



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Paternidade Socioafetiva: Afeto Jurídico na Formação da Família Moderna

Danielle Machado Aguiar de Vasconcelos

Rio de Janeiro
2009

DANIELLE MACHADO AGUIAR DE VASCONCELOS

Paternidade Socioafetiva: Afeto Jurídico na Formação da Família Moderna

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: AFETO JURÍDICO NA FORMAÇÃO DA FAMÍLIA MODERNA

Danielle Machado Aguiar de Vasconcelos

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: A partir da Constituição da República de 1988 todos os ramos do Direito sofreram verdadeira releitura e no direito de família percebem-se modificações estruturais importantes. O afeto hoje é capaz de legitimar uma relação de paternidade, fazendo com que o aspecto patrimonialista das famílias antigas fosse deixado de lado, tudo em prol da dignidade da pessoa humana. O presente estudo tenta entender como o afeto saiu da esfera dos sentimentos e chegou ao mundo jurídico, com força suficiente para garantir aos filhos afetivos o mesmo tratamento dos filhos naturais, distinção esta que sequer existe, já que a própria Constituição garante igualdade entre todos os filhos.

Palavras-chaves: Família, Filiação, Paternidade, Afeto, Posse do estado de filho, Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário: 1- Introdução. 2- Evolução histórica do afeto. 3- A relação de paternidade. 4- A posse do estado de filho. 5- Impugnação da relação de paternidade. 6- Direitos e deveres decorrentes do afeto jurídico. 7- O caso do menino Sean. 8- Conclusão. 9- Referências.

1 - INTRODUÇÃO

A Constituição da República, proclamada em 05 de outubro de 1988, ao trazer o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como valor fundamental, com status de pedra angular da ordem jurídica, provocou significativas alterações conceituais e filosóficas em

todos os ramos do Direito, em especial no Direito de Família. Este ramo do Direito, que antes ostentava feição patrimonial ao extremo, vem sofrendo verdadeira releitura no que tange aos próprios conceitos estruturais, a começar pelo conceito de família.

A família antes formada apenas pelo matrimônio, hoje pode surgir de formas variadas, já que o foco sai do casamento e passa ao afeto, possibilitando o reconhecimento de situações de filiação nunca antes imaginadas.

Hoje é possível falar-se em filiação socioafetiva, baseada tão-somente no afeto. Assim, a filiação socioafetiva deve ser vista como gênero do qual são espécies a biológica e a não biológica.

A relação de filiação, segundo essa perspectiva mais moderna, para ser reconhecida pela ordem jurídica, independe da relação biológica entre pai e filho, conforme defende Dias (2007). Havendo afeto forte e genuíno o suficiente a demonstrar a posse de estado de filho, caracterizado estará o parentesco pela filiação socioafetiva.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a evolução da doutrina concernente à filiação socioafetiva. Antigamente não seria possível imaginar uma família diferente daquela formada segundo os moldes tradicionais. Mas hoje a doutrina que defende o socioafeto prioriza não a forma, mas o acontecimento no mundo naturalístico. A teoria surge da observação dos fatos, que uma vez verificados não podem ser ignorados.

Não será analisada apenas a doutrina moderna de, dentre outros, Maria Berenice Dias e Luiz Edson Fachin, mas também integrarão o quadro teórico doutrinadores tradicionais como Caio Mario e Orlando Gomes.

O estudo se justifica pela importância da questão que, ainda muito controvertida, não é apenas doutrinária, mas tem forte relevância no mundo jurídico concreto, uma vez que será considerada família determinado núcleo que tradicionalmente não ostentaria tal condição, como por exemplo, padrasto e enteado, os chamados “filhos de consideração”, dentre outros.

Isso gera reflexos em várias áreas do direito, especialmente no que se refere a alimentos e direitos sucessórios.

Importa observar que, embora muitos ainda ignorem ou rejeitem a filiação socioafetiva, a discussão saiu do campo acadêmico e foi para o mundo concreto já há alguns anos, podendo-se verificar boa quantidade de julgados considerando relações de pai e filho baseadas no afeto, tanto nos Tribunais estaduais como nos Tribunais Superiores.

Temos atualmente rumoroso exemplo relatado nos veículos de comunicação em que padrasto brasileiro e pai americano brigam pela guarda de uma criança, que vem sendo mantida sob a posse do padrasto em detrimento do próprio pai. Tal situação só pode mesmo ser concretizada com fundamento no moderno conceito de família que envolve o afeto e a filiação socioafetiva.

O presente artigo será norteado pelas seguintes questões: 1) saber se o socioafeto tem lastro no ordenamento jurídico, pesquisando o seu fundamento jurídico; 2) estudar se o afeto tornou-se um novo conceito jurídico; 3) entender como a doutrina evoluiu de um estreito conceito de família até um conceito tão amplo; 4) analisar as repercussões práticas da teoria.

