

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

ANDERSON DA SILVA

**A FILIAÇÃO AFETIVA E SUAS VICISSITUDES: uma visão a partir da família  
homoafetiva**

RECIFE / PE  
2018

ANDERSON DA SILVA

**A FILIAÇÃO AFETIVA E SUAS VICISSITUDES: uma visão a partir da família  
homoafetiva**

Monografia apresentada a Faculdade Damas da  
Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Renata Cristina Othon  
Lacerda de Andrade.

RECIFE / PE  
2018

Ficha catalográfica  
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

Silva, Anderson da.  
S586f A filiação afetiva e suas vicissitudes: uma visão a partir família  
homoafetiva / Anderson da Silva. - Recife, 2018.  
49 f.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.  
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade  
Damas da Instrução Cristã, 2018.  
Inclui bibliografia

1. Direito civil. 2. União homoafetiva. 3. Adoção. 4. Filiação. 5.  
Paternidade. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda de. II. Faculdade  
Damas da Instrução Cristã. III. Título.

347 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-169)

**A FILIAÇÃO AFETIVA E SUAS VICISSITUDES: uma visão a partir da família  
homoafetiva**

Monografia submetida ao corpo docente do Curso de Bacharelado em Direito,  
promovida pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, aprovada em:

\_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

\_\_\_\_\_  
Professora - Orientadora: Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade

\_\_\_\_\_  
Professor - Examinador:

\_\_\_\_\_  
Professor - Examinador:

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente ao meu DEUS, por está presente em todos os momentos de minha existência.

Em segundo aos meus familiares, pois eles são o centro da minha vida, na qual estiveram presente em todas as etapas que eu tive que passar até chegar aqui.

Aos amigos e amigas do curso de Direito que sempre dispostos nesta caminhada, vocês foram fundamentais nesta jornada de trabalho.

E, finalmente, a minha orientadora Renata Andrade e ao meu professor Ricardo Silva por tudo, ambos pelos gestos nobres de paciência. E a todos que de alguma forma contribuíram para a conclusão desta etapa da minha vida.

Dedico este estudo a minha mãe, Maria Lúcia da Silva (*in memoriam*), aos meus familiares, especialmente a Danielle Aleixo, aos meus amigos e todas as pessoas de bem que tive a oportunidade de conhecer na minha jornada, pelo amor que dedicaram e pela luta constante de me conduzir ao caminho do bem.

Só que homossexualidade não existe, nunca existiu. Existe sexualidade - voltada para um objeto qualquer de desejo. Que pode ou não ter genitália igual, e isso é detalhe. Mas não determina maior ou menor grau de moral ou integridade.

***Caio Fernando Abreu***

## RESUMO

O presente estudo tem como alvo focar a filiação afetiva e suas vicissitudes: uma visão a partir da família homoafetiva, direcionando que é notória a mudança em nossa sociedade quanto aos novos tipos de relação afetiva, envolvendo além de novas modalidades familiares, surge então, uma nova compreensão com o tal novo entendimento de família, valorizando assim não mais uma única forma de estrutura de convívio, mas uma convivência pluriparental, onde há comprometimento recíproco proveniente da afetividade, criando vínculos de parentesco novos, muitos trazendo de um outro relacionamento sua prole, filhos que vão se adaptando, e se acostumando com seu novo referencial de família unida tão só pelo o afeto. A justificativa do trabalho se dar através de tantas mudanças de paradigmas no qual é preciso que enxergue a ação não como uma conclusão em si mesmo, porém como instrumento-meio a serviço da pacificação social e do bem comum. A problemática que cercam em nosso ordenamento jurídico há previsão de proteção integral a entidade familiar, não só as formadas pelo casamento, mas todas aquelas que se formam pela comunhão do afeto. Desta forma, pretende-se com este escrito contribuir de uma forma concisa, mas direta, para a análise e estudo deste novo tema do direito das famílias, em seus aspectos processuais, como possibilidade de atingir judicialmente a consideração desta nova modalidade de paternidade. A metodologia utilizada para a elaboração do trabalho tratou-se de uma revisão bibliográfica, no qual, facilitou a compreensão dos assuntos relacionados ao tema objeto do estudo baseada na doutrina e na legislação, pois o tema está relacionado a filiação afetiva e suas vicissitudes a partir da família homoafetiva. Para tanto a técnica empregada no estudo é a pesquisa bibliográfica com assuntos pertinentes ao tema escolhido. O objetivo geral da pesquisa, tratou-se de analisar a adoção da união homoafetiva e a sua problemática, cobrando a construção do sistema jurídico a partir da perspectiva do filho como pessoa titular do *status* de sujeito de direito. E, por fim, as considerações finais, apontando que de qualquer forma, enquanto isto não ocorra, é perfeitamente possível fazer uso da Carta Cidadã, uma vez que filiação e paternidade se constituem em direito fundamental, oferecendo a própria Constituição Federal as garantias processuais a que se consiga o desiderato de ver reconhecida a paternidade socioafetiva.

Palavras-Chave: União Homoafetiva, Adoção, Filiação, Paternidade.

## **ABSTRACT**

The present study aims to focus on affective affiliation and new vicissitudes: a view from the homoaffective family, directing that the change in our society regarding the new types of affective relationship, besides involving new family modalities, is notorious. new understanding with such a new understanding of family, thus valuing no longer a single form of convivial structure, but a multi-parental coexistence, where there is reciprocal commitment from affectivity, creating new kinship ties, many bringing another relationship from their offspring, children who are adapting, and getting used to their new family referential united only by affection. The justification for the work is through so many changes of paradigms in which it is necessary to see action not as a conclusion in itself, but as a means instrument at the service of social pacification and the common good. The problematic that surrounds in our legal system there is provision of integral protection to familiar entity, not only those formed by the marriage, but all those that are formed by the communion of the affection. Thus, this paper intends to contribute in a concise but direct way to the analysis and study of this new topic of family law, in its procedural aspects, as a possibility to reach judicially the consideration of this new modality of paternity. The methodology used for the elaboration of the work was a bibliographical review, in which, it facilitated the understanding of the subjects related to the subject of the study based on the doctrine and the legislation, since the theme is related to affective affiliation and new vicissitudes from of the homoaffective family. For this, the technique used in the study is the bibliographic research with subjects pertinent to the chosen theme. The general objective of the research was to analyze the adoption of the homoaffective union and its problematic, charging the construction of the legal system from the perspective of the child as a person holding the status of subject of law. And, finally, the final considerations, pointing out that in any case, while this does not occur, it is perfectly possible to make use of the Citizen Letter, since filiation and paternity constitute a fundamental right, offering the Federal Constitution itself the procedural guarantees that it is possible to obtain the recognition of socio-affective parenthood.

Keywords: Homoaffective union, Adoption, Membership, Paternity.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>09</b>
<b>2 UNIÃO HOMOAFETIVA</b>	<b>12</b>
2.1 Filiação socioafetiva	13
2.2 O conceito de família Segundo o Antigo Testamento	14
2.3 Do patriarcalismo à modernidade	15
<b>3 A ADOÇÃO NO BRASIL: evolução histórica</b>	<b>19</b>
3.1 Adoção à brasileira	20
3.2 Uma visão sobre a adoção após a Constituição de 1988	21
3.3 A importância da família	23
3.4 A evolução da família	25
3.5 A família no novo ordenamento jurídico	26
3.6 A família no Código Civil de 1916	28
3.7 A família no Código Civil de 2002	29
<b>4 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE</b>	<b>31</b>
4.1 Pressupostos da paternidade socioafetiva	32
4.2 Paternidade	34
4.3 Paternidade e filiação sob a perspectiva civil-constitucional no Direito Brasileiro	38
4.4 O estabelecimento da paternidade	38
4.5 Reconhecimento voluntário de paternidade	39
4.6 Ação declaratória de paternidade socioafetiva: possibilidade jurídica do pedido	41
4.7 Outros efeitos jurídicos	42
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>44</b>
<b>6 REFERÊNCIAS</b>	<b>47</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo demonstrar, através da análise do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, as decisões e entendimento de juízes em deferir o pedido de ação declaratória de paternidade sócio afetiva, constituída no direito de estado de filhos afetivos. É notória a mudança em nossa sociedade quanto aos novos tipos de relação afetiva, envolvendo além de novas modalidades familiares, surge então, uma nova compreensão com o tal novo entendimento de família, valorizando assim não mais uma única forma de estrutura de convívio, mas uma convivência pluriparental, onde há comprometimento recíproco proveniente da afetividade, os frutos de tal relação conjugal, termo com aquele limite de madrasta ou padrasto, criando vínculos de parentesco novos, muitos trazendo de um outro relacionamento sua prole, filhos que vão se adaptando, e se acostumando com seu novo referencial de família unida tão só pelo o afeto.

Mesmo sendo abstrato o afeto, levou nosso ordenamento jurídico a aplicar novos valores éticos, tal tratamento jurídico enquadra-se com a atual realidade de relações paterno-filial. A família é uma instituição conhecida desde os primórdios da humanidade. Em determinados povos que viviam na mesma tribo a relação sexual entre homens e mulheres, muitas vezes, se davam entre parentes e os homens, quando iam à guerra, deixavam sua prole com a mãe. Em outras tribos os homens procuravam manter contato com outras mulheres de outras tribos e mais uma vez, muitas mulheres tinham seus filhos, porém, não tinham seus maridos, ficando, novamente, a prole sob sua custódia.

Com o passar dos tempos, os homens foram fixando-se, cada vez mais, em determinados locais, fixando também o conceito marcante de família. Assim sendo, a família neste caso constituiria todos quantos ficassem sob o comando do pai.

Assim nasceu a família, não como entendemos hoje, sob a égide do novo Código Civil. Ocorreu junto à formação social do homem o nascedouro da instituição familiar tendo, desta feita, um caráter individualista. Ou seja, o homem firmando compromissos com uma mulher e constituindo, através da prole, o conceito de família.

A relativização da paternidade socioafetiva, seria a desbiologização da paternidade, já que muito além de um vínculo biológico, deve-se procurar o

sentimento afetivo desenvolvido em meio a pai e filho, manifestando assim a verdadeira paternidade.

Pai é aquele que cuida, ama, ampara, educa, enfim inúmeras são as características de um bom pai. Essa posse do estado de filho gera deveres e cuidados como na alimentação, instrução e proteção.

Justifica-se o estudo diante de tantas mudanças de paradigmas é preciso que enxergue a ação não como uma conclusão em si mesmo, porém como instrumento-meio a serviço da pacificação social e do bem comum. Diz-se, reforçando, que esse fim não deve ser exclusivamente jurídico, pois o processo deve, também, atender as finalidades sociais e políticas.

Razão pela qual, o referencial maior que é a Constituição Federal fala em amplo acesso ao judiciário.

Desta forma, toda pessoa, especialmente a pessoa em formação, tem direito á paternidade. Para tanto, se não a apresenta, porque ninguém a adotou de maneira voluntaria, pode obstiná-la para que seja reconhecida judicialmente. Urge, portanto, mencionar, mais uma vez, que o objetivo deste trabalho é demonstrar que é possível sim a declaração de paternidade socioafetiva.

Para tanto, constituirão ser avaliadas, as correntes doutrinárias existentes a respeito do assunto, condicionamentos normativos que indiretamente regulamentam a questão, assim como as jurisprudências existentes.

Destaca-se, contudo, que não se pretende com este estudo esgotar o tema, nem pôr fim à polêmica que o envolve apenas contribuir para a melhor solução desse conflito.

No bojo da problemática que cercam em nosso ordenamento jurídico há previsão de proteção integral a entidade familiar, não só as formadas pelo casamento, mas todas aquelas que se formam pela comunhão do afeto. No que concerne, o afeto com analogia ao agregamento paterno ou materno, não levam em conta a qualquer dos tipos de paternidade, provando assim que ser pai ou mãe passam a ser muito mais importante como papel do que como genitor(a).

Diante do exposto, é que nos observamos frente do questionamento o qual constituirá objeto deste estudo, a chance de alcançar a declaração da paternidade socioafetiva, constituída no direito de estado de filho afetivo, sem o condão de exaurir a matéria. Objeto deste trabalho.

Diante da hipótese de pesquisa, pretende-se com este escrito contribuir de uma forma concisa, mas direta, para a análise e estudo deste novo tema do direito das famílias, em seus aspectos processuais, como possibilidade de atingir judicialmente a consideração desta nova modalidade de paternidade.

Assim sendo, a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva como direito fundamental. Na contemporaneidade, essa nova paternidade socioafetiva tornou-se uma realidade social, o que demonstra uma mudança de paradigma da relação paterno-filial ou materno-filial.

É preciso, pois, que a garantia do direito de ação faça valer tal pretensão investigatória, uma vez que a ação vem a ser o poder jurídico que apresenta todo sujeito de direito de apelar aos órgãos jurisdicionais para reclamar a alacridade de uma vontade.

A metodologia utilizada para a elaboração do trabalho foi baseada na doutrina e na legislação, pois o tema está relacionado à filiação afetiva e suas vicissitudes com visão a partir da família homoafetiva, para tanto a técnica a ser empregada no estudo é a da pesquisa bibliográfica com assuntos pertinentes ao tema escolhido.

A revisão bibliográfica facilitou a compreensão dos assuntos relacionados ao tema objeto do estudo, tendo também sido uma oportunidade para conhecer a opinião de diversos autores, especificamente sobre o tema.

Para o objetivo geral da pesquisa, tratou-se de analisar a adoção da união homoafetiva e a sua problemática da filiação afetiva e suas vicissitudes a partir da família homoafetiva, cobrando a construção do sistema jurídico a partir da perspectiva do filho como pessoa titular do *status* de sujeito de direito. Para os objetivos específicos foi de descrever a questão da união homoafetiva; abordar sobre a adoção no Brasil e suas aplicações jurídicas; e de analisar os questionamentos doutrinários sobre o tema.

## 2 UNIÃO HOMOAFETIVA

A união homossexual não tem amparo na legislação brasileira. No entanto, a família afetiva que se forma em torno das uniões homossexuais está entrando, na atualidade, em um acelerado processo de afirmação, exigindo ser reconhecida pelo direito de família (AZEVEDO, 2000).

A Constituição Federal de 1988 apenas amparou a união estável e as famílias monoparentais. As uniões homoafetivas não foram incluídas explicitamente no rol, em função do grande preconceito que a sociedade cultiva em torno dos homossexuais e tudo o que diz respeito a eles. O mesmo se repetiu com o novo Código Civil, que vigora desde 2003, o qual não trouxe nenhum amparo a tais relações.

Netto Lobo (2003, p. 91) afirma que além das normas constitucionais que tutelam especificamente as relações familiares, a doutrina tem encontrado família, garantidas no art. 5º, mas especificamente os que garantem a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Em sentido contrário, alguns doutrinadores comentam:

Por mais estável que seja, a união sexual entre pessoas do mesmo sexo-que morem juntas ou não-jamais se caracteriza como entidade familiar. A não configuração de família, nestes casos, é resultante de uma análise sobre a realização afetiva e psicológica dos parceiros, mas sim da constatação de que duas pessoas do mesmo sexo, não formam um núcleo de procriação humana e de educação de futuros cidadãos. A união entre um homem e uma mulher pode ser, pelo menos potencialmente, uma família, porque o homem assume o papel de pai e a mulher o de mãe, em face dos filhos. Parceiros do mesmo sexo, dois homens ou duas mulheres, jamais oferecem esta conjugação de pai e mãe, em toda complexidade psicológica, que tais papéis envolvem (CZAJKOWSKI, 1995, p. 27).

De forma distinta, a desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dias (2011) defende que a união homoafetiva, que possua características de uma união estável, em que exista um lar respeitável e duradouro, cumprindo os parceiros os deveres assemelhados aos dos conviventes, como lealdade, fidelidade e assistência recíproca, numa verdadeira comunhão de vida e interesses, não há de ser tida como incompatível com a natureza da medida.

As uniões homoafetivas, no entanto, são uma realidade que se impõem e reclama tutela jurídica, não podendo mais ser negada, discriminada e marginalizada

pelo preconceito, pois a busca pela felicidade é um direito inerente a natureza humana, através de uma norma natural. Assim, não há porque continuar negando que muitas pessoas só são felizes se ligadas a outras do mesmo sexo. É forçoso reconhecer que estes indivíduos buscam respeito às suas uniões, que é devido pela sociedade e pelo Estado.

Com o objetivo de se assegurar o respeito aos direitos humanos protegidos constitucionalmente, necessita-se urgentemente preencher esta lacuna jurídica, não importando que nome se dê a este tipo de união homoafetiva, seja, união livre, união civil, parceria civil, união estável, etc.

## 2.1 Filiação socioafetiva

A filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, como o filho de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo, a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida “adoção à brasileira” (WELTER, 2003).

Segundo Nogueira (2001), a filiação afetiva ocorre naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera escolha, denominado filho de criação, velando-lhe todo o cuidado, ternura, enfim, uma família.

A posse do estado de filho é a exteriorização do vínculo entre pai e filho, vínculo este que é fruto de uma convivência afetiva, é ser tratado como filho, contraindo todos os direitos e deveres inerentes aos filhos biológicos, sem discriminação.

Na filiação socioafetiva leva-se em conta o laço de amor e a afetividade existente na relação entre pai e filho ou mãe e filho, o que ultrapassa a esfera sanguínea, visto que, para que a criança tenha um desenvolvimento psicossocial saudável é muito mais relevante esse laço afetivo do que o biológico.

Ao observarmos os tipos de entidades familiares reconhecidos nos incisos do art. 226 da Constituição Federal, concluímos tratarem-se todas de uniões existentes em torno dos laços afetivos, pois atualmente, a família considerada, funda-se na união duradoura e aparente de pessoas, por conta do laço afetivo.

O princípio da afetividade encontra fundamento constitucional onde se mostra

uma atmosfera de solidariedade e amor. Segundo esse princípio a família deve ter como finalidade e fundamento, a afetividade e o amor que liga um grupo de pessoas, sem considerar o móvel econômico: os interesses materiais que só devem emergir, quando o afeto se extinguir.

Para Perlingieri (1997) afirma que o sangue e o afeto são muito importantes, são razões autônomas de justificação para o momento construtivo da família, porém o perfil consensual e o afeto constante e espontâneo, exercem cada vez mais o papel de denominador comum nos núcleos familiares, pois a tutela da família não diz respeito apenas às relações sanguíneas, mas, principalmente, àquelas afetivas que são uma comunhão espiritual e de vida. É necessário mais do que outra coisa, aceitar a ideia de que, quando falta o afeto e a comunhão espiritual, a família *não existe*.

Segundo Lobo (2006), a afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade, unidas por laços afetivos, haverá à família.

Ainda, neste contexto, segundo o mesmo autor, o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não de sangue. A família recupera a função que deriva nas suas origens mais reunidas: a de grupo unido por desejo e laços afetivos em comunhão de vida. Assim vê-se que a família moderna tem seu pilar sedimentado no afeto entre as pessoas.

Se a família no conceito atual é uma união duradoura e aparente de pessoas por conta do laço afetivo, entende-se que todos os grupos devem ser havidos como entidades familiares, mesmo que explicitamente não estejam contemplados no texto constitucional.

O instituto da adoção é a expressão máxima do princípio da sócioafetividade, porém, este não é o único que preenche seu conteúdo, ou seja, a compreensão da adoção deve ser em conformidade com todos os demais princípios (SANTOS, 2003).

## 2.2 O conceito de família segundo o Antigo Testamento

No que concerne, o Código de Direito Civil, no novo conceito de família, são analisadas famílias os grupos formados não apenas pelo casamento civil ou

religioso, também pela união estável de homem e mulher ou por comunidade que venham a ser norteadas somente por um homem ou por uma mulher.

Igualmente, uma união que não facultasse ser composta pelo casamento formal era considerada “família ilegítima”. Da mesma forma, “filho ilegítimo” vem a ser um esclarecimento que não compete mais frente a nossa sociedade.

Na bíblia encontramos em Gênesis 2.24 que a família constituída por Deus era diferentemente deste conceito contemporâneo que temos hoje em dia e assim está escrito: na verdade a família do Antigo Testamento é uma família monogâmica. Na qual a base de sustento dessa verdade cumpre ser a intenção original de Deus e, diante disso, observa-se que Deus aperfeiçoou uma família no modelo mais comum, como o distinguimos atualmente, em que pai, mãe, marido e mulher e filhos coexistem em harmonia na procura de satisfação pessoal e da pretensão divina. Assim sendo, a família monogâmica, vem ser em que, é marido de uma só mulher e vice-versa, apresentando sua origem no Gênesis.

### 2.3 Do patriarcalismo à modernidade

Família é um sistema que se movimenta no tempo. É composta por indivíduos e se relaciona com a comunidade.

O que acontece com o indivíduo do grupo familiar, afeta todo o sistema.

Portanto, a família muito embora signifique ser considerada uma instituição vagarosa no que diz respeito a mudanças, vem passando por transformações ao longo dos tempos. É como ensinava o filósofo Heráclito (535-475 a.C): “*Panta rei kai oudén ménei*” (Tudo flui e nada fica como é). Coisa alguma é estável, muito menos a família.

Várias teorias existem sobre a origem e formação da família. Para a religião hebraica e a cristandade, de um modo geral, a família teria começado na forma monogâmica, quando o Senhor Deus criou o homem e a mulher, ou seja, Adão e Eva.

Na observação dos primitivos atuais, isto é, de agrupamentos étnicos que cultivam um padrão de vida rudimentar ou quase selvagem, alguns estudiosos concluíram que todas as mulheres pertenceriam a todos os homens; a família seria, portanto, poliândrica, em que uma mulher possuiria vários homens.

Embora existam indícios da organização matriarcal na história da família, esta parece mais uma concessão masculina pelo afastamento temporário do homem da casa, motivado pela caça ou pela guerra, do que uma composição natural.

Tipo familiar que nos chega como certo e comprovado é o sistema patriarcal, pois nos chegam provas que esta seria a prática da família mediterrânea, judaica e, principalmente, a romana, da qual somos herdeiros intelectuais.

Como bem observa Pereira (1998), em Roma a família era constituída sob o princípio do domínio, sendo o pater seu chefe político, sacerdote e juiz. Conduzia, oficiava o culto dos deuses familiares e difundia justiça. Exercia o pater sobre seus filhos o direito de vida e de morte, podia impor-lhe pena corporal, constató-los, ou tirar-lhes a vida. Nesses tempos, a mulher era integralmente submissa ao domínio marital jamais contraindo autonomia, porquanto que passava da qualidade de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade. Não tinha direitos próprios, era considerada como ser mais frágil; e, portanto, inferior. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Ademais, somente o pater podia adquirir bens, exercendo todo seu poder a respeito dos bens de família em conjunto com o poder sobre a pessoa dos filhos e sobre a mulher.

A família era organizada em função da ideia religiosa. Com o passar dos tempos estas regras foram sendo amenizadas, surgindo, então, o casamento sem a preeminência do homem sobre a mulher, e com os filhos podendo constituir patrimônio independente da família.

Já no século IV, sob os auspícios do Imperador Constantino, instalou-se em Roma a concepção cristã da família, quando as preocupações de ordem moral passaram a predominar sob a inspiração do espírito da caridade.

Também com o advento do crescimento das cidades e a diminuição da importância da família neste contexto, a autoridade do pater famílias ficou prejudicada, sendo, porém, conservada a organização autocrática.

Na sua evolução, a família pós-romana recebeu a contribuição do direito germânico, permanecendo o grupo familiar comprimido aos pais e filhos, assumindo, ainda, o cunho sacramental. Substituiu-se a organização autocrática por uma democrático-afetiva. Quanto ao centro de sua composição arrastou-se do princípio do comando para o da compreensão e do amor. Assim, as relações de

consanguinidade misturaram o embasamento político do ágnato pela vinculação biológica da consanguinidade, cognatio.

O pai passou a exercer o pátrio poder no interesse da prole menos como direito e mais como complexo de deveres. Aparece, portanto, o poder-dever, em lugar do poder-direito.

Na década de quarenta, no século passado, ainda se asseverava que a ordem familiar era composta de instituições que regulavam e promoviam as relações sexuais legítimas, a procriação, a educação dos filhos, assim como a transmissão da propriedade privada.

Segundo Gonçalves (2006), no entanto, já observava que a ordem familiar compreendia, em geral, as comunidades sexualmente duradouras de pai, mãe e filhos. E que as funções econômicas, embora ligadas historicamente às familiares, podiam ser, é evidente, delas separadas de forma analítica. Também, que as relações conjugais e as relações entre pais e filhos estavam fundamentadas na ordem familiar, mas as relações puramente sexuais eram muito instáveis e problemáticas. Para se tornarem duradouras, deviam ser institucionalizadas, o que em geral acontecia com referência às condições econômicas. Assim, o pai devia sustentar a mãe e, até que o filho fosse capaz de cuidar-se sozinho, a mãe devia zelar por ele. As relações entre irmãos não seriam necessariamente importantes, a não ser que compreendessem a ligação a uma fonte de princípios comuns. Porém, mesmo nas sociedades onde os homens estavam reunidos sob forma comunitária em alojamentos para solteiros, com propósitos militares e econômicos, mães e filhos continuavam morando juntos.

O que se observa é que o sentimento mesmo de “familiaridade” veio com a família burguesa. Diante disso, observa-se que existe um entendimento novo a respeito da família que se edifica atualmente.

Hodiernamente, o grupo familiar se reduz numericamente. A mulher exerce atividades fora do lar os filhos são atraídos para fora de casa devido ao problema do espaço no lar ou pela diversidade dos programas a eles oferecidos. Outrossim, por causa das dificuldades financeiras, os jovens começam a trabalhar mais cedo, adquirindo mais cedo sua independência, e seus parentes não influenciam mais em sua educação.

A família contemporânea é uma instituição democrática horizontal em que se prioriza o afeto e o diálogo entre gerações. Anteriormente, o que se observava era é que a família girava em torno da função moral, não afetiva.

A crítica que se tem feito é que até 1950 os papéis eram muito bem definidos na instituição familiar, e que como vivemos um período de desconstrução de tudo o que apreciávamos, a composição familiar encontrar-se-ia significando um tanto cruel, onde nada é reprimido, ninguém tem responsabilidade e ninguém pensa em ninguém.

Para Diniz:

Apesar de toda a sua importância, não consideramos as instituições familiares mais naturais do que quaisquer outras. Em que o vínculo em meio a mãe e a criança faculta ser natural, porém, como já vimos, o pai muitas vezes determina qual a criança cujo nascimento será atribuído a sua esposa, se o seu próprio filho, ou o de sua serva – veja-se a história de Lia e Raquel. Através da Antiguidade, o infanticídio dos filhos indesejáveis foi considerado natural. O filho legítimo é definido como tal pelas regras e junto aos representantes do preceito familiar, tendo portanto, uma separação em meio a biologia e o caráter humano, que institucionaliza os papéis do pai e da mãe (DINIZ, 2007, p. 13).

Tais fatos hoje já não são mais legitimados pelas leis, mas que, na prática, estão presentes ainda na realidade cotidiana de muitas crianças que vêm ao mundo. Frente a isso, ainda se não pode determinar as linhas de contorno precisas do atual grupo familiar, mas não acredito que estejamos em meio a uma desagregação familiar, ou uma crise familiar sem precedentes. Toda esta abordagem da evolução da família, para demonstrar que nós temos uma cultura, mesmo com suas mudanças, tipicamente familiar.

### **3 A ADOÇÃO NO BRASIL: evolução histórica**

É com a lei de 22 de setembro de 1828 que surge a primeira legislação tratando da adoção. No Brasil o Código Civil (lei de 01 de janeiro de 1916) que a adoção recebeu disciplina sistematizada, como adoção simples de forte característica contratual (arts. 368 – 378). Posteriormente, em 1927, foi criado o primeiro Código de Menores, visando regular a situação dos menores abandonados, o qual, contudo não continha normas sobre a adoção (MARMITT, 2002).

Não se pode negar que o instituto da adoção caiu em desuso no direito anterior ao nosso Código Civil de 1916. A explicação era a ausência de regulamentação normativa e por ser assunto combatido fortemente por ilustres civilistas. Segundo consta, quase nunca teria sido utilizado a adoção.

No Código Civil de 1916 a adoção foi instituída pelo capítulo V, do título V, do Livro de Família arts. 368 a 378. O autor do Código Civil de 1916, o ilustre Clóvis Bevilacqua, conceitua a adoção como um ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Rubens Limongi França foi conclusivo ao acentuar que “o regime do Código Civil era de caráter rígido e fechado, de modo a estabelecer mesmo verdadeiros entraves para a adoção” (FRANÇA, 1998, p. 351):

Inicialmente, o código, da forma como concebido pelo legislador de 1916, exigia que o adotante tivesse, no mínimo, cinquenta anos de idade e que entre ele e o adotado houvesse uma diferença de dezoito anos de idade.

Várias alterações se seguiram. Em 1957, a Lei 3.133 alterou a redação dos arts. 368/369/372/374 e 377 do Código Civil, deixou de ser requisito a inexistência de filhos e reduziu o limite mínimo de idade do adotante. Em 1965 surge a Lei 4.665, que é considerada por muitos como um marco na legislação brasileira, pois estabeleceu a legitimação adotiva, cujos princípios acabaram acolhidos na adoção plena implementada pelo Código de Menores (Lei de 10 de outubro de 1977).

A legitimação adotiva permitia a perfilhação de menores expostos e abandonados, de idade não superior a sete anos, por casais com mais de cinco anos de casamento, sem filhos onde pelo menos um dos cônjuges, fosse estéril, comprovado através de perícia médica. Essa adoção atribuía a condição de filho para todos os efeitos legais, salvo no caso de sucessão, quando concorresse com filho legítimo superveniente.

Em 1965, cria-se, sob inspiração francesa, a chamada legitimação adotiva. Em 1979, surge o segundo Código de Menores, com várias renovações.

### 3.1 Adoção à brasileira

O ato de reconhecer a paternidade ou maternidade biológica, mesmo não o sendo, no Cartório de Registro Civil, é conhecido como “adoção à brasileira”, e é tipificado como crime (art. 242, CP). Mesmo sendo enquadrado como crime, não tem ocorrido condenações, pela relevante afetividade que abrange sua prática. Tal denominação se dar pelo fato de sua ocorrência ser frequente no Brasil.

Na “adoção à brasileira” observa-se a ostentação do estado de filho, uma vez que os envolvidos nessa relação, adotado e adotante, estão emocionalmente ligados pelo amor, pela reciprocidade afetiva, pela responsabilidade, sendo edificada, pela exteriorização desse convívio, a posse de estado de filho, o que torna irrevogável a filiação, com base nos artigos 226, §§ 4º. e 7º, e 227, §6º, da nossa Carta Magna.

Com o advento da lei 8.069 de 13 de julho de 1990, que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção passou a ter feição própria e o legislador procurou proteger primeiro o interesse do menor desamparado, preocupando-se em encontrar a melhor família para o mesmo.

A importante modificação trazida pelo novo Código Civil é a vedação da adoção por concubinos. O art. 1727 do Código Civil distingue claramente o concubinato da união estável. A adoção gera um parentesco civil, equiparado ao consanguíneo.

A adoção deve ser encarada sob uma nova ótica, deixando de ser vista como um ato de caridade e passando a ser uma forma de se ter filhos por método não biológico, seja por opção, seja pela impossibilidade biológica. Os tempos mudaram e com isso existe uma necessidade urgente de se criar no Brasil uma cultura de adoção.

Quando o art. 42, ECA, dispõe que uma pessoa adulta, pode adotar independentemente de estado civil, encontra-se a previsão da família monoparental, pois através da adoção, aquela pessoa que se encontrava sem cônjuge ou companheiro, passou a ter um filho, formando dessa maneira uma entidade familiar.

Não se encontra presente nesta situação a consanguinidade, mas um relacionamento de afeto, carinho, respeito, e que contém todos os requisitos de uma

família, através de uma escolha, passando a ser uma família formada por pai e filho, ou mãe e filho, gerando assim a família monoparental. Conclui-se, assim, que o art. 226 § 4º da CF, ao entender como entidade familiar à comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, oportunizou aos mesmos o direito à adoção, atribuindo a estas famílias os mesmos direitos e garantias que existem na família tradicional.

### 3.2 Uma visão sobre a adoção após a Constituição de 1988

Devido às modificações feitas pela Constituição Federal de 1988 e principalmente em virtude do agravamento do problema dos menores no Brasil, a sociedade civil determinou a preparação de um Novo Código de Menores.

Em 1990, entrou em vigor no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente buscando democratizar mais o acolhimento às crianças. Nessa esteira de entendimento, observa-se o Código de Menores, como atualmente no Estatuto, a sentença concessória apresenta implicações constitutivas, vedadas observações a respeito da origem do ato, não se abastecendo certidão de inscrição no Registro Civil, onde se assinala os nomes dos pais adotivos e de seus ascendentes, descontinuando os vínculos de filiação e parentesco anteriores (art. 35 e parágrafos um a cinco).

Já se admitia a modificação do prenome, conferindo ao menor os nomes da família dos adotantes (art. 36), constituindo a adoção plena irrevogável, mesmo que os adotantes apresentassem ou viessem a apresentar filhos supervenientes, em que os adotivos se nivelavam, com os mesmos direitos e obrigações (art. 37).

Verifica-se, que a adoção plena contemplada no Código de Menores de 1979 vem a ser antiga legitimação adotiva, que, com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, auferiu sobrevida, comprovando de forma eficaz que veio para ficar, hoje numa variante mais ampla e moderna.

A outra é a adoção estatutária, prevista no art. 39 e seguinte da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), constituindo aplicativa a todos os menores de 18 anos, sem distinção, compreendendo igualmente aqueles que ao atingirem a maior idade, já sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40 do ECA).

Atualmente, na vigência do novo Código Civil de 2002, desse modo, a adoção apenas se consolida por meio de sentença judicial junto aos menores de idade,

conforme o ECA. Observa-se que em princípio, tal concordância precisa constar do documento público de adoção. Não fazendo parte, contudo, que ainda assim faculta o ato ser verdadeiro se o adotado, posteriormente, despontar por meio de atos inconfundíveis a sua aceitação.

Em face da natureza do instituto, o qual envolve estado de pessoa, a apresentação do adotante à lavratura do ato assemelhar-se a eficaz, não facultando ser ele concebido por intermediário, ainda que do instrumento conste poderes especiais. Essa reivindicação, passa a ser realizada pelo ECA, em seu art. 39, parágrafo único, no tocante à adoção estatutária. A Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 do ECA, trouxe uma contribuição diferenciada em relação à adoção plena.

Não custa assinalar que a própria evolução social e o transcurso do tempo acabaram por demonstrar que as tradicionais instituições jurídicas sobre os menores foram perdendo progressivamente a sua operatividade, sobretudo, porque voltavam-se aos menores situados em situações irregulares.

O ECA destaca o direito da criança e do adolescente a constituírem serem cuidados e educados no seio de sua família e, “excepcionalmente, em família substituta” art. 19, “coibidas quaisquer qualificações discriminatórias atinentes à filiação” art. 20. Aboliu-se a circunstância anterior e de amparo ao menor em condição irregular para se ampliar a toda criança ou adolescente que se encontre em situação de desamparo.

Em linhas gerais, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se antecipar que a adoção se estabelece por sentença judicial de caráter constitutivo. Será inscrita no Cartório do Registro Civil, art. 47. O registro original será cancelado art. 47, § 2º. São consignados os nomes dos adotantes e seus ascendentes art. 47, § 1º.

No que concerne, o artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao adotado a qualidade de filho, com os mesmos direitos e obrigações do filho de sangue, até mesmo sucessórios, que é mútuo em meio ao adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e paralelos até o 4º grau.

A esse respeito merece destaque que, com a adoção, fica o adotado desprendido de qualquer vínculo com seus pais e parentes. Afora quando um cônjuge ou concubinato adotar filho do outro, porquanto, em tal caso, conserva-se o vínculo de filiação em meio ao adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os

concernentes parentes (art. 41, § 1º). A desvinculação do vínculo, porém, não alcança os obstáculos matrimoniais.

O Código Civil de 2002 disciplinou integralmente a matéria referente à adoção. Só as pessoas maiores de 18 anos e que constituam 16 anos mais velha que o adotivo faculta adotar (BRASIL, 2002).

Disciplinou integralmente a matéria referente à adoção. Deixa, doravante, de existir no direito brasileiro, a dualidade de tratamento até então vigente. Só as pessoas maiores de 18 anos e que sejam pelo menos 16 anos mais velhas que o adotado podem adotar.

Tratando-se os adotantes de cônjuges ou companheiros, a adoção somente facultará ser formalizada se um deles apresentar completados 18 anos de idade, tendo obrigação ainda de comprovação acerca da estabilidade da família. Aliás, ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se forem estas casadas, mesmo que separadas ou conviventes.

Os divorciados e as pessoas judicialmente separadas somente poderão adotar, em contíguo, se encontrarem concordes a respeito da guarda e regime de visitas, a partir de que o estágio de coexistência apresente ter sido iniciado na constância do casamento.

Saliente-se a pertinência de que, ao estatuir que ninguém faculta ser adotado por duas pessoas, afora se forem marido e mulher, ou se conviverem em regime de união estável, e apresentando em vista que tais formas de coexistência exclusivamente poderão se constatar em meio ao homem e a mulher (art. 1.723 do CC), o legislador excluiu, de plano, a possibilidade de adoção por casal homossexual.

A adoção reclama, outrossim, o consentimento dos pais ou dos representantes legais do adotado, contanto que sejam estes conhecidos ou não tenham sido destituídos do poder familiar.

### 3.3 A importância da família

As mudanças que foram introduzidas no nosso sistema jurídico, nos conduzem a uma nova visão de família, tendo como base os princípios da Constituição Federal de 1988, como o respeito à dignidade humana, no seu art. 1º, inc. III, o tratamento igualitário às pessoas, arts. 5º, inc. I, 226 § 5º e 227, § 6º, entre outros (BRASIL,

1988).

A Carta Magna reconhece, pois, novas formas de entidades familiares, junto à tradicional, aquela formada a partir do casamento, a chamada família natural, além da modalidade de família substituta prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente por guarda, tutela ou adoção.

A partir da Constituição Federal de 1988, a família deixa de ter a sua existência atrelada ao casamento, reconhecendo o companheirismo, como uma espécie familiar, também merecedora da proteção do Estado, sem necessariamente enfraquecer o instituto do casamento, ao facilitar que a união estável, prevista no § 3º, do art. 226, seja convertida em casamento (BRASIL, 1988).

A família considerada legítima, constituída pelo casamento civil, sempre esteve ao lado de outra forma de família que até então, era tida como ilegítima, pois não estava organizada na forma da lei, apesar de sua existência fática, sendo por isso, considerada inferior. Os dispostos nos arts. 226 e 227, da CF/88, atendem aos aspectos necessários à harmonia familiar, que são a solidariedade e independência, assim descrito no art. 1566 do Código Civil, que não só se encontra nas uniões legítimas, mas que também se estende a vida em comum dos membros nas uniões estáveis e nas famílias monoparentais.

Neste raciocínio, Lobo afirma (2004), que a proteção do Estado à família na atual Constituição, expressa no seu texto, entre outras: a proteção a qualquer entidade familiar; a natureza sócio afetiva da filiação que prevalece sobre a origem biológica; reafirma-se a liberdade de se constituir, manter e extinguir a entidade familiar, sem a imposição do Estado.

Na lição de Leite (2003), o art. 226, nos seus §§ 3º e 4º da CF, refletem a diversificação dos novos modelos, chamados entidades familiares e destaca a necessidade do seu reconhecimento e inserção no contexto legislativo.

Com a Constituição reconhecendo novas formas de entidade familiar, deu-se uma revalorização da família e dos seus componentes humanos, alicerçado no respeito à dignidade da pessoa, trazendo ao judiciário um sensível aumento de demandas visando a buscar soluções e divergências no reconhecimento das novas entidades familiares e ao direito assegurados aos novos integrantes.

### 3.4 A evolução da família

O homem nasce no seio de uma família, e precisa germinar como uma semente para dar vida a outra família, com a finalidade de perpetuar a sua espécie. É da família, pois que deverá receber proteção desde o nascimento até atingir a maioridade, onde poderá retomar o ciclo, sem romper necessariamente com sua família original. Esta dependência do homem ao nascer com a sua família vem da fragilidade humana, da necessidade que possui de viver sempre agrupado, dependente, ligado ao seu grupo familiar (QUEIROGA, 2004).

A família é a estrutura básica da sociedade, tendo como finalidade a inserção do homem na família, moldar as suas potencialidades, para que possa ser inserido no meio social, indo em busca de sua realização pessoal. As estruturas familiares surgem pela formação de variados modelos, levando em conta o aspecto espacial e temporal, para atender as necessidades humanas e da própria sociedade.

A organização familiar difere da organização dos animais pela escolha de seus caminhos, sua formação de grupos que desenvolve sua personalidade para ir em busca da felicidade.

Há uma concepção nova da família, que é constituída em nossos dias. Uns falam de sua desagregação, outros no seu desprestígio. Indo ao encontro dessa concepção observa-se que a família concede prestígio social e econômico aos seus membros, intervindo o Estado na medida em que os poderes privados diminuem.

O mundo vem passando por grandes e rápidas mudanças, influenciando no padrão de família. Surgiram novos tipos como a família monoparental, famílias recasadas, famílias homossexuais, masculina e feminina.

De forma objetiva Farias assevera, que a sociedade contemporânea tem um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado, onde o seu objeto passa a ser a solidariedade social, com o afeto como a mola propulsora do núcleo familiar (FARIAS, 2004).

A família quando deixa de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo, e passa para uma compreensão socioafetiva, faz surgir novos arranjos familiares, na busca da dignidade humana que se sobrepõe aos valores patrimoniais, cumprindo assim a função que a sociedade contemporânea destinou à família como transmissora da cultura e formação da pessoa humana digna.

### 3.5 A família no novo ordenamento jurídico

Maria Helena Diniz conceituou as espécies de família conforme sua fonte, ou seja; o matrimônio, o companheirismo ou a adoção. A família matrimonial tem por base o casamento, composto por cônjuges e filhos, a não matrimonial é a que tem origem nas relações extraconjugais e a adotiva estabelecida pela adoção. (DINIZ, 2004). Observa-se então que o Direito protege além da família matrimonial todas as que são constituídas fora do casamento, conhecendo a família substituta representada pela adoção, tutela e guarda.

Sílvio Venosa definiu num conceito *lato sensu*, a família como um conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar. Considera ele ainda no *stricto sensu* somente o núcleo constituído por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder (VENOSA, 2004).

Do ponto de vista sociológico, no entanto, o conceito de família coincide com a posição no direito romano, onde a família era descrita como a reunião de pessoas que vivam sob um mesmo teto, e sem necessariamente ter laços consanguíneos e sob a proteção do chefe de família. A família na sociedade romana não se baseava, portanto nem no nascimento nem no afeto, mas no poder marital (VENOSA, 2004).

O Código Civil Brasileiro de 1916 não definiu o instituto da família, tendo o vigente também sido omissivo. As Constituições Brasileiras, a partir de 1934, restringiram e condicionaram o conceito de família à ideia de casamento, onde só a família legítima tinha reconhecimento. Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi dada uma maior amplitude para o conceito de entidade familiar e outras formas passaram a ser reconhecidas e receberam a proteção do Estado.

A atual Constituição dedica à família proteção especial, visto o interesse permanente que possui o Estado, no direcionamento e rumos da família. No entanto ela considera no seu artigo 226, apenas três tipos de entidades familiares, que são o casamento, a união estável e a comunidade monoparental.

A intervenção protetora do Estado decorre da necessidade de garantir a família, dando-lhe proteção, evitando abusos, e proporcionando melhor condição de vida às novas gerações, com a ajuda de órgãos estatais.

A família moderna tende a acabar com as desigualdades que existem entre as pessoas, através da criação de leis, como a 8.971/94, que regula o direito dos companheiros à alimentos e sucessão e a 9.278/96, que regula o § 3º do art.

226/88, que dispõe sobre a União Estável, tendendo cada vez mais a dar direitos a todas as formas de família (COSTA; MARRA, 2013).

O atendimento jurídico dado à família alargado em face dessas leis acima citadas, não significa que os valores da família sejam desrespeitados, ou ultrapassadas, mas deve-se levar em conta que são as condições socioeconômicas, políticas, culturais e religiosos das pessoas, formadoras das diversas entidades familiares, tendo em vista que é no lar, onde a família encontra toda a sua proteção e segurança. A família pós-moderna está forjada em laços de afetividade, origem e fim que se propõe a realização humana em busca da felicidade pessoal (MORGADO; DIAS; PAIXÃO, 2013).

O casamento sob certa perspectiva é um contrato bilateral e solene realizado entre pessoas de sexos opostos, pelo qual é constituída legalmente, a união destas. É fato gerador do dever de fidelidade e de assistência recíproca e dos filhos (NERY JÚNIOR; NERY, 2003).

A união estável está definida no art. 1º da Lei 9278/96, que a disciplinou, afirmando no seu texto que é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família. Neste tipo de entidade familiar, as relações pessoais entre companheiros obedecem aos deveres de assistência, respeito, lealdade, guarda, sustento e educação dos filhos.

A família antes da Constituição de 1988 era dividida em: legítima, aquela constituída dentro dos limites legais, lastreada no casamento; a ilegítima, que se origina das relações extramatrimoniais, onde os filhos havidos dessas relações eram chamados adulterinos não reconhecidos e a adotiva, que derivava das relações de adoção. A partir da Constituição de 1988, não mais se faz distinção entre os tipos de família descritos, sendo todas elas consideradas famílias naturais, formada pelos pais e seus descendentes ou apenas por um dos pais e seus descendentes (QUEIROGA, 2004).

Nesse sentido grandes partes dos doutrinadores afirmam que a noção de família que se extrai da Constituição atual é de que não é necessário para a existência da família existir casamento; a família pode ser constituída pela mulher e pelo homem, tenham eles filhos ou não; os filhos adotados pertençam ao grupo familiar; os filhos de outros casamentos de um dos membros também compõem o instituto; pessoas do mesmo sexo, que vivem compartilhando objetivos comuns,

incluem-se igualmente aos demais na noção constitucional de família (BULOS, 2002).

Em nosso direito, a família nunca é titular de direitos, mas os seus membros é que são considerados titulares, não sendo, pois a família pessoa jurídica, em virtude de lhe faltar aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. A doutrina predominante considera a família uma instituição que se acha subordinada a autoridade e às condutas sociais de que se utiliza a sociedade para regular os direitos e deveres de seus membros (MIRANDA, 2001).

Hoje, o conceito de família, focado apenas no casamento, não representa a “família contemporânea”, pois a Constituição de 1988 alterou a estrutura legal da mesma, modificando os princípios anteriores à CF/88, constituindo a revalorização da família e de seus componentes humanos através do respeito à dignidade da pessoa.

A tendência sociável do homem é o núcleo formado pelo pai, mãe e filhos, não sendo a única, pois as pessoas que vivem sozinhas ou se juntam sem nenhuma legalização, os casais sem filhos, as crianças educadas por apenas um dos pais, as uniões homossexuais, também constituem família e precisam ser reconhecidas legalmente pelo Estado.

### 3.6 A família no Código Civil de 1916

O Código de 1916, no seu art. 233, III, dispunha que o marido era o chefe da sociedade conjugal e a ele competia fixar o domicílio do casal, no entanto, a Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada modificou essa norma, ressaltando a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudicasse (VENOSA, 2004).

No direito brasileiro, a fidelidade recíproca representa a expressão de monogamia. O cônjuge que infringisse esse dever praticava crime de adultério, delito que se achava previsto no art. 240 do Código Penal, hoje revogado pela Lei nº 11.106/2005. Sua consequência não se restringia apenas ao campo do Direito Penal; no Cível, pode acarretar pedido de separação judicial, além de ação de indenização dano moral contra o adúltero.

### 3.7 A família no Código Civil de 2002

Os direitos e deveres dos cônjuges encontram-se disciplinados no art. 1.566 do Código Civil que diz o seguinte. “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos”.

Com a Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, § 5º, marido e mulher passaram a ter os mesmos direitos e obrigações na sociedade conjugal.

Devido às modificações feitas pela Constituição Federal de 1988 e principalmente em virtude do agravamento do problema dos menores no Brasil, a sociedade civil exigiu a elaboração de um Novo Código de Menores.

Em 1990, entrou em vigor no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente procurando democratizar mais o atendimento às crianças.

O Código Civil de 2002 dispõe em seu art. 1.569, que o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges; já o art. 1.567 dispõe que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos, cabendo a qualquer deles, em ambos os casos, o direito de recorrer ao juiz em razão de divergências (WALD, 2004).

Entretanto, se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe administrar os bens.<sup>1</sup>

O cônjuge que abandona, deliberadamente, o lar conjugal pratica ato que caracteriza impossibilidade da comunhão de vida, conforme o art. 1.573, IV, Código Civil, dando causa a pedido de separação judicial com as consequências previstas em lei, ou seja, perda do direito de usar o sobrenome do outro; obrigação de dá pensão ao consorte inocente, caso necessite de alimentos e, conforme o caso, perda da guarda dos filhos menores.

O art. 617, I do Código de Processo Civil dispõe que não pode ser nomeado inventariante o cônjuge sobrevivente que não estiver convivendo com o outro ao tempo da morte deste, no entanto, há de se ressaltar que não existem formas legais

---

<sup>1</sup> Art. 1.570, novo Código Civil.

que obriguem um cônjuge a retornar ao lar conjugal, nem mesmo por meios coercitivos, seja força policial ou medida judicial.

Entretanto, existem casos que impossibilitam a coabitação sob o mesmo teto e não acarretam violação a esse dever, assim, temos como exemplos, o marido que devido as suas ocupações é obrigado a viajar com frequência; a mulher que é autorizada pelo marido a assumir emprego em outra localidade; qualquer dos cônjuges que estiver segregado em nosocômio, em consequência de doença grave ou cumprindo pena privativa de liberdade.

De outro lado, o art. 1.569, CC, permite que um ou outro possa ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, no exercício de sua profissão ou a interesses particulares relevantes.

Cessa a coabitação quando termina a sociedade conjugal, entretanto, pode cessar mesmo na constância do casamento, quando ocorre justa causa, ou seja, injúria grave, conduta desonrosa, adultério, nessas hipóteses é necessário o uso de medidas judiciais de caráter cautelar, sendo a mais utilizada a separação de corpos.

#### 4 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

O art. 1.605 do Código Civil de 2002 consagra a posse do estado de filiação, quando houver começo de prova proveniente dos pais, ou, “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”. No que concerne, as probabilidades abertas com esta segunda presunção vêm a ser amplas. As presunções “veementes” comportam ser verificadas em cada caso, dispensando-se outras provas da circunstância de fato. Incluem-se entre a posse de estado de filiação: o “filho de criação” e a adoção de fato, igualmente chamada “adoção à brasileira”, que é cometida sem observância do processo judicial, perante afirmação falsa ao registro público (BARCELOS, 2013).

Nos termos do norteamento do Código Civil de 1916, que não mais vigora, e do Código Civil em vigor, permanece, em nosso ordenamento civil, a presunção de paternidade dos filhos havidos do casamento; e, em regra, o estado de filho se estabelece por força dessa presunção, cuja filiação se estabelece através da declaração do pai, ao proceder ao registro de nascimento perante o Cartório de Registro Civil.

Caso o filho seja havido fora do casamento, o estabelecimento da filiação dar-se-á tanto pela iniciativa do pai, através do reconhecimento voluntário, como através do reconhecimento forçado, pela vida da ação judicial.

Ora, além disto, em ação investigatória, a recusa do improvável pai a conter-se ao exame de DNA colige presunção *juris tantum* de paternidade, nos termos da Súmula 301 do STJ.

A grande maioria do princípio critica a Súmula 301-STJ, porquanto a avalia certo anacronismo, uma vez que não diz respeito à formação de prova, no campo processual, mas atinge também o direito material, por incutir que a paternidade biológica é a única que importa, e por induzir o réu a produzir prova contra ele mesmo; criando desnecessariamente mais uma presunção no direito de família: a da confissão ficta ou da paternidade não provada. Não ressaltando o estado de filiação já constituído, em que a história de vida é partida por motivo do rompante de paternidade biológica.

Assim sendo, quando impor, como decorrência da rejeita ao exame de DNA, a consequência da paternidade presumida, na ordem das coisas, contravém todas

as garantias conquistadas ao longo dos anos. Para não suportar tais consequências, o réu apresentará que se submeter ao exame.

Trata-se, no entanto, de presunção relativa, logo, não é possível se desprezar outras provas e indícios convincentes, aplicando-se unicamente a presunção da Súmula 301-STJ, ou do art. 232 do Código Civil.

O estabelecimento da presunção de paternidade, pela lei, pode ser considerada como fruto da incapacidade do legislador em definir precisamente a figura do pai, cujo conceito, na vida, é muito mais elástico do que o critério adotado pela lei.

#### 4.1 Pressupostos da paternidade socioafetiva

No que concerne, a filiação socioafetiva obedece à verdade superficial e dimana do direito à filiação. Assim, em vez de se buscar a identificação de quem é o pai ou a de quem é a mãe, passou-se a atentar muito mais ao interesse do filho na hora de identificar quem é o pai “verdadeiro”, aquele que o adota como seu filho e é amado como tal. A doutrina vem se inclinando neste sentido, de que qualquer paternidade vem a ser fundamentalmente socioafetiva, podendo ter procedência biológica ou não biológica, a paternidade socioafetiva vem a ser gênero, são qualidades a paternidade biológica e a paternidade não biológica. Assim, ensina Maria Berenice Dias:

No que se observa, as transformações dos paradigmas da família refletem-se na identificação dos ligames de parentalidade, induzindo ao aparecimento de novas considerações como também uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, direito do estado de filho”. Quaisquer de tais expressões passam a significar que a consagração, igualmente no campo da parentalidade, do mesmo elemento passou a fazer parte do Direito de Família. Desse modo, como ocorreu com a instituição familiar, atualmente a filiação passou a ser amoldada pela presença de um ligame afetivo paterno-filial. Portanto, o Direito dilatou o conceito de paternidade, em que se compreende que o parentesco psicológico, prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal (DIAS, 2003, p. 58).

Diante desse cenário, apresenta-se como principal, a partir desse novo modelo que se desponta, ponderar o aspecto afetivo, a amizade, o amor, a camaradagem e o amparo, com o intuito de constituir quem, na verdade adota a função paterna adentro do lar.

Aperfeiçoa-se, com isso, que o pai ou a mãe vêm a serem aqueles que, ainda que sabendo não ser seu tal filho, dispense em seu benefício estilos de verdadeiro afeto e o segue ao longo de sua vida.

Vale ressaltar que, o Código Civil de 2002, preenchendo a perspectiva de que faz-se obedecer acerca das novas circunstâncias versam em seu art. 1593 a probabilidade de existir perfilhada a paternidade socioafetiva. Para tanto, “O parentesco vem a ser natural ou civil, segundo derive de consanguinidade ou de outra origem”

Desse modo, a doutrina se assenta no sentido de que, no momento que o aparelho se refere à “outra origem”, o legislador quis constituir que tal seria a origem socioafetiva da consanguinidade, ou seja, aquele conduzido pelo carinho, respeito, afeição e dedicação, igualmente que a relação existente em meio a seus sujeitos não ocorra do parentesco biológico, o qual era apresentado como o exclusivo que poderia originar implicações jurídicas e sociais. Segundo Barboza e Pereira:

É oportuno observar que, o novo posicionamento por conta da verdadeira paternidade não desapoia a ligação biológica da analogia paterno-filial, entretanto dá notícia do desdobramento da paternidade socioafetiva, da qual nasce um novo personagem a preencher o importante papel de pai: o pai social, que vem a ser o pai de afeto, aquele que edifica relação com o filho, biológico ou não, conformado pelo amor, atenção e carinho constantes (BARBOZA: PEREIRA, 2002. p. 384).

Resulta daí então que, a paternidade socioafetiva aparece, como consequência da evolução dos costumes e pensamentos da sociedade, desde o momento que as pessoas passam a se desassociarem-se das enlaças de um pensamento habitual e constante no que se refere a família e a acolher e buscar o amor como aspecto indispensável e principal na composição das relações travadas em meio aos seres humanos. Desse modo, verifica-se que a paternidade socioafetiva precisa ser apreciada, como uma das novas revelações familiares estabelecidas por meio do afeto, sem o qual qualquer base familiar pode resistir. Avaliando assim o afeto a oblação maior, para uma edificação sadia de uma personalidade.

## 4.2 Paternidade

Atualmente, são inúmeras as questões que cobram dos lidadores do Direito respostas às dúvidas relativas à formação de vínculos familiares de filiação, especialmente em face do desenvolvimento de tecnologias de reprodução artificial.

Em que pese à extrema importância da constituição familiar com identificação das figuras maternas e paternas, exigência inarredável para a saudável estruturação da criança, é grande o número de crianças sem conhecimento de quem sejam seus genitores, pois são frutos de relações extraconjugais. Por conta dessas necessidades, a legislação provê o sistema jurídico de meios para estabelecer a vinculação de parentalidade entre pai e filho ou mãe e filho, sejam pelo reconhecimento *ficto* da paternidade, com o reconhecimento voluntário, com o reconhecimento forçado ou judicial ou, por fim, pela via da averiguação oficiosa de paternidade (LOBO, 2006).

Na história da civilização, a noção de infância é recente, e foi no século XIX, com a família já constituída por laços de afetividade, que a criança passou a ocupar espaço no núcleo familiar. Maria Regina Fay de Azambuja escreve que na Europa daquele século,

a relação com o emprego, a substituição do conceito de família de um agrupamento com vínculos parentais distantes e centralizados nos vínculos de poder tomam-se associados ao afeto. A família transforma-se em matriz da sociedade, centralizada no casal, com função procriadora, passando os filhos a ocupar um importante papel no grupo familiar (AZAMBUJA, 2004, p. 34).

Pereira (2003, p. 219) comenta que a psicanálise "veio demonstrar que a objetividade dos atos e fatos jurídicos está permeada de uma subjetividade que o direito não pode mais desconsiderar" e acrescenta que as mudanças no sistema patriarcal exigem o abandono do retrato do "pai típico", uma vez que:

No patriarcado, em Roma, o pai, além de encarnar a lei, a autoridade, era instituído de um poder quase divino. Por outro lado, pouca atenção foi dada ao outro lado desse sistema: crianças eram abandonadas afetivamente pelo pai e eram criadas quase que exclusivamente pela mãe. O início da vida desenrolava-se sem a presença do pai (PEREIRA, 2003, p. 221).

O autor conclui que com a consideração da paternidade em sua essência, "desbiologizada e vista como função, o pensamento jurídico terá que se reestruturar, inclusive para dar novos rumos às ações de investigação de paternidade. É o que

parece já ter sido entendido no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente" (PEREIRA, 2003, p. 222).

E a este estatuto se chegou com a Declaração dos Direitos da Criança, em 1924, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, ditando o art. 25 que "a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais", sendo que "todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social" (MAZZUOLI, 2004, p. 422).

Os preceitos da proteção especial e a atenção ao "desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade" (TAPAI, 2004, p. 274), são anunciados pelas Nações Unidas, em 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Vê-se que o influxo dessas manifestações e movimentos transforma a face da família, e o alicerce das relações interpessoais forjadas no seu seio migram do valor econômico e da função reprodutiva para a consciência solidária e para o sentimento afetivo.

O direito de família pátrio não ficou imune às influências e produziu normas que, aos poucos, qualificaram as relações intersubjetivas, com novos direitos e obrigações a serem atendidos pelo grupo familiar, berço de múltiplas relações, interesses e necessidades que se expandem além dos limites domésticos e propiciam o crescimento emocional, moral e econômico de cada um.

No Brasil de outrora, Clovis Beviláqua revelou a concepção de família vigente ao defini-la como a:

associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito", e contraposição à família primitiva, adjetivada de "vacilante, inconsistente", porque ligada basicamente por "energias biológicas" (VILLELA, 1999, p. 123).

Naquele tempo justificava o triste destino dos filhos extraconjugais a "preservação da paz doméstica, a estabilidade dos casamentos, a tradição das famílias, a preservação aos escândalos". Felizmente, revelou-se à consciência as marcas que o abandono e a violência de qualquer ordem gerava ao desenvolvimento físico e emocional daqueles filhos, cuja existência resultava de atos praticados não por eles, mas pelos seus genitores (VILLELA, 1999).

A melhoria da condição jurídica daquela prole e os efeitos de uma formação jurisprudencial, doutrinária e legislativa mais justa e solidária são recepcionados pela atual Constituição, que em seu § 6º do art. 227 (LOPES, 2001), pôs fim à desigualdade de tratamento e de direitos entre a filiação de diferentes raízes. Além deste artigo, igual ou maior destaque - e permanente referência - merece o fato de que a República Federativa do Brasil tem como seu fundamento o valor da dignidade da pessoa humana entre aqueles arrolados no art. 1º da Constituição Federal. Estes dois princípios - da igualdade na filiação e da dignidade da pessoa humana - vão desdobrando-se em outros, como o princípio da proteção especial e integral às crianças e adolescentes, e servirão todos, como baliza para o acertamento das relações paterno-filiais.

O respeito à infância encontra lugar seguro na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), apregoando a atenção especial e diferenciada aos direitos infanto-juvenis. O art. 3º afirma que:

a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (SILVA, 2000, p. 58).

Em que pese todo o avanço legislativo e a igualdade constitucional, a tradição normativa brasileira delineou o direito da filiação a partir da existência de prole matrimonial ou não, e esta concepção sistemática ainda não foi abandonada. Logo, a abordagem do tema não se esgota nos ganhos trazidos pelo texto constitucional e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois alcança o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cobrando a construção do sistema jurídico a partir da perspectiva do filho como pessoa titular do *status* de sujeito de direito.

O novo diploma civilista incorporou às suas normas a doutrina da proteção integral e da igualdade entre filhos. Não são os filhos os sujeitos da questão, mas os sujeitos em questão, como diz Fachin (1996).

É por esta razão que, no presente, qualquer tentativa de discussão do direito de filiação há que levar em conta o art. 1.593 do Código Civil, que não possui correspondência no Código Civil de 1916.

A norma se localiza nas disposições gerais do título sobre as relações de parentesco e nela está o enunciado orientador da interpretação das regras

insculpidas, respectivamente sobre filiação e reconhecimento de filhos. Diz que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". A redação inicial da proposta legislativa falava em consanguinidade ou adoção, mas o texto foi modificado ao final do processo legislativo por proposição encaminhada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

O parentesco na tradição civilista romana parte do aforismo *pater is est quem nuptiae demonstrant*: pai é aquele cujas núpcias demonstram ser, que "consagrou, a partir de 1804 (Código Napoleônico), uma paternidade calcada na legitimidade decorrente do casamento" e na certeza da maternidade pela fidelidade da mulher. "Ali onde há núpcias, há marido e mulher e, necessariamente, este marido é pai das crianças oriundas desta relação conjugal."(LEITE, 1995, p. 201).

No Código Civil brasileiro, a conclusão de que a prole da mulher casada é havida de seu marido, é ampliada às hipóteses descritas nos incisos III, IV e V do art. 1.597, que tratam da fecundação artificial homóloga e heteróloga. Vê-se que a lei dá ao filho como pai o marido da mãe sem exigir que entre eles haja identidade consanguínea, confirmando que o estabelecimento das relações de parentesco e filiação no Direito vigente é um construído emocional, social e jurídico (PEREIRA; SILVA, 2005).

Se outrora a presunção *pater is est* objetivava a proteção da família legitimamente constituída pelo casamento, no presente serve, igualmente, para amparar o melhor interesse da criança. A assertiva da presunção é a mesma, porém seu objetivo é diferente, traduzindo o mandamento do caput do art. 227 da CF, que dispõe sobre o direito à convivência familiar.

Não fere esta concepção o fato de o art. 1.601 do CCB dizer que "cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível".

Inexiste no artigo conteúdo contrário à socioafetividade, porque a detenção exclusiva pelo marido da prerrogativa de atacar a paternidade da prole nascida de sua mulher, firma a coesão da regra com os novos paradigmas do direito da filiação, já que na convivência familiar pode ter se firmada a posse do estado de filho.

Em resumo, o *status* de filho pode ser conquistado com o nascimento em uma família matrimonialmente constituída, com a adoção, com o reconhecimento de paternidade, voluntário ou forçado, sem que a causa que deu ensejo ao vínculo que se estabelece entre pai, mãe e filho seja a consanguinidade.

### 4.3 Paternidade e filiação sob a perspectiva civil-constitucional no Direito Brasileiro

A família tradicional também chamada nuclear surgiu com a ascensão da burguesia industrial, a partir do século XIX, que estabeleceu os padrões de pai provedor e mãe cuidadora, