

PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA E A EFETIVIDADE DA AFETIVIDADE

Dimas Messias de Carvalho¹

Resumo: As relações de parentesco vêm sofrendo grandes transformações ao longo da história, com sua clássica divisão entre legítimo e ilegítimo, vinculada à cerimônia do casamento ou consanguinidade. A Constituição Federal de 1988 rompeu séculos de desigualdades entre homens e mulheres, filhos e os modelos de entidades familiares, *desbiologizando* a paternidade e elegendo a afetividade como elemento agregador da família. Os vínculos do parentesco atualmente se constituem pela derivação sanguínea ou por outra origem mediante adoção, reprodução medicamente assistida heteróloga e socioafetiva caracterizada na posse do estado de filho. Apesar de inexistir previsão legal expressa da paternidade socioafetiva, os princípios fundamentais norteadores do direito de família, notadamente o princípio da afetividade, conferem efetividade para o reconhecimento jurídico da filiação e criação dos laços de parentesco socioafetivo, gerando todos os efeitos legais, inclusive direitos a alimentos e sucessórios.

Palavras-chave: Parentalidade socioafetiva; efetividade paternidade; filiação; princípios fundamentais.

Abstract: Kinship relations are suffering great transformations throughout history, with its classical division between legitimate and illegitimate, linked to the wedding ceremony or consanguinity. The Constitution of 1988 broke centuries of inequality between men and women, children and the models of family entities, non-biologizing paternity and electing affectivity as an adding element of family. The bonds of kinship are constituted currently by blood derivation or by other origin through adoption, heterologous medically assisted reproduction and socioaffective characterized in possession of the condition of son. Despite the non-existence of expressed legal provision of socio affective paternity, the guiding principles of family law, particularly the principle of affection, give effectiveness to the legal recognition of affiliation and establishment of socioaffective kinship ties generating all legal purposes, including rights to foods and inheritance.

¹Promotor de Justiça aposentado/MG; Advogado; Professor de Direito de Família e Sucessões na UNIFENAS, no UNILAVRAS e em cursos de Pós Graduação; Membro do IBDFAM; Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões, Direito Processual, Direito Público e Ciências Jurídicas; Mestrando em Direito Constitucional pela FDSM; Autor de obras jurídicas.

Keywords: Socioaffective parenting; affectivity;
paternity; affiliation; fundamental principles.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípios fundamentais norteadores do direito de família ; 3. Princípio da afetividade; 4. Princípio da igualdade e isonomia dos filhos; 5. Posse do estado de filho; 6. Efetividade no reconhecimento do parentesco socioafetivo; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As relações de parentesco vêm sofrendo grandes modificações na sua constituição ao longo da história, notadamente no reconhecimento da filiação. Os filhos havidos fora do casamento dos pais, denominados de bastardos, não eram reconhecidos e pertenciam apenas à família materna. No antigo direito grego o filho natural não podia ser reconhecido e legitimado. No direito romano não admitia a atribuição de efeitos ao reconhecimento de paternidade ao filho natural, pois não havia o vínculo de parentesco do pai (o *agnatio*) com o filho de uma mulher que não tinha sido associada ao culto doméstico pela cerimônia do casamento. Somente o *agnatio* conferia direitos à herança. A única forma de introdução do filho natural na família paterna era mediante a adoção. Somente mais tarde, ao tempo da codificação de Justiniano, os filhos naturais passaram a ter direitos, ainda que limitados, à sucessão do pai.²

O surgimento e o fortalecimento do Cristianismo agravaram ainda mais a desigualdade de tratamento e a discriminação dos filhos, punindo os filhos bastardos pelo ato praticado pelos pais e restringindo as prerrogativas dos filhos naturais concedidas por Justiniano. Buscando manter indissolúvel o casamento por ela abençoado, a Igreja pune os frutos concedidos fora do matrimônio, imprimindo a mancha moral nos bastardos. A discriminação era tamanha que no antigo direito francês adotava-se o brocardo *bâtards ne succedent*, privando-os inclusive do direito sucessório.³

No direito brasileiro havia distinção entre os filhos ilegítimos de pai plebeu e de pai nobre, somente extinta com a Lei nº 463 de 2 de setembro de 1847. Os filhos naturais de nobres não herdavam *ab intestato* e não concorriam com os legítimos, possuindo apenas direitos a alimentos. O reconhecimento da paternidade dos filhos naturais anterior ao Código Civil de 1916, entretanto, somente era possível por vontade e iniciativa do pai, mediante testamento ou escritura pública. O Decreto 181, de 24 de janeiro

²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 5, *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 189.

³PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus Efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 13 e 14.

de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil, ampliou o reconhecimento dos filhos naturais pelo pai, acrescentando a confissão espontânea, para fins de oposição de impedimento ao casamento, e o reconhecimento feito no ato do registro de nascimento, escritura pública ou outro documento autêntico do pai (art. 7º, §1º).⁴

O Código Civil de 1916, finalmente autorizou o reconhecimento compulsório de paternidade dos filhos ilegítimos no seu art. 363, mediante ação investigatória de paternidade, mas exigia para propositura da ação a presença de um dos seguintes pressupostos: comprovação de concubinato dos pais; coincidência da concepção do filho com o rapto da mãe pelo pai ou de relações sexuais com ela; ou escrito do pai reconhecendo a paternidade.

O art. 358 do Código Civil de 1916, entretanto, mantinha as desigualdades entre os filhos, ao dispor que os filhos incestuosos e os adulterinos não podiam ser reconhecidos, gerando odiosa distinção entre os filhos de sangue.

A legislação civil classificava o parentesco em legítimo e ilegítimo, se oriundo ou não de casamento, e em natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou adoção (art. 332).

Os filhos também eram classificados em *legítimos*, se oriundos do casamento dos pais (art. 337, CC 1916); *legitimados*, em razão do casamento posterior dos pais e igualando aos legítimos (art. 352 e 353, CC 1916); *ilegítimos* (ou bastardos), que se dividiam em *naturais*, quando não existiam impedimentos para o casamento dos pais e podiam ter a paternidade reconhecida (art. 355, CC 1916), *incestuosos*, quando existiam impedimentos para casamento dos pais em razão de parentesco, e *adulterinos*, quando um dos pais (ou ambos) era casado com terceira pessoa; e *adotivo* ou *civil*, quando resultasse de adoção (art. 375, CC 1916).⁵ Os filhos incestuosos e adulterinos não podiam ser reconhecidos.

