro de um mesmo contexto. A esse respeito, os autores supracitados (2013, p.39) entendem que:

(...) não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias.

Tal dificuldade também pode ser vista na obra de respeitáveis autores, a exemplo de Rodrigo da Cunha Pereira, citado pelos mesmos autores (2013, p.39), ao afirmar que “a partir do momento em que a família deixou de ser o núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e várias representações sociais para ela”.

Essa tendência também foi observada por Caio Mário da Silva Pereira, em uma de suas últimas obras, conforme acrescentam Stolze e Pamplona (2013, p.39):

Numa definição sociológica, pode-se dizer com Zannoni que a família compreende uma determinada categoria de relações sociais reconhecidas e, portanto institucionais’. Dentro deste conceito, a família, ‘não deve necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica.

Completa o autor Caio Mário da Silva Pereira, que “quem pretende focalizar os aspectos éticos sociais da família, não pode perder de vista que a multiplicidade e variedade de fatores não consentem fixar um modelo social uniforme”.

Com base no que foi citado, a família passa por transformações e não se restringe mais a um grupo de pessoas unidas pelo matrimônio ou deste, decorrentes, como dispunha a letra de lei da Constituição de 1967 em seu artigo 167: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”. O texto transcreve o modelo tradicional de família, que logo seria ultrapassado e necessitava que o Direito acompanhasse essas mudanças para garantir sua tutela às mais diversas espécies de instituições familiares que começavam a surgir.

A Constituição Federal de 1988 traz várias inovações em seu texto como relacionado em seu artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, e acrescenta em seu § 4º o seguinte texto: “Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Acrescenta em seu artigo 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana, que foi um ponto de bastante relevância para garantia dos direitos que essa nova concepção de família necessitava – posto que, a atividade jurídica agora se volta à proteção da pessoa—junto com o princípio da afetividade, que não se encontra citado no rol dos princípios fundamentais, mas é incontestavelmente primordial para o moderno Direito de Família. Nesse sentido, Stolzee Pamplona (2013, p.42), prescrevem:

(...) que o conceito de família não tem matiz único, temos a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calçada no princípio da afetividade, visando permitir, ainda que de forma implícita o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos.

Na mesma linha, citam Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.43), em referência feita pelo autor Paulo Lôbo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art.226 da Constituição Federal de 1988 são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entendidas familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização do tipo, na experiência da vida, conduzindo a tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

As revolucionárias mudanças tanto sociais como constitucionais tornaram a instituição família especial, pois não se restringe mais a um grupo de pessoas unidas por possuírem a mesma herança genética. Devido a essa pluralidade, passa-se a buscar o equilíbrio entre o afeto e a verdade biológica, pois, a família agora é tratada como um instituto afetivo. Um conceito de família interessante, nesse sentido, é o contido na Lei n. 11.340/2006 – conhecida como “Lei Maria da Penha”, que em seu artigo 5º, II, dispõe que é, a família, “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Stolze e Pamplona (2013, p. 52) consideram que o século XX foi o tempo “pródigo em eventos e fenômenos” que romperam com as discriminações havidas no antigo (e único) conceito de família. E complementam:

A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um “LAR, Lugar de Afeto e Respeito”..., tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade.

Pelo exposto, percebemos que nessa nova linha de interpretação, o conceito de família como núcleo social se constrói não só apenas no casamento, mas, a partir de laços sanguíneos, jurídicos e afetivos. Portanto, família não é só aquela formalizada perante o Estado, mas qualquer grupo formado pelo afeto e que, por isso, merecem daquele a proteção.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL

Como vimos, a família é a instituição considerada a unidade básica formadora do ser humano e também um sistema complexo que passou por várias mudanças socioculturais, religiosas, econômicas e na sua própria formação interior ao longo da história. Evoluiu de uma sociedade conservadora, que seguia os moldes patriarcais – voltados exclusivamente ao casamento, obrigações e à liderança do chefe ou “patriarca” – e legitimava o poder masculino sobre a mulher e os filhos, denominado “pátrio poder”.

Assim, comenta Paulo Lôbo (2011, p.23):

É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao Direito de Família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de 70 do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo.

Na mesma linha, afirma Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.25) que, “de fato, as disposições da Codificação Brasileira tinham, nitidamente, caráter patrimonial, que incidiam inclusive nas relações jurídicas familiares”.

A realidade dessa sociedade onde prevalecia a soberania absoluta do pai começa a enfraquecer e sofre um grande abalo devido às mudanças que ocorrem tanto de natureza econômica como social, devido a vários fatores, como por exemplo, o advento da Revolução Industrial, que levou muitas mulheres a ingressar no mercado de trabalho, remodelando o seu papel dentro da família; outro fator de bastante relevância é a busca de oportunidades e qualidade de vida que faz com que essa família deixe o campo e migre para a cidade.

Ainda afirma o renomado autor, que sobre essa nova realidade, afirmando que “tudo girava em torno do patrimônio” (2012, p.28) e assim priorizava-se mais a função econômica da família, responsável pela subsistência de seus componentes, e não “a pessoa humana existente em cada um dos membros”.

Os elementos transformadores citados, como a emancipação feminina e essa acelerada urbanização que ocorreu no século XX, no Brasil, fizeram com que a sociedade em sua coletividade buscasse melhorias que atendessem às suas necessidades, que seria acabar com o velho modelo de família.

Diante disso, os Stolze e Gagliano (2013, p.52), fazem a seguinte observação, “talvez, sim, fosse o início do fim, não da família, em si, mas da concepção uniforme e conservadora de um único formato de família”.

Desse modo, vale elencar que às mudanças normativas acerca dessa entidade familiar se transforma ao longo do século XX, devido às demandas sociais, e que influenciaram diretamente essas transformações. Como bem colocou Pianovski Ruzyk em sua obra citado por Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.35 e 36):

“Em suma, o transcurso das alterações legislativas em matéria de família não deve ser visto como o conjunto de marcos que operam as transformações no fenômeno familiar, mas sim, como o reflexo dessas transformações, operadas em níveis mais profundos do tempo histórico, quando aquilo que se

consolida entre estrutura e conjuntura vem à tona, marcando um dado episódio: a emergência da lei”.

E complementa:

“A delineada função serviente da família, assim como a de qualquer outra formação social, explica o papel da intervenção do estado na comunidade familiar. Ela se traduz, em geral, na necessidade de que seja respeitado o valor da pessoa na vida interna da comunidade familiar. Isso não por um motivo de Estado, nem de “família”. Isto é, por uma razão superior ao interesse das partes, mas porque a comunidade deve inspirar-se, como qualquer formação social, no princípio da democracia”.

As fases históricas da família no Brasil estão presentes nas Constituições, mostrando a transição que ocorreu do Estado Liberal que limitava o poder político e a sua não intervenção nas relações privadas e econômicas *versus* o Estado Social que se caracterizou pela intervenção nas relações privada e no controle dos poderes políticos, tendo como marca principal a solidariedade.

A Constituição de 1824 era liberal e individualista. Por isso, sua preocupação principal era a família real e não a instituição familiar como todo. No mesmo contexto de liberalidade e individualidade surgiu a Constituição de 1891 que em seu artigo 72, §4º reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

A Constituição Federal de 1934 colocou um capítulo dedicado á família (art. 44-147), fazendo referências expressas e garantindo a proteção especial do estado a esta instituição, preceitos esses que foram repetidos pelas Constituições seguintes. Porém, essa proteção é centralizada de forma específica às famílias fundadas no casamento, como cita o texto da Lei Maior, em seu artigo 144: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”.

O disposto no texto constitucional pouco se modificou do diploma civil de 1916, pois continuava mantida a estrutura patriarcal, ou seja, a família fundada no casamento, o tratamento discriminatório dado aos filhos nascidos fora do casamento e aos havidos por adoção, considerados tão somente a família legítima e a preocupação com os filhos naturais, como elenca o artigo 147 dessa Constituição: “O reconhecimento dos filhos naturais, será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos”.

Além disso, surgiram leis que alteraram constitucionalmente a legislação desde a promulgação do código civil 1916 até o advento da Constituição federal de 1988, como por exemplo: Lei da Adoção (Lei nº 3.133\57), Lei do Divórcio (Lei nº 6.515\77) que acabou com

a indissolubilidade do casamento, a lei que devolve a capacidade plena à mulher casada equiparando os direitos dos cônjuges, além de resguardar os bens adquiridos com o fruto do seu trabalho (Lei nº 4.121) do Estatuto da Mulher Casada.

A Constituição Federal de 1988 vem contemplar o Direito de Família, reservando um capítulo para esse ramo do direito, através de uma nova realidade jurídica fundada em princípios da igualdade, da liberdade, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável, no pluralismo das entidades familiares, contraposto ao que vinha se perpetuando desde código civil de 1916, cujo modelo único ou tradicional se baseava no aspecto autoritário e patriarcal que protegia exclusivamente o matrimônio e filiação legítima, como cita Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.47), na referência feita por Luiz Edson Fachin sobre a Constituição Federal de 1988: é impar na extensão e no conteúdo do tratamento conferido à matéria (da família e filiação), rompendo com o conjunto de princípios ancorados no código civil de 1916.

Cumprido informar que a Constituição de 1988 deu o passo definitivo em direção à democratização, uma vez que alargou a concepção de família, ou seja, em vez de proteger a união formada exclusivamente do matrimônio, em seu novo texto afirma no caput do artigo 226 que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

Dessa forma, não se limita mais essa proteção a um tipo de família em especial, mas qualquer forma de família terá direito a proteção do Estado. Com essa modificação na letra da lei, essa proteção abrange também outras entidades que então elencadas na lei como: a união estável e a família monoparental, que se encontram no artigo 226, §3º e §4º:

§3º. Para efeito de proteção do Estado é reconhecido à união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º. Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

No presente estudo, faz-se necessário mencionar outras formas de família, como a união homoafetiva, a família simultânea, a família mosaica ou recomposta e a família solidária.

Segundo Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.48): “A hermenêutica mais adequada parece ser aquela que entende que o rol de entidades familiares previstas na constituição não é taxativo”.

E complementa que:

Na legislação infraconstitucional, igualmente, se verifica que não há uma definição de modelo de família. O Estatuto da Criança e do adolescente (art.4º, Lei. 8.069/90), a lei da Impenhorabilidade do bem de família (art.1º, Lei. 8.009/90), o Estatuto do Idoso(art.3º, Lei 10.741/03), a Lei Maria da Penha (art.3º, § 2º), reportam-se a apenas a “família”.