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO AFETO

A primeira codificação brasileira do direito civil se deu em um momento histórico em que as famílias eram tidas como unidades produtivas. Em uma sociedade rural, onde os componentes do núcleo familiar serviam como força de trabalho, o casamento era tido como único meio de acesso à família. Até mesmo os filhos havidos fora do casamento não tinham direito a serem reconhecidos como tal.

Conforme ensinamento de Lauria (2002), a diferenciação que se fazia entre filiação legítima e ilegítima servia como uma cerca protetora da família, já que nesta não se ingressava senão pelo casamento. Na verdade, se não eram concebidos dentro do casamento, os filhos não podiam ter acesso àquela família. Os filhos ilegítimos não eram dignos de participar da distribuição de riqueza de seus pais.

Na verdade, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos trazia ínsita a proteção da questão patrimonial, pois estes últimos, por terem nascido fora do casamento, não ostentavam qualquer direito, nem direito à convivência em família e muito menos direito aos bens do genitor.

Importa lembrar que tudo isso se dava em um contexto social em que eram comuns as relações sexuais entre o *pater* e as escravas e depois ex-escravas, o que muitas vezes resultava no nascimento de um novo ser humano, os filhos do senhor com as escravas. Era inimaginável que se aceitasse o ingresso dessas crianças na família, já que se assim ocorresse haveria a distribuição do patrimônio com os filhos ilegítimos.

Portanto, percebe-se o conceito de família fortemente atrelado ao matrimônio e sempre com um fundamento patrimonialista. Não se concebia o casamento como forma de realização pessoal e expressão do afeto, pelo contrário. O Código Civil de 1916, em sua origem, trazia uma estreita e discriminatória concepção de família, que estava adstrita a núcleo originado no casamento. Protegia-se o matrimônio em detrimento da própria vontade dos integrantes da entidade familiar.

No entanto, como se sabe, os fatos antecedem ao Direito e gradualmente foram sendo concedidas uma série de direitos às relações concubinárias, que sempre ocorreram, mas que permaneciam invisíveis.

Inicialmente só se fazia alusão ao concubinato impuro, mas, pouco a pouco, o concubinato foi sendo inserido no direito de família, de modo que o legislador e a

jurisprudência passaram a considerá-lo não apenas do ponto de vista do direito obrigacional, mas também, tendo-o em conta como relações de afeto e de solidariedade levadas a cabo pelos companheiros, conforme ensina Tepedino (2004).

Como, até então, só se concebia o casamento como meio de formação de família, qualquer outra relação não tinha valor jurídico. O Estado resistia em reconhecer vínculos interpessoais sem a chancela estatal e protegia o matrimônio a todo custo, de modo que o desquite não era capaz de romper a sociedade conjugal, ainda que já existissem até mesmo outros vínculos fundados unicamente na afetividade.

Essas relações continuavam espúrias, ainda que já se fosse possível atribuir alguns direitos à concubina, até que em 1977 surgiu o divórcio como instituto jurídico (EC 09/1977 e Lei 6.515/77), consagrando a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial e permitindo novo casamento. O afeto tratou de ganhar forças como orientador das questões jurídicas, já que com a possibilidade de divórcio, a tão-só ausência de afeto foi transformada em uma situação de direito, alterando, inclusive, o estado da pessoa.

A Carta da República de 1988 consagrou uma nova tábua de valores especialmente quando alçou o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da nova ordem jurídica (artigo 1º, III), de modo que a família passou a ser instrumento de realização pessoal e meio de promoção da dignidade de seus integrantes. O matrimônio deixou de se confundir com o próprio conceito de família e passou a ser apenas uma das formas de sua constituição.

O texto constitucional, no artigo 226, traz o casamento, a união estável e a família formada pelos filhos e um dos pais como exemplos de formas de família. No entanto, o rol não é exaustivo, já que o foco da família está no afeto, no meio de se concretizar a dignidade dos seus integrantes e não poderia o legislador prever todas as formas de família. A todo e qualquer vínculo que tenha por base o afeto deve ser conferido o *status* de família,

merecedora da proteção do Estado, já que a afetividade não pode ser dissociada da concretização da dignidade da pessoa humana.

Segundo Pianoviski (2006), o reconhecimento da existência da família eudemonista, que é aquela que tem seu fundamento no afeto e na busca pela felicidade, independentemente da forma, altera o sentido de proteção jurídica da família. Esta deixa de ser analisada como mera instituição e passa a ser vista na perspectiva do sujeito, como no texto constitucional que diz que “O estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram [...]” - artigo 226, §8º.

Embora continue existindo o modelo patriarcal de família, a recepção de outras formas abriu espaço para famílias fundadas no afeto e no desejo de estar juntos. Assim é que Tepedino (2004, p. 398) ressalta que embora a família tenha mais prestígio após a Carta de 1988, ela “deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo (...) de promoção da dignidade de seus integrantes.” Portanto, a família deixa de ser mera instituição para ser valorizada pela função que exerce, pela sua função social.

Na legislação pós 1988 há exemplos, em que se fala de afeto de forma expressa, como na Lei 8.078/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que no artigo 28, §2º, que trata da colocação em família substituta, preocupa-se com a afetividade para diminuir as conseqüências gravosas da medida, como se vê: “Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou afetividade, a fim de minorar as conseqüências decorrentes da medida” - o grifo não consta do original.

Mais recentemente, o afeto foi introduzido expressamente em outra fonte legislativa, qual seja a Lei 11.340/2006, que trata de violência doméstica e familiar contra a mulher. O artigo 5º desta lei define família como “qualquer relação íntima de afeto” e como

“comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” - incisos II e III. Embora a lei tenha como objetivo reprimir a violência contra a mulher, Dias (2007) defende que o conceito nela veiculado não pode ser restrito a tais situações, tendo a lei definido expressamente família da forma a mais ampla possível.

3 - A RELAÇÃO DE PATERNIDADE

Os vínculos afetivos que sempre existiram, mas que inicialmente não eram considerados juridicamente, passaram a ser considerados formadores do conceito de família. O que era apenas um sentimento interessante para quem sentia, passou a ter relevância externa, na medida em que é capaz de conceder visibilidade às relações familiares.

Mas é importante compreender que a afetividade não se restringe à relação conjugal, tendo grande força na experiência paterno-filial. Até mesmo porque, como anteriormente falado, a própria Constituição reconhece de forma expressa a família formada por um dos pais e seus filhos. Portanto, o conceito de família não se atrela à união conjugal, sendo perfeitamente possível a existência de família monoparental.

O afeto pode e deve estar presente em todo tipo de relação de paternidade: paternidade biológica e civil. A paternidade civil pode ser constituída pela adoção, técnicas de reprodução assistida heteróloga e pela paternidade socioafetiva.

Importa ressaltar que a Constituição deixa clara a opção de ampliação das espécies de filiação em diversas passagens, não tendo restringido à filiação biológica. Lobo (2004) aponta os seguintes dispositivos: a) artigo 227, §6º, que garante igualdade entre os

filhos, independentemente da origem; b) artigo 227, §§5º e 6º, que traz a adoção, como escolha afetiva, em plano de igualdade de direitos; c) artigo 226, §4º, que fala da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, com a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida, não sendo relevante a origem ou existência de outro pai - genitor; d) artigo 227, *caput*, que trata do direito à convivência familiar, e não à origem genética, como prioridade absoluta da criança e do adolescente; e) artigos 229 e 230, que impõe a todos os membros da família o dever de solidariedade, uns com os outros, dos pais para os filhos, dos filhos para os pais, e todos com relação aos idosos.

O Código Civil de 2002 reproduziu no artigo 1596 a regra constitucional do artigo 226, §8º, relativa à igualdade entre filhos de qualquer natureza. No artigo 1593, quando alude a que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, há a nítida demonstração da intenção inclusiva da lei. Doutrinadores de escol, dentre eles Dias (2007), defendem que está na expressão “outra origem” constante do artigo 1593 do Código Civil a porta de entrada do parentesco socioafetivo no direito codificado brasileiro.

A adoção é inegavelmente uma escolha afetiva feita de forma voluntária, que coloca a salvo de dúvidas a importância do afeto nas relações de família, já que a formação do vínculo se dá de forma totalmente voluntária.

Também na reprodução assistida heteróloga, mais conhecida como inseminação artificial em que não se utiliza a carga genética do pai, percebe-se forte fundamento da filiação no afeto, pois também se trata de uma escolha do casal, que conhece o fato de que não houve contribuição genética dos dois pais. Ambas as hipóteses são expressamente tratadas em lei e o vínculo é facilmente comprovado pela apresentação da própria certidão de nascimento.

No que se refere à paternidade socioafetiva, não há possibilidade de comprovação por qualquer documento. Na verdade, a paternidade decorre do fato de duas pessoas se amarem, se respeitarem e conviverem como pai e filho, pela tão-só vontade de que assim seja.

É a mais genuína expressão do afeto, que, por ser jurídico, e não apenas psicológico, é capaz de formar o vínculo de filiação entre pessoas que biologicamente não seriam pai e filho.

Em todas essas hipóteses a origem genética perde a importância, abrindo espaço à verdade afetiva, que vem sendo valorizada na esfera jurídica. Pode parecer que a filiação socioafetiva, por se estabelecer baseada no comportamento das pessoas que a integram, seja incerta, mas a verdade é que o afeto é muitas vezes o meio mais hábil a revelar quem são os pais.

Conforme feliz expressão cunhada por Carbonera (1998, p. 304), “a incerteza presente na posse de estado de filho questiona fortemente a certeza da tecnologia”, sendo certo que em conflito entre as verdades biológica e socioafetiva, é plenamente possível que o julgador leve em conta esta última para estabelecer a paternidade jurídica.

Atualmente, diante dos exames de DNA, é muito fácil se estabelecer a verdade biológica, mas esta tem pouca relevância frente à verdade afetiva. Dias (2007) ressalta ser possível diferenciar facilmente o pai do genitor, na medida em que aquele é o que cria, o que dá amor, e este é o que somente gera. Portanto, a verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação.

Lobo (2004, p. 31), citando Gerard Cornu, revela que “a verdade biológica não reina absoluta sobre o direito da filiação, porque esta incorpora, necessariamente, um conjunto de outros interesses e valores. Para ele - Cornu, confundir verdade real da filiação com verdade biológica é um entendimento reducionista, cego, demagógico e decepcionante”.

Há que se ressaltar que ainda existem vozes no sentido contrário como se verifica do Agravo de Instrumento 97.004945-5 oriundo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que entendeu que entre a família adotiva e a biológica, a última deveria cuidar do menor “porquanto o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza a família biológica,

estabelecendo que a criança deverá ser criada pela família substituta apenas em situações excepcionais” - Relator Des. Pedro Manoel Abreu, 11.12.1997.

Essa supremacia da verdade afetiva não impede o direito de se investigar a origem biológica, que, como direito da personalidade, é individual, personalíssimo, inato, imprescritível. No entanto, não necessariamente o reconhecimento da origem genética ocasionará uma relação de paternidade.

Como bem ressaltado por Lobo (2004, p. 20) “a origem genética da pessoa, tendo perdido seu papel legitimador da filiação, máxime na Constituição, migrou para os direitos da personalidade.”

O Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado no Recurso Especial 833712/RS, Ministra Nancy Andrigui, julgado em 17-05-2007 que “caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica”. Assim, reconheceu-se o direito de a investigante conhecer sua origem biológica, mesmo que tenha sido acolhida em uma relação sócio-afetiva. Asseverou que “nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura.”

Mais do que satisfação de direito da personalidade, a busca pela verdade biológica interessa também em face de impedimentos matrimoniais, compatibilidade de doação de órgãos e análise de doenças geneticamente transmissíveis.

A reivindicação da verdade biológica não importa investigação de paternidade, na medida em que a paternidade deriva do estado de filho, independentemente da carga genética que se carrega.

Pode ser que a investigação da origem biológica coincida com o reconhecimento da paternidade, e é comum que assim seja, mas para tanto o investigante não pode estar

investido na posse do estado de filho de outro pai. Ou seja, aquele que já ostenta condição de filho afetivo tem o direito inerente a sua própria personalidade de buscar conhecer sua origem genética, mas uma vez efetivada esta certeza mediante o exame de DNA, não será possível vindicar a paternidade deste “pai” biológico. Isso porque a condição de pai já estaria ocupada por aquele que construiu o laço afetivo e que é o pai verdadeiro.

No entanto, não se pode colocar tal afirmação como verdade absoluta, pois como se sabe o direito não lida com questões exatas, mormente no direito de família em que estão envolvidas, ainda mais fortemente, questões inerentes à pessoa humana. Pode ser que em determinado caso concreto o julgador entenda mais justo contrariar a regra e reconhecer a primazia da verdade biológica sobre a socioafetiva, como se deu no Recurso Especial 833712/RS, Relatora Ministra Nancy Andrigui, julgado em 17-05-2007.

O referido caso concreto trazia algumas peculiaridades que foram levadas em consideração. Tratava-se de situação em que a empregada doméstica engravidou do filho do patrão, tendo havido “um ‘arranjo’ ao ser a investigante enviada aos pais registrais, para que não fosse maculada a imagem de ‘bom moço’ do investigado, pertencente a família de relevo na sociedade local, tendo sido a investigada, por sua vez, acuada, obrigada a entregar a filha.”

Os julgadores entenderam que a investigante não poderia ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos. Ressaltaram que “pensamento em sentido contrário seria corroborar a ilicitude perpetrada.” O STJ no particular contrariou a regra geral de privilegiar-se a verdade afetiva, pois entendeu que “o vínculo sócio-afetivo (...) deve advir de ato voluntário dos pais que registraram a criança, isto é, deve ser uma opção, uma escolha deles, no sentido de querer aquele bebê como um filho” e na hipótese não houve esta voluntariedade.