A Constituição Federal de 1988 finalmente aboliu a desigualdade entre os filhos, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações, sejam havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, vedando qualquer forma de discriminação (art. 227, §6º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente excluiu qualquer restrição ao reconhecimento da paternidade, que pode ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, a qualquer tempo, tratando-se de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (art. 27).

O Código Civil de 2002 previu outras origens de filiação, além da biológica ou por adoção, ao prever expressamente no Artigo 1.593 que o parentesco pode ser natural, quando resultar de consanguinidade, ou civil,

⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus Efeitos*. P. 13, 21/24.

⁵CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 290.

conforme resulte *por outra origem*. A filiação civil, portanto, não se limita mais exclusivamente à adoção, como ocorria no Código Civil de 1916, podendo ocorrer por outras formas.

O presente trabalho objetiva demonstrar, diante da evolução dos direitos de filiação, importando em uma reorganização na estrutura jurídica da família, a possibilidade do reconhecimento jurídico de parentesco dos filhos afetivos, denominados *filhos de criação*, reconhecendo a parentalidade socioafetiva, conferindo efetividade à afetividade, com produção de todos os efeitos legais, incluindo alimentos e direitos sucessórios.

O elemento agregador da família passou a ser a afetividade entre seus membros, possibilitando o surgimento, entre os princípios fundamentais norteadores do direito de família, do *princípio da afetividade*, resultando na *desbiologização da paternidade*, permitindo o reconhecimento da filiação por outras origens, entre elas a *filiação socioafetiva*.

A família brasileira sofreu grandes mudanças nas últimas décadas. No século passado predominava a família formal, patriarcal, hierarquizada e patrimonial, constituída sob o manto da lei apenas pelo casamento. O marido era chefe da família, detentor do pátrio poder, e provedor, exercendo a autoridade sobre a mulher e os filhos. Os filhos eram discriminados. As mudanças romperam séculos de desigualdades entre homens, mulheres e filhos. A invisibilidade de outros arranjos familiares e o impedimento de reconhecimento de certas espécies de filiação cedeu diante do conceito atual de pluralidade de modelos familiares e igualdade dos filhos, sem importar a origem.

A proteção à família não é mais à instituição casamento. Aplica-se a cada um dos membros da família, sem importar o modelo de formação, os direitos fundamentais, que são direitos inatos a todos os seres humanos, reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico para resguardar os princípios que valorizam a pessoa humana, como os da liberdade, igualdade e dignidade humana. No Brasil, a dignidade humana foi elevada a fundamento da República, assentando uma especial atenção às situações existenciais, requerendo tutelas jurídicas para proteção do *ser pessoa*. E é na família que os direitos fundamentais possuem maior efetividade e aplicação.

Como já ressaltado, a Constituição Federal de 1988 extinguiu a odiosa descriminalização, reconhecendo a plena igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, e proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º). O Estatuto da Criança e do Adolescente reproduziu o comando constitucional e reconheceu que o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição (art. 27). O Código Civil reconheceu que o parentesco pode ser biológico ou civil por outra origem (não mais apenas pela adoção), presumindo como concebido na constância do casamento os

filhos havidos por reprodução medicamente assistida heteróloga (arts. 1.593 e 1.597, V).

A legislação atual não prevê expressamente o reconhecimento jurídico de parentesco dos chamados *filhos de criação*, situação comum em nossa sociedade, quando uma pessoa cuida, cria e educa filho alheio como fosse seu, e o filho reconhece como seu pai aquele que o criou, ocorrendo a paternidade socioafetiva. A convivência, entretanto, faz surgir o vínculo paterno/filial, a posse do estado de filho.

Assim serão apresentados, utilizando especialmente o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira, no seu *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, e os direitos fundamentais expressos e implícitos na Constituição Federal, os fundamentos jurídicos que possibilitam a declaração judicial da paternidade dos filhos socioafetivos, reconhecendo a parentalidade socioafetiva e seus efeitos, conferindo efetividade ao princípio da afetividade.

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta a constitucionalização do direito de família e o rompimento definitivo de velhas concepções, como a ilegitimidade dos filhos, superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais e o casamento como única forma de constituição de família. O Código Civil de 2002, entretanto, apesar dos esforços, não conseguiu traduzir todas as novas concepções da atual família, tornando, pois, insuficiente para fazer frente a todas as situações sociais, que se apresentam necessitando serem aplicados diretamente os princípios aos casos concretos. A Constituição Federal elegeu valores sociais dominantes como fundamentais, não podendo mais ser aceito o direito preso a concepções meramente formais em uma moldura positivista. Assim, *é necessário ultrapassar essa barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consequência com a realidade se tivermos em mente um Direito principiológico.*⁶

Ao aplicar uma discussão *principiológica* nas situações concretas, os direitos fundamentais do ser humano estarão garantidos na sua plenitude. Os direitos fundamentais, conforme Rolf Madaleno, citando J.J. Gomes Canotilho e David Pardo, são os direitos de todo e qualquer ser humano e não apenas de determinados grupos. São direitos humanos de todos, atuando como alicerce e valor supremo da ordem jurídica democrática, já que *no conteúdo de fundamental está embutida a ideia de situação jurídica essencial à realização da pessoa humana*. Fundamentais são os direitos declarados

⁶CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 28/39.

em uma comunidade política organizada, para resguardar os princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana. São os direitos reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico.⁷

Fernanda de Melo Meira, ao tratar dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, ressalta a aplicabilidade imediata e cita Ingo Sarlet e Paulo Bonavides para classificá-los como de primeira, segunda e terceira dimensão. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os que o indivíduo possui como resistência ou oposição perante o Estado, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal, bem como os direitos políticos e as garantias processuais, previstos especialmente no artigo 5º. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, os direitos de participação no bem-estar social, como a assistência social, saúde, educação, trabalho e liberdades sociais previstos no artigo 7º, como a liberdade de sindicalização, direito de greve, direitos fundamentais dos trabalhadores, entre outros. Por fim, os direitos fundamentais de terceira dimensão são os destinados à proteção de grupos humanos, como, por exemplo, os direitos de solidariedade, à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, tratando-se, pois, de direitos difusos e coletivos.⁸