Dessa forma, verifica-se que a Constituição de 1988, em conformidade com o novo Código Civil, abrange em seu texto várias modalidades de família, formadas por relações consanguíneas, por atos jurídicos solenes ou pelo afeto.

1.3 ESPÉCIES DE FAMÍLIA

A família é composta por diversos modelos, sendo que cada uma possui suas próprias características, pois nem todas são formadas pelo pai, mãe ou filhos. Essas famílias possuem em comum apenas o afeto, que, através dessa união pela afetividade, vão moldar e construir uma relação de respeito entre os indivíduos que dela fazem parte.

O Código Civil de 2002, não elencou todos os modelos de família existentes, pelo fato dessas entidades possuírem uma concepção mais ampla, e por ter pluralidade de entidades familiares, que estão fortalecidas nos valores da ética e do afeto, que associados com outros caracteres comuns como a solidariedade, o companheirismo, a liberdade e o respeito que formam essa unidade socioafetiva.

Nesse sentido, Carvalho (2012, p.49) leciona que: “Com efeito, pode-se dizer que se tem reconhecida uma família a plural. De fato, sempre existiu a diversidade de arranjos familiares, mas é atualmente que se obteve o seu reconhecimento jurídico”.

E completa:

A pluralidade de entidades familiares mostra caracteres comuns, como o afeto, a solidariedade, o companheirismo, a liberdade, o respeito, o que revela que a família deve ser vista como um ninho, longe de modelos normativos rígidos e impositivos, cheios de nós.

Existem três formas de família: a formada pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis; a união estável e a família monoparental; há, ainda implicitamente, as que decorrem de uniões pautadas no elemento afetividade, algumas com conotação sexual, como a homoafetiva, e outras não, como a família substituta, a pluriparental, a paralela, a eudonista e anaparental.

1.3.1 Família Matrimonial

A família matrimonial carregou por muito tempo características marcantes do direito Romano, onde prevalecia a hierarquia do pater no seio da família. Porém a história recente do Direito, pauta pela igualdade desses direitos matrimoniais, onde a mulher participa e colabora na condução dessa vida matrimonial, mantendo-se no centro do sistema e não mais abaixo.

Nesse sentido, a nossa Constituição é clara, em seu artigo 226, caput: “A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado”. Corrobora com tal entendimento também o §5º do referido artigo: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Trata-se na verdade da colocação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal temática sob o prisma civil-constitucional pode ser vista na citação de Stolze e Pamplona (2013, p.280), na referência feita por Paulo Lôbo:

O plano de eficácia do casamento sofreu profunda transformação, em decorrência da radical mudança de paradigmas da família e do casamento, consumada na Constituição de 1988, principalmente com a imposição de igualdade total dos direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (art.226, § 5º). Na legislação anterior, as relações entre os cônjuges eram configuradas na chefia da sociedade conjugal atribuída ao marido em torno do qual gravitava a ordenação dos direitos e deveres.

Destarte lembrar, que a nossa estrutura familiar é revestida de peculiaridades pertinentes ao direito romano, essas características estavam relacionadas ao matrimônio, as famílias patriarcais e patrimoniais, mantendo por muito tempo o Estado como um único legitimador do casamento, onde tinha a função de manter a ordem social e regular às uniões afetivas de forma conservadora e moralista.

A Igreja consagrou o matrimônio realizado entre o homem e a mulher como um sacramento indissolúvel, ou seja, impõe a indissolubilidade do vínculo conjugal.

O matrimônio é um ato voluntário dos nubentes por meio da chancela estatal, onde tiram os indivíduos da posição de noivos, passado a partir do momento da celebração ao estado de casados. Esse ato ao ser praticado adquire vontade alheia, e só a lei assegura direito, na medida em que impõe deveres na esfera pessoal e patrimonial desses indivíduos. Podemos

visualizar esses deveres de ambos os cônjuges que se encontra no artigo 1.566 do Código Civil:

- I – fidelidade recíproca;
- II – vida em comum, no domicílio conjugal;
- III – mútua assistência;
- IV – sustento, a guarda e educação dos filhos;
- V – respeito e consideração mútuos.

Esses dispositivos não fazem parte de uma escala hierárquica, nem lógica, pois nenhum prevalece sobre o outro.

É válido ressaltar que a celebração do matrimônio deverá ocorrer sempre com a vontade mútua dos nubentes, pois não caberá ao Estado impor sua vontade para fazer essa união; este deverá apenas controlar meras formalidades para realização de ato solene.

1.3.2 Família Informal ou União Estável

A Constituição Federal de 1988 consagra no seu artigo 226, § 3º, a união estável como forma de família. Com essa admissão expressa dessa união informal entre um homem e uma mulher, a Constituição pôs fim aos pensamentos conservadores, que não admitiam qualquer tentativa de reconhecimento fora dos cânones de matrimônio, dessa modalidade de família. Porém, é em virtude da lei que a união estável recebe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direito e deveres passando a possuir proteção estatal. Por isso, vale a pena ver tal previsão normativa específica:

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...)
§ 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Ainda conforme o artigo 1.723 do Código Civil:

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida, com o objetivo de constituição de família.

Após a Constituição, sugeriram as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, onde estabeleciam os requisitos mínimos da união estável, mas com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 que sistematizou toda a matéria pertinente à união estável e revogando as leis anteriores.

Porém os legisladores ainda mantinham o casamento em uma escala diferenciada da união estável, ou seja, não havia uma equiparação entre elas, fazendo com que nem sempre houvesse um tratamento igual para as duas entidades.

Paulo Lôbo (2011, p.170), em sua obra sobre o tema em tela faz a seguinte observação:

(...) Todavia, a preferência evidente do legislador pelo casamento fez com que nem sempre haja tratamento isonômico para as duas entidades, sendo inadmissível que sua inserção no Código tenha sido feita após as relações de direito patrimonial. Melhor seria que as matérias contidas nos artigos, 1.723 a 1.727 fossem distribuídas, de acordo com o casamento. Afinal, as relações de parentesco, o poder familiar, o direito de filiação, a guarda dos filhos, por exemplo, são comuns ao casamento e à união estável, e até mesmo à união monoparental.

Lôbo coloca os requisitos legais da união estável por força do §3º do art. 226 da Constituição Federal e do art. 1.723 do Código Civil que são:

- a) relação afetiva entre homem e mulher;
- b) convivência pública, contínua e duradoura;
- c) objetivo de constituição de família
- d) possibilidade de convenção para o casamento.

E, sobre o tema, faz os seguintes comentários:

A Constituição alude apenas aos itens “a” e “d”. A inexistência de impedimento para o casamento não pode ser considerada requisito, porque pessoa casada e separada de fato pode constituir união estável.

É questionável a inclusão da conversibilidade para o casamento, como requisito, e só o fazemos em razão dos enunciados normativos vigentes e para demonstrar sua impropriedade. O enunciado da Constituição, que tem servido a argumentos discriminatórios contra a união estável, é “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. O que se tem aí não é requisito nem condição resolutive. Reordenando os requisitos, temos que a união estável é exigente dos três comuns a todas as entidades familiares e um específico, que lhe destaca a identidade e a autonomia. Os requisitos comuns, (encontrados no casamento, na entidade monoparental, na entidade de irmãos sem pais ou de outras entidades de parentes distintas da família nuclear), são: a) publicidade ou ostensibilidade da convivência; b) afetividade; c) estabilidade.

A união estável se inicia com a convivência dos companheiros. Na questão temporal, alguns Tribunais têm entendido, não existe prazo máximo nem mínimo para se configurar a união estável, bem como a convivência no mesmo teto, segundo dispõe a Súmula 382 do STF que diz: “(...) A vida em comum sob o mesmo teto, ‘more uxório’ não é indispensável à caracterização do concubinato”.

A união estável não necessita de qualquer ato jurídico dos companheiros ou decisão judicial para o início ou o fim da união, a separação se dará de fato. Essa dissolução pode ser amigável ou litigiosa.

1.3.3 Família Homoafetiva

A união homoafetiva surge enraizada de preconceitos, inclusive do próprio legislador que se omitiu ao fechar os olhos para esse grupo social que não é novo, mas que sofre perseguição e restrições desde sempre. Contudo, deve se observar que a união homoafetiva possui todos os pré-requisitos necessários para ser uma entidade familiar, como as demais uniões, como o casamento e a união estável, pois possui o afeto, o companheirismo, a assistência mútua, é uma união pública e com o objetivo de constituir familiar.

Todavia é necessário que esse preconceito fique para trás, que se busque compreender esse núcleo, que precisa de leis que lhe assegure direitos e deveres.

De fato os próprios Tribunais Federais, divergem sobre a natureza da união homoafetiva, pois não conseguem enquadrá-la como “união estável” ou “modalidade de ente familiar”.

Nesse contexto Lôbo (2011, p. 493) destaca:

Bem, nesse profundo contexto, pensamos que pouco importa reconhecer-se a união homoafetiva como uma “união estável” ou como uma “nova modalidade família”, pois, a premissa intransponível e mais relevante é que se trata, efetivamente, de uma “família”, merecedora de respeito, e dado o seu reconhecimento constitucional – na perspectiva da dignidade humana – também de tutela jurídica, com a aplicação analógica das regras atinentes à relação de companheirismo heterossexual, com os direitos e deveres daí decorrentes. Com isso, preserva-se a dignidade da pessoa humana, homenageando-se o Estado Democrático de Direito (...).

Desta forma, a falta de regulamentação legal explícita não pode impedir a aplicação analógica das normas atinentes à união estável como formar de tutela o seu direito.

União moldada pelo afeto independente do sexo dos envolvidos, essa união forma um núcleo familiar digno e merece ser reconhecido.

1.3.4 Família Monoparental

A família é a instituição base da sociedade, dentre os organismos sociais e jurídicos, foi à família que mais sofreu transformação na sua estrutura familiar. No início tinha uma organização ampla e hoje do decurso do tempo tornar-se restrita. Dessa forma, à família no sentido restrito compreende o conjunto de pessoas unidas pelo vínculo do matrimônio e da filiação e são chamadas famílias monoparental ou unilinear.

A família monoparental é formada pela presença de um só genitor, que desempenhara a função de educar sozinho, seus filhos, essa situação pode ser feita de forma voluntária ou de desejo pessoal, que é o caso da mãe solteira. Existem outras situações que originem a monoparentalidade, entre elas a viuvez, separação de fato, divórcio, concubinato, adoção de filho por apenas uma pessoa e outras.