Ainda com relação à primazia do afeto sobre o biológico, interessa conhecer o Agravo de Instrumento 2008.002.05033, Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, julgado em

29-10-2008, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Referido acórdão impediu a pretensão do filho de revogar anterior adoção para que ficasse assentada a paternidade meramente biológica do novo “pai”. Entendeu o Tribunal que estava presente no caso a intenção de patrimonializar a busca pela verdade biológica, desprestigiando anterior relação socioafetiva formada com o pai adotante: “não objetiva somente o reconhecimento de sua origem genética, mas também a desconstituição do registro de nascimento para introduzir no fôlio registral civil uma declaração de relação paternidade com o agravante, cumulada com pleito de pensão alimentícia.” Ressaltou o julgado existência de anterior relação socioafetiva entre o investigante “e o falecido companheiro de sua genitora, fato comprovado com a prática da adoção e com a descrição formulada na petição inicial sobre sentimentos que nutriam entre si.”

4 - A POSSE DO ESTADO DE FILHO

A posse do estado de filho é a expressão da afetividade no mundo dos fatos. A aparência de relação paterno-filial consagra o vínculo criado pela crença da condição de filho, pois, conforme ensinamento de Veloso (1997), a feição tem valor jurídico.

Para Gomes (1994) a posse do estado de filho significa um título de fato, sendo possível desfrutar as vantagens a ele ligadas e suportar seus encargos. É passar a ser tratado como filho.

O autor identifica os seguintes requisitos para a configuração do estado de filho:

a) sempre ter levado o nome dos presumidos genitores; b) ter recebido continuamente o

tratamento de filho; c) ter sido constantemente reconhecido, pelos presumidos pais e pela sociedade, como filho, ou seja, são três os requisitos: *nominatio*, a *tractatus* e a *reputatio*.

No entanto, Welter (2003) destaca que maior parte da doutrina dispensa o primeiro requisito - o nome, dando primazia ao tratamento recebido e à reputação. Na verdade, o tratamento é o elemento mais importante na caracterização da posse do estado de filho, pois reflete a atenção dispensada ao filho, garantindo-lhe todos os cuidados próprios de pai, tanto no que diz respeito ao aspecto econômico, como na seara do carinho, ternura, cuidado. A fama, nas palavras de Nogueira (2001, p. 116) “é a situação de uma criança ter sempre sido considerada pela sociedade como filho legítimo daqueles que a criam, é a notória reputação social desta situação”.

É importante que se ressalte que para a configuração da posse de estado de filho tais requisitos devem se verificar de forma contínua, não bastando a prática de atos isolados, avulsos, embora não seja estabelecido nenhum requisito temporal. Portanto, não há objetivamente um lapso temporal estabelecido, mas é necessário que se perceba que a relação se dá de forma contínua e regular.

No direito comparado é possível encontrar os requisitos para presunção de estado de filiação reunidos no texto de lei, como no Código Civil Francês, artigo 311-2: a) quando o indivíduo porta o nome de seus pais; b) quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais; c) quando os pais provêm sua educação e seu sustento; d) quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família; e) quando a autoridade pública o considere como tal.

É importante que se reconheça a existência de doutrina e jurisprudência ainda contrárias ao reconhecimento do estado de filho como gerador de vínculo socioafetivo, devendo-se citar, por todos, o mestre Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 52) que assenta

que “aceitar a posse de estado como hipótese não prevista é atribuir poder legiferante ao juiz, o que é incompatível com a natureza de direito escrito do nosso sistema.”

Na jurisprudência também existem exemplos de não prestígio da relação socioafetiva: a) “Perícia que comprova paternidade biológica. Pai registral que vem a falecer. Prevalendo a paternidade biológica sobre a sócio-afetiva, torna-se desnecessária a integração da lide pelos genitores do pai registral.” TJRJ, Agravo de Instrumento 2008.002.00915, Relator Des. Ronaldo Álvaro Martins, julgamento em 29-01-2008; b) “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.” TJRS, Apelação 596038091, Relator Des. Sérgio Gischkow Pereira, julgado em 25-04-1996.

O instituto conhecido como adoção póstuma pode ser um exemplo de concretização da posse do estado de filho. A legislação possibilita a adoção póstuma, que é aquela em que o processo teve início antes do falecimento do adotante. O deferimento da adoção depois do falecimento do adotante está condicionado à propositura da ação ainda durante a vida do adotante.

Ocorre que tal requisito legal – artigo 1628 do Código Civil e 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - vem sendo afastado pela jurisprudência. E é nesta hipótese que se pode falar no reconhecimento judicial da filiação socioafetiva, pois neste processo será necessária a comprovação da inequívoca manifestação da vontade do falecido. Alerta Dias (2007) que a demonstração da vontade vai além de uma simples manifestação escrita do *de cuius*, já que o reconhecimento da posse do estado de filho não está ligado a um único ato, mas a vários acontecimentos que se prolongam no tempo e que estabelecem o vínculo. Dias (2007, p. 436) afirma que nesta hipótese “às claras está se aceitando verdadeira investigação

de paternidade afetiva. (...) Flagrada a existência da posse do estado de filho, ou melhor, da posse do estado de pai, é declarado o vínculo de filiação por adoção.”

5 - IMPUGNAÇÃO DA RELAÇÃO DE PATERNIDADE

Uma vez consagrado o vínculo de filiação, não mais é possível a tentativa de desconstituição. Isso se dá em todas as espécies de filiação, seja civil ou natural, até mesmo porque a Constituição da República garante isonomia entre todas as relações de filiação, não fazendo sentido a distinção. Não se pode arquitetar diferença jurídica entre filho biológico e afetivo, porquanto em ambos os casos, são reconhecidos como filhos, os quais são iguais em direitos e obrigações.

O pai comprovadamente biológico, por óbvio, não pode desconstituir a paternidade. Pelas mesmas razões éticas e morais também não o pode fazer o pai constituído, seja pela adoção, inseminação artificial e até mesmo pelo afeto. Não se pode alegar, por exemplo, ruptura da relação de afeto que havia originado a anterior relação de paternidade.

O afeto como elemento jurídico se presta a proteger e fomentar a dignidade da pessoa humana e não excluir direitos, deixando a pessoa, antes reconhecidamente filha, sem pai. Uma vez constituído o estado de filho afetivo, a filiação torna-se irrevogável.

Assim, nos casos conhecidos como “adoção à brasileira”, em que o pai, sabendo não ser pai biológico da criança, efetiva o registro de nascimento como se seu filho fosse, não pode posteriormente desconstituir esta filiação. Entende-se que ao efetivar o registro, o pai sacramentou o vínculo de paternidade socioafetiva.

Este entendimento já é considerado pacífico na jurisprudência, como se pode observar do seguinte trecho de acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Admitindo o autor que sempre foi conhecedor de sua condição diversa de pai biológico e sendo o registro fruto genuíno de manifestação de vontade livre de vícios de qualquer natureza, (...) fica afastada a possibilidade de invalidação do ato jurídico por mera conveniência.” E completa o ilustre relator do acórdão: “Irrevogabilidade do ato, nos termos do art. 48 da Lei nº 8.069/90. 4. Proteção aos direitos da personalidade do adotado, dentre estes, a manutenção do vínculo de filiação, o direito ao nome de família e o status familiar” (Apelação Cível 2008.001.45805, Relator Des. Elton Leme, julgado em 12-11-2008).

Portanto, parece claro que posterior rompimento da convivência não exclui o já formado vínculo de filiação com a posse do estado de filho. Afirma Dias (2007, p. 358) que “comprovado que o investigante entretinha com quem o registrou vínculo de filiação, que se consolidou pela convivência, tal impossibilita exclusivamente a mudança de filiação.”

Portanto, comprovada a filiação afetiva concretizada pela adoção à brasileira, incabível será a desconstituição do registro, ainda que se saiba que a conduta de registrar filho alheio como próprio configura crime descrito no Código Penal - artigo 242.

Sem a demonstração de ocorrência de vício de vontade (erro, dolo ou coação) o vínculo será irreversível, até mesmo porque permitir o contrário iria de encontro ao princípio da vedação ao comportamento contraditório expresso no brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*.

6 - DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA AFETIVIDADE JURÍDICA

A discussão acerca do tema gera reflexos em várias esferas jurídicas, pois uma vez reconhecido o vínculo de filiação socioafetiva, todos os direitos e deveres referentes ao parentesco terão aplicação, até mesmo porque entre o filho socioafetivo e o filho natural não haverá qualquer distinção, já que “os filhos havidos ou não da relação de casamento (...) terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, conforme artigo 227, § 6º, Constituição da República Federativa do Brasil.

No que se refere a alimentos, vale lembrar que tanto o filho como o pai afetivo poderão pleitear sempre que presente o binômio necessidade/possibilidade, sendo certo que aquele que necessita hoje, pode futuramente vir a ocupar a posição de alimentante, pois se os pais têm o dever de manter seus filhos menores, os filhos maiores têm o dever de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade - artigo 229 da Constituição da República.

Com relação aos alimentos no parentesco socioafetivo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já teve oportunidade de se manifestar, conforme trecho de ementa a seguir transcrita: “Paternidade socioafetiva - Possibilidade jurídica de caracterizar obrigação alimentar.” Por fim, concluiu o Tribunal que “os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético e devem permear a conduta e as decisões da magistratura moderna e atenta à realidade do mundo atual”. Apelação Cível 2006.001.51839, Rel. Des.Mauro Nicolau Junior, julgado em 30-01-2007.

Importa observar que, no que se refere à relação padrasto-enteado, há entendimento no sentido de inexistência do dever alimentar. No entanto, tal posicionamento não aborda a questão socioafetiva, fundamentando-se na relação de afinidade, que, para esta corrente de pensamento, não se confunde com parentesco. Neste ponto, defende Carvalho

(2008) não haver dever de alimentar entre afins, seja na linha reta ou colateral, já que não proveem do mesmo tronco ancestral.

Portanto, como se pode verificar, a análise não aborda a filiação socioafetiva, podendo-se entender que tal orientação teria aplicação às relações de padrasto-enteado que não importem em filiação socioafetiva. Ou seja, quando não houver posse de estado de filho-pai entre enteado e padrasto, seria possível resolver a questão pelo viés de constituir a afinidade relação de parentesco ou não, o que também é controvertido.

Como dito, todos os direitos inerentes ao vínculo de parentesco aplicar-se-ão aos pais e filhos afetivos, inclusive no que se refere ao nome. Em 2001, o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado pela possibilidade de a filha afetiva incluir o nome de família de seu padrasto. Abandonada pelo pai, de quem levava o nome, e criada pelo padrasto, que emprestou seu nome à mãe, entendeu o STJ que era razoável inserir no nome da autora, por adição, o patronímico do padrasto, pois a final foi este quem a criou e como verdadeiro pai se apresentava perante a sociedade. Afirmou o Ministro relator que “a homenagem que a autora quer prestar à pessoa que se desvelou por ela e ocupou na sua vida a figura do pai ausente, e a conveniência social de se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela” importavam motivos suficientes para que se permitisse a alteração requerida. Recurso Especial 220059, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgamento em 22-11-2000.

Recentemente, positivando tal orientação, foi aprovada a Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, popularmente conhecida como Lei Clodovil. Referida lei acrescentou na Lei de Registros Públicos - Lei 6.015/73 - o parágrafo 8º do artigo 57, para permitir seja averbado o nome de família do padrasto ou da madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo dos originais apelidos de família.

A alteração dependerá de autorização judicial e só será possível se houver “motivo ponderável”. Entende-se que o “motivo ponderável” exigido pela lei seja a presença

de uma relação socioafetiva que acarrete o estado de filho. Portanto, o direito de acrescentar o nome do padrasto não será conferido em todo e qualquer caso. É necessário que haja entre o padrasto e enteado verdadeira relação de paternidade socioafetiva, com a posse do estado de filho.

Como muito bem asseverado por Tânia da Silva Pereira (2009, p. 01) “para que se caracterize a "posse de estado de filho", é necessário que dirijam a ele - ao filho - os mesmos cuidados, carinho e a mesma formação que dariam se pais biológicos fossem. O direito de usar o sobrenome é a expressão máxima deste compromisso.”

7 - O CASO DO MENINO SEAN

O caso do menino Sean, amplamente divulgado nos veículos de comunicação, indica que a importância da discussão acerca da paternidade socioafetiva transborda ao campo doutrinário. Neste particular, a criança foi trazida ao Brasil aos quatro anos de idade por sua mãe, brasileira que residia nos Estados Unidos com seu, até então, marido. A mãe divorciou-se do marido americano e reconstruiu sua vida no Brasil ao lado de novo marido, o qual passou a desempenhar o papel de pai do menino Sean. Após o falecimento da mãe, o pai biológico tenta recuperar a guarda da criança, hoje com oito anos de idade.

Sem adentrar nas particularidades do caso, até porque não são de conhecimento público, já que o processo corre em segredo de justiça, é importante que se observe que a guarda, ainda que provisória, do menor conferida pela Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao padrasto em detrimento do próprio pai biológico, só foi possível com fundamento na relação

socioafetiva que se firmou entre padrasto e enteado ao longo de quatro anos de convivência. Os laços de afeto foram prestigiados em relação ao laço sanguíneo.

Certo é que estão envolvidas no caso concreto outras discussões, como a Convenção de Haia, mas no que diz respeito ao tema deste trabalho, parece que a paternidade socioafetiva é evidente na espécie e tudo deveria ser resolvido sempre levando em consideração o melhor interesse da criança.

8 - CONCLUSÃO

A partir de 05 de outubro de 1988 toda e qualquer discussão jurídica deve sempre perpassar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas como uma forma de discurso, mas sim como um meio de se buscar uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, respeitando, assim, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Neste cenário, inserem-se perfeitamente as novas famílias constituídas por pais e filhos afetivos, as quais priorizam muito mais as relações de afeto do que àquelas enraizadas na perspectiva patrimonial.

Portanto, falar em filiação ou paternidade socioafetiva significa falar em princípio da dignidade da pessoa humana.

Importa esclarecer que não se está com isso desmerecendo os vínculos biológicos, que continuam ostentando a mesma importância que sempre mereceram. Os laços de sangue sempre foram e continuarão a ser considerados importantíssimos para a formação de qualquer pessoa. Na verdade, o ideal seria que se pudesse sempre concentrar na mesma pessoa os laços

de sangue e de afetividade, mas nem sempre é assim. Nesta perspectiva o parentesco socioafetivo existe para somar, concedendo dignidade a relações de fato fundadas no afeto.

Hoje se fala em famílias plurais, não existindo uma forma preestabelecida. Há espaço para os filhos decorrentes do casamento, da união estável, de relacionamento não-estável, da adoção, inseminação artificial homóloga ou heteróloga e daqueles que simplesmente desejam acolher o outro como filho ou pai, constituindo, nos termos do artigo 5º, II, da Lei Maria da Penha, uma “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

Alguns ainda não vislumbram o afeto como elemento jurídico, mas a verdade é que tanto a doutrina, como a jurisprudência e agora a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha - elevaram a afetividade ao status de juridicamente relevante quando capaz de formar vínculos com repercussões jurídicas práticas.

Como dito, as relações afetivas não ofuscam a biológica. Ainda que prevaleça o vínculo socioafetivo, a origem biológica continua sendo prestigiada no aspecto do direito da personalidade. É possível que se investigue a origem biológica sem, contudo, ficar assentada a paternidade, pois a ausência de relação socioafetiva com outra pessoa, passa a ser um requisito para o reconhecimento de paternidade. Isso porque não se pode ter dois pais ao mesmo tempo. Portanto, se o estado de filiação já estiver satisfeito por um pai afetivo, o investigado não será considerado verdadeiro pai, mas apenas genitor.

Quando houver conflito entre filiação biológica e socioafetiva, em regra, a primazia será das relações socioafetivas, já que normalmente é por intermédio do exercício do afeto, que se concretiza a dignidade da pessoa humana.

No entanto, tal regra poderá ser afastada, já que o julgador deverá analisar as peculiaridades do caso concreto. Isso porque não se podem estabelecer verdades preconstituídas, já que as relações humanas não se enquadram na seara das ciências exatas,

embora o afeto, segundo a perspectiva mais moderna do direito de família, esteja na base do desenvolvimento das relações familiares. O julgador deve sempre e sempre se pautar no melhor interesse da criança para decidir tais questões.

Mesmo nas filiações constituídas de forma ilícita, como por exemplo, registro de filho alheio como próprio, não se pode afirmar categoricamente que deverá prevalecer a origem biológica, pois há que se considerar a força do vínculo socioafetivo formado entre a criança e os pais afetivos, tudo, sempre, no melhor interesse da criança.

Por fim, é importante lembrar que se o afeto é capaz de gerar vínculo de filiação, sua ausência não acarreta em qualquer efeito jurídico. Não se pode contestar uma relação de paternidade com fundamento na perda ou inexistência de afeto entre aquelas pessoas - pai e filho -, pois o afeto é um elemento jurídico que existe para o exercício da dignidade humana e não para sua violação.

9 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARBOZA, Heloísa Helena. As relações de parentesco no novo Código Civil. *In Anais do Seminário Emerj debate o novo Código Civil*, parte II, julho/2002 a abril/2003.

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

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. *Direito Civil*. Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões, 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do direito de família: curso de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

----- . *Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

GOMES, Orlando. *Direito de família*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.

----- . *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, 2. ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006.

LAURIA, Flávio. Da filiação no novo código civil. *In Anais do Seminário Emerj debate o novo Código Civil*, parte II, julho/2002 a abril/2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária*. Revista Jurídica nº 316, Porto Alegre, fev. 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*, São Paulo, Memória Jurídica Editora, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996;

PEREIRA, Tânia da Silva. *Cuidado e afeto: o direito de acréscimo do sobrenome do padrasto*. Disponível em: < [HTTP://www.ibdfam.org.br/?artigo&=509](http://www.ibdfam.org.br/?artigo&=509)>, acesso em 20 de junho de 2009.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia, *In* Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família: dignidade humana*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. *Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.