



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Filiação Sócio-Afetiva à Luz da Constituição

Maria Pia Buchi

Rio de Janeiro
2010

MARIA PIA BUCHI

A Filiação Sócio-Afetiva à Luz da Constituição

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

Rio de Janeiro
2010

A FILIAÇÃO SÓCIO-AFETIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Maria Pia Buchi

Graduada pela Universidade Candido
Mendes – UCAM. Advogada

Resumo: Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a nova ordem filiatória, centrada nas garantias fundamentais e valores por ela instituídos, deve ser interpretada no sentido da satisfação plena das pessoas envolvidas, pais e filhos, na despatrimonialização do conteúdo dessa relação jurídica e na proibição de qualquer forma de discriminação. A essência do trabalho é abordar esses aspectos e apresentar a paternidade sócio-afetiva como uma das novas manifestações familiares instituídas através do afeto.

Palavras-chaves: Entidade Familiar, Filiação, Critérios, Paternidade Sócio-Afetiva.

Sumário: Introdução. 1. A Filiação à Luz do Direito Civil-Constitucional 2. Noções Elementares a Respeito da Filiação 3. Critérios Determinantes da Filiação 4. A Afetividade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da filiação sócio-afetiva. Essa concepção filiatória parte da idéia da construção da paternidade de fato, construída no convívio cotidiano com base no afeto, na garantia de uma criação digna, preocupada com a saúde e a educação típica das relações domésticas familiares inerentes ao vínculo entre pais e filhos. Nesse sentido, tomam relevância os casos em que um indivíduo assume, perante a sociedade, a figura paterna, dando-lhe afeto, carinho e provendo suas necessidades, construindo, assim, uma situação que merece evidente destaque e reconhecimento, além da proteção jurídica conveniente.

Busca-se despertar a atenção para a evolução da sociedade e da noção de família, uma vez que a paternidade unicamente biológica começou a ceder espaço para paternidade marcada pelo vínculo exclusivamente afetivo. E isso porque, no modelo familiar tradicional, homem e mulher se uniam em matrimônio a fim de, precipuamente, gerar descendentes.

Objetiva-se trazer à tona os aspectos da nova ordem filiatória, centrada nas garantias fundamentais e valores revelados pela atual Constituição Federal, que deve ser interpretada no sentido da satisfação plena das pessoas envolvidas, isto é, pais e filhos.

Ao longo do artigo, será analisado o instituto da filiação, bem como os critérios aplicados à sua determinação, isto é, biológico, jurídico ou presumido e sócio-afetivo. Ainda, será apresentado um estudo mais detalhado dos elementos caracterizadores deste último.

Em síntese, revela-se como preponderante o fato de que a paternidade sócio-afetiva deva ser considerada, sim, como uma das novas manifestações familiares instituídas através do afeto, sem o qual nenhuma base familiar pode resistir. Também deve ter sua importância reconhecida tal como sempre aconteceu em relação à paternidade biológica ou jurídica, pois com essas modalidades ela não guarda maiores diferenças, a não ser no que se refere à sua

origem. Assim, não há como se negar que a paternidade constituída através desse critério é digna de reconhecimento jurídico e social, além de respeito e transposição de preconceitos que só fazem por desconsiderar a forma mais sublime de alavancar sentimentos e relações humanas: o afeto.

1. A FILIAÇÃO À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

A partir da Constituição de 05 de outubro de 1988, todos os filhos passaram a ter as mesmas prerrogativas, independente de sua origem ou da situação jurídica de seus pais, art. 227, §6º. Ao estabelecer essa igualdade, o texto constitucional acabou materializando a dignidade da pessoa humana, por ele declarada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nesse particular, convém destacar que não poderia a Carta Magna ter operado de forma diferente, uma vez que, em seu art. 226, §§ 3º e 4º, alargou o conceito de entidade familiar, emprestando especial proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também à união estável, formada por um homem e uma mulher, e à família monoparental, assim chamada a convivência de um dos genitores com sua prole.

Os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram, e o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução passou a permitir que a concepção não mais decorra exclusivamente do contato sexual.

O art. 227, §6º, da Constituição, assim, representa um avanço no Direito de Família pátrio. Rompe com sistema jurídico até então vigente, afastando as discriminações perpetradas contra filhos de pessoas não casadas, promovendo uma total desvinculação entre a filiação e o tipo de relação mantida pelos genitores.

Aliás, convém destacar que trata-se de preceito oriundo do Pacto de San Jose da Costa

Rica, como é apelidada a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que já estabelecia como dever de cada ordenamento jurídico “reconhecer direitos aos filhos nascidos fora do casamento como os nascidos dentro dele”.

É, nesse sentido, que o art. 1596 do Código Civil de 2002 – CCB/02, recepcionando os novos paradigmas constitucionais sobre a filiação, prescreve terem todos os filhos, havidos ou não da relação casamentária, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias.

Contudo, não obstante a isonomia imposta pelo Texto Maior, o Código Civil de 2002 – CCB/02, ainda apresenta alguns resquícios do sistema anterior, qual seja, o Código Civil de 1916. Como exemplo, trata ele em capítulos diferentes os filhos havidos de uma relação de casamento e os havidos fora dele, instituindo uma presunção de paternidade (art. 1597) apenas quanto àqueles.

2. NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE A FILIAÇÃO

O vocábulo ‘filiação’ exprime a relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, que existe entre o filho e as pessoas que o geraram ou o receberam e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento de sua personalidade. É, sem dúvida, dentre as múltiplas relações existentes, a mais relevante, diante do vínculo estabelecido entre os envolvidos.

Trata-se, igualmente, de uma relação jurídica multifacetária, pois envolve, a um só tempo a filiação considerada pela ótica do filho (nada mais é do que a filiação propriamente dita), pela ótica do pai (denominada paternidade) e pela perspectiva da mãe (intitulada maternidade).

Desta relação nascem efeitos jurídicos relevantes, com variada gama, tanto no âmbito

material quanto no círculo pessoal. Sobressaem os direitos assegurados, independentemente se nascidos ou não da união formalizada pelo casamento, salientando-se os seguintes: o estado de filho, pelo que decorrem várias outras relações; o direito ao uso do nome dos pais, ou ao patronímico; o direito de receber alimentos, de ser criado, educado, e receber toda série de atenções e atendimentos que uma pessoa necessita até capacitar-se a subsistir por suas próprias condições; e a contemplação na herança.

De acordo com RIZZARDO (2005, p. 221) “esses direitos decorrem do simples fato da filiação, e não da circunstância de se nascer em determinado momento, antes ou depois da união matrimonial, ou paralelamente a esta, mas em união com pessoa estranha.”

Para que seja vivenciada a experiência da filiação não é necessária a transmissão de carga genética, pois prevalece a liberdade do indivíduo quanto ao modo de efetivá-la, o que pode ser feito não só através de mecanismos biológicos, como também por meio da adoção, da fertilização medicamente assistida ou do estabelecimento afetivo da condição paterno-filial.

Bem por isso, viola diretamente o Texto Constitucional toda e qualquer menção à origem da filiação (se consangüínea ou não), já que o mesmo promove a absoluta igualdade entre os filhos, impossibilitando um tratamento discriminatório e priorizando a dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito à situação jurídica dos pais, isto é, se casados ou não, a nova ordem jurídica, introduzida pela Constituição de 1988, também foi enfática ao proibir a construção de conceitos a partir de tal referência. Isso porque, os filhos nascidos da constância de um matrimônio eram chamados de legítimos, enquanto os frutos de relações extrapatrimoniais eram rotulados de ilegítimos.

Nos ensinamentos de DIAS (2009, p. 322), “o nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz do lar formado pelo casamento

do pai, fazendo prevalecer os interesses da instituição do matrimônio”.

De observar que o atual estágio demorou a ser alcançado, pois colhe-se da legislação que versa sobre a matéria que tal processo discriminatório teve início muito antes do Código Civil de 1916 e este outra sorte não teve ao discipliná-la.