Destarte informar, que hoje no Brasil existiu um número excessivo dessas entidades familiares que, na sua maioria são chefiadas pelas mães, existindo um declínio grande na participação dos pais na composição dessas famílias. Devido a esses fatores, à família monoparental, recebeu tutela explícita da Constituição, conforme se verificar no art.226 da Constituição federal de 1988 em seu §4º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, (...).
§4º Entende-se também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Essa instituição família no que diz respeito ao momento de sua constituição pode ser originária ou superveniente. A primeira é aquela família formada pela mãe ou pai solteiro, como exemplo, a adoção em que o indivíduo solteiro adota uma criança constituindo assim um núcleo familiar. Já à família monoparental superveniente é aquela que se origina da fragmentação de um núcleo parental, nesse caso podemos citar como exemplo a separação de fato ou divórcio.

Essa entidade familiar antes tinha a reprovação da sociedade, pois a julgavam de forma preconceituosa e taxativa, hoje é reconhecida e protegida pela tutela jurídica, e o que antes era reprovação em ser uma mãe solteira, hoje é aprovada constitucionalmente.

1.3.5 Família Anaparental

A família Anaparental etimologicamente significa famílias sem pai, mesmo não sendo reconhecida como entidade família é formada pelo convívio de interdependência afetivamente entre parentes, ou de pessoas, ainda que não parentes dentro de uma estrutura com identidade familiar, ou seja, o lar, sem pai ou mãe que a chefie. Pode ser um formato de família que pode adquirir as mais diversas configurações como: a convivência duradoura entre dois irmãos que foram abandonados pelos pais ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos que já faleceram.

Mesmo não existindo conotação sexual nessa união, a convivência de ambos simboliza a conjunção de esforços para desenvolver um acervo patrimonial, como no caso de duas amigas que decidem viver o resto de suas vidas juntas, compartilhando suas rendas e finanças.

Nesse contexto devemos observar que não vai ser qualquer agrupamento que pode ser considerado família anaparental, pois para que seja caracterizada como família necessita possui segundo Lôbo (2011, p.80) três características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, que seriam:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Diante da grande divergência doutrinária em reconhecer a família anaparental como entidade família, pois a incluem em uma categoria genérica denominada “outras famílias, mais uma vez caberá ao magistrado analisar os casos concretos uma vez que a nossa legislação é omissa”.

Visível reconhecer que essa família distinta das elencadas no rol do artigo 226 da Constituição Federal, fique sem a tutela constitucional, ou seja, negar-lhe pleno gozo aos

direitos fundamentais, á medida que afronta primeiramente a proteção da dignidade da pessoa humana, o principio isonômico é a própria autonomia da vontade.

1.3.6 Família Pluriparental

A família pluriparental também conhecida como família mosaico resulta da duplicidade das relações parentais, ou seja, caracteriza-se pela multiplicidade de vínculos, união em que um dos cônjuges ou ambos já tiveram uma relação matrimonial ou um relacionamento anterior e que deste tiveram filhos, geralmente são resultantes de ações como o divorcio, separação e pelo recasamento.

Esta modalidade de família não só sofreu mudanças na sua estrutura como está multiplicando a cada dia, transformando o modelo de família de uma forma tão natural, que é necessário que o sistema jurídico reconheça a legitima dessa modalidade de família que nasce da junção de duas famílias que se desfizeram, constituído outra união que podem gera filhos tornando-se essa família pluriparental.

O direito de família não consegue ver essa família que se recompôs, pois se construiu em torno do paradigma da primeira família. Contudo o legislado tem condições de ampara essa modalidade de família, para isso bastava extrair do nosso sistema brasileiro e junto com os princípios fundamentais peças suficientes para garantir a tutela e os direitos que esse grupo familiar necessita para se tornar uma entidade familiar e fazer do rol que integram o artigo 226 da Constituição Federal.

1.3.7 Família Paralela

A família paralela também conhecida como concubinato impuro ou adúlterino, pode ser chamada de poliamorismos e não deve ser relacionada com a figura do amante, pois se trata de uma relação de afeto aberta onde se constitui um novo tipo de arranjo familiar, em que um dos elementos dessa relação ou o casal decide, por ato conjunto manter uma relação extraconjugal, como por exemplo: quando um dos cônjuges, ou, os dois são casados que tornar impossível a convenção dessa união em casamento.

O poliamorismo nasce de um comportamento indigno aos olhos da sociedade que considera a fidelidade peça fundamental na estrutura de uma relação afetiva, ao contrário do que ocorre na família paralela onde essa fidelidade ganha outros contornos, contrários ao dever legal da fidelidade previsto no artigo 1566 do Código Civil no seu inciso I que fala da “Fidelidade recíproca”.

Convém lembrar trechos de uma interessante entrevista de Maria Berenice Dias (Consultor Jurídico, 18 de dezembro de 2007), onde ela responde questões envolvendo esse tema:

ConJur — Hoje o juiz tem situações mais complicadas para decidir. Por exemplo, pessoas que têm duas famílias. Essa outra, fora do casamento, pode ser reconhecida?

Maria Berenice Dias — Pode. As duas são entidades familiares. Já há decisões no Tribunal de Justiça gaúcho. Lá tem duas Câmaras que tratam de família, a 7ª e a 8ª. A 8ª Câmara reconhece com muita desenvoltura. Entende que a segunda família é uma entidade familiar paralela. Porque a monogamia não é um princípio, é um norte organizador da sociedade. Até a própria Constituição admite o reconhecimento de filhos fora do casamento. O único problema é que esbarra no reconhecimento de direitos, que a maioria dos estados não reconhece, tem poucas decisões nesse sentido. Recentemente o STJ não reconheceu as famílias paralelas. O juiz ao manejar a lei não pode ser aquele algoz que pune as pessoas que saem do modelo convencional.

ConJur — Qual o procedimento para que essa família seja reconhecida?

Maria Berenice Dias — É muito complicado. O que não pode é essa segunda mulher morrer de fome. O que consigo, infelizmente, é dar indenização pelos serviços domésticos prestados. Quando a Justiça não reconhece a filiação adulterina, as famílias extramatrimoniais, ela está protegendo o homem. A lei é feita pelo homem, e protege o homem.

ConJur — Mas em termos de lei, de legislativo, como é que poderia ser feito o reconhecimento da família paralela?

Maria Berenice Dias — Ao reconhecer os direitos, nós não estamos rompendo este princípio regulador de sociedade, que é a monogamia. Então, se o homem agiu errado, constituiu duas famílias, devemos condená-lo à prisão? A sociedade prefere punir a mulher, mesmo sabendo que não foi ela quem optou por ter uma família paralela, foi o homem. Para mim, não precisava nem mexer na lei. A família paralela é uma união estável, estão presentes as características da união estável.

ConJur — E como fica a questão da fidelidade?

Maria Berenice Dias — Nesta união não existe nenhum dever de fidelidade. Eu não vejo nenhuma justificativa da lei trazer deveres no casamento, porque eles não podem ser cobrados. O fato de o homem ter amante é um problema dele. Ele escolheu viver desse jeito, então, tem que pagar por isso, independentemente da mulher.

Contudo, deve ser observado nessa modalidade de família, que ela não seguiu o padrão que a sociedade reconhecer como certa, mesmo assim, não se pode ignorar a existência dessa

união paralela, devendo o judiciário cuidar da proteção dos partícipes e filhos dessa relação, evitando assim, que haja injustiças.

1.3.8 Família Eudemonista

O novo modelo de família moderna e pluralizada, ligada diretamente pelos laços de afeto entre as pessoas, permite tantas quantas forem suas formas estruturais, pois não existe mais o paradigma da família tradicional, composta do pai, da mãe e dos filhos. Sendo assim, a família eudemonista se enquadra nessa nova modalidade de família.

A expressão eudemonista advém da palavra “*eudaimonia*” que em grego significa felicidade, utilizando esse termo para forma o conceito de família eudemonista, pode-se dizer que a família que construída nos laços afetivos e de respeito mutuo, independente de vínculo biológico formam uma união familiar.

Em todos os tipos de famílias que não estão elencados no artigo 226 da Constituição federal prevalece o afeto como parte importante dessa nova modalidade de união familiar, na eudemonista, essa afetividade ainda é mais consolidada nessa relação, já que se busca a felicidade e realização pessoal, fazendo com que agora a proteção seja aos indivíduos que compõem esse núcleo familiar.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Conforme vimos no capítulo anterior, a família é constituída pelo afeto, troca de amparo e responsabilidade com os seus integrantes. E a partir desta junção de pessoas afetivamente ligadas que começaram a ocorrer às mutações desse instituto chamado família, que é a essência da sociedade.

Neste contexto, em virtude dessas transformações ocorridas no direito brasileiro especialmente no Direito de Família, era imprescindível a consagração dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, que direcionassem todos os vetores nas normas infraconstitucionais.

Assim, nesse mesmo compasso é correto dizer que os princípios funcionam também como fontes de legitimação, fundamentação, interpretação, integração e direção, sendo através dessas distintas dimensões que os juristas utilizam dos princípios como limite de atuação e interpretação para analisar os casos concretos.

Contudo, necessário se faz apresentar nos próximos subtópicos, uma análise dos princípios gerais e especiais norteadores do Direito de Família, que são de grande relevância especialmente quando invocados, pela doutrina e jurisprudência para soluções de questões relacionadas a essas famílias mutantes, dando a esses conflitos uma melhor interpretação das normas regentes ao instituto família.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS (APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA)

Neste contexto, iremos direcionar o estudo para os princípios gerais do Direito, que são de grande importância ao Direito de Família.

Com respaldo para os três princípios que são essenciais para uma compreensão mais abrangente do Direito de Família que são: O princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação ao retrocesso.

2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Esse princípio é base de fundamento para todo o direito, pois é o centro existencial da ordem constitucional, produzindo efeito sobre todo o ordenamento jurídico, buscando a realização dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, tornando imprescindível essa evolução legislativa frente às transformações sociais.

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 1, inciso III, que o nosso Estado democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana:

Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

É correto afirmar que o Direito de Família é o ramo do Direito Privado que mais conquistou o amparo desse princípio no âmbito social, compatibilizando valores individuais e coletivos nas relações familiares, sendo sempre utilizado pelos doutrinadores e juristas como parâmetro na construção da melhor interpretação das normas regentes, ainda que representados em normas que contenham direitos fundamentais, servindo como critério para solução de conflitos e envolvendo todas as modalidades de famílias.

