

A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E A DESBIOLOGIZAÇÃO DA PATERNIDADE

Melissa Barbieri de Oliveira¹
Yaneh Fiorenza²

RESUMO: Com as constantes mudanças nas relações familiares se faz necessária uma adaptação da lei aos novos casos concretos. Em que pese as mudanças legislativas não se darem na mesma velocidade do dinamismo familiar, elas vem, pouco a pouco, disciplinando as novas relações existentes. O conceito de família não deve mais ser analisado segundo os preceitos do século passado, sob pena de flagrante discriminação. Hodiernamente, o leque de relações familiares é imenso, sendo que para que se constitua uma relação que levará o nome de família é necessário, na maioria dos casos, o desejo dessa constituição e não mais todos os trâmites formais dantes exigidos. No que respeita ao direito de filiação a legislação, embora tenha progredido significativamente quando vedou qualquer discriminação para com os filhos advindos de outras formas de filiação, que não o casamento, ainda tem muito que se aperfeiçoar. E, um dos assuntos que merece especial atenção do legislador são as relações entre pais e filhos baseadas no afeto.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Paternidade. Filiação. Afeto.

THE EVOLUTION OF FAMILY RELATIONSHIPS AND PATERNITY DESBIOLOGIZAÇÃO

ABSTRACT: With the constant changes in family relationships is necessary to adapt the law to new cases. Despite legislative changes do not give the same speed as the family dynamics, it comes little by little, disciplining the new relationship. The concept of family can no longer be analyzed according to the precepts of the last century, under penalty of blatant discrimination. Modernly, the range of family relationships is immense, and so that it becomes a relationship that will carry the family name is necessary, in most cases, the desire of this constitution and not before all the formal procedures required. Regarding the

¹ Mestre em Ciências Jurídico Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, professora de Direito Civil da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – *campus* Francisco Beltrão – PR. Membro do GEPSA – Grupo de estudo e pesquisa em segurança alimentar (UNIOESTE). Membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. Advogada. melissabarbieri@hotmail.com

². Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Internacional de Curitiba – FACINTER. Advogada licenciada, assessora de Magistrado. yanehzf@hotmail.com

right to join the legislation, although has progressed significantly when discrimination was sealed to the children coming from other forms of affiliation, not marriage, still has much to improve. And one of the issues that deserve special attention of the legislature are the relationships between parents and children based on affection.

KEYWORDS: Family. Fatherhood. Membership. Affection.

1 INTRODUÇÃO

O direito de família, assim como o direito de filiação, com o passar do tempo e com a implantação de novas normas de regência das relações por eles tuteladas avançou significativamente, embora tenha muito a progredir.

No ensejo destes avanços, um dos temas que tem merecido destaque nas novas relações familiares é a valorização do afeto, o que faz com que muitas famílias sejam assim identificadas, sem que os laços consanguíneos tenham sido estabelecidos. Um exemplo muito claro são as relações formadas entre pessoas divorciadas com filhos, que passam a conviver sob o mesmo teto e se reconhecer como pais/padrastos, mães/madrastas e irmãos embora não haja entre todos uma identificação consanguínea. O que os une, é o afeto e por este motivo, o tema do presente artigo passa a ser apresentado, com a utilização da expressão *desbiologização da paternidade*, termo cunhado ainda em 1979, pelo eminente professor João Baptista Villela.

Aplicando-se o método dedutivo é que a presente pesquisa foi desenvolvida, buscando identificar o papel relevante do afeto, principalmente nas relações entre pais e filhos, demonstrando alguns direitos que podem decorrer destas relações, tendo em vista que no ordenamento jurídico não há nenhuma lei específica com relação ao tema, apesar da realidade demonstrar um grande número de situações neste sentido.

Com isso, pretende-se ainda demonstrar como a família mudou, partindo de um pequeno histórico, para depois abranger seu possível conceito e as implicações da evolução constatada.

RESGATE HISTÓRICO

A palavra família, de origem latina, provém de *famulus* que significa servidor e designava o conjunto deles que conviviam sobre o mesmo teto. Com o passar do tempo, família passou a significar todas as pessoas que viviam sobre a autoridade do chefe, o *pater familiae*, isto é, a mulher, os filhos e os empregados. Era nas mãos da figura social do *pater* que se concentravam as funções de chefe da casa, chefe político e religioso e também representante do judiciário.

Impende destacar que a função soberana do *pater familiae* somente começou a ser dividida por necessidade. Com as mudanças na economia e com as obrigações militares os homens se ausentavam cada vez mais das cidades e, conseqüentemente, de suas famílias. Assim, tem-se o início da divisão do poder entre o homem, a mulher e os filhos.

Surge então a família cristã, baseada na caridade e no espírito moral. Nessa época, embora não houvesse direito algum às mulheres, nota-se o enfraquecimento da figura do homem como *pater*. Com o passar do tempo, a família romana, cada vez mais pautada na religião, passou a ser mais democrática, sendo que tanto o homem quanto a mulher administravam o lar, tomando decisões em conjunto. A contribuição da igreja para tal feito foi, indiscutivelmente, positiva, pois fundada no princípio da caridade, contribuiu para que a mulher pudesse ter, por exemplo, seu patrimônio separado do homem e também da família.

A partir de meados do século XX houve o início da atribuição de direitos aos filhos, inclusive àqueles à época chamados de ilegítimos, e a mulher passou a ser capaz. A igualdade entre os cônjuges, consagrada na Constituição Federal de 1988, foi introduzida pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), que aboliu a incapacidade relativa da mulher casada, tornando-a plenamente capaz.

Hodiernamente, as funções dentro da sociedade familiar são divididas entre o homem e a mulher de forma igualitária, (pelo menos no plano formal, como prevê o art. 1511 do CC), havendo também intervenções dos próprios filhos, que devido à crise financeira e ao livre planejamento familiar, são encontrados em menor número.

Segundo o entendimento praticamente unânime da doutrina, a Constituição de 1988 é a mais protetiva, em se tratando de família, do que todas as já vistas na história. Na verdade, trata-se de uma constatação de fácil percepção, pois basta que se atente para os princípios concernentes ao direito de família nela contidos, os quais, vale ressaltar, são exemplificativos e de maneira alguma, exaustivos. Nos dizeres de OLIVEIRA (2002, p.273), dentro do rol de princípios direcionados pela Constituição ao Direito de Família encontra-se: a proteção de todas as espécies de família; o reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar, que não decorrentes do casamento; dignidade da pessoa humana e paternidade responsável; dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade; igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção.

Feitas as considerações sobre a evolução do instituto da família, passar-se-á à análise de seu conceito, situando-a no ordenamento jurídico pátrio.

2 FAMÍLIA: TENTATIVA CONCEITUAL

Para Pereira, “em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum” (1996, p.13).

Hoje, a entidade familiar tem como característica a função social como base da sociedade, característica essa trazida pela Constituição Federal de 1988 e adotada pelo Código Civil de 2002.

Certamente, conceituar a família atual não é tarefa fácil. Na tentativa de estabelecer parâmetros para tal conceituação Dias explica:

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigo dos mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como famílias. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito

do **direito obrigacional** – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elo estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos (João Baptista Villela, Repensando o direito de família, 20). Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a **vontade**, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o afeto (2007, p.41).