Inúmeros avanços ocorreram através dos tempos, e que iniciaram com a Lei no. 4737 de 27.09.1942, cujo art. 1º permitiu o reconhecimento do filho havido fora do casamento depois do então desquite. Após, a Lei no. 883, de 27.10.1949, trouxe mais abertura ao assegurar, em seu art.1º, não apenas o reconhecimento por qualquer dos pais, uma vez ocorrida a dissolução da sociedade conjugal, mas também pelo filho, por meio de ação declaratória própria.

E, dentre outros diplomas, a Lei no. 6515/77 veio, em seu art. 51, a acrescentar o parágrafo único ao art. 1º da Lei no. 883, com a seguinte redação: “ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”. Nota-se que qualquer dos cônjuges, por testamento cerrado, passou a ser habilitado para reconhecer o filho extramatrimonial.

No mesmo art. 51 da Lei no. 6515, foi introduzida a igualdade hereditária entre filho legítimos e ilegítimos, sendo que a estes era reservada, pelo art. 2º, a título de amparo social, a metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado.

Do que se vê, a grande preocupação do ordenamento anterior era a de não prejudicar a transmissão de patrimônio que se organizava através do casamento. Imperava a idéia de que os bens deveriam permanecer concentrados na esfera da família, isto é, do matrimônio, e dali seguiriam pela transmissão sucessória para as pessoas que, por meio da consanguinidade, dariam continuidade àquele núcleo familiar.

Contudo, a nova ordem filiatória garantida pela Constituição Federal, além de impor

a isonomia entre os filhos, independente de sua origem ou situação jurídica dos pais, e de estabelecer a filiação como forma de realização plena das pessoas envolvidas - pais e filhos, despatrimonializou o conteúdo dessa relação, pois ela agora é compreendida de forma muito mais ampla e não como uma simples causa à transmissão de herança.

Com nascimento, ocorre a inserção do indivíduo em uma estrutura que recebe o nome de família e, atualmente, tal conceito, como já mencionado, possui novos contornos, uma vez que esta não se constitui mais apenas através do casamento, mas também através da união estável e da família monoparental. A importância de tal assertiva encontra-se no fato de ter a Constituição de 1988 consagrado como fundamental o direito a convivência familiar, independente da forma que adotar.

Hodiernamente, não se pode restringir a filiação sob o prisma da procriação, mas, em verdade, torna-se, indispensável, apreciar a amplitude da sua concepção. O afeto, por exemplo, passa a ser contemplado como aspecto de primeira grandeza. Por meio do vínculo da afetividade, é possível que uma criança ingresse no seio de uma família e passe a ostentar a condição de filho e ter os mesmos direitos que outro que dela tenha nascido.

Assim, a distinção outrora existente não mais perdura, uma vez que o Texto Maior veda qualquer designação que leve à desigualdade. Todo filho é simplesmente filho, seja qual for a natureza do relacionamento de seus pais.

3. CRITÉRIOS DETERMINANTES DA FILIAÇÃO

Ultrapassada a fase matrimonialista e patriarcal que subjugou o Direito de Família brasileiro, acolhe-se a pluralidade filiatória, sem discriminações. Dito isso, o termo filiação apresenta um sentido plural, com variações que vão desde a origem genética até a convivência cotidiana, digna do estabelecimento de uma relação firme e inabalável.

Assim, pode-se falar em três diferentes critérios para a determinação da filiação, distinguindo-os a partir de suas origens e características. O primeiro deles é o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal. O segundo critério denomina-se biológico e é centrado no vínculo genético, contando, contemporaneamente, com a colaboração e certeza científica do exame de DNA. Já o terceiro deles é o socioafetivo, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas.

A despeito das diferentes origens, há que se mencionar que não existe prevalência entre eles, isto é, não há relação hierárquica. O que se sabe, contudo, é que, em determinados casos, poderá um deles prevalecer sobre o outro, mas tudo a depender do caso concreto. O entendimento de que há necessidade de análise no caso prático vem sendo acolhido pelos tribunais.

Ora, inexistente então uma norma legal que defina precisamente quem será o pai, já que a pluralidade dos referidos critérios abre um leque de possibilidades que impede a formação de uma certeza única. O que existem, como se verá adiante, são balizamentos de auxiliam na aplicação de um ou outro critério.

3.1. O CRITÉRIO DA PRESUNÇÃO LEGAL

Este é o primeiro critério determinante da filiação e o Código Civil de 2002 – CCB/02, em seu art. 1597, manteve-se fiel às raízes, fazendo incidir a presunção de que a mãe é a indicada pelo parto e que o pai é o marido dela. O fato de nascer o filho enquanto perdura o casamento, ou até certo tempo após sua desconstituição, faz presumir que o pai é aquele que convive a mãe, sendo o matrimônio elemento definitivo da paternidade: *pater is est quem nupciae demonstrant*.

De acordo com FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 565), a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação casamentária desde o Código de Hamurabi. Segundo os autores, “é o verdadeiro exercício da lógica aplicada: considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade dessas conjunções carnavais”.

Como se pode perceber, esse sistema de presunção de estado de filiação está intimamente interligado à preservação do casamento. O Código Civil de 2002 – CCB/02 praticamente ignorou o avanço da biotecnologia e dos métodos científicos, repetindo a redação do seu antecessor.

De qualquer forma, é de se notar que as presunções que outrora se justificavam, hoje já não mais. Assim, mantidas que foram no Código Civil de 2002 – CCB/02, é fundamental chamar atenção para o fato de que não possuem caráter absoluto, mas sim relativo, admitindo contraprova, podendo ser afastadas em hipóteses especialmente contempladas em lei.

Basta imaginar uma gestação em útero alheio ou mesmo a troca de bebês em maternidade para colocar em xeque a presunção de maternidade. Quanto a de paternidade, a lembrança de casos de infidelidade ou mesmo de fertilização assistida são, por si só, aptas a derrubar tal presunção.

É bem verdade que o Código Civil de 2002 – CCB/02 manteve o critério da presunção legal introduzida Código Civil de 1916, mas, se comparado com este, promoveu ampliações. Com a codificação vigente, a presunção passou a incidir não apenas nas filiações decorrentes de fecundação sexual (incisos I e II do art. 1597), alcançando, também, aquelas oriundas de fecundação artificial assistida (incisos III, IV e V).

No que diz respeito à União estável, o que prevalece em sede doutrinária é que, em que pese contar com especial proteção do Estado, conforme prevê o art. 226 da CRFB/88, o instituto não conta com a presunção *pater is est*. Dessa maneira, os filhos nascidos de

mulheres em união estável não contam com a presunção de paternidade.

DIAS (2009), em sentido contrário e de forma minoritária, é dura ao afirmar ser “absolutamente injustificada” a exclusão da união estável, sendo “desarrazoada” a distinção promovida entre ela o casamento. Alguns, inclusive, pugnam pela aplicação analógica da presunção às entidades formadas pela união estável.

Do que se vê, ao aplicar as presunções só ao casamento, o Código Civil de 2002 – CCB estaria criando duas categorias de filhos: os de pessoas casadas (que gozam da presunção e podem exigir, de forma automática, os seus direitos decorrentes do parentesco paterno), e os de mulheres não casadas (que, não dispendo da presunção, precisam de reconhecimento voluntário dos pais e, não ocorrendo espontaneamente, precisam investigar a paternidade para, somente com decisão judicial, exigir os respectivos direitos).

3.2. CRITÉRIO BIOLÓGICO

Biológica é a denominação dada a filiação quando, como o próprio nome indica, decorre das relações sexuais dos pais. O filho tem o sangue dos pais – daí ser filho consangüíneo. De observar, conforme os ensinamentos de RIZZARDO (2005), que a filiação biológica outrora se distinguia em legítima, legitimada e ilegítima.

Legítimos consideravam-se os filhos gerados na vigência do casamento civil de seus pais. Legitimados, os gerados antes desse casamento, que os legitimava. Ilegítimos, os nascidos fora do casamento civil de seus pais, os quais, por sua vez, se dividiam em naturais *stricto sensu* e espúrios.

Naturais eram aqueles cujos pais não se achavam impedidos de casar um com o outro quando concebidos. Os espúrios, pelo contrário, eram os que nasciam ou eram gerados quando seus pais encontravam-se impedidos de casar entre si, em virtude de ser um deles ou

ambos já casados com outra pessoa (adulterinos), ou porque eram parentes em linha reta ou em grau proibido (incestuosos).

De qualquer forma, esta espécie de divisão não é mais utilizada, porquanto fundada em distinções entre os filhos, contrariando o princípio constitucional da absoluta igualdade, isto é, da impossibilidade de qualquer discriminação entre eles.

No ponto, é de se notar que o avanço das pesquisas científicas (em especial, com o DNA), dentro desse novo contexto igualitário, causou profundo impacto sobre o critério legal de determinação filiatória. É que, com a utilização deste meio de determinação genética (DNA), tornou-se possível uma certeza científica, quase absoluta.

Sua relevância é de tal modo que a jurisprudência firmou entendimento no sentido de presumir que a prova que se pretendia produzir - na hipótese de recusa injustificada da parte em submeter-se ao exame - induz presunção *juris tantum* de paternidade, conforme se extrai da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça.

Através do critério científico determina-se a filiação com base na carga genética, ou seja, a paternidade/maternidade é definida com base no vínculo biológico existente. De acordo com FARIAS e ROSENVALD (2010, p. 587), “cuida-se de uma forma fria, puramente técnica e, por tal razão, vigora a impossibilidade de seu acolhimento de forma absoluta”.

De qualquer maneira, vale dizer que isso não implica a imprestabilidade do método biológico de determinação da filiação, só se pretende dizer que há a impossibilidade de seu acolhimento de forma absoluta, sem que se promova a investigação de outros fatores, identicamente relevantes, na determinação da paternidade/maternidade como, por exemplo, a socioafetividade.

3.3. CRITÉRIO AFETIVO (A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA)

Estudos provenientes de outros ramos (em especial, a psicanálise) apontam ser a figura do pai funcionalizada, isto é, decorrente de um papel construído no cotidiano e não da simples transmissão de carga genética.

Por meio de tal constatação, afirma-se que, na formação de uma família cada membro ocupa um lugar, e que a função de pai pode ser exercida, a depender do caso, por outra pessoa, que não o genitor.

Na hipótese do papel paterno não recair sobre o genitor (quando é exercida por uma pessoa que não transmitiu seus caracteres biológicos), se estará diante da denominada filiação socioafetiva.

Entende a doutrina que o pai afetivo é aquele que assume a função paterna dentro do lar. Apura-se, com isso, que o pai socioafetivo é aquele que, mesmo sabendo não ser seu aquele filho, dispensa em seu favor atitudes de real afeto, acompanhando-o ao longo da vida.

É uma espécie de adoção de fato. Ou seja, apesar de não encontrar fundamento em um vínculo biológico, tem como base um ato de vontade, decorrente da convivência afetiva, do tratamento e da publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas.

O Código Civil de 2002 – CCB/02 sensível a essa situação, trouxe em seu art. 1593 a possibilidade de ser reconhecida a paternidade socioafetiva, dispondo que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”.

Nesse sentido, como bem esclarece a doutrina, quando o dispositivo faz referência à ‘outra origem’, teria contemplado a origem socioafetiva do parentesco, ou seja, aquele guiado pelo carinho, respeito, afeição e dedicação, mesmo que a relação existente entre seus sujeitos não advenha do parentesco biológico, o qual outrora já fora considerado como o único apto a gerar efeitos jurídicos e sociais.

Endossando este coro, os Enunciados 108 e 256 da I e II Jornada de Direito Civil estabelecem que a parentalidade socioafetiva constitui modalidade de parentesco civil.

4. A AFETIVIDADE

4.1. A POSSE DO ESTADO DE FILHO

A prova de filiação, de acordo com o art. 1603 do Código Civil de 2002 – CCB, se faz através da certidão do registro civil de pessoas naturais, uma vez que o nascimento requer a lavratura de um assento em cartório (arts. 50 a 66 da Lei no. 6015/73 – Lei de Registros Públicos).

Como apontam os autores que tratam da matéria, é de prova que produz uma presunção de filiação quase absoluta, pois apenas pode ser invalidada se a parte interessada fizer prova de que houve erro ou falsidade. De qualquer maneira, a certidão do cartório do registro civil não é o único meio de prova da filiação, pois são admitidos outros mecanismos para a comprovação do estado filiatório.

Neste sentido, o artigo 1.605 do Código Civil de 2002 – CCB prescreve a possibilidade de provar-se a relação de filiação por qualquer modo admissível em direito, mencionando expressamente a existência de "veementes presunções resultantes de fatos já certos".

Assim, é por força desse dispositivo legal que se fala na conhecida tese da posse do estado de filho. A posse de estado é a filiação tipicamente socioafetiva, construída através de contínua relação de convivência e afeto, desempenhando-se no plano fático os papéis de pai e filho.

Aqui, merece analogia imediata com a união estável, situação de fato desprovida de

maiores formalidades constitutivas e na qual inexistente presunção de convivência, devendo ser ela comprovada para que seja reconhecida como entidade familiar.

Pois bem, tratando-se de situação fática, nem sempre é fácil de ser comprovada, demandando a análise casuística e flexível, sujeita à ponderação do julgador diante do caso concreto, mas para a qual concorrem alguns critérios de sólida construção doutrinária.

Deve-se dizer então que são três os pilares básicos (critérios) apontados: nome, trato e fama. O nome significa o fato de o filho socioafetivo usar o nome do pai, como se biológico fosse. A questão do trato diz respeito à forma com que o pai se dirige a esse filho, dando-lhe carinho, afeto, educação, responsabilidade e transmitindo-lhe valores (é a exteriorização da paternidade). A fama, por sua vez, concerne ao fato de que, para a sociedade, em geral, aquele indivíduo se mostra, realmente, como um pai verdadeiro, que cumpre as funções paternas que dele se esperam dele.

Registre-se, oportunamente, porém, que esses requisitos são meramente exemplificativos e devem ser analisados com moderação, sem excessivo rigor, com a atenção de tentar delinear sem formalismos o exercício fático da paternidade, que é o que importa ao melhor interesse da criança.

4.2 APARENTE CONFLITO ENTRE OS CRITÉRIOS DETERMINANTES

Como dito, não há que se falar na hierarquia de um critério determinante da filiação sobre o outro. É certo – e isso não se coloca em dúvida – que somente diante do caso concreto, considerando as mais diferentes circunstâncias e elementos probatórios, é que será possível definir um determinado critério para estabelecer o vínculo paterno-filial.

Em determinados casos, pode ser o biológico e, em outros, pode ser o socioafetivo – a exemplo da chamada adoção à brasileira, consistente no registro de uma criança por aquele

que sabe não ser seu pai biológico e o conseqüente estabelecimento de uma relação paterno-filial afetiva.

A jurisprudência é totalmente simpática a esta tese: “quem, sabendo não ser o pai biológico, registra como seu filho de companheira durante a união estável, estabelece uma filiação socioafetiva, que produz os mesmos efeitos que a adoção, ato irrevogável”. (TJ/RS, AC 4º grupo da Câmara Cível, EI 599.277.365, Rel. Des(a). Maria Berenice Dias, j. 21.10.99).

Por igual, o Código Civil de 2002 – CCB/02, no já citado art. 1593, reconhece a possibilidade de parentesco (e, é claro, de filiação) decorrente de outros critérios, acobertando a possibilidade de uma origem socioafetiva.

De qualquer modo, não é qualquer inclinação afetiva que se torna capaz de estabelecer um vínculo paterno-filial, alterando o estado filiatório de alguém. Para tanto, é preciso que o afeto prevaleça, que seja o fator marcante, decisivo, daquela relação.

O laço socioafetivo depende de comprovação da convivência respeitosa, pública e firmemente estabelecida (vínculo sólido), visto que não decorre de um único ato, mas sim de uma construção diária. Todavia, isso não significa dizer que é preciso que o afeto esteja presente no instante em que é discutida a filiação em juízo.

Não raro, inclusive, quando se chega às instancias judiciais é exatamente porque o afeto cessou, desapareceu, por diferentes motivos, não sendo razoável discuti-los. O importante é que fique provado que a personalidade do filho foi formada sob aquele vínculo afetivo, mesmo que, repita-se, naquele momento já não exista mais.

Em algumas hipóteses é possível enxergar, com clareza, a presença da afetividade na filiação. É o que se vê, por exemplo, na adoção obtida judicialmente, no fenômeno de acolhimento de um filho de criação, quando demonstrada a presença da posse do estado de filho, na chamada adoção à brasileira, no reconhecimento voluntário ou judicial da filiação de

um filho de outra pessoa, isto é, quando um homem, enganado pela mãe ou por ter sido vencido em processo judicial, é reconhecido como pai e, a partir daí, cuida desse filho, dedicando-lhe amor e atenção.

De qualquer forma, vale a ressalva de que esses casos são tão-somente uma tentativa de ilustrar algumas hipóteses em que se pode evidenciar a filiação em questão. Aliás, outro exemplo é o que se extrai do art. 1597, V do Código Civil de 2002 – CCB, uma vez que ele prevê uma presunção absoluta de paternidade para o filho decorrente de fertilização artificial heteróloga.

O critério socioafetivo pode ser utilizado em todas as ações que versem sobre filiação (investigatória de paternidade, negatória de paternidade, de impugnação etc.) e, uma vez fixada a filiação socioafetiva, afasta-se, em definitivo, o vínculo biológico, não sendo possível, de regra, cobrar alimentos ou participar da herança do genitor. Aqui, vê-se de forma clara o fenômeno da despatrimonialização do Direito Civil e do Direito das Famílias.

Diz-se que em regra não seria possível, pois há quem defenda a possibilidade de se cobrar alimentos do genitor, quando o pai (socioafetivo) não tiver condições de prestá-los. É o que se chama de paternidade alimentar. Em outra perspectiva, no que tange ao direito sucessório, o entendimento é pacífico no sentido da impossibilidade de se ter dois pais.

4.3 DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A constitucionalização do direito civil, do qual é corolário o direito das famílias, fez com que a afetividade seja considerada um princípio fundamental da filiação. Assim, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 reconheceu o valor jurídico do afeto, como elemento primordial para o estabelecimento da filiação.

No que diz respeito ao critério socioafetivo, isto significa que a relação afetiva estará

caracterizada quando o estado fático conjugar o afeto, a convivência, o tratamento recíproco paterno-filial e a razoável duração.

Sendo reconhecida juridicamente essa relação de fato, passa a ostentar um vínculo que produz todos os efeitos de qualquer outro critério de filiação, diante do que determina o art. 227, §6º, da Constituição Federal.

Ocorre que, como relação fática, pode advir sua interrupção, ou modificação, assim, impõe-se examinar: construída uma relação de filiação socioafetiva, se a ela sobrevier a alteração das condições fáticas que lhe deram origem, existe a possibilidade de sua desconstituição? Cessando a convivência, a afetividade, o tratamento paterno-filial, o que acontece ?

Nesse passo, certo é que se trata de questão de grande relevância, visto que, da solução que lhe for emprestada, surgirão importantes efeitos (conseqüências jurídicas), como a desvinculação do indivíduo de seus pais e dos parentes colaterais, a possibilidade de mudança de seu nome, a cessação da obrigação alimentar, da herança, e tantos outros.

Como se sabe, com constituição plena da paternidade socioafetiva, gerada está a relação complexa de filiação, com a vinculação do filho aos pais, a instalação dos respectivos poderes-deveres inerentes ao poder familiar e todos os demais efeitos típicos da parentalidade.

Assim, o melhor entendimento é o de que a resposta deva levar em consideração o impacto que a constituição do estado de filiação exerce na personalidade do filho, formatando-a e dando-lhe uma identidade própria tutelada em sede de direitos de personalidade.

Neste sentido, identifica-se o direito a ter um pai como um direito da personalidade humana, inserindo neste contexto outros direitos da personalidade, como é o caso do direito à identidade e à integridade psíquica.

Logo, se a convivência, a afetividade ou ambas vêm a ser interrompidas por eventos

posteriores, não há que se falar na cessação da relação de filiação socioafetiva, e por uma razão simples: a tutela da personalidade humana proíbe tal dissolução, que significaria retirar do indivíduo, por vontade de outrem (e, na maior parte dos casos, em função de interesse meramente patrimonial) um dos mais relevantes fatores de construção de sua identidade própria e de definição de sua personalidade.

Constitui-se, pois, para todos os efeitos, uma relação plena de filiação, a qual, para adequada proteção da pessoa pelo ordenamento, não pode se sujeitar a incertezas ou a instabilidades emocionais dos sujeitos envolvidos.

Tem-se, assim, uma situação existencial plenamente consolidada, cuja ruptura significaria evidente violação à personalidade dos indivíduos envolvidos. Ademais, compreendendo-a como garantia do adequado desenvolvimento do ser humano, mais evidente fica a impossibilidade de sua desconstituição.

No caso da adoção à brasileira, por exemplo, não se poderá questionar o ato de registro efetuado anteriormente, quer sob argumento de cessação dos vínculos concretos, quer sob o argumento da diversidade de origem genética.

Não é possível, assim, que uma vez efetuada a filiação por adoção à brasileira, e desempenhado, no dia-a-dia, o exercício da paternidade afetiva, venha um ou ambos dos pais pleitear a nulidade do registro, inclusive por manifestação do princípio do *venire contra factum proprium*.

Da mesma forma ocorre quando aquele que não é o genitor registra o filho de sua esposa, sendo-lhe vedado o questionamento futuro de tal registro, se a ele se seguiu toda a construção de uma relação de socioafetividade.

Também não é viável que o próprio filho venha tentar desconstituir a relação socioafetiva instalada, nem tampouco os filhos biológicos do casal podem impugnar a filiação de seu irmão socioafetivo.

No caso da posse de estado, trata-se de terreno ainda mais fértil para possíveis exemplos, como é o caso de uma alegação de afastamento entre os pais e o filho, que posteriormente resulta na tentativa de impugnação da filiação socioafetiva por parte de qualquer deles. Não é a perda de contato, por tempo mais ou menos extenso, que possuirá o condão de destituir a relação já consolidada como sendo de filiação.

Outra possibilidade seria a ocorrência de divergências pessoais que conduzam a desentendimentos e à tentativa de ruptura do vínculo jurídico de filiação. Se um dos pais briga com o filho, seja por qual motivo for, não cabe a desconstituição da filiação, embora não se impeça, uma vez presentes as causas legais, uma eventual perda do poder familiar.

Ainda, faz-se necessário o registro de que, por se tratar de questão de estado, não há disponibilidade do direito, não podendo existir acordo entre pais e filhos quanto a uma possível desconsideração da filiação. A vontade, no caso, não terá o poder de afastar a relação de parentesco, uma vez que a relação de família é regida por normas de ordem pública.

Ressalve-se, porém, a possibilidade de vir o filho socioafetivo a ser posteriormente adotado por um terceiro, desde que atendidos os requisitos legais. Apenas nesta hipótese será viável a desconstituição da filiação anteriormente existente, mediante sua substituição por uma outra relação de parentalidade juridicamente lícita, estabelecida através da adoção, o que aponta para uma exceção à regra de que a filiação socioafetiva é perpétua.

CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos e reflexões propostos nesse trabalho, vê-se que a paternidade socioafetiva surge, como consequência da evolução dos hábitos e pensamentos da sociedade, a partir do momento em que as pessoas começam a se desvincular das amarras de um pensamento tradicional e inflexível quanto à família e a aceitar e buscar o amor como

aspecto imprescindível e preponderante na constituição das relações travadas entre os seres humanos.

A paternidade socioafetiva deve ser considerada, sim, como uma das novas manifestações familiares instituídas através do afeto, sem o qual nenhuma base familiar pode resistir. Também deve ter sua importância reconhecida tal como sempre aconteceu em relação à paternidade biológica ou presumida, pois com estas modalidades ela não guarda maiores diferenças, a não ser no que se refere à sua origem.

Assim, não há como se negar que a paternidade constituída sob a forma socioafetiva é digna de reconhecimento jurídico e social, além do respeito e da transposição de preconceitos que só fazem por desconsiderar a forma mais sublime de nutrir sentimentos e relações humanas: o afeto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009. FARIAS, Cristiano Chaves de;

ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.