Entretanto apesar dessa especial relevância para o Direito de Família, o Estado não tem conseguido estabelecer esse direito constitucional mínimo e absoluto, pois quanto maior a qualidade da dignidade, maior será a dificuldade de garanti-la, não apenas por parte do Estado, mas também da sociedade que carente de informações, desconheça seus verdadeiros direitos, podendo muitas vezes violar a dignidade do outro achando que está exercendo seu direito. Sendo assim, toda ação estatal deverá ser avaliada de acordo com os princípios inerentes a pessoa ou a coletividade respeitando a dignidade da pessoa humana, sob pena de inconstitucionalidade.

A Constituição proclama “a dignidade da pessoa humana“ no (art. 1º,III), como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito como garantia da ordem jurídica.

Dessa forma a dignidade serve de base para todos os demais princípios e normas constitucionais, inclusive as normas infraconstitucionais.

No artigo 226, §7º, foi dado destaque a família, que passa a constitui uma garantia maior aos seus direitos constitucionais, tutelada pelos princípios ora designados, ou seja, de acordo com o texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto de partida do novo Direito de Família, não havendo nenhuma forma de desconsideração da dignidade da pessoa humana, de interpretação e aplicação desse princípio nos casos concretos.

Sobre o tema em tela, Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.78) pontuam que, “assim é forçoso concluir que o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana somente será pleno e efetivo quando observado também no seio das relações de família”.

Em síntese, caberá aos operadores do Direito utilizar os princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana como hermenêutica, para transformar todas as injustiças relacionadas aos direitos sociais, não admitindo assim que ocorra a descaracterização da pessoa humana.

2.1.2 Princípio da Igualdade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi imprescindível a consagração dos princípios fundamentais constitucionais, pois traduzia para o ordenamento brasileiro uma diretriz inegável de valores que vinham efetivar o Estado Democrático de Direito.

Nesse parâmetro nenhum princípio constitucional teve um valor tão significativo ao Direito Brasileiro como o princípio da igualdade, seu avanço provocou de forma direta grandes mudanças, ante ao advento de novos valores sociais em todos os ramos do direito, especialmente no Direito de Família, garantindo através da sua força normativa, direitos inerentes à família, como a igualdade entre homens e mulheres, ajudando a romper barreiras construídas que foram formadas pela falta de um melhor entendimento e fundamento que pudesse analisar melhor as relações familiares.

Essa temática é citada por Stolze e Gagliano e Pamplona (2013, p.79), na referência feita pelo professor José Afonso da Silva:

O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a

duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica à do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres.

Nesse contexto, Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.81), relacionam alguns artigos importantes que são tema em tela, como: os artigos 5º, I, o artigo 226, §5º, e 227, da Constituição Federal de 1988; Dando destaque para o Código Civil de 2002, onde eles citam que: “o Código Civil de 2002, ao regular o Direito de Família, consagra a igualdade entre homens e mulheres”.

E acrescentam que também devem ser observados os seguintes artigos do mesmo código, quais sejam:

Art.1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direito e deveres dos cônjuges.

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

§1º. Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu 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 pública.

Conforme visto no tópico acima citado, existiu um olhar diferenciado dos legisladores ao tutelar a família, seja ela tradicional ou não, através da aplicabilidade do princípio da igualdade, onde trouxe a garantia de equidade entre os cônjuges.

Outro ponto importante, que marca a aplicabilidade do princípio da igualdade, foi a proteção direcionada a igualdade entre os filhos, batendo de frente com todas as formas de discriminação, conforme está elencado no artigo 227, §6º, da Constituição federal que diz: “Os filhos, havidos ou da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Nesse texto de lei, fica bem claro que não deve haver distinção entre filiação legítima e filiação ilegítima.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2011, p.66), complementa: “O princípio da igualdade está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares, (...)”.

Por tanto, o princípio da igualdade tenta de formar ampla e uniforme, amparar as mais variadas formas ou núcleos de famílias, merecedoras da tutela jurídica, reprimindo as desigualdades ou qualquer forma de discriminação, respeitando a individualidade do ser humano ou a sua integração ao núcleo familiar, em concordância com o direito da dignidade da pessoa humana, buscando assim, isonomia de direito para todos, independentes do jeito de ser de cada um. Nesse sentido Stolze e Pamplona (2013, p.81), lembram uma citação de Pedro Lenza que diz:

Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eternizar-se na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais dentro de suas desigualdades.

Completando a citação de Pedro Lenza, Stolze e Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.84), conclui, que: “Respeitar, pois, a dignidade humana, é aceitar a diferença”.

2.1.3 Princípio da Vedação ao Retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso para Stolze e Pamplona (2013, p.87), é: “Um importante vetor normativo aplicável ao Direito de Família”. Aliás, esse princípio, é utilizado também em outros ramos do direito, como forma de garantir, uma proteção mais ampla, aos indivíduos, tanto no âmbito social, econômico como cultural.

A doutrina jurídica brasileira utilizou os princípios para vencer as desigualdades, e o desamparo natural e cultural que existia entre os indivíduos, principalmente a essas novas formas de família ou arranjos familiares, que sofria discriminações e preconceitos de uma sociedade arcaica. E é a aplicabilidade desse princípio que vai garantir que esses direitos evoluam e não sofram um retrocesso social.

Segundo Stolze e Pamplona (2013, p.87), esse princípio foi desenvolvido por Canotilho, que dispõe sobre o princípio em tela: “Esse superior princípio traduz a ideia de que uma lei posterior não pode neutralizar ou minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrado”.

Nota-se que a força normativa do princípio da vedação ao retrocesso, traz uma segurança não só jurídica, mais sociocultural, criando diretrizes para compreender essas

relações familiares, ao mesmo tempo, que garante os seus direitos, respeitando assim o princípio da dignidade humana.

Interessante colocar o que citam Stolze e Pamplona (2013, p.89), quando faz referência às anotações de Ricardo Maurício Freire Soares que dispõe o seguinte texto:

Dentre os princípios jurídicos, sobrelevam, inegavelmente, os princípios constitucionais. Isto porque os princípios da Constituição de 1988, situados no ápice do sistema jurídico, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade civil, irradiam-se pela totalidade do direito positivo nacional. É o que sucede com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Carta Magna. Conforme, assinala Ingo Sarlet (2001,p.41), a dignidade se afigura como a qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. A aceitação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe, assim, a aceitação da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, através das modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica.

Sobre o assunto, versa o autor Ricardo Mauricio Freire Soares:

A seu turno, a eficácia vedativa do retrocesso se afigura como uma derivação da eficácia negativa, segundo a qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas.

Não resta dúvida, que os princípios devem ser usados em plenitude, mas para que isso aconteça da melhor forma, é necessário que estejam em sintonia com bem da coletividade, para que se evite o retrocesso social.

2.2 PRINCÍPIOS ESPECIAIS (PECULIARES AO DIREITO DE FAMÍLIA)

No tópico anterior, foram relacionados os princípios gerais aplicáveis de forma especial ao Direito de Família, mostrando seus pontos relevantes ao ordenamento brasileiro e a sua aplicabilidade na doutrina e na jurisprudência para resolução de conflitos. Já nesse tópico iremos abordar outros princípios constitucionais que são constantemente lembrados devido ao seu vínculo direto com a família, por isso, tão peculiares ao Direito de Família.

Existe um leque de princípios especiais que poderiam enriquecer o nosso estudo, porém dissecaremos aqueles que intensificam os aspectos estritos ou peculiares ao Direito de família.

2.2.1 Princípio da Afetividade

A Constituição Federal, ao consagrar seus princípios constitucionais, contemplou o Direito de Família com o princípio da afetividade de forma singular, pois o afeto é um direito fundamental e representa a base, o centro e o norte das relações familiares.

Essa força normativa que o princípio da afetividade carrega, é o elemento primordial para estabilidade das mais diversas relações familiares, ajudando na solução dos seus conflitos, ao mesmo tempo, que quebra o velho conceito de família que antes era formada em torno do patrimônio.

A Constituição elenca no seu texto constitucional alguns artigos que traçam uma trajetória do princípio da afetividade; Paulo Lôbo (2011, p.71) dispõe alguns desses artigos; a saber:

- a) Todos os filhos são iguais, independente de sua origem (art. 227, § 6º);
- b) A adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (227, §§5º e 6º);
- c) A comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art.226, § 4º);
- d) A convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art.227).

E acrescenta mais adiante que a doutrina jurídica brasileira tem vislumbrado a aplicação do princípio da afetividade em variadas situações do direito de família nas dimensões a seguir:

- a) Da solidariedade e da cooperação;
- b) Da concepção eudemonista;
- c) Da funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros;
- d) Do redirecionamento dos papéis masculinos e femininos e da relação entre legalidade e subjetividade;
- e) Dos efeitos jurídicos da reprodução humana medicamente assistida;
- f) Da colisão de direitos fundamentais;
- g) Da primazia do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não biológica.

O afeto encontra lugar no seio da família, fortalece laços de união, transformar relações, ajuda a formar outras modalidades de união, e arranjos familiares, através do convívio natural onde encontra o princípio da afetividade para assegurar, proteger e garantir esses direitos imutáveis na construção dessa entidade formadora chamada família.

2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar

O Direito de Família é o ramo do direito que foi mais agraciado pela normatização de alguns princípios constitucionais, que se encontram elencados na nossa Lei Maior. Princípios esses que ajudaram a romper com antigas concepções sociais, culturais, e econômicas, tão presentes na nossa sociedade.

O princípio da solidariedade, traz para dentro do núcleo familiar, o respeito solidário e mútuo dos seus constituintes, garantindo assim, que o social seja mantido e aplicado na relação familiar de forma plena e absoluta.

Nesse contexto completa Stolze e Pamplona (2013, p.95), quando dizem que: “Esse princípio não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar”.

E faz referência às anotações de Flávio Tartuce que lembra e exemplifica:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. Isso justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio em questão considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes de entrar em vigor a Lei nº 8.971/94, o que veio a tutelar os direitos da companheira. Reconheceu-se, nesse sentido, que a norma prevê os alimentos aos companheiros é de ordem pública, o que justificaria a sua retroatividade.