Para Lobo *apud* Dias, “a família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenha funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas” (2007, p.41).

A nova concepção de família abrange os arranjos baseados no afeto, criando-se um pluralismo das relações familiares e dividindo-as em: família matrimonial, informal, monoparental, anaparental, pluriparental, paralela, eudemonista e homoafetiva.

Veja-se as considerações de Dias:

A família pluralizou-se. Já não se vincula aos seus paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética evidenciam que esse tríplice pressuposto deixou de servir para balizar o conceito de família. Caiu o mito da virgindade. A concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual, e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade. As relações extramatrimoniais até dispõem de assento constitucional, e não se pode mais deixar de albergar no âmbito do Direito de Família as relações homoafetivas (2004, s.p.).

De acordo com a referida autora, o casamento, que em um passado não muito distante, era a única forma de constituição da família deu lugar à união estável, que, regulamentada pela Constituição de 1988, outorgou aos casais, que mantinham vínculo de afeto sem estarem legalmente casados, direitos praticamente equivalentes aos decorrentes do casamento.

A união estável representa um dos grandes avanços trazidos pela Constituição no que respeita ao direito de família e se constitui mediante a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida entre um homem e uma mulher, com objetivo de constituição de família. O elemento basilar dessas relações é, sem dúvida, o afeto, que está intrínseco ao objetivo de constituir família.

Entretanto, ainda existem diferenças entre os casais unidos pelo matrimônio e pela união estável. A respeito do tema Dias explica:

(...) O tratamento, no entanto, não é igual ao do casamento. Ainda que concedido direito a alimentos e assegurada partilha igualitária dos bens, outros direitos são deferidos somente aos cônjuges. O convivente não está incluído na ordem de **vocação hereditária**, tendo somente direito à concorrência sucessória quanto aos bens adquiridos na vigência do relacionamento. Também é subtraído ao parceiro sobrevivente a garantia da quarta parte da herança, **quota mínima** assegurada ao cônjuge sobrevivente, se concorrer com os filhos comuns (CC 1.832). A disparidade prossegue quanto ao **direito real de habitação**, outorgado somente ao cônjuge (CC 1.831). Em todas essas hipóteses, a ausência de uniformidade levada a efeito, além de desastrosa, é flagrantemente inconstitucional. (grifo da autora) (2007, p. 159).

Além da união estável, foi também reconhecida pela Constituição de 1988, como entidade familiar a *comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes* (Constituição Federal, artigo 226, §4). Essas comunidades receberam o nome de famílias monoparentais e a Carta Magna outorgou *status* de família a tais núcleos, uma vez que também possuem como base o afeto.

Para Dias, a família monoparental, vista por muito tempo como um fracasso pessoal, tornou-se hoje, além de comum, uma questão de escolha. Essas famílias, em sua maioria chefiadas por mulheres, derivam da viuvez, da separação ou divórcio dos pais, da adoção e modernamente, da inseminação artificial (2007, p. 191).

Ainda de acordo com a autora acima referida, a flexibilização conceitual de família permite hoje que relações antes “clandestinas e marginalizadas, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todos os mecanismos que as pessoas encontram para buscar a felicidade” (Dias, 2007, p.39).

2.1 Do Parentesco

Impende destacar as espécies de parentesco, traduzindo seu significado. Para Diniz:

Parentesco é a relação vinculatória existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco, comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre o adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo (2008, p.432).

Segundo a referida autora o parentesco divide-se em *natural* ou *consanguíneo*, quando as pessoas da relação descendem de um tronco comum e são ligadas por laços de sangue; *afim*, quando estabelecido por determinação legal, e *civil* quando decorrente de adoção (Diniz, 2008, p.432 - 433).

Assim, três seriam as espécies de parentesco civil. Ocorre que a Constituição, com o intuito de proteger o direito subjetivo do filho, ou ainda consagrar o princípio da dignidade humana, reconhece também o chamado *estado de filiação*, ou seja, a situação aparente onde pai assume todas as responsabilidades em relação ao filho. Dessa forma, quando pais e filhos, agem como tais, mesmo não tendo ligação genética alguma, tem-se a posse de estado de filho, ou seja, uma situação de fato fundada primordialmente no afeto, que passa a ser regulada pelo direito a partir de 1988, além da previsão do art. 1605 do CC, a partir de 2002.

2.2 Da Filiação

A palavra filiação provém do latim *filiatio* e traduz-se em procedência, dependência, enlace ou laço de parentesco dos filhos com os pais.

Conforme Lobo para o direito brasileiro, a filiação é biológica e não biológica, veja-se:

(...) Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade. No Brasil, a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição de 1988 não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva, ou filiação adulterina (2009, p.195).

A concepção tradicional de filiação se resumia na relação que une uma pessoa àquelas que a geraram, trazendo em seu bojo um delimitado número de normas, interpretadas de maneira estritamente positiva. Os filhos eram classificados como legítimos, se havidos na constância do casamento, ou ilegítimos se concebidos fora do casamento.

Já no final do século XX a jurisprudência começou a firmar posicionamentos avançados e, com base na Constituição de 1988, proteger o instituto da filiação, o que culminou, finalmente, na entrada em vigor do Código Civil Brasileiro, em 2003, com novas disposições a respeito.

Os méritos de referida evolução se dão, dentre outros, em razão dos avanços da ciência, que permitem hoje, por exemplo, uma terceira pessoa envolvida no ato da geração de um novo ser. Não bastasse isso, há tempos via-se a necessidade de regular e tratar de forma igual as relações familiares não consanguíneas ou socioafetivas.

Diante dessas novas situações, a legislação inovou, principalmente em virtude da Constituição Federal de 1988, que não permitiu que determinadas situações ficassem à margem da Lei.

Assim, o grande marco do avanço, não só do direito de filiação, mas também das relações familiares, foi o advento da Constituição Federal de 1988, que entre outros, estabeleceu a igualdade entre os filhos e os cônjuges. Tal mudança de paradigmas, embora passados vinte e quatro anos não estejam consolidados, trouxe para o ordenamento a preocupação de tratar de forma igualitária todos os filhos sem ser levada em consideração sua procedência. No entanto, apesar da Carta Maior ser explícita em dispor que não haverá distinções entre filhos havidos ou não do casamento e os decorrentes da adoção, deixa lacunas no que se refere àqueles que embora não possuam o reconhecimento jurídico, são considerados filhos, os filhos do afeto.

Para Boscaro, (2002, p.15) as novas normas sobre o direito de filiação permitem hoje que os papéis de pai e mãe, antes só assumidos pelos responsáveis biológicos, possam ser tomados por pessoas estranhas a estes, havendo, em certos casos, restrições quanto à investigação da realidade biológica, já que em tais casos essa verdade fica em segundo plano.

Com a chamada constitucionalização das relações familiares muitas

concepções de família caíram por terra. Exemplo disso são as famílias chamadas monoparentais, já citadas acima, que se compõem da mãe e seus filhos, ou do pai e seus filhos. A antiga visão de que a família derivava unicamente do casamento, ou das justas núpcias, encontra-se totalmente defasada.

Mas o mérito de tais mudanças não se deve apenas a legislação e a ciência, mas também a sociedade que com sua diversidade de integrantes, cada qual com uma forma diferenciada de pensamento, reivindicou mudanças de tratamento às pessoas que não se enquadravam nos padrões tidos como normais. Com o passar do tempo, o casamento, por exemplo, deixou de ser um dever cívico com a finalidade apenas de procriação e passou a ser uma escolha do casal, tanto para a convalidação de núpcias quanto para a geração de filhos.

Para Lisboa (2006, p.36), os movimentos de emancipação e de liberação social da mulher e dos jovens, trouxeram muitas consequências positivas para as relações familiares, entre as mais marcantes, podemos destacar o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a possibilidade de dissolução do casamento por outros motivos além da morte e adultério, e, o estabelecimento da igualdade entre os filhos, não importando, como acima referido, sua origem, protegendo-se tanto os filhos consanguíneos como os não-consanguíneos.

É oportuno mencionar que a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, ainda no ano de 1948, declarou a igualdade entre os filhos. Entretanto, tal direito à igualdade só foi trazido para o ordenamento pátrio com a Constituição de 1988.

Em que pese tais mudanças apresentarem grande avanço às relações familiares, a legislação civil de 2002, deixou lacunas visto que teve seu projeto elaborado em meados dos anos 70, portanto, cerca de trinta anos após sua elaboração é que foi aprovado. De fato, ao entrar em vigor já possuía idéias e padrões ultrapassados. É certo que a atual legislação civil não reproduz literalmente todas as idéias contidas nos anos 70, porém, grande parte dos princípios e da sistemática foram mantidos daquela época.

Desse modo, pode-se afirmar que mesmo relativamente novo, o Código Civil encontra-se defasado em determinadas matérias de relevância.

E é em função dessa defasagem da legislação que regula as relações familiares que os doutrinadores pertencentes à vanguarda do Direito de Família, ou como por eles chamado, “Direito das Famílias”, e os integrantes do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM – elaboraram o projeto do Estatuto das Famílias, uma legislação moderna, única e exclusivamente destinada a proteger as relações familiares modernas e tudo que delas decorre.

O Projeto de Lei n. 2.285/2007 atualmente em trâmite no Congresso Nacional visa além de atualizar a legislação pertinente ao direito de família, reunir toda a legislação que regula as relações familiares.

Para Cunha Pereira a *diversidade é imprescindível para a democracia*, e dessa forma, não faz sentido estabelecer padrões para serem seguidos, nem se deixar levar pelo moralismo do século passado. Para o referido jurista, o Projeto de Lei que visa à criação de um Estatuto das Famílias é um clamor social, veja-se:

Foi com base na evolução do conceito de família desenvolvido nos dois últimos séculos, e especialmente a partir da segunda metade do século XX, que o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM viu-se obrigado a responder a uma demanda social pungente. Apresentamos, através do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, ao Congresso Nacional o PL nº. 2.285/2007, ao qual denominamos Estatuto das Famílias. Sabemos, de antemão, que não é um projeto perfeito, mas o nosso compromisso com o ideal de justiça nos obrigou a elaborar um texto jurídico que atendeu aos apelos de inclusão e cidadania. Aprendemos com a própria história do Direito de Família que não podemos mais perpetuar injustiças cristalizadas no próprio texto jurídico. Ainda é difícil conceber que antes da Constituição Federal de 1988, filhos havidos fora do casamento não podiam ser registrados, mulheres deviam obediência aos maridos e as famílias que não fossem constituídas através do casamento não eram reconhecidas pelo Estado e excluídas do laço social (2008, s.p.).

Ingressando efetivamente na evolução histórica da filiação, notam-se sensíveis, embora marcantes, mudanças ao longo da história.

Inicialmente cabe conceituar o instituto da filiação que para Lisboa (2006, p.344) “é a relação de parentesco existente entre o descendente e seu ascendente de primeiro grau”. Para estudiosos clássicos como Rodrigues e Monteiro *apud* Boscaro (2002, p.15), a filiação se refere à relação que une uma pessoa àquelas que a geraram, como acima exposto. Essa relação,

constituída entre um sujeito e seus pais é reconhecida pela certidão de nascimento, isto é, a certidão é o documento onde se reconhece oficialmente o filho.

Nessa mesma linha, assevera Pontes de Miranda:

A relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para com qualquer dos genitores (2000, p.44).

Conforme o escólio de Diniz “filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo (*sic*) em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida” (2008, p. 442).

Para Blikstein “filiação é a relação existente entre os filhos e seus pais, independente da condição de concepção”. E a essa relação dá-se o nome de paternidade e maternidade (2008, p.45).

Conforme assevera Venosa a filiação é um estado, o *status familiae* (2008, p.212).

Apesar do estabelecimento destes conceitos, a idéia de que filho é aquele que decorre do ascendente, vem sendo relativizado. Com a mudança de paradigmas no que se refere ao conceito de família e com o surgimento de novas relações, a filiação biológica vem perdendo a posição soberana e dando lugar às várias formas de relações entre pais e filhos ora existentes.

Nos dizeres de Gonçalves, a filiação não compreende somente aspectos biológicos, isto é “a realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente perante o grupo social e a família” (2006, p. 265).

Ocorre que atualmente o reconhecimento do afeto como formador de famílias trouxe uma nova aceitação das relações por ele formadas pela própria sociedade que, embora contribua para tais mudanças, muitas vezes também leva certo tempo para aceitar o novo, ou ainda, dificulta a mudança em razão de seus preconceitos.

Contudo, com a mudança de pensamento de, ao menos, parte sociedade, e a legislação admitindo tais relações, torna-se mais simples

abater os preconceitos que derivam das relações baseadas no afeto.

Em um passado próximo os filhos concebidos fora do casamento eram discriminados em toda a sociedade, sendo chamados de ilegítimos, espúrios, adulterinos e incestuosos, não lhes sendo endereçado direito algum quanto ao nome, ao patrimônio, ou a qualquer vínculo com o pai. Não era diversa a situação dos filhos adotados, que eram diferenciados dos filhos legítimos, pois não eram filhos naturais, mas sim uma escolha de pessoas que muitas vezes o faziam por não conseguirem gerar filhos consanguíneos.

O tratamento, ao menos em tese, igualitário aos filhos decorrentes do casamento, da união estável, do concubinato e da adoção, mostra de forma grandiosa a preocupação da legislação em consagrar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, bem como os princípios da paternidade responsável, da afetividade, do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, todos trazidos pela Constituição Federal.

2.3 Da Posse de Estado de Filho

A proteção da socioafetividade vem crescendo de tal forma que na I Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 108 – Art. 1.603: “no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”. Já na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado n. 256 trouxe a concretização da posse de estado de filho como modalidade de parentesco civil.

A posse de estado de filho caracteriza-se como a relação íntima, duradoura e afetiva, comprovada pela imagem perante terceiros como se filho fosse e pelo tratamento paterno filial, onde existe chamamento e consideração de pai e filho.