A doutrina, em razão da globalização política, apresenta ainda direitos fundamentais da *quarta geração*, referentes aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. A globalização econômica e a globalização cultural já são realidades, buscando os direitos de quarta geração uma democracia globalizada, tendo como valor central e convergente de todos os sistemas o homem. Por fim, está surgindo como direito de nova dimensão ou da *quinta geração*, o direito à paz. Traslada-se o direito à paz da terceira para a quinta geração, ressaltando o valor supremo da paz reconhecido em documentos históricos como a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 10.12.1948, o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, de 16.12.1996, e a *Declaração do Direito dos Povos à Paz*, contida na Resolução 39, da ONU, de 12.11.1984. A Declaração da ONU *proclama solenemente que os povos do nosso planeta têm o direito sagrado à paz, acrescentando ainda que proteger o direito dos povos à paz e fomentar sua realização é obrigação fundamental de todo Estado*.⁹

A Constituição Federal de 1988, no Título II, integra de forma harmônica as categorias de direitos fundamentais, desde os direitos individuais aos coletivos e sociais, sem que um se contraponha ao outro, podendo classificá-los em *direitos individuais* (art. 5º); *direitos à nacionalidade* (art. 12); *direitos políticos* (arts. 14 a 17); *direitos sociais* (arts. 6º e 193 e §§); *direitos coletivos* (art. 5º) e *direitos solidários* (arts. 3º e 255). No art. 5º, §1º, a Constituição

⁷MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 17 e 18.

⁸MEIRA, Fernanda de Melo. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 2ª ed. Coords.: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Artigo: A Guarda e a Convivência Familiar como instrumentos veiculadores de Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 227 e 228.

⁹BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. P. 571 a 581.

brasileira dispõe expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata e, no art. 5º, §2º, que os direitos fundamentais expressos na norma constitucional não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou previstos em tratados internacionais.

No Brasil, a dignidade humana foi elevada a fundamento da República, com expressa previsão no artigo 1º, III, da Constituição Federal. A alteração do ordenamento jurídico, instaurada pelo atual texto constitucional, veio assentar uma especial atenção às situações existenciais, requerendo tutelas jurídicas do homem voltadas à sua qualidade humana, prezando-se pelo *ser* pessoa. Não se admite, assim, qualquer situação que *coisifique* o ser humano. *Alicerce da ordem jurídica democrática, pode-se dizer que a dignidade vem a retratar o conteúdo do imperativo Kantiano, segundo o qual o homem há que ser considerado como um fim em si mesmo, jamais como meio para obtenção de qualquer outra finalidade.*¹⁰

Inequívoco que a pessoa humana é o cerne do Direito, orientando todos os institutos jurídicos para promover o pleno desenvolvimento e a integral proteção do ser humano.

Com efeito, ao colocar a dignidade humana como um dos fundamentos da República, a Constituição brasileira conferiu valor maior à proteção da pessoa humana, vedando qualquer forma de discriminação e garantindo ao homem o exercício e o reconhecimento de sua condição de titular de direitos fundamentais na sociedade em que vive. Como bem ressalta Ingo Sarlet, *com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconhecem, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade.*¹¹

A dignidade é um macroprincípio sob o qual estão contidos e irradiam outros princípios essenciais, entre eles a igualdade e alteridade, conforme ressalta Rodrigo da Cunha Pereira. Apesar da noção de dignidade estar vinculada à evolução do Direito privado, também se tornou um dos pilares do Direito público. É fundamento primeiro da ordem constitucional e consequentemente vértice do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal, no artigo 1º, III, não define dignidade da pessoa humana, mas traz a indicação de que deve ser buscada ou preservada pelo Estado Brasileiro. A dignidade humana teve origem em Immanuel Kant, ao argumentar, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785),¹² que o homem não deve jamais ser transformando num instrumento para a ação de outrem.

¹⁰ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. P. 69.

¹¹SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 97.

¹²KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1 (Coleção Os Pensadores). P. 139/140.

Dotado de consciência moral, o homem tem um valor que o torna sem preço e o coloca acima de qualquer especulação material, acima das coisas. O valor intrínseco que faz do homem superior às coisas é a dignidade, por isso o homem é considerado pessoa e não coisa. As coisas tem preço, as pessoas tem dignidade.¹³

No mundo jurídico a expressão “dignidade da pessoa humana” é recente. Apesar de já utilizada na Constituição Italiana em 1947 (art. 3º), o seu marco inaugural está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Em 1949, a Constituição da Alemanha, em seu art. 1.1, proclamou que: *A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público*. A partir daí todas as constituições democráticas passaram a utilizar a expressão e colocar o homem como fim e não meio de todas as coisas. A dignidade do homem tornou-se assim indissociável das constituições democráticas, que por sua vez são indissociáveis dos preceitos basilares dos direitos humanos. Os homens são livres e iguais em dignidade e direitos. Demonstra-se, assim, que o direito de família está intrinsecamente ligado aos direitos humanos e à dignidade, o que tem resultado no reconhecimento jurídico da igualdade do homem e da mulher, de outros modelos de constituição de família, e na igualdade dos filhos, independente da origem.¹⁴

Rodrigo da Cunha Pereira, incluindo a dignidade humana, elenca dez Princípios Fundamentais para o Direito de Família:

- 1 – Princípio da dignidade humana;
- 2 – Princípio da monogamia;
- 3 - Princípio do melhor interesse da criança/adolescente;
- 4 – Princípio da igualdade e o respeito às diferenças;
- 5 – Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal;
- 6 – Princípio da pluralidade de formas de família;
- 7 – Princípio da afetividade;
- 8 – Princípio da solidariedade;
- 9 – Princípio da responsabilidade;
- 10 – Princípio da paternidade responsável.¹⁵

Além do *princípio da dignidade humana*, que veda qualquer forma de discriminação e confere valor maior à proteção da pessoa humana, reconhecendo sua condição de titular de direitos fundamentais a autorizar o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, são também plenamente

¹³CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 114/117.

¹⁴CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 119/120.

¹⁵CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 114/253.

aplicáveis o *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*, o *princípio da igualdade* e o *princípio da afetividade*.

O princípio do melhor interesse tem suas raízes nas mudanças ocorridas na estrutura da família nos últimos anos, que passou a valer somente enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros. Por isso, deve preservar e proteger integralmente as pessoas que se encontram em situação de fragilidade e em processo de amadurecimento e formação, possuindo este princípio estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, que são de prioridade absoluta. O princípio da igualdade, além da absoluta igualdade entre homem e mulher, importa no mesmo tratamento e isonomia dos filhos, respeitando as diferenças, pouco importando a origem, sepultando definitivamente a velha concepção de ilegitimidade da prole. O princípio da afetividade, decorrente dos princípios adotados na Constituição, rompeu a formalidade para constituição do vínculo familiar, tornando-se o afeto o elemento formador da família e *desbiologizando* a paternidade.¹⁶

3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade não se encontra expresso, mas está implícito no texto constitucional como elemento agregador e inspirador da família, conferindo comunhão de vida e estabilidade nas relações afetivas.

A família ao longo da história sempre exerceu funções de instituição econômica, religiosa, política e de procriação. Os casamentos eram selados com objetivos econômicos e políticos, desconsiderando o afeto. Os noivos muita das vezes eram escolhidos pelos pais para selarem interesses econômicos ou políticos.

A partir de meados do século XX a família começou a sofrer profundas modificações com o povoamento das cidades, inserção da mulher do mercado de trabalho, controle da natalidade, direitos conferidos pelo Estatuto da Mulher Casada, acolhimento do divórcio na legislação brasileira e modificação do regime legal de bens. O regime de bens legal deixou de ser da comunhão universal, que importava unicidade do patrimônio do casal, demonstrando o objetivo econômico do matrimônio, passando a ser o de comunhão parcial, que exige esforço comum, ainda que presumido, para comunicabilidade dos bens. A Constituição Federal de 1988 acolheu as transformações sociais e extinguiu a família patriarcal, conferindo direitos e deveres iguais ao homem e à mulher, igualou os filhos e reconheceu outras formas de família.

¹⁶CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 27, 31, 148, 149, 163 e 210.

Diante desta nova estrutura familiar os casais deixaram de ficar presos ao casamento indissolúvel, a mulher não possui mais dependência econômica do marido e os filhos podem ser havidos por outra origem além da biológica. As antigas funções da família desapareceram ou passaram a desempenhar um papel secundário. Assim, a família atual deixou de ser sustentada em razões econômicas, de sobrevivência da mulher ou legitimidade dos filhos, passando o vínculo a ser preponderantemente por motivações afetivas e solidariedade mútua. A própria Constituição Federal *desinstitucionalizou* a família ao priorizar a realização da personalidade na assistência a cada um de seus membros e não na entidade familiar. Assim, a família só faz sentido se é um veículo que promove a dignidade de seus membros, numa estrutura vinculada e mantida preponderadamente por elos afetivos. Conclui-se, portanto, que o afeto familiar, estável e ostensivo, é o elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, conjugal ou parental.¹⁷

Para Rolf Madaleno, o afeto é a mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. Nos vínculos de filiação e parentesco a afetividade deve estar sempre presente, pois os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, ao contrário, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos.¹⁸

Daniella Velloso Pereira e Maria Flávia Cardoso Máximo ressaltam que já não se admite o Direito de Família sem o afeto. Se antes o vínculo biológico possuía maior valor, atualmente o afeto permeou as divisas do Direito e rompeu antigos paradigmas, alicerçando o conceito de família.¹⁹

Maria Berenice Dias ressalta que o afeto não é fruto do sangue, pois os laços afetivos e de solidariedade derivam da convivência familiar.²⁰

O primeiro jurista a vislumbrar no Brasil a importância da afetividade, como valor jurídico na família, foi o professor João Baptista Villela, ainda na década de 1970, quando publicou o artigo *A desbiologização da paternidade*²¹ e que se tornou referência aos estudiosos do Direito de Família.

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que em outros trabalhos João Baptista Villela consolidou as noções de afetividade, incluindo a frase de que *o amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações*. Após a Constituição Federal de 1988 vários autores desenvolveram a teoria do professor mineiro, mas foi Paulo Lôbo quem, em 1999, deu ao afeto o *status* de princípio jurídico pela primeira vez. O princípio da afetividade é resultante das mudanças pragmáticas no ordenamento

¹⁷CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 210/214.

¹⁸MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 95.

¹⁹PEREIRA, Daniella Velloso; MÁXIMO, Maria Flávia Cardoso. *Paternidade e Alimentos*. Coord. Luiz Fernando Valladão Nogueira. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. P. 121/122.

²⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. P. 70/71.

²¹VILLELA, João Baptista. *A desbiologização da paternidade*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 21, 1979.

jurídico da família, revalorizando e redimensionando os princípios como uma fonte do Direito realmente eficaz e de aplicação prática.²²

Paulo Lôbo conceitua o princípio da afetividade como aquele que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações afetivas e na comunhão de vida, prevalecendo sobre as questões de caráter patrimonial ou de caráter biológico. Ressalta que o princípio é um salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, fazendo despontar a igualdade entre irmãos, pois a verdade biológica nem sempre é a adequada para fundamentar a filiação, bem como o respeito aos direitos fundamentais. O princípio da afetividade está implícito na Constituição na igualdade de todos os filhos, independente da origem (art. 227, § 6º); na adoção como escolha afetiva e alçada integralmente ao plano de igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como família constitucionalmente protegida, incluindo os adotivos; e no direito à convivência familiar (e não a origem biológica) assegurado com prioridade absoluta à criança e ao adolescente.²³

O Código Civil também faz diversas referências distinguindo paternidade e genética, privilegiando a filiação socioafetiva. O art. 1.593 reconhece o parentesco resultante de consanguinidade ou outra origem; o art. 1.596 iguala, adotando o princípio constitucional, os filhos havidos por consanguinidade ou por adoção; o art. 1.597, V, presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos por reprodução assistida heteróloga; o art. 1.605, II, acolhe a posse do estado de filiação como presunção para provar a filiação; o art. 1.614 admite ao filho biológico maior rejeitar o reconhecimento e, ao menor, impugnar ao atingir a maioridade.²⁴

A afetividade como vínculo agregador da família se faz presente ainda no Código Civil ao dispor, no artigo 1.511, que o casamento exige plena comunhão de vida, tanto que cessada a convivência, mesmo que mediante apenas separação de fato, termina o regime de bens (art. 1.683). A afetividade prevalece ainda sobre o vínculo formal do casamento ao ser reconhecida a união estável de pessoas casadas separadas de fato (art. 1.723, § 3º).

A Lei Maria da Penha também acolhe o princípio da afetividade ao compreender, no âmbito da família, a comunidade que se forma por pessoas que são *ou se consideram aparentados*, unidos por laços naturais, por afinidade *ou por vontade expressa* (art. 5º, II).

O Estatuto da Criança e do Adolescente também acolheu expressamente o valor jurídico da afetividade na recente Lei 12.010/2009, ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 25 e dispor que compreende-se por família extensa

²²CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. P. 21/32.

²³LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 47/48.

²⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 05 ago/set. 2008. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2008. P. 7 e 14/15.

os parentes com os quais a criança ou adolescente *convive* e mantém *vínculos* de afinidade e *afetividade*.

O princípio da afetividade, portanto, apesar de não expresso, também se encontra implícito na legislação infraconstitucional, como norma generalíssima a orientar o Direito de Família.

Necessário no princípio da afetividade, em razão de vários equívocos que vêm sendo cometidos, distinguir a afetividade, como valor jurídico, do afeto, como estado psicológico, como sentimento. Da mesma forma que no Direito das Obrigações a vontade como valor jurídico é a conscientemente externada, objetiva, no Direito de Família também não se confundem o afeto, como sentimento, com a afetividade externada por comportamentos, por condutas objetivas.

A afeição, o amor, os sentimentos como estado psíquico são inapreensíveis pelo direito. O afeto é conduta de foro íntimo, consiste em um elemento anímico ou psicológico, é um fator metajurídico que não pode ser regulado pelo direito, apenas pelas normas morais. O afeto, como a vontade, só se torna juridicamente relevante quando externado por condutas objetivas, por comportamentos dos membros de uma entidade familiar demonstradas pela convivência. O princípio da afetividade funciona assim como um vetor que reestrutura a tutela jurídica das famílias, ocupando mais dos laços afetivos exteriorizados para formação do núcleo familiar do que com os laços de sangue ou o formalismo na sua constituição. A teoria do afeto como valor jurídico é externalizada pelas condutas objetiva de cuidados, solidariedade, exercício dos deveres de criar, educar e assistir, demonstradas na convivência familiar.²⁵

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues demonstram o afeto como valor jurídico nas manifestações exteriores, diferenciando-o do amor como elemento anímico ou psicológico, que não pode ser alcançado pelas normas das ciências jurídicas:

Não é de (des)amor que se trata o afeto como fato jurídico, mas sim aquele que, quando exteriorizado na forma de comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar, é capaz de gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos.

Sendo assim, a nosso sentir, o Direito não é capaz de *enxergar* a ausência de afeto, mas é possível que, quando presente a afetividade entre certos indivíduos, condicionante de seu comportamento, caracterizando-o como tipicamente familiar, aí, sim, o Direito reconheça um fato concreto, um acontecimento ao qual ele pode outorgar qualificação e disciplina jurídica: *um ponto de confluência entre a norma e a transformação da*

²⁵TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. P. 194/195.

realidade: o modo pelo qual o ordenamento se concretiza.

Por isso, não podemos falar em direito ou dever de afeto. Mas devemos valorizar as manifestações exteriores – condutas e comportamentos – que traduzam a existência do afeto em determinadas relações.²⁶

O princípio da afetividade, portanto, resulta da convivência familiar, de atos exteriorizados, de condutas objetivas demonstrando o afeto familiar de seus membros na constituição e manutenção das famílias, capaz de gerar vínculos jurídicos como a parentalidade socioafetiva.

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA DOS FILHOS

No Direito de Família contemporâneo se percebe o fenômeno da personalização. A família vive sob o desígnio da liberdade e da igualdade, que visam à tutela irrestrita da dignidade de seus membros. Não é mais a instituição da família e especialmente o casamento que é tutelado, mas as pessoas, oferecendo-lhes condições para que possam realizarem-se íntima e afetivamente na família. Entre uma das diversas demonstrações da personalização na família encontra-se a igualdade dos filhos, independente da origem.²⁷

Um dos princípios constitucionais no Direito de Família é o da igualdade ou isonomia dos filhos, previsto expressamente no artigo 227, §6º, da Constituição Federal. Regulamenta especificamente na filiação a isonomia constitucional ou igualdade em sentido amplo, prevista no artigo 1.596 do Código Civil, ao também dispor que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, havidos ou não do casamento, restando proibidas quaisquer formas de designações discriminatórias. Assim, juridicamente todos os filhos são iguais, consanguíneos ou não, havidos do casamento ou não, não podendo serem utilizadas mais as expressões de *filho bastardo*, *adulterino*, *espúrio* ou *incestuoso*, por não ser admitida qualquer forma de distinção jurídica.²⁸

Uma das maiores inovações no Direito de Família na Constituição, o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos reconheceu expressamente a parentalidade socioafetiva fora dos casos de adoção, incluindo a havida por reprodução medicamente assistida heteróloga e a chamada adoção à brasileira, todos previstos no parentesco por outra origem. A filiação, portanto, atualmente é jurídica e não mais em razão do casamento dos pais

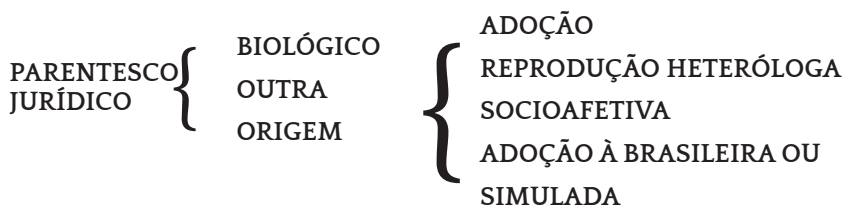
²⁶TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. P. 196.

²⁷TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. P. 74/75.

²⁸TARTUCE, Flavio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. 'In' *Manual de Direito das Famílias e Sucessões*. Coords. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo pereira Ribeiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. P. 9.

ou por laços de sangue, podendo se dividir em biológica ou por outra origem, que inclui a adoção, a havida mediante reprodução assistida heteróloga, a socioafetiva mediante a comprovação da posse de estado de filho e a adoção à brasileira.²⁹

A Constituição Federal de 1988 extinguiu as diferenças entre os filhos e vedou qualquer forma de discriminação ente a filiação biológica e afetiva. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente coloca o filho como alvo da tutela da pessoa humana para salvaguardar seus direitos fundamentais, priorizando a convivência familiar, biológica ou afetiva, demonstrando a importância da afetividade na família, ressaltando que o filho não é mais *asujeitado*, mas sujeito nas relações familiares.³⁰ O parentesco hoje é jurídico e não mais consanguíneo ou civil por adoção, possuindo outras origens conforme demonstrado abaixo:



Paulo Lôbo leciona que a igualdade de direitos dos filhos, de origem biológica ou não, é, juntamente com a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges e a liberdade de constituição da entidade familiar, uma das mais radicais e importantes modificações havidas no Direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988. Resultou no fim do *apartheid* legal imposto aos filhos, nas odiosas desigualdades e discriminações. Atualmente não se permite qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independente de sua origem. O princípio da igualdade dos filhos retrata a mudança de paradigmas na concepção da família, rompendo o modelo de estruturação da família apenas no casamento, que ocasionava a repulsa aos filhos ilegítimos e a condição inferiorizada dos filhos adotivos.³¹

O princípio da igualdade entre os filhos opera, segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, em dois planos distintos. Em um plano perante o legislador, vedando a criação de normas jurídicas que atribua tratamento distinto aos filhos ou que tenha conteúdo que revele discriminação. No outro plano, a igualdade jurídica da filiação obriga que a lei seja aplicada igualmente a todos aqueles que se encontrem na mesma situação, vedando ao aplicador estabelecer diferenças em razão das origens

²⁹CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. P. 12.

³⁰CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. P. 3 e 5.

³¹LÔBO, Paulo. *Famílias*. P. 47/48.

dos filhos ou circunstâncias que não estejam contempladas na norma, como ocorre no parentesco socioafetivo, que produz todos e os mesmos efeitos do parentesco biológico.³²

5. POSSE DO ESTADO DE FILHO

A legislação não reconhece expressamente o parentesco socioafetivo fundado na *posse de estado de filho*, entretanto, é a que deve prevalecer diante da evolução e nova concepção do direito de família, que dá maior valor aos laços afetivos, especialmente para a solução dos conflitos de paternidade.³³

A filiação biológica ou natural é aquela em que se fundem o sangue do pai e o da mãe, estabelecendo-se a filiação pela consanguinidade. Assim, pai é o que, através da cópula ou fornecimento de sêmen na reprodução medicamente assistida homóloga, fertiliza a mãe; e mãe é aquela mulher que carrega o filho no ventre, gerado que foi de um óvulo seu, e o coloca no mundo,³⁴ ou, ainda, que planejou a filiação e forneceu o óvulo para ser gerado em uma barriga substituta.

A filiação não biológica, denominada de civil, é a que não se estabelece pelos laços de sangue, admitindo-se o parentesco por *outra origem*, conforme expressão utilizada no artigo 1.593 do Código Civil, ou socioafetiva em sentido amplo.

A legislação brasileira prevê expressamente a filiação por outra origem mediante adoção, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que se aplica no que couber também na adoção de maiores de dezoito anos (art. 1.619, CC). Prevê também na reprodução medicamente assistida heteróloga, com previsão no artigo 1.597, V, do Código Civil, ao presumir como filhos a inseminação com material genético de terceiros, desde que consentida pelo parceiro.

Apesar de previsto na lei penal como crime dar parto alheio como próprio ou registrar como seu filho de outrem (art. 242, CP), no direito de família a doutrina e a jurisprudência vem considerando válido o reconhecimento de filho não biológico, na chamada *adoção à brasileira*. Assim, veda-se ao pai que praticou o reconhecimento, consciente da falsidade, retificar a filiação. Esta forma também configura parentesco por outra origem.

³²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. P. 193 e 194.

³³BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 54.

³⁴QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 15.

A filiação socioafetiva em sentido estrito, consistente na posse de estado de filho, não possui previsão expressa, mas tem fundamento na nova estrutura da família brasileira, que considera como elemento agregador a afetividade. A verdade não é mais considerada apenas com fundamento nos laços de sangue, sendo fundamental a integração entre pais e filhos pelo sentimento de afeto.³⁵ A filiação real, ou verdadeira, deixa de ser biológica e passa a ser cultural, revelando-se numa verdade afetiva construída numa relação paterno-filial consolidada nos laços de afeto, que muitas das vezes não existe na filiação biológica. Sustenta-se no desejo de ser pai ou de ser mãe, de conceber um filho no coração, fruto dos sentimentos cultivados durante a convivência e estabelecendo espontaneamente os vínculos paterno-filial.³⁶

O avanço da medicina genética e o domínio do exame consistente na leitura das impressões digitais do DNA, ao contrário de solucionar as investigações de paternidade como a princípio se imaginava, fez surgir questionamentos sobre o valor do vínculo biológico para configurar a verdadeira relação paterno-filial. O melhor interesse do filho e a necessidade de existência de afeto e cuidados nas relações familiares demonstraram que a paternidade biológica não é essencial, sendo valorizada cada vez mais a relação socioafetiva, importando na *desbiologização da paternidade*.³⁷

A filiação socioafetiva ocorre quando se demonstra a *posse do estado de filho*, ou seja, quando a aparência faz com que todos acreditem existir uma situação que juridicamente não é verdadeira. Na posse de estado de filho e posse de estado de pai existe uma aparência paterno-filial, uma reciprocidade afetiva entre pai e filho, que juridicamente não são parentes. O Direito não pode desprezar este fato, *esta paternidade que se constrói na convivência e nos vínculos afetivos recíprocos*, que se estabelece no ato de vontade e sedimenta-se no terreno da afetividade. A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse do estado de filho, apresentando a doutrina três aspectos para sua configuração: a) *tratactus*, quando existe tratamento recíproco entre pai e filho e entre os parentes, sendo criado e educado como filho; b) *nominatio*, quando utiliza o nome dos pais e se apresenta como filho; e c) *reputatio*, quando é conhecido pela opinião pública, no meio onde vive, como filho de seus pais afetivos.³⁸

A posse do estado de filiação abriga os chamados *filhos de criação*, quando o genitor, apesar da ausência de vínculo biológico e registro, propaga e comporta-se como pai, enquanto o filho também se comporta como descendente, restando presente o vínculo da afetividade.

Paulo Lôbo ressalta que para se projetar no direito, especialmente quanto à filiação, a socioafetividade exige a presença dos seguintes elementos:

³⁵DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. P. 19.

³⁶MADALENO, Rolí. *Curso de direito de família*. P. 471.

³⁷CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. P. 292.

³⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. P. 371.

a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; d) afetividade.³⁹

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues constatarem que hoje existe uma dicotomia entre a filiação biológica e a socioafetividade, um novo valor jurídico advindo da posse do estado de filho. Existe um conflito entre a verdade genética e a convivência que criou laços de afetividade e deixou marcas na construção da personalidade do filho. Ressaltam que o que garante a estruturação de alguém como sujeito, para que se possa firmar como pessoa, é o exercício das funções materna e paterna em sua vida, independentemente de laços consanguíneos. Acrescentam quanto à essência da socioafetiva que:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fático da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.⁴⁰

6. EFETIVIDADE NO RECONHECIMENTO DO PARENTESCO SOCIOAFETIVO

O reconhecimento do parentesco socioafetivo, fundamentado na posse do estado de filho, aos poucos vem sendo reconhecido pelo Judiciário, produzindo os mesmos efeitos da paternidade biológica, em ações declaratórias de paternidade, afastando o argumento desprovido de fundamentação de impossibilidade jurídica. O Código Civil reconhece no artigo 1.593 o parentesco natural, resultante da consanguinidade, ou civil, quando resulta de outra origem, tratando-se de norma aberta, pois não aponta as formas de constituição do parentesco por outra origem. O Tribunal

³⁹LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões, n. 05, ago/set. 2008. Porto Alegre: Magister. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008. P. 6.

⁴⁰TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. P. 173 e 194.

de Justiça de Minas Gerais já se manifestou sobre a possibilidade jurídica da ação declaratória de paternidade socioafetiva:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA (...). Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva, posto que esta pretensão encontra respaldo no art. 1.593 do CC/02 que prevê que o parentesco não se funda apenas no critério da consanguinidade, mas também no de outra origem, dentre os quais, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, se inclui a paternidade socioafetiva (Des. Elias Camilo – TJMG).⁴¹

No mesmo sentido também decidiu o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o direito subjetivo de pleitear o reconhecimento da filiação socioafetiva:

Não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo (Ministra Nancy Andrighi – STJ).⁴²

E mais: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul priorizou o parentesco socioafetivo sobre o biológico, reconhecendo a importância da afetividade nas relações de família, ao decidir *que configuradas a filiação e paternidade socioafetiva, deve ser desconsiderada a verdade biológica*.⁴³

A ministra Nancy Andrighi reconheceu o direito ao reconhecimento da filiação socioafetiva como elemento fundamental da personalidade humana, ao decidir que:

A filiação socioafetiva encontra amparo geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade.⁴⁴

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido pelo acolhimento da filiação socioafetiva, admitindo a possibilidade de ser buscado o

⁴¹TJMG, 3ªCC, AC nº1.0701.09.260881-2/001. Rel. Des. Elias Camilo. J. 03.12.2009.

⁴²STJ, Resp – 1.189.663- RS. Relª Ministra Nancy Andrighi. J. 06.09.2011.

⁴³TJRS, 8ª CC, AC nº 70040477960.Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos. J. 01.12.2011.

⁴⁴ANDRIGHI, Nancy. STJ. Resp. nº 450.566 – RS. Relª Ministra Nancy Andrighi. J. 03.05.2011.

reconhecimento em ação de investigação de paternidade ou maternidade. O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente afasta as restrições na busca da filiação e assegura ao interessado no reconhecimento de vínculo socioafetivo trânsito livre da pretensão. Com efeito, dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente que *o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça*.

O artigo 1.593 do Código Civil, já referido, dispõe que *o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*.

O art. 332 do Código Civil de 1916 dispunha, até ser revogado pela Lei 8.560/1992, que *o parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não, de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção*.

Constata-se, portanto, que foram ampliadas as hipóteses de parentesco civil para além da adoção, como ocorria no Código anterior ao reconhecer apenas a adoção, justamente para agasalhar a filiação socioafetiva.

No voto referente à súmula já citada do Tribunal Mineiro, o Des. Elias Camilo cita Luiz Edson Fachin para fundamentar que:

A esse respeito, também cumpre transcrever a lição de LUIZ EDSON FACHIN:

“ O contido no art. 1593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consanguinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora, à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e *principiológica* . (Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família, nº 19, mar/abr, 2003, p. 3)”.⁴⁵

Também o Ministro João Otávio de Noronha já fundamentou que *não anula-se registro de nascimento quando o pretense pai sabia que o menor não era seu filho (a chamada adoção à brasileira), pois materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo*

⁴⁵CAMILO, Elias. TJMG, 3ª CC. AC nº 1.0701.09.260881-2/001. Rel. Des. Elias Camilo. J. 03.12.2009.

*socioafetivo e sentimento de nobreza. (...) A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito.*⁴⁶

No mesmo sentido, reconhecendo a prevalência da maternidade socioafetiva sobre a biológica, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto da Min. Nancy Andrighi, decidiu, conforme consta da ementa, que:

A filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, 6º da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também 'parentescos de outra origem', conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. (...)

Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, exige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.⁴⁷

Os Enunciados 103 e 256, do Conselho da Justiça Federal, reconhecem o parentesco civil na posse do estado de filho ao disporem que:

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

Enunciado 256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.

Inequívoco, portanto, a efetividade no reconhecimento da afetividade como valor jurídico, autorizando a declaração judicial do parentesco por outra origem, com todas as consequências legais, incluindo direitos a alimentos e sucessórios.

⁴⁶NORONHA, João Otávio. STJ. 4ª Turma. REsp. 709.608-MS. Rel. Min. João Otávio Noronha. J. 05.11.2009.

⁴⁷STJ. 3ª Turma. REsp. 1000356-SP. Relª. Min. Nancy Andrighi. J. 25.05.2010.

7. CONCLUSÃO

O modelo de família sofreu grandes modificações nas últimas décadas. A família, então matrimonial e patriarcal, único modelo familiar tradicional reconhecido juridicamente, assumiu novas feições e o vínculo agregador formal do matrimônio deslocou-se para a afetividade, unindo as pessoas para que convivassem em harmonia em busca da realização pessoal, em diversos arranjos familiares.

Os modelos de família passaram a ser de livre escolha das partes envolvidas, vedando-se qualquer forma de intervenção pública ou privada (vide art. 1.513, CC). Cabe ao casal planejar sua forma de constituição, como, aliás, determina a primeira parte do art. 226, §7º, da Constituição Federal, ao dispor que *fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal*.

Acabou a odiosa discriminação entre filhos legítimos, de criação, bastardos e civil (art. 227, §6º, CF).

O Código Civil de 1916 admitia o parentesco consanguíneo e o civil apenas mediante a adoção (art. 332). O Código Civil de 2002 ampliou a possibilidade de filiação civil para além da adoção, permitindo-se que resulte de outra origem (art. 1.593), o que obviamente inclui o parentesco socioafetivo (os filhos do coração).

Os direitos humanos foram reconhecidos e positivados na Constituição Federal, garantindo-se os direitos fundamentais, dentre eles, como já ressaltado, o respeito à dignidade e à liberdade de constituição de família sem necessidade de vínculos de consanguinidade.

A afetividade transformou-se no elemento essencial e aglutinador para configuração da família.

A norma jurídica, entretanto, não consegue acompanhar a evolução e as transformações da família moderna, regulando todas as relações sociais e afetivas. É necessário cada vez mais adotar uma discussão *principlológica* no Direito de Família para adaptar essas novas relações em uma realidade jurídica, buscando, como fez Rodrigo da Cunha Pereira, princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.

Dentre essas novas relações surgidas nos diversos arranjos familiares surgem os filhos sem laços de sangue ou vínculo da adoção.

As famílias recompostas hoje é uma realidade na sociedade brasileira, resultante da união de casais com filhos de relações anteriores e que passam a vivenciar uma nova família. Surgem fortes laços afetivos e recíprocos de filiação/paternidade com o novo parceiro do genitor, vínculo que muitas vezes se mantém mesmo após a separação do casal. Da mesma forma crianças e adolescentes são acolhidos em famílias e criados como filhos sem

regularizar a situação jurídica, os chamados *filhos de criação*, tão comum na sociedade brasileira.

Necessário, diante desse pluralismo familiar e ausência de legislação específica para regularizar a situação jurídica dos filhos de criação, buscar nos princípios fundamentais um norte para o Direito de Família. Para tanto deve aplicar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade jurídica dos filhos independente da origem e, principalmente, o princípio da afetividade, como elemento formador e de manutenção da família, para proteger e regularizar juridicamente a filiação dos filhos de criação.

A afetividade surge assim como valor e princípio a autorizar o reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva, diante da posse do estado de filho, que se caracteriza pela relação afetiva paterno/filial, ostensiva, duradoura.

A possibilidade jurídica do pedido de declaração de paternidade socioafetiva deve ser reconhecida nos tribunais. No momento em que alguém assume o papel de pai/mãe e outro assume o papel de filho, surge a posse do estado de filiação, por força da convivência familiar afetiva, e em consequência a relação de parentesco paterno/filial de origem não biológica, cabendo ao Judiciário declará-la para produção de todos os efeitos jurídicos, conferindo efetividade à afetividade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

ANDRIGHI, Nancy. STJ. Resp. nº 450.566 – RS. Relª Ministra Nancy Andri ghi. J. 03.05.2011. BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade, posse de estado de filho, paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAMILO, Elias. TJMG, 3ª CC. AC nº 1.0701.09.260881-2/001. Rel. Des. Elias Camilo.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Adoção, guarda e convivência familiar*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família: Direito Civil*. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, v. 1 (Coleção Os Pensadores).

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 05 ago/set. 2008. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRA, Fernanda de Melo. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 2ª ed. Coords.: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Artigo: *A Guarda e a Convivência Familiar como instrumentos veiculadores de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NORONHA, João Otávio. STJ. 4ª Turma. REsp. 709.608-MS. Rel. Min. João Otávio Noronha.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, v. 5, Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Daniella Velloso; MÁXIMO, Maria Flávia Cardoso. *Paternidade e Alimentos*. Coord. Luiz Fernando Valladão Nogueira. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STJ. 3ª Turma. REsp. 1000356-SP. Relª. Ministra Nancy Andrighi.

STJ. Resp – 1.189.663- RS. Relª. Ministra Nancy Andrighi.

TARTUCE, Flavio. *Novos princípios do direito de família brasileiro. 'In' Manual de Direito das Famílias e Sucessões*. Coords. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo pereira Ribeiro. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TJMG. 3ªCC. AC nº1.0701.09.260881-2/001. Rel. Des. Elias Camilo.

TJRS, 8ª CC. AC nº 70040477960.Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos.

VILLELA, João Baptista. *A desbiologização da paternidade*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 21, 1979.