Completam Stolze e Pamplona (2013, p.95), a medida que concluem: “A solidariedade, portanto culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana”.

2.2.3 Princípio da Plena Proteção da Criança e Adolescentes

Esse princípio constitucional teve um olhar diferenciado do legislador para a criança e adolescente, pois buscou estabelecer através da força normativa do princípio da plena proteção da criança e adolescente, um amparo legal, tutelando e garantindo condições especiais para o seu desenvolvimento e sobrevivência, o que configura todos os princípios em uma mesma sintonia, ou seja, o princípio do afeto, da igualdade, da solidariedade social, da proteção para garantindo à dignidade humana que essa criança e adolescente necessita.

A criança e adolescente são sujeitos de direitos especiais, pois tem prioridades sobre os demais direitos, ou seja, quando estiver em relacionadas com qualquer tipo de conflito, seja de forma direta ou indireta, cabe ao operador de direito buscar o melhor interesse da criança e adolescente, observando o seu convívio familiar, analisando se prevalece o afeto e a solidariedade nessa relação.

Sobre o tema em tela Stolze e Pamplona (2013, p.102), acrescenta que “a proteção plena da criança e adolescente integrantes do seio familiar – não apenas os filhos, mas também netos, sobrinhos etc. – traduz um intransponível fundamento do moderno Direito de Família”.

E acrescenta que no “Estatuto das Famílias”, Projeto de Lei nº 2.285/2007, cuidou-se de, nessa mesma linha de pensamento, preservar o melhor interesse existencial dos filhos, (...).

Nota-se que essa proteção também se encontra no Estatuto Criança e Adolescente em seu art. 3º, que prevê:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de 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.

O próprio texto de lei nos mostrar em seu artigo 227 que:

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

A criança e o adolescente necessitam dessa proteção constitucional, tutelada pelo Estado, mas principalmente respeitada e reconhecida como criança dentro do núcleo familiar e social.

3 FILIAÇÃO E PARENTALIDADE

3.1 FILIAÇÃO

A filiação é conceituada em linhas gerais, como a relação de parentesco que se estabelece em linha reta de primeiro grau entre pais e filhos, por consanguinidade ou outra origem, como nos casos de adoção ou reprodução assistida. (art. 1.591 c.c. art.1593 e 1596 do Código Civil). Trata-se de uma relação que liga uma pessoa aquela que a gerou, ou a tem como gerado pelos mesmos. Esse vínculo parental pode ser: jurídica, biológica ou socioafetiva.

A autora Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p. 99/100), completa essa linha de pensamento quando cita, o que escreveu Maria Cristina de Almeida sobre filiação, onde 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-filiação: 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 a ordem axiológica de uma determinada época).

A família brasileira tinha caráter patriarcal e hierárquico, fazendo com que os filhos fossem submetidos ao sistema familiar chamado de pátrio poder, onde o pai era o chefe da sociedade conjugal e garantia a proteção da família, na verdade, essa proteção se estendia predominantemente ao patrimônio, ou seja, tudo girava em torno do patrimônio, e para mantê-lo prevalecia a indissolubilidade do casamento, ao mesmo tempo, que surge a preocupação da legitimidade dos filhos, desconhecendo assim, os filhos adulterinos ou ilegítimos.

Nesse contexto, Carvalho (2012, p.29), acrescenta uma citação feita por Gustavo Tepedino sobre o tema em tela, que diz:

Pode-se dizer que a disciplina do Código Civil, pela qual a tutela dos filhos estava vinculada à espécie de relação pré-existente entre seus pais, respondia a uma lógica patrimonialista bem definida. Em primeiro lugar, os bens deveriam ser concentrados e contidos na esfera da família legítima, assegurando-se a sua perpetuação na linha consaguínea, como que resguardados pelos laços de sangue. Em seguida, e em consequência, por atrair o monopólio da proteção estatal à família, o casamento representava um valor em si, identificava-se com a noção de família (legítima), de sorte que a sua manutenção deveria ser preservada a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse sacrifício individual dos seus membros, em particular da mulher e dos filhos sob o pátrio poder.

A filiação é um dos ramos do Direito de família que mais sofreu influência com o advento da Constituição Federal de 1988, devidos as mudanças sociais que refletiram diretamente no aspecto jurídico desse instituto, que adveio dessas transformações familiares. Como cita Carmela Salsamendi de Carvalho quando faz referência ao texto do autor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2012, p.35), que anota:

Em suma, o transcurso das alterações legislativas em matéria de família não deve ser visto como o conjunto de marcos que operam as transformações no fenômeno familiar, mas sim, como o reflexo dessas transformações, operadas em níveis mais profundos do tempo histórico, quando aquilo que se consolida entre estrutura e conjuntura vem à tona, marcando um dado episódico: a emergência da lei.

Pode-se dizer que essas mudanças que ocorreram nos paradigmas sociais, fez com que o Direito de Família necessitasse da proteção especial do nosso legislador constitucional, que veio com a promulgação da Carta Magna, quando consagrou os princípios constitucionais em seu texto, dando assim, uma nova concepção jurídica fundada nos princípios, entre eles: “princípio da igualdade entre os filhos, da igualdade entre os cônjuges, da liberdade, da solidariedade, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável, no pluralismo das entidades familiares”, e nenhum e mais relevante para o Direito de Família como o “princípio da dignidade da pessoa humana”.

Esse tema merece respaldo na citação feita por Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.46), que dispõe:

À família atual parte de princípios básicos, de conteúdo mutante segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e afetividade. Sem eles, é impossível compreendê-la. A família patriarcal, que nossa legislação civil tomou como modelo, ao longo do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

Com a crise é sempre perda de fundamentos, a família atual é matizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver à família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada.

E acrescenta que foi com a Constituição de 1988 que se deu o passo de definitivo em direção à democratização da família brasileira.

O Direito de Família reconheceu e priorizou a dignidade da pessoa humana na solução dos seus conflitos familiares, ao mesmo tempo, que proibiu qualquer tipo de discriminação entre os tipos de filiação, não tendo mais espaço para distinção entre família legítima e ilegítima. Essas transformações abriram caminho para o direito de filiação desbiologizado, onde a filiação real não é a biológica, mas um fato sócio cultural que se dá na convivência sem interesse materiais, formada pelos laços de afeto, nas relações entre pais e filhos, que nem sempre é encontrada na filiação biológica, criando assim a filiação socioafetiva.

Para Rolf Madaleno (2011, p.479), “não é suficiente à mera verdade biológica, pois ela deve coexistir com a prevalente verdade afetiva, que a completa com a verdade registral da filiação”. E acrescenta a visão defendida por Jacqueline Filgueras Nogueira que acentua:

O vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não que se determina. A paternidade socioafetiva, sob a noção da “posse de estado de filho que ganha abrigo nas mais recentes reformas do direito internacional, não se funda com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xequetanto a verdade jurídica como a certeza científica, no estabelecimento da filiação”.

Completando essa linha de pensamento e diante dessas mudanças sociais que influenciaram diretamente a introdução dessa unidade afetiva e cultural no seio da relação pais e filhos, deveríamos ter uma compreensão maior e mais íntima do ordenamento jurídico nas normas relativas à filiação. O legislador não deveria relacionar a criança apenas a sua origem biológica, mas observar o outro vértice dessa temática, que seria assegurar a criança uma perspectiva da socioafetividade, dando a criança oportunidade de viver em companhia de quem lhe assegurasse o afeto e carinho que é necessário ao seu desenvolvimento como pessoa.

Adentrando a esse tema, comenta Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, quando citado por Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.79), onde aduz:

O estado de filiação seja compreendido como aquele que é construído com o passar do tempo, dia após dia, seja a origem biológica ou socioafetiva, de maneira que aquela pessoa que gerou (no corpo e no sentimento) exerça efetivamente o papel de pai ou mãe (construção cultural) e todas as suas funções parentais, para o melhor interesse do filho.

Dentro do tema abordado deve-se observar que o Novo Código Civil também não tratou da posse de estado de filho como paradigma de prova para configuração de um laço de filiação. E com o preceito da igualdade entre os filhos, esse status de filho passa a ter caráter fundamental no ordenamento jurídico, construindo assim um sistema jurídico de filiação que assegura os laços afetivos da família vinculando juridicamente indivíduos com interesses recíprocos de afetividade.

A doutrina está ampliando seu entendimento com relação à posse de estado de filho de forma gradativa, nas suas interpretações jurisprudenciais, com o objetivo de assegurar algumas atribuições pertinentes ao tema como: a atribuição de nome, o tratamento de filho e o reconhecimento no meio social dessa relação paterno-filial, que devem ser públicos, notórios, estáveis e específicos, mantendo dessa forma essa tutela jurídica nas relações sociais.

Compreendidas, portando tais premissas, passemos agora o reconhecimento dos havidos fora do casamento que pode ser o reconhecimento voluntário ou judicial, que tem a finalidade de assegurar os filhos o direito aos pais.

O Código Civil de 2002 traz no seu artigo 1.609, os meios de reconhecimento da filiação da lei 8.560/92:

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escritura particular a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

O reconhecimento voluntário ou espontâneo caracteriza-se pela aplicabilidade aos filhos havidos fora do casamento, é um ato formal de livre vontade personalíssimo, praticado pelo pai, de formar incondicional e irrevogável. Porém caso esse reconhecimento seja feito por um dos cônjuges, o filho não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento da outra parte, de acordo com o art. 1.611 Código Civil de 2002, para que não venha a existir conflitos nessa relação conjugal, observando principalmente a preservação do interesse do menor.

Esse reconhecimento voluntário pode ser a qualquer tempo, inclusive, pode ocorrer antes do nascimento do filho ou posterior ao seu falecimento.

Em relação aos filhos maiores de idade, será indispensável o seu consentimento, Carmela Salsamendi de Carvalho (2013, p.92), faz referência ao comentário de Rose Melo Vencelau que diz:

Não se trata de apurar a nulidade ou anulabilidade da declaração, mas de simples conveniência do filho. Dito diversamente basta que ele não queira ser reconhecido. Não importa que haja vínculo biológico entre o perfilhante e perfilhado, pois enquanto a consaguinidade obriga o pai ao vínculo jurídico, não o faz em relação ao filho. É mais uma demonstração de que em matéria de filiação é o interesse do filho que prepondera, pois se não lhe convém relação paterno-filial, pode convir ao perfilhante, mas é o interesse daquele que será preferencialmente tutelado.