Assim, a posse de estado de filho é chamada a intervir nas relações quando há conflitos entre as paternidades ora existentes. Como atualmente a paternidade socioafetiva se destaca, a investigação dessa posse se faz

indispensável para a solução do conflito.

Na verdade, a socioafetividade e a posse de estado de filho são inseridas no ordenamento graças à aceitação do discurso psicanalítico que compreende a maternidade e a paternidade como função. Ademais, tal discurso traz a tona os sentimentos que decorrem das relações familiares e também que um pai pode amar um sujeito como filho mesmo sem ter contribuído com material genético para sua formação.

Dentro disso insere-se a idéia de que a família, sendo o berço do desenvolvimento do ser humano, deve ser protegida e respeitada, uma vez que se fundada em princípios morais e, sobretudo no afeto, transmitirá aos seus integrantes um desenvolvimento saudável. De nada adianta proteger somente a família tradicional se muitas vezes, o moralismo faz com que estas famílias mesmo desestruturadas, permaneçam constituídas somente pela vergonha de uma separação. Tal falta de estrutura resultará, na maioria dos casos, em pais frustrados e filhos com sérios problemas psicológicos.

A valorização do afeto adentra o século XXI de forma tão sedimentada a ponto de, em certos casos, se sobrepor a uma relação baseada na biologia.

Não é de se estranhar que antigamente a proteção dada a família como entidade biológica não admitisse outras formas. A família patriarcal e os costumes, por não admitirem os chamados recasamentos e as famílias reconstruídas, não sentiam necessidade de proteger situações que, embora existissem, eram acobertadas pela sociedade, tornando-se, dessa forma, inexistentes. Nesse período, não se negavam apenas direitos, mas fatos. A verdade ficava escondida atrás de um moralismo fundado no sistema patriarcal.

Antes da Lei do Desquite, que foi substituída pela separação, era visto como impossível, além de imoral, que uma pessoa desfizesse seu casamento. E mesmo com a Lei do Desquite quem desfizesse o casamento não poderia casar-se a outra pessoa. Tal feito só foi possível com o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977).

Assim, se os recasamentos não existiam, conseqüentemente, padrastos e madrastas ligados à criança pelo afeto não existiam também, a não ser nos caos de viuvez. A necessidade em se provar que mesmo pessoas que não possuam o mesmo DNA possam formar uma família, surge das

relações contemporâneas, ou seja, quando as famílias começam, a se “reformatar” tornando parentes, e sendo tratados como irmãos, os filhos somente da mulher com os filhos somente do homem. E dessa necessidade veio o desejo de o padrasto registrar como seu o filho de sua nova esposa, para que este, não tivesse diferenciações quanto ao nome e quanto ao patrimônio, certamente. Vale destacar que a Lei do Divórcio trouxe também novidades em se tratando de filiação, estabelecendo, por exemplo, que os filhos havidos ou não do casamento tivessem igualdade de condições quanto à herança.

Feitas as considerações sobre a evolução histórica do Direito de Filiação, passar-se-á à análise das espécies de paternidades existentes.

Para Giorgis existem três espécies de paternidade:

A biológica que se origina de congresso sexual entre os pais e resulta na filiação consanguínea, baseada no matrimônio, na união estável, ou nas relações entretidas por pessoas impedidas de casar; a jurídica que decorre da presunção resultante da convivência com a mãe; e socioafetiva, que se constitui em ato de opção fundado no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada adoção à brasileira (2007, s.p.).

De acordo com o referido autor, da paternidade socioafetiva decorre a “posse de estado de filho” que significa a “exteriorização da condição de descendente reconhecida pela sociedade” (Giorgis, 2007, s.p.).

Para Guimarães em que pese o instituto da posse de estado de filho estar ainda à margem da lei a jurisprudência moderna vem atribuindo valor jurídico ao *status filii* e ao *status familiae*, e dessa forma, reconhecendo a importância do afeto nas relações familiares (2008, s.p.).

Diante de tal contexto, impende admitir que os tribunais brasileiros estão representando papel decisivo nas relações de afeto, afinal, o estão primando mesmo sem se basearem em disposições legais, pautando-se pelos princípios constitucionais que devem embasar tais relações.

O Superior Tribunal de Justiça em reiteradas decisões já se manifestou a favor do afeto. Isso não significa, nas palavras de Giorgis (Apelação Cível, 70008795775, TJ-RS) “o despreço à biologização, mas sim a atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares”.

O exame de DNA pode ser considerado uma das grandes descobertas

do século XX, uma vez que reconheceu a paternidade, antes desconhecida a muitos filhos. Antes do descobrimento de tal exame, as investigações de paternidade baseavam-se em indícios, sendo que a paternidade era afastada caso a mãe da criança tivesse relações sexuais com mais de um parceiro à época da concepção.

Entretanto, a descoberta do exame de DNA, que parecia ser a solução para todos os problemas referentes a paternidade trouxe outra questão a ser debatida: pai é realmente somente aquele que contribui com material genético? A busca por tal resposta tem levantado diversas e positivas discussões.

Há quem diga que o reconhecimento jurídico de um filho que possua apenas vínculos abstratos com o pai, nada mais faz do que facilitar para que pessoas mal intencionadas cometam fraudes, principalmente quanto ao patrimônio, uma vez que se não há uma prova científica, como o DNA, por exemplo, que identifique se este tipo de paternidade existe ou não, se torna fácil reconhecer como seu filho alheio para fins de burlar o sistema, tanto na seara previdenciária, quanto no que respeita aos direitos sucessórios.

Por outro lado, os defensores da paternidade socioafetiva argumentam que o procedimento de reconhecimento jurídico de filho socioafetivo deve ser sério e analisado no caso concreto, e que, certamente, não devem ser reconhecidas as relações duvidosas de filiação antes de uma investigação sociológica e histórica.

A jurisprudência também vem entendendo que os filhos não reconhecidos juridicamente, ou filhos do afeto, devem ser comparados aos adotados, já que embora não possuam reconhecimento, a criação deriva da mesma natureza constitutiva da adoção, o afeto. E, dessa forma, uma vez que a Constituição Federal não permite a diferenciação entre filhos consanguíneos e filhos jurídicos, a diferenciação de filhos de criação vai de encontro aos princípios constitucionais.

É comum, hodiernamente, encontrar ações nos diversos tribunais que buscam a declaração e o reconhecimento da paternidade socioafetiva, e as decisões, em sua maioria, como acima referido, estão dando maior respaldo as relações baseadas no afeto.

Ocorre que em um país tomado pela desconfiança e pela trapaça resta difícil aceitar a defesa de interesses fundados no amor. E é justamente isso que argumentam os contrários ao reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Os interesses econômicos, tanto coletivos quanto individuais, são capazes de transformar a história. É assim desde os primórdios. Então, a tutela dessas relações poderá culminar em fraudes irremediáveis se não for estudado o caso concreto com muita cautela.

Para muitos a instituição familiar está em crise. E para os mais pessimistas não há mais conserto. Entretanto, nota-se que esta crise familiar está no pensamento de pessoas que, mesmo com o passar do tempo e com a mudança na legislação, não se abriam para o novo, e não aceitaram as novas concepções de família.

A família fundada em critérios anteriores à Constituição de 1988, realmente está em extinção; em contrapartida, com a flexibilização dos conceitos tem-se hoje uma gama enorme de grupos que mesmo sem obedecer aos padrões antigos e antiquados formam famílias, mas não aquelas famílias descritas no Código Civil de 1916, formam verdadeiras famílias, baseadas no afeto, na solidariedade recíproca, na assistência e sobre tudo no desejo de constituírem uma família, no sentido mais amplo da palavra.

E para os modernos defensores da família são exatamente as famílias baseadas no afeto que necessitam se proteção. A família, cada vez mais distanciada da formação exclusivamente pelo casamento, desafia as leis e a sociedade reivindicando *status* jurídico. E o Estado para preservar o núcleo familiar está sendo obrigado a aceitar as diversas relações existentes e classificá-las como família.

Para Dias,

O desafio dos dias de hoje é buscar o toque diferenciador das estruturas familiares que permita inseri-las no Direito de Família. Mister isolar o elemento que enseja delimitar o conceito de entidade familiar. Para isso, é necessário ter uma visão pluralista das relações interpessoais. Induvidosamente são o envolvimento emocional, o sentimento de amor, que fundem as almas e confundem patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos, que revelam a presença

de uma família. Assim, não se pode deixar de reconhecer que é o afeto que enlaça e define os mais diversos arranjos familiares. Vínculo afetivo e vínculo familiar se fundem e se confundem (2004, s.p.).

Atualmente, o direito de família comemora a aprovação da Lei n. 11.924 de 17 de abril de 2009. Conhecida vulgarmente por “Lei Clodovil”, homenageando o Deputado Federal Clodovil Hernandez (PR-SP) autor do projeto, a lei autoriza enteados a adotarem o nome de padrastos ou madrastas.

A referida Lei que acrescentou o parágrafo 8º ao artigo 57 da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) é um passo acelerado no reconhecimento da afetividade nas relações familiares. O autor do projeto justificou sua iniciativa por acreditar que, muitas vezes, os padrastos e madrastas têm mais contato e maior participação na vida da criança ou adolescente do que os próprios genitores.

O advento da “Lei Clodovil” demonstra a preocupação do legislador em proteger as relações que derivam do afeto e que constroem suas raízes em bases sólidas de respeito, assistência e considerações mútuas.

Outra inovação, que mesmo distante do direito de família pode ser considerada uma avanço para as relações familiares, é a conceituação de família trazida pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), que dispõem em seu artigo 5, II: “No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou que se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”. A nova conceituação mais abrangente tem por escopo a proteção dos membros da família, ou das pessoas que se consideram família, mesmo sem laços formais.

Apesar das mudanças positivas na legislação, muitos preceitos relacionados à família ainda precisam ser mudados. Não se pode admitir que em um país democrático as pessoas sejam privadas de agirem com liberdade no que respeita às suas próprias vidas.

Estabelecer padrões a serem seguidos nada mais é do que uma forma de privar as pessoas, que nesses padrões não se enquadrem, da liberdade de escolha.

Para os otimistas estudiosos do Direito das Famílias, em pouco tempo,

a sociedade em geral clamará por mudanças mais significativas a respeito do tema, e com isso o legislador receberá a incumbência de, desta vez, não deixar lacunas referentes às relações familiares e reconhecer que no século XXI, calar-se diante de situações existentes atenta contra o próprio sistema constitucional, uma vez que deixando de regular relações existentes, discriminando pensamentos e ações que deveriam ser tutelados.

Destarte, enquanto a legislação continuar estacada, os juízes e tribunais de todo o país terão a complexa missão de adequar a lei ao caso concreto, julgando de acordo com cada caso específico e sempre se pautando pelos princípios constitucionais.

2.4 A desbiologização da paternidade

Tendo por base as considerações formuladas até então, serão demonstrados os prós e contras da socioafetividade. Ademais, buscar-se-á esclarecer os efeitos causados nas relações que se baseiam apenas no afeto, bem como a posição da jurisprudência moderna quanto ao tema.

Antes, porém, urge destacar que paternidade, termo muito utilizado neste artigo, trata da designação dada ao pai em relação ao filho, já a filiação é a denominação dada ao filho em relação ao pai.

A mudança de paradigmas é algo que se espera que ocorra dentro de um Estado Democrático de Direito. Tais mudanças devem ser fruto dos anseios sociais e devem estar adequadas a uma nova interpretação da legislação vigente.

É oportuno mencionar as palavras de Dias:

Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da Justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, é olvidar que a ética condiciona todo o Direito, principalmente, o Direito das Famílias. Necessário é recorrer a um valor maior, que é o da prevalência da ética nas relações afetivas. (2004, s.p.)

Sob este enfoque é que serão desenvolvidas as derradeiras considerações desta pesquisa.

2.5 A ideia de socioafetividade e a modernidade

A paternidade socioafetiva consiste na posse de estado de filho, isto é, uma situação de fato, exteriorizada como se de direito fosse. Pode-se dizer, desse modo, que consiste em uma situação de aparência.

Para Giorgis:

A literatura jurídica costuma afirmar a existência de três espécies de paternidade: a biológica que se origina de congresso sexual entre os pais e que redundando na filiação consanguínea, baseada no matrimônio, na união estável, ou nas relações entretidas por pessoas impedidas de casar; a jurídica, que decorre da presunção resultante da convivência com a mãe; e socioafetiva, que se constitui em ato de opção fundado no afeto, e que teve origem jurisprudencial na denominada adoção à brasileira. (grifo do autor) (2007, s.p.)

A desbiologização da paternidade nada mais é do que o reconhecimento da paternidade afetiva nivelada, ou acima da paternidade biológica. Consiste, basicamente, na inexistência ou ruptura do convívio entre pais e filhos biológicos, ou seja, o fato cultural contrapõe-se ao fato natural.

Villela foi o primeiro, de que se tem notícia, a se referir à “desbiologização da paternidade”. O termo, hoje tão difundido pelo nome de paternidade socioafetiva, foi título de seu livro ainda no ano de 1979. Para o referido autor, em clássica frase sempre citada “o amor está para o direito de família assim como a vontade está para o direito das obrigações” e, sendo assim, o afeto deve ser considerado como princípio norteador das relações familiares.

Segundo Bernardes:

O instituto jurídico familiar identificado como paternidade socioafetiva, mesmo ainda não respaldado com solidez pela legislação civil em voga, mas que já vem sendo admitido pelos Tribunais do país, enquadrado como um fato e integrado ao sistema de direito, concretizará como a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, onde seguirão como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição, tendo um significado mais profundo do que a verdade biológica. (2005, s.p.)

Para o autor supracitado, caso isto não ocorra, sérios riscos estarão sendo corridos, já que o reconhecimento do filho como biológico, que já esteja reconhecido afetivamente, se desdobrará em uma nova certidão de nascimento, e em um novo herdeiro para o pai biológico. Note-se que muitas vezes o pai afetivo tem como único herdeiro o filho afetivo, então, caso o princípio da prevalência da afetividade não seja seguido, tornar-se-á uma nova forma de aquisição fácil de bens, por exemplo (Bernardes, 2005, s.p.).

Giorgis preocupa-se com a hipótese de não serem aceitas as teses de afeto nas relações familiares “o que se fará em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa, solidariedade humana e maior interesse da criança e do adolescente?” (2007, s.p.).

Felizmente, vem se adotando decisões baseadas no afeto em todos os tribunais brasileiros. Note-se que a Lei não faz distinção entre filhos havidos ou não da relação de casamento e os adotados, porém, deixa uma imensa lacuna em relação àqueles que possuem o estado de filho, mas que não possuem parentesco sanguíneo com os pais e não passam por um processo de adoção, ou passam pela famosa adoção à brasileira. Destarte, mesmo o Código Civil dispendo em seu artigo 1593 que o parentesco civil decorre de outra origem que não a biológica, deixa as relações de filiação não consanguíneas a mercê das decisões de juízes e tribunais.

Deve-se reconhecer que mesmo não dispendo sobre os “filhos do afeto” a legislação civil muito avançou, vez que estas situações buscam a cada dia a tutela jurídica.

Apesar do grande avanço, o direito de família, infelizmente, não acompanha o dinamismo da sociedade, deixando a desejar em se tratando de relações nascidas a cada novo dia.

A jurisprudência mostra-se especialmente moderna ao firmar decisões negando a desconstituição da paternidade baseada no afeto. Isso porque hodiernamente as ações de negatória de paternidade abarrotam o judiciário. Na grande maioria das vezes o pai que reconheceu como filho biológico o filho afetivo, após o rompimento conjugal com a mãe da criança requer a anulação do registro de nascimento. Ocorre que tal anulação só é permitida caso o reconhecimento seja eivado de vício ou coação e, ainda, que

reconhecidas tais condições deve ser analisado o vínculo existente entre pai e filho.

Para Brito, multiplicam-se as situações em que aquele que gerou e o que educa e cuida da criança não são os mesmos indivíduos, despertando a dúvida a respeito do “verdadeiro” pai e seus direitos e deveres no exercício da parentalidade. A autora, atenta para as situações em que o homem reconhece como seus os filhos de uma união anterior da esposa e, após o rompimento conjugal, encaminha o pedido de desconstituição da paternidade. Quando a desconstituição é deferida, certamente o fator levado em conta foi o genético, excluindo-se qualquer exame do vínculo afetivo (2002, p. 42-52).

Brito ainda menciona como exemplo a infinidade de homens, que com o fim dos relacionamentos, procuram o judiciário simplesmente para “tirar a dúvida” a respeito da paternidade que estabeleceram (2002, p. 42-52).

É lamentável, enfim, que a fragilidade e a instabilidade dos relacionamentos conjugais afetem os vínculos de filiação, sendo evidente a necessidade de se preservar o estado de filho perpetuamente.

A boa notícia, para os defensores do afeto, é que a grande maioria das decisões recentes, senão a maioria das decisões pesquisadas neste trabalho, estão sendo favoráveis à hierarquia do afeto sobre a biologia, certamente depois de apurada investigação dessa relação.

Para os defensores da prevalência da biologia, resta a conformação de que ao menos a minoria, está se preocupando com o assunto e, com os “efeitos colaterais” que o “remédio” do reconhecimento do afeto pode causar. Segundo os adeptos da verdade biológica existe a possibilidade de desconstituir o vínculo parental quando aquele que registra o fez por vontade própria.

Observa-se, nesse tipo de decisão, o desrespeito absoluto aos princípios que devem nortear as relações de família, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Tais decisões, consideradas modos de destruição da filiação, são, acima de tudo, cruéis.

Estudos psicológicos realizados pelos defensores da afetividade

demonstram que as recusas de paternidade são mutilantes para a identidade dos indivíduos que a sofrem e, a falta de disposições protetivas conduzem, por vezes, à sórdidas tramas.

Fachin preleciona que a paternidade não é apenas um dado, mas tem natureza de se deixar construir. Afinal, é na relação psicoafetiva, ou seja, no afeto que se encontra a verdadeira essência da paternidade (2005, s.p.).

Em que pese os defensores da filiação socioafetiva apresentarem fortes argumentos a favor de tal instituto, ainda existem os que se posicionam contrariamente à desbiologização da paternidade.

Para Lobo impende distinguir a origem biológica e a paternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade (2003, s.p.).

O aludido autor destaca que, em havendo conflitos entre a filiação biológica e a socioafetiva, a biológica deve prevalecer. Entretanto, reconhece que a filiação socioafetiva passou a ser vista como uma categoria própria pelos juristas e que merece uma construção adequada.

Para os contrários à prevalência da filiação socioafetiva este instituto demonstra-se perigoso. Argumentam que, quando se torna legal um estado de aparência, está se correndo todos os riscos decorrentes de tal ato.

Como exemplo de prevalência da verdade biológica pode-se citar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “é admissível ação negatória de paternidade proposta pelo suposto pai se o reconhecimento voluntário outrora realizado não espelha a verdade” (RT, 811/229).

Com efeito, destacam-se as fraudes que podem ocorrer deste reconhecimento, sendo que a grande maioria dos contrários a sobreposição do afeto, defende como principal argumento as condutas ardilosas, no que respeita ao patrimônio, que podem derivar de tais situações.

Não se sabe ainda, ao certo, qual caminho percorrer. O que se pode afirmar é que a presença do equilíbrio é fundamental e que as decisões devem ser tomadas de acordo com o caso concreto, seja para privilegiar o

afeto, seja para privilegiar a biologia.

Para Ribeiro, em que pese a paternidade socioafetiva não estar expressa no ordenamento jurídico, timidamente está sendo encontrada, veja-se:

Embora não contempladas expressamente pelo ordenamento jurídico tanto a posse do estado de filho quanto a paternidade socioafetiva, são encontradas através de uma interpretação extensiva e teleológica da Constituição, dentre outras fontes normativas, constituindo tanto elemento probatório quanto fonte de pretensão da filiação. (2009, s.p.)

É importante salientar que o reconhecimento voluntário de filho, ou adoção à brasileira, é irrevogável, sendo que nesses casos a legislação dispensa a proteção necessária a tais tipos de relações. Entretanto, nos casos em que os filhos não possuem tal reconhecimento a jurisprudência é mais dura em reconhecer a existência das relações.

E, é exatamente nesses casos, onde os chamados filhos de criação sentem a fragilidade das relações com os pais. Na grande maioria dos casos, esses filhos são excluídos da sucessão e ficam totalmente desamparados caso os pais venham a falecer.

Impende destacar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ac. 596038091), a qual foi citado por Belmiro Pedro Welter “No sistema jurídico brasileiro não existe a adoção de fato, e o filho de criação não pode ser tido como adotado ou equiparado aos filhos biológicos para fins legais, tais como direito à herança” (2003, p.117).

A citada decisão bem ilustra a desconsideração aos princípios constitucionais. Ora, fazendo uma analogia com a união estável, que também representa um estado de fato e, tem endereçado os mesmos direitos do casamento aos seus sujeitos, indaga-se qual seria a explicação de privar os “filhos de criação” dos mesmos direitos dos filhos adotados juridicamente?

Se o que separa a união estável do casamento é o mesmo que separa a adoção judicial da adoção de fato, a justificativa de que falta o procedimento judicial para realmente legalizar a situação é falha. O argumento que a união estável está disciplinada na Constituição Federal seria forte não fossem todos os princípios que norteiam a Carta Magna.

Realmente a falta de preceito expresso dificulta a concessão dos mesmos direitos dos “filhos adotados” aos “filhos de criação”, ainda que a própria Constituição vede qualquer diferença entre os filhos. Entretanto, a Carta Maior não impede este tipo de analogia. E, é justamente isso que vem encorajando os tribunais do país a decidirem em favor desse tipo de relação.

Ainda que a maioria das decisões não equipare os filhos de criação aos judicialmente adotados, muito está se avançando com as decisões que permitem tal equiparação.

Certamente, o reconhecimento minoritário dessas relações não é o bastante, entretanto, os ferrenhos pesquisadores do direito de família buscam trazer ao ordenamento a proteção a todos os tipos de relações que derivam do afeto. A vanguarda do direito de família não se conforma com a falta de tutela para o afeto.

Tais decisões são discriminatórias e se baseiam na idéia retrógrada do legislador. Vale trazer a baila considerações já antes referidas, a título de exemplo, acerca dos casamentos antigos que como mencionado, antes da Lei do Desquite, que foi substituída pela separação, era visto como impossível, além de imoral, que uma pessoa desfizesse seu casamento e muito menos possível que voltasse a se casar, o que só foi possível com o advento da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977).

Assim, se os recasamentos não existiam, conseqüentemente, padrastos e madrastas ligados à criança pelo afeto não existiam também. A necessidade em se provar que mesmo pessoas que não possuam o mesmo DNA possam formar uma família, surge das relações contemporâneas, ou seja, quando as famílias começam, a se “reformatar” tornando parentes, e sendo tratados como irmãos, os filhos somente da mulher com os filhos somente do homem.

Dessa necessidade veio o desejo de o padrasto registrar como seu, o filho de sua nova esposa que não fora reconhecido pelo pai biológico, para que este filho, não tivesse diferenciações quanto ao nome e quanto ao patrimônio, certamente. Vale destacar que a Lei do Divórcio trouxe também novidades em se tratando de filiação, estabelecendo, por exemplo, que os filhos havidos ou não do casamento tivessem igualdade de condições quanto à herança.

Como já mencionado, o direito de família comemora a aprovação da Lei n. 11.924 de 17 de abril de 2009, conhecida vulgarmente por “Lei Clodovil”. A referida Lei que acrescentou o parágrafo 8º ao artigo 57 da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) é um passo acelerado no reconhecimento da afetividade nas relações familiares.

Para que tal lei seja aplicada necessita-se investigar a paternidade socioafetiva e, descobrir se realmente há uma relação forte e duradoura de afeto entre enteados e padrastos.

Embora o legislador não tenha preparado o julgador para tomar as decisões mais justas, este, tem o poder da livre decisão, podendo decidir usando as lacunas deixadas pela legislação, usando os princípios que regem as relações familiares.

A importância da paternidade socioafetiva, nas palavras de Madaleno, é relevante:

A Carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade sócio-afetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e a gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização. (2000, p. 41).

A proteção do afeto e, sua sobreposição a todas as formas de paternidade vem sendo implantada no ordenamento jurídico brasileiro. E, em se considerando a família como a base da sociedade mostra-se contraditório não reconhecer como relações de paternidade as relações pautadas no respeito, assistência e, sobretudo, no amor.

2.6 O posicionamento jurisprudencial acerca da socioafetividade

Como já afirmado, a jurisprudência vem aceitando a sobreposição do afeto sobre a biologia. Embora as decisões pelo país afora sejam, em sua maioria, favoráveis à socioafetividade, não é demasiado lembrar que ainda existem decisões contrárias a tal instituto.

De início é interessante constar que se atribui ao julgador a responsabilidade de decidir os conflitos familiares, ressaltando-se que no âmbito do direito de família, raramente o processo não fere as partes envolvidas.

É oportuno mencionar um fato ocorrido no estado do Rio Grande do Sul, comentado por Nancy Andrigui, veja-se:

[...] pessoa com mais de cinquenta anos veio a descobrir que seu pai e sua mãe até então como tal reconhecidos, não eram, na verdade, seus genitores, do que decorreu o ajuizamento de ação de investigação de paternidade e maternidade em face do pai biológico, ainda vivo, e do espólio da mãe biológica, porquanto já falecida. Elucidada a paternidade por meio do exame pericial pelo método de DNA, logo em seguida ocorreu o óbito do investigado. O pedido foi julgado procedente e, em sede de apelação, houve reforma da sentença porque, segundo entendimento do Tribunal Estadual, a verdade socioafetiva predominaria em relação à verdade genética.

Contudo, a singularidade da questão, em que investigadas a paternidade e a maternidade, mereceu análise aprofundada, porque segundo narraram os autos, houve um “arranjo” ao ser a investigante enviada aos pais que posteriormente a registraram, tudo isso para que não fosse maculada a imagem de “bom moço” do investigado, que, oriundo de família tradicional da região, mantivera relações sexuais com a empregada doméstica da casa, advindo daí a concepção da investigante.

Assim, considerados os contornos fáticos descritos no acórdão proferido pelo Tribunal de origem, mereceu acurada ponderação a tese de que o vínculo socioafetivo decorrente de “adoção à brasileira” em concorrência direta com o reconhecido vínculo biológico, teria o condão de a este se sobrepor.

A aludida tese foi afastada, no processo, primeiramente, porque o vínculo socioafetivo deve advir de ato voluntário dos pais que registraram a criança, vale dizer, deve ser uma opção, uma escolha do “adotante”, no sentido de querer aquele bebê como um filho. Todavia, embora, na superfície, fosse essa a impressão inicial, o delineamento fático testificava em sentido contrário.

Dessa forma, conquanto tivesse, à primeira vista, a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação socioafetiva, nada lhe retirava o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica, que lhe fora usurpada desde o nascimento até a idade madura.

É inegável, que nada fere mais uma alma do que se saber enjeitada, quer seja por motivos de egoísmo e ocultação de conduta maliciosa, quer seja por razões de necessidade e sobrevivência, como aconteceu com a mãe investigada, a qual, acuada, foi obrigada a entregar a criança.

Não poderia, portanto, a investigante ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão, por longo período de tempo (mais de cinqüenta anos), dos pais registrais. A ilicitude perpetrada, assim, tanto pelos pais que a registraram como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto, não poderia prevalecer naquela hipótese específica. (2009, s.p.)

É especificamente essa ponderação, como no caso concreto acima citado, que vem se baseando a jurisprudência. Felizmente, o Direito não é um conjunto estanque de normas, o que possibilita ao julgador proferir decisão pautada em princípios e valores.

Diferentes são os casos onde o reconhecimento da paternidade se deu mediante vício, como bem vem reconhecendo a jurisprudência:

Apelação cível - ação negatória de paternidade c/c anulação de registro de nascimento - apelante que registrou infante acreditando ser seu filho biológico - exame de DNA que excluiu a paternidade - erro configurado - vício de consentimento que autoriza a anulação do registro - vínculo sócio-afetivo não demonstrado - prevalência da verdade real. Apelação provida (ac. Nº 9030, Rel. Erácles Messias, 20/02/2008, DJ. 7573).

Nos casos onde os registrantes procuram o judiciário para desconstituir a paternidade por mero arrependimento, a jurisprudência tem veiculado decisões dignas de aplausos, veja-se:

Direito civil - família - anulatória de registro civil - improcedência em primeiro grau - inconformismo - cerceamento de defesa - julgamento antecipado da lide - incorrência - vínculo genético inexistente - nulidade do registro de nascimento - afastamento - pedido de anulação fundado em mero arrependimento - ausência de vício de consentimento - reconhecimento voluntário - ato irrevogável - sentença mantida - recurso improvido. (Apelação Cível n. 2007.002405-6, Rel. Monteiro Rocha Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Civil. DJ: 29/05/2009).

Para Andrigui, em que pese o Superior Tribunal de Justiça estar dando prioridade ao critério biológico quando há dissenso familiar e a relação de afeto tenha desaparecido ou nunca ocorrido, a socioafetividade deve ser refletida:

Não se podem impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. Mas, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. (2007. s.p.)

Ainda tratando do Superior Tribunal de Justiça, vale destacar a recente decisão que afirmou “em pedido de desconstituição de paternidade, vínculo socioafetivo prevalece sobre a verdade biológica”. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, negou procedência ao pedido de anulação de registro civil, sob a alegação de que o reconhecimento da paternidade deu-se por erro essencial. O referido órgão entendeu que admitir a prevalência da verdade biológica sobre a afetiva, quando o registrante se mostrou sem influência para o reconhecimento voluntário da paternidade seria permitir a revogação do estado de filiação.

Decisão inédita foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde a 8ª Câmara Cível, afirmou ser possível declarar judicialmente a paternidade biológica de alguém, sem que haja pedido de anulação do atual registro decorrente da paternidade socioafetiva (dos adotantes). O Colegiado determinou a averbação da paternidade biológica em Registro Civil de homem de 40 anos. Não foi autorizada a alteração do nome registral e nem concedidos direitos vinculados ao parentesco, como herança do pai biológico.

De acordo com a íntegra da decisão, está correto valorar mais a paternidade decorrente da socioafetividade dos pais adotivos e registrais (adoção à brasileira). No entanto, disse, é possível reconhecer a paternidade biológica em concomitância com a socioafetiva (registral). “Não há justificativa para impedir a livre investigação da paternidade pelo fato de alguém ter sido registrado como filho dos pais socioafetivos.”

Conforme já frisado, o caso concreto deve ser cuidadosamente

observado, uma vez que aos pais biológicos cabe responsabilidade sobre os filhos. O que se quer esclarecer é que a paternidade socioafetiva não deve representar a impunidade aos pais biológicos que abandonam os filhos, mas sim levar em consideração a melhor maneira de resolver a lide.

A apesar de parecer injusto desincumbir os pais biológicos do dever de sustento dos filhos, por exemplo, o que deve ser analisado é que o afeto também deve se sobrepor ao patrimônio e, assim, independente das condições financeiras dos pais afetivos ou biológicos deve haver uma decisão justa reconhecendo quem realmente tem direitos e deveres para com o filho.

3 CONCLUSÃO

Restou demonstrado no decorrer do presente artigo que apesar das lentas mudanças legislativas no que concerne à família, as mudanças já ocorridas transformaram em muito o cenário do direito de família, trazendo a igualdade entre os sujeitos dessas relações.

Após, demonstrou-se as espécies de paternidades existentes e, as ainda não contempladas pelo ordenamento, mas que, com as decisões dos juízes e tribunais brasileiros estão despontando com especial força no cenário do país.

E, por fim, discorreu-se acerca da desbiologização propriamente dita, com respaldo na jurisprudência, dando-se atenção especial para as decisões do Superior Tribunal de Justiça.

No concernente ao objetivo da presente pesquisa, resta salientar que, embora o tema seja antigo, as discussões são novas e, a escassez de autores que se referem ao tema impede de chegar a alguma conclusão certa e objetiva. O que pode se ter certeza, é que o caso concreto deve ser respeitosamente analisado e, que decisões padronizadas prejudicam qualquer julgamento.

Embora o ideal seja a concentração das paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento de qualquer delas isoladamente não deve significar o desapareço as outras, uma vez que todos os tipos de

paternidade podem conviver harmonicamente.

Devem ser observados os novos paradigmas oriundos das relações familiares para se buscar uma decisão razoavelmente justa quando houver conflitos relacionados aos tipos de paternidade.

A paternidade socioafetiva, embora esteja “na moda” deve ainda ser cuidadosamente estudada, devendo ser levado em consideração as implicações psicológicas, morais e materiais causadas tanto nos pais quanto nos filhos.

A sociedade atual, marcada pela discórdia e violência deve buscar na família o refúgio e a prevenção de todos os males presentes. Sendo a família a base as sociedade é nela que devem ser formadas pessoas de bem e, em lares onde o afeto prevalece não deve ter relevância de onde os sujeitos daquela comunidade familiar vieram. O que deve prevalecer é o afeto que umas dispensam as outras, lembrando sempre que, na maioria das vezes, o ser humano é o reflexo de sua criação.

Considerar a hierarquia da biologia bem como das relações formais, em detrimento ao afeto é muitas vezes condenar os integrantes dessa família a viverem em violência constante. De nada adianta os laços biológicos entre pessoas que nem ao menos se toleram.

4 REFERÊNCIAS

BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação** / Daniel Blikstein. – Belo Horizonte : Del Rey, 2008.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade – Posse de estado de filho - Paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

BRITO, Leila M. T. e DIUANA, Solange. **Adoção por cônjuge - reais vantagens, quando?** In Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n.13, p.42-52, abr-mai-jun.2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** – 4. ed. rev., atual. e ampli. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Entre o ventre e o coração**, 2004, disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br/site/frames.php?idioma=pt>, acesso em 10/03/2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. 5º v. : direito de família** – 23. ed. Ver., atual. e ampl.de acordo com a Reforma do CPC e com o projeto de Lei n. 276/2007. – São Paulo : Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Paternidade: Relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rei, 1996.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A investigação da paternidade socioafetiva**, 2007. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&tema=Filia%E7%E3o%3A+Paternidade+Socioafetiva>, acesso em 11/10/2008.

_____. **Paternidade e patrimônio**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=312>, acesso em 17/05/2009.

GUIMARÃES, Janaina Rosa. **Filhos de criação - o valor jurídico do afeto na Entidade Familiar**, 2008, disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&tema=Afetividade>, acesso em 20/03/2009.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v. 5 : direito de família e das sucessões. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. In PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.89-107.

MADALENO, Rolf Hassen (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1998. v. 9.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.5.

_____. **Instituições de direito civil**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense 1997. v.6.

_____. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

PEREIRA, Ricardo Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal** disponível em: professorflaviotartuce.blogspot.com/.../artigo-rodrigo-da-cunha-pereira.html – acessado em 28/07/2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª ed. v.6 : Editora Atlas, 2008.

Recebido em 30/11/2011 - Aprovado em 13/05/2012