Com relação ao reconhecimento judicial de paternidade ou maternidade, se dará preferencialmente por meio de ação investigatória, quando o interessado não obtiver o seu reconhecimento de formar espontânea, nesse caso buscar a solução através de uma ação judicial, onde terá legitimidade ativa para propositura desta ação como investigador (filho). O Ministério Público também poderá atuar como legitimado extraordinário, apesar de se trata de uma ação de interesse particular poderá o Ministério Público busca a verdade nessa ação de filiação, diante do interesse social, cabendo também essa legitimidade as Promotorias de Justiça.

Sobre essa temática aduz Carvalho (2012, p.94):

O tratamento constitucional igualitário entre os filhos reflete no reconhecimento judicial, pois todos os filhos podem buscar seu reconhecimento como tal, não importa que seus pais sejam casados com outras pessoas, solteiras ou irmãos.

Além disso, preceitua o autor que:

Não estabelecida à filiação ou mesmo querendo afastar o vínculo jurídico existente, o filho pode sim, demandar o estado de filiação, através da ação de investigação da paternidade ou maternidade. É o estado de filiação que se busca, não se reduzindo a uma paternidade ou maternidade biológica. Logo, é admissível fundamentar uma investigação de paternidade ou maternidade na posse de estado filho, buscar o reconhecimento do estado de filiação real da pessoa. Cabe, a proposito, fazer alusão à redação do art. 2º-A da lei 8.560/92 – acrescentando pela Lei 12.040/09 – segundo a qual, a verdade dos fatos pode ser provada, na ação de investigação à paternidade dos filhos havidos fora do casamento, por todos os meios legais e moralmente legítimos (caput) e que a recusa do suposto pai em se submeter ao exame de DNA deve ser apreciada em conjunto com o texto probatório.

Portanto, tudo isso bem demonstra a importância tanto do exame do DNA quanto o reconhecimento voluntário ou judicial da filiação, já que essa referida determinação, tem o intuito fundamental de preservar o melhor interesse do menor, protegendo sua integridade física e emocional no convívio com os pais antes não reconheciam sua condição de filho.

Conforme nos foi mostrado durante o percurso do desenvolvimento do tema filiação, vimos que o Novo Código Civil silenciou sobre essas novas filiações construídas pelo afeto, não reconhecendo a relação de afetividade que unem pais e filhos tratando a filiação apenas do ponto de vista biológico e não como um fato sociocultural. Utilizando a analogia, tendo como ponto forte para entendimento doutrinário os princípios constitucionais fundamentais atinentes a dignidade da pessoa humana.

Importante citar, o que a autora Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.115), conclui sobre a temática da filiação socioafetiva que diz:

O Direito não tem a tarefa de definir, de antemão, os contornos da relação filial socioafetiva, acabando por excluir algumas relações que venham a brotar, mas sim tem a de estar rente à realidade, pois são as próprias relações sociais que impõem o seu reconhecimento e seus traços. Não há um “código” pronto e acabado da filiação socioafetiva, mas um construído permanente, que albergue a diversidade de situações fáticas, (...).

Nesse sentido como formar de tutelar essa entidade familiar, a própria lei forneceu caminhos para ajudar na solução desses conflitos relacionados à paternidade, trazendo grandes discussões acerca de qual paternidade deveria prevalecer à biológica ou afetiva, utilizando como forma de entendimento doutrinário e jurisprudencial, o afeto, como ferramenta para um melhor entendimento quando analisar o caso concreto

3.2 PARENTESCO

Segundo Stolze e Pamplona (2013, p.651), parentesco é a relação jurídica, calçada na afetividade e reconhecida pelo Direito, entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, seja pela ascendência, descendência ou colateralidade, independente da natureza, (natural, civil ou por afinidade).

Lôbo (2011, p.205), parentesco é a relação jurídica estabelecida pela lei ou por decisão judicial entre uma pessoa e as demais que integram o grupo familiar, nos limites da lei.

De acordo com Rolf Madaleno (2011, p.461/462), parentesco é a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de autor comum, que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece por ficção jurídica na adoção.

Os doutrinadores ao conceituarem parentesco, destacam dois fatores importantes e necessários para existência desse agrupamento social que seria a união entre pessoas que possuem afinidade e afeto entre si, como também a proteção e reconhecimento dessa entidade pela lei.

Assim o parentesco nasce da abertura estrutural e das transformações que ocorreram no seio da família, abrindo um leque nesse universo cujo parentesco se encontra, não esquecendo que não podemos relacionar parentesco com familiar, uma vez que, a família é constituída entre outros membros o companheiro e o cônjuge, o que não condiz com o grupo em questão, pois os mesmos não são parentes entre si, mesmo que constituem uma família.

Interessante colocar que os laços de parentesco tanto no aspecto restrito como pessoal é regulado pela lei disciplinando os vínculos mais distantes que também fazem parte do seu contexto social. E que se refletem tanto no ramo de Direito Publico como no Direito Privado, uma vez que, que existem efeitos jurídicos tanto de ordem pessoal como patrimonial.

Com relação a classificação do parentesco podemos colocar primeiramente o que se encontra no artigo 1.593 do texto vigente que diz : “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Porém, mesmo estando expresso na Lei Maior se encontrar de formar conservadora e incompleta, como citam Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.652): “O texto vigente, de forma conservadora (e, por isso, criticável), reconhece expressamente apenas o parentesco natural e civil”.

E acrescenta que:

Nada menciona sobre a socioafetividade, base do vinculo parental, embora a menção a “outra origem” permita, *de lege lata*, uma interpretação ampliativa do dispositivo. Bem mais completa é a previsão, na espécie, do denominado Estatuto das Famílias, que estabelece, em seu art.10, que o “parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade ou da afinidade”.

O parentesco natural, consanguíneo ou biológico, é aquele que as pessoas são unidas pelos laços de sangue, ou seja, aquele que se origina de pessoas que descendem de um tronco

comum, como é o caso de pais e filhos, avós e netos. No dizer do tema citam Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.653), quando faz referência o que disse Beviláqua:

O parentesco criado pela natureza é sempre a cognação ou consanguinidade, porque é a união produzida pelo mesmo sangue. O vínculo do parentesco estabelece-se por linhas. Linha é a série de pessoas providas por filiação de um antepassado. É a irradiação das relações consanguíneas.

O parentesco civil seria o que resulta de outra origem, ou seja, é aquela em que as pessoas são unidas devido a um fato jurídico, como é o caso de adoção, afinidade e parentesco socioafetivo. Sobre o tema, Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.654), fazem referência à Berenice Dias quando aduz:

O desenvolvimento das modernas técnicas de reprodução assistida ensejou a desbiologização da parentalidade, impondo o reconhecimento de outros vínculos de parentesco. Assim, parentesco civil é o que resulta de qualquer outra origem que não seja a biológica. Não há como deixar de reconhecer que a concepção decorrente de fecundação heteroga (1.597V), gera parentes civil.

O parentesco civil pode decorrer da afinidade, quando a relação que une um dos cônjuges ou companheiro aos parentes do outro, isso quando, depende da celebração do casamento ou da constituição de uma união estável. Nesse caso o marido ou companheiro tornar-se parente por afinidade dos parentes de sua mulher ou companheira, exemplificando como acontece entre sogro e nora, madrasta e enteado entre outros tipos, ou seja, esse vínculo limita-se apenas aos ascendentes e descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro (art.1595, §1º). Dessa forma os “concunhados” não são parentes, ou seja, não existe relação entre os próprios parentes por afinidade.

Rolf Madaleno (2011, p.467/468), acrescenta a esse tema que “mesmo existindo tronco ancestral comum, os graus são contados unicamente por analogia com o parentesco consanguíneo, uma vez que os afins não estão vinculados entre si por relações de sangue”.

Como observar também Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.655), na referência de Paulo Lôbo onde traz:

Os parentes afins não são iguais ou equiparados aos parentes consanguíneos; são equivalentes, mas diferentes. Assim, o enteado não é igual ao filho, jamais nascendo para o primeiro, em virtude de tal situação, direitos e deveres que são próprios do estado de filiação. O parentesco afim tem por fito muito mais o estabelecimento de uma situação jurídica de impedimentos e deveres, por razões morais. O parentesco afim é normalmente considerado, pelo legislador e pela administração da justiça, para impedir a aquisição de

algum direito ou situação de vantagem, em virtude da aproximação afetiva que termina por ocorrer entre os parentes afins e suas respectivas família. Assim ocorre, além do direito civil, no direito eleitoral, no direito administrativo, no direito processual principalmente em hipóteses que presumivelmente ocorreria conflito de interesses. Não há entre parentes afins obrigações de alimentos, no direito brasileiro.

Podemos citar outras modalidades de classificação do parentesco, como é o caso do parentesco quanto às linhas, que estão divididas em o parentesco por linha reta e parentesco por linha colateral, vejamos:

O parentesco por linha reta se encontra previsto no artigo 1.591, do Código Civil de 2002: “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”. Assim, acrescentam Stolze e Pamplona (2013, p.657), “Subindo ou descendo, não importa, os indivíduos serão considerados parentes em linha reta, *ad infinitum*”.

Nesse sentido os autores invocam o magistrado Paulo Lôbo quando lhe faz referência ao texto sobre parentesco que diz:

O parentesco em linha reta é infinito, nos limites que a natureza impõe a sobrevivência dos seres humanos. A linha reta é a que procede sucessivamente de cada filho para os genitores e deste para os progenitores e década pessoa para os seus filhos, netos, bisnetos etc. Assim, promanam da pessoa uma linha reta ascendente e uma linha reta descendente.

O parentesco colateral, transversal ou oblíqua, é aquele que proveniente do mesmo tronco comum, ou seja, sem descenderem umas das outras. Como está disposto no artigo 1.592: “São parentes, em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um tronco comum, não descendem uma das outras”.

São considerados parentes colaterais ou transversais, aqueles que possuem um antepassado comum como os irmãos (colaterais de segundo graus), tios, sobrinhos (colaterais de terceiro grau), entre outros, porém contando-se para os efeitos legais, até o quarto grau, como acontece para os efeitos sucessórios. Observamos que o parentesco é limitado ao quarto grau, sendo que, sob a égide do Código de 1916 se estendia até o sexto grau.

4 PARTENIDADE

4.1 ASPECTOS DA PATERNIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

A temática da partenidade socioafetiva, dentro do mundo do direito passou a ter relevância através das transformações familiares e sociais que ocorreram nos últimos tempos. Esse vínculo afetivo entre pai e filho existente nessa relação, faz com que essa paternidade se sobreponha aos laços sanguíneos decorrentes dessas alterações no seio familiar, como por exemplo: a desconstituição das famílias, a paternidade não assumida, a adoção, entre outros. Na verdade essa filiação não pode ser definida exclusivamente pelo sangue, pai e mãe também é aquele (a) que estabelece laços de paternidade socioafetivo.

Acerca do tema Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.108), em concordância com Luiz Edson Fachin, destaca que “pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele, em fim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente filho perante o meio social”.

Cumprе salientar que o instituto da paternidade ou filiação no Direito de Família hodierno comporta a observância de três bases fundamentais que apoiam a relação entre pai e filho que se assentam nas diversas vertentes, são elas: jurídica ou registral, biológica e asocioafetiva.

Em linhas gerais as filiações jurídicas e biológicas já eram conhecidas e tuteladas no ordenamento jurídico, ao contrário da filiação socioafetiva que não tinha sido consagrada como as outras, pois não tinha previsão expressa na legislação brasileira, contudo é reconhecida no Direito de Família.

A primeira prova-se através de documento público, que é o Registro de Nascimento, no qual contém a verdade legal, através da presunção de veracidade e publicidade, sendo essa forma de paternidade a principal geradora de direitos e deveres imediatos. No âmbito geral, a vertente jurídica da paternidade é aquela determinada pelo ordenamento jurídico.

Conquanto a paternidade biológica é aquela que está relacionada as relações aferidas através dos laços sanguínea. Contudo nem sempre foi assim, antes eram aqueles concebidos na forma jurídica da filiação, sobrepondo à genética quando essa não coincidia com a concepção jurídica da filiação.

Ocorre que essa verdade biológica pode ser provada cientificamente através do conhecido exame de DNA, que revela a verdade técnica sobre a paternidade com quase cem por cento de certeza da sua veracidade. Sendo assim, um grande meio de prova na busca da paternidade biológica.

Esse empasse onde a biológica sobrepõe jurídica, interessante coloca o que Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva, elucidam em referência feita por Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p. 103/104) que diz:

Com a tecnologia dando amplas condições para uma determinação mais precisa de resultados, a vinculação entre genitores e gerado passa a ser uma verdade passível de conhecimento. A esfera jurídica se apropria desse conhecimento antes desconhecido, e o laudo passa a informar a possibilidade jurídica da criação de uma relação paterno-filial.

Portanto, não obstante a busca da verdadeira filiação surge a vertente socioafetiva, que, na nossa sociedade, ainda conservadora e com resquícios dos povos antepassados, ainda existem grandes questionamentos acerca de se, realmente, o simples vínculo socioafetivo é capaz de traduzir, em toda sua dimensão, a relação pai e filho.

A paternidade socioafetiva é aquela em que não há um vínculo jurídico e nem biogenético entre pai e filho, de modo que pai, realmente é aquele que dar a criação, cuida, ama, educa, enfim, tem uma relação ímpia de afeto com o filho, tudo construído dentro de uma base socioafetiva,

Com efeito, consoante a advogada Renata Martins Sena em seu artigo científico “PATERNIDADE SOCIOAFETIVA X PATERNIDADE BIOLÓGICA” assevera em uma passagem que:

O Direito de Família, diante das novas tendências sociais, de valorização do aspecto humano e da dignidade da pessoa humana, passa por grandes mudanças e, no que tange à paternidade, a doutrina moderna defende a tese

da “desbiologização da paternidade”, ao argumento de que para além de um vínculo biológico, deve-se buscar o sentimento e o vínculo afetivo desenvolvido entre pai e filho, para que seja revelada a verdadeira paternidade.

A família é, sem sombra de dúvidas, o núcleo social que mais sofreu alterações tanto no contexto histórico como social e nela está enraizada a personalidade do indivíduo. Neste sentido, a filiação não é um processo que se estabelece apenas em razão do vínculo biológico, mas um fato sociocultural que se fortalece no afeto estabelecendo laços de afinidade recíprocos entre pais e filhos construindo uma nova família, onde tenta equilibra as vertentes biológicas e socioafetiva.

4.2 PATERNIDADE BIOLÓGICA EM LINHAS GERAIS

A filiação é um instituto de família que sofreu mudanças relevantes e significativas na construção do vínculo paterno-filial, uma vez que, buscava-se descobrir uma forma mais segura para de definir a filiação e a certificação paterna, como já foi demonstrado, primeiramente buscava-se essa certeza na presunção *pater is est*, porém nesse caso deve se observar que o pai nem sempre é aquele que a lei determina, depois tentou romper a vertente jurídica por meios da vertente biológica, através dos avanços científicos, com afirmativa da paternidade biológica, que se concretizou com a utilização do exame de DNA, criando assim a verdade biológica..

A verdade biológica esteve presente, antes da consagração dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana que foram consagrados na Constituição Federal de 1988 e ainda continua a ser valorizada nos dias de hoje. Entretanto, nas grandes transformações pelas quais passou o direito de família, uma boa parcela das mudanças se deu sobre o direito de filiação. A filiação existente era formada dos filhos legítimos e ilegítimos. Assim, a legitimidade do filho ficava a mercê da situação jurídica dos pais, com isso a preocupação de definir o momento da concepção ou se os filhos foram havidos ou não na constância do casamento. Pois só teriam direito a obter o reconhecimento de sua origem e ser visto como sucesso o filho legítimo.

Dessa maneira, podemos dizer que, devido ao medo e insegurança dos pais de passar seu patrimônio pra um filho que poderia ser de outro, tentava-se descobrir, a legitimidade desse filho. Para isso, foi realizada várias técnicas ainda que precárias e rudimentares, como: a presunção de paternidade, a duração da gestação, casos de esterilidade e o mais seguro que seria o exame de sangue que era a comprovação desse vínculo parental, entre esse pai e filho.

O próprio conceito antigo de família velava sobre essa temática, á medida que, na sua constituição, a família era formada por pais e filhos ligados por laços consanguíneos entre si. Só que esses exames de sangue funcionavam apenas como métodos de exclusão, pois não poderia garantir a paternidade, apenas exclui-la.

Essa tentativa de encontrar uma segurança no estabelecimento da filiação ganhou força quando depois de muita pesquisa a descoberta do exame do DNA, que possibilitava aos pais ao mesmo tempo aos filhos, uma certeza em torno 99,9999% e exclusão de 100% a comprovação da paternidade.

Afirmar Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.103). “a presunção da paternidade acabou por ceder, paulatinamente, lugar á “certeza“ das provas empírico-científicas da filiação biológica”. Ao mesmo tempo, que faz referência a Maria Cristina de Almeida que afirma:

A alteração de rota do direito brasileiro, em particular da jurisprudência, foi determinada pelos avanços científicos em matéria de engenharia genética em particular a descoberta do exame pericial em DNA, pelo qual se reputa determinada a paternidade com a confiabilidade absoluta.

Podemos dizer que o exame de DNA tornou possível também o conhecimento da ascendência genética, contribuindo assim para o benefício dos filhos, sendo assim, um instrumento ou meio de prova bastante utilizado nos dias de hoje, para o reconhecimento da paternidade de forma segura, garantido assim a verdade biológica.

Contudo, apesar dessa certeza ser quase absoluta, deverá o julgador arrolar outros tipos de prova, podendo se necessário fazer pedido de perícia, caso note ter algum tipo de irregularidade do ato, ou mesmo para uma confirmação mais precisar para construir o seu entendimento, porém será necessário fundamenta a sua decisão.

Informar Carmela Salsamendi de Carvalho (2012, p.105), que Maria Christina de Almeida adverte: “para a confiabilidade cega dos laudos e nos respectivos laboratórios, que devem ser regulados e fiscalizados; e salienta ser de fundamental importância o diálogo

interdisciplinar entre o direito e a Engenharia na apuração da verdade do vínculo biológico almejada pelas ações de investigação de paternidade”.

4.3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

A paternidade socioafetiva é um fenômeno sociocultural pautado no afeto, onde busca a verdade sociológica, apesar de não ter previsão legal expressa no nosso ordenamento jurídico brasileiro, é reconhecida pelo Direito de Família contemporâneo. Como elemento transformador nas relações paterno-filiais, encontra amparo nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, através dos princípios gerais que são: da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do retrocesso, assim como os princípios especiais que são: afetividade, da solidariedade e por fim o princípio da plena proteção da criança e do adolescente, todos pertinentes ao Direito de Família.

Assim pra uma melhor compreensão e entendimento e como formar de resguarda o melhor interesse da criança, a doutrina e a jurisprudência começam a olhar a paternidade socioafetiva de forma especial na solução de divergências que venham a surgir nessas relações paterno-filiais, tão presentes no atual contexto social, usando para isso os princípios, como respaldo para a melhor aplicabilidade das normas regentes inerentes a essas relações.

A paternidade socioafetiva e o elo entre pai e filho, que tem como elemento formado dessa união, o afeto, o amor, o respeito recíproco, o carinho, esses sentimentos emoldurados na tela da afetividade, e sem duvida nenhuma peças impares na constituição dessa unidade formadora de indivíduos a família.

4.3.1 Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva

A paternidade socioafetiva como já comentado nos tópicos anteriores, não tem previsão legal expressa, porém, devido às mudanças e transformações atribuídas a essas novas modalidades de família, contribuiu para ampliação do Direito de Família, conseqüentemente, para aprovação do vínculo que existe nessa relação de afetividade na paternidade socioafetiva.

Esse reconhecimento do Direito de Família, da paternidade socioafetiva, junto ao Estado de direito buscar proteger os interesses das crianças e dos adolescentes, transformando a afetividade, em princípio jurídico, com força normativa. Reconhecimento jurídico esse que traz para o Direito uma realidade, um estado de filho, relacionado ao cotidiano de vários indivíduos, impondo a esses membros familiares deveres e obrigações recíprocas, a medida que se trata de uma união moldada no afeto, como forma de garantir os direitos inerentes à criança, os quais são assegurados constitucionalmente.

O reconhecimento da paternidade socioafetiva, há tempo é consagrada na sabedoria popular, como bem citam Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.638), que: “Pai é quem cria”, e acrescentam mais adiante que:” Independentemente do vínculo sanguíneo, o vínculo do coração é reconhecido pelo Estado com a consagração jurídica da “paternidade socioafetiva”.

Ainda dentro do tema os autores acima citados, aduz o Enunciado nº 341 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que diz: ”Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Nesse diapasão, o Direito de Família abraça de formar ampla e singular as distintas modalidades de famílias, ou, melhor dizendo, pluralidades de laços afetivos que fazem parte dessa nova realidade sociocultural, cujos pilares dessa estrutura e o afeto, reconhecendo assim a paternidade socioafetiva.

4.3.2 O Afeto como elemento formador das famílias

O afeto foi de grande relevância para o Direito de Família, pois, representou a chave mestra, responsável pelas transformações e mudanças que ocorreram na evolução e formação dessas novas famílias brasileiras, especialmente nas relações de paternidade socioafetivas que colocava o afeto no centro da relação paterno-filial.

O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu o valor jurídico do afeto, dando a ele força normativa e consagrando o afeto como fator primordial para que o Princípio da Afetividade pudesse, ser aplicado nos casos que existam relações de paternidade relacionada a função social da família no âmbito jurídico.

Assim, percebemos que os núcleos familiares passaram a valorizar um fator que não poderia falta para a sua consolidação e formação, que seria o afeto, entre os seus membros, que se interligam não só pelo vínculo consanguíneo, mas principalmente por amor, afeto e carinho, que surge pela convivência e se fortalece na reciprocidade de sentimentos afetivos.

Segundo Rolf Madaleno (2011, p. 95), em sua obra comenta que:

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

Destarte, complementar que o afeto passou a ter essa grandeza dentro das relações sociais, pois em conjunto com a sociedade e a legislação primam pela valorização da pessoa humana, onde esse vínculo familiar tornar-se algo que vai além do vínculo biológico.

4.3.3 Avanços legais acerca do tema

Embora a legislação brasileira ainda não conte com dispositivo específico sobre a paternidade socioafetiva, ela é uma realidade materialmente consolidada em muitas famílias. Além disso, não se observa na doutrina e jurisprudência uma relação hierárquica entre paternidade biológica e paternidade socioafetiva, possuindo ambas o mesmo valor. Por essa razão, alguns tribunais brasileiros já se manifestam no sentido de reconhecer a validade da paternidade socioafetiva, tornando possível seu registro em cartório, nos casos em que a criança não tenha sido biologicamente reconhecida pelo genitor.

Exemplo recente do avanço jurisprudencial da paternidade socioafetiva é o Provimento nº 009/2013, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em seu artigo 1º resolve “autorizar o reconhecimento espontâneo da paternidade socioafetiva de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, perante os Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais no âmbito do estado de Pernambuco”¹. No mesmo sentido, o Enunciado Programático nº 06/2013 do IBDFAM, aprovado em novembro de 2013, no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, cujo inteiro teor dispõe-se a seguir: “Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”².

De fato, antes da publicação do enunciado citado, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestava no sentido de reconhecer o valor jurídico da paternidade socioafetiva, como se depreende da decisão proferida no Recurso Especial 1115428 SP 2009/0102089-9, cujo julgamento foi realizado em agosto de 2013 e teve como relator o Ministro Luís Felipe Salomão, a saber:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE PARENTESCO PROPOSTA POR IRMÃO CUMULADA COM NULIDADE DE REGISTRO DE NASCIMENTO E INVALIDADE DE CLÁUSULA TESTAMENTÁRIA. EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE DE RECUSA DA FILHA SEM O ÔNUS DA PRESUNÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. PRESERVAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE, DE SEU STATUS JURÍDICO DE FILHA. 1. Inicialmente, para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal (Súmula 211/STJ). 2. Tratando-se especificamente do exame de DNA e a presunção advinda de sua recusa, deve-se examinar a questão sobre duas vertentes: i) se a negativa é do suposto pai ao exame de DNA ou ii) se a recusa partiu do filho. Em quaisquer delas, além das nuances de cada caso em concreto (dilemas, histórias, provas e sua ausência), deverá haver uma ponderação dos interesses em disputa, harmonizando-os por meio da proporcionalidade ou razoabilidade, sempre se dando prevalência para aquele que conferir maior projeção à dignidade humana, haja vista ser "o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais". 3. Na hipótese, a recusa da recorrida em se submeter ao exame de DNA foi plenamente justificável pelas circunstâncias constantes dos autos, não havendo qualquer presunção negativa diante de seu

¹ BRASIL. PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça do Estado de. Provimento nº 009/2013. Desembargador Jonas Figueiredo Alves. Publicado em 02/12/2013.

² Disponível em < http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2013_11_01_archive.html>. Acesso em novembro de 2014.

comportamento. Isto porque, no conflito entre o interesse patrimonial do recorrente para reconhecimento da verdade biológica e a dignidade da recorrida em preservar sua personalidade - sua intimidade, identidade, seu status jurídico de filha -, bem como em respeito a memória e existência do falecido pai, deverá se dar primazia aos últimos. 4. Não se pode olvidar que o STJ sedimentou o entendimento de que "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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Família sofreu mutações nas suas entidades familiares no percurso do tempo, saindo de uma relação familiar que gira em torno do patrimônio, colocando os membros da família em posição inferior ao patriarca, que exercia o pátrio poder sobre os filhos, reconhecendo apenas o que fossem legítimos. Parte então para uma família estruturada no afeto como elemento central na constituição da relação paterno-filial, estabelecida com base na reciprocidade de sentimentos, onde existentes o carinho e o amor entrelaçados nessa união.

O Direito Brasileiro ainda não olhou a paternidade socioafetiva de modo legal e expresso, porém com o advento da Constituição Federal de 1988, contemplou esse instituto com a consagração dos princípios que alterou radicalmente a racionalidade jurídica, pois trouxe uma interpretação mais aguçada por parte dos doutrinadores e da jurisprudência como forma de soluções dos conflitos dessa modalidade de família.

A pessoa humana passa a ser vista com outros olhos através dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, da liberdade, paternidade responsável, solidariedade, afetividade, proteção integral a criança e ao adolescente. Unificando assim, a relação paterno-filial que ao mesmo tempo colocar essa relação no centro das preocupações jurídicas.

Contudo, diante de alguns resquícios deixados pelos ordenamentos anteriores e devido as próprias transformações ocorridas no contexto social como um todo, a realidade se mostrava carente de estudos e pesquisas que levassem a construção dessa filiação socioafetiva, com o fim de se adequar à realidade contemporânea e buscar a eficácia social das normas jurídicas.

Com o progresso nas pesquisas e avanços tecnológicos, surge a revelação do exame de DNA que se coloca como o único meio de prova seguro (99,999%) para confirmação da paternidade. Colocando assim a presunção de paternidade numa posição inferior e garantindo a verdade biológica. Porém, a verdade biológica não se mostra suficiente para configurar a paternidade em todos os aspectos, principalmente os relativos ao cuidado e afeto. Assim, surge outra vertente de paternidade: a paternidade socioafetiva, na qual a filiação não é definida pelo sangue, mas pelo estabelecimento de laços de afeto e amparo filial.

A paternidade socioafetiva carrega na sua estrutura um fenômeno social, vivido entre um pai e um filho que não se constitui em um dia, mas na continuidade e na estabilidade afetiva, construída de forma voluntária dia a dia.

Portanto, ao observar essas temáticas relacionadas à família, especialmente no que tange as relações socioafetivas, podemos dizer que a atual tendência do Direito de Família é a de plantar a ideia de afeto como formador das relações familiares, cultivando a afetividade de forma recíproca e respeitando também as individualidades de seus membros.

Noutro norte, a dificuldade maior da aplicação da filiação socioafetiva reside no fato de que nosso ordenamento jurídico não lança um olhar especial a atual realidade familiar, precisando avançar nesse sentido. É necessário que a lei observe e resguarde esses novos institutos familiares estruturados no afeto, para que as pretensões judiciais acerca do tema atendam uniformemente aos interesses dos envolvidos nessa relação paterno-filial, sobretudo os filhos colocados no dilema entre duas possibilidades de filiação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília - DF: Senado Federal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Recurso Especial 1115428 SP 2009/0102089-9**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de julgamento: 27/08/2013. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24226323/recurso-especial-resp-1115428-sp-2009-0102089-9-stj>>. Acesso em novembro de 2014.

CARVALHO, Carmela Salsamendi de. **Filiação socioafetiva e “conflitos” de parentidade ou maternidade/ A análise sobre a Desconstituição do Estado Filial pautada no Interesse do Filho/ Carmela Salsamendi de Carvalho/Curitiba: Editora Juruá, 2012.**

FERNANDES, Bruno Melo. **O Método Hipotético-Dedutivo**. Disponível em <<http://semiologiamedica.blogspot.com.br/2009/07/o-metodo-hipotetico-dedutivo.html>>. Acesso em: abril de 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito Civil**, volume 6: Direito de Família - As Famílias em Perspectiva Constitucional/Paulo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Adriana Karlla de. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280>. Acesso em: março de 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4ª edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula nº 301 do STJ**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8333/paternidade-socioafetiva-e-o-retrocesso-da-sumula-no-301-do-stj>>. Acesso em: abril de 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4ª edição – Rio de Janeiro: Editora Florense, 2011.

MARTINS, Geisiane Oliveira; SALOMÃO, Rosa Maria Seba. **A família socioafetiva** - As novas tendências do conceito de filiação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10202>. Acesso em nov 2014.

OLIVEIRA, M. M. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2007.

PASSOS, Fernanda dos. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reconhecimento-da-paternidade-socioafetiva-e-suas-consequ%C3%A2ncias-no-mundo-jur%C3%ADdico>>. Acesso em: março de 2014.

PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça do Estado de. **Provimento nº 009/2013**. Desembargador Jonas Figueiredo Alves. Publicado em 02/12/2013. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/149195/PROVIMENTO+092013.doc+02.12.2013.pdf/a1415bce-2b42-4ca1-8529-9d4540dbc9db>>. Acesso em: abril de 2014.

SENA, Renata Martins. **PATERNIDADE SOCIOAFETIVA X PATERNIDADE BIOLÓGICA**. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D13-07.pdf>>. Acesso em: março de 2014.

SILVA, Carlos Brandão Ildefonso; PENA, Luciana Calado. Artigo - **Paternidade e seus aspectos registral, socioafetivo e biológico: A viabilidade jurídica de seus desmembramentos e os efeitos jurídicos decorrentes**. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?Itemid=96&id=429&option=com_content&task=view>. Acesso em: abril de 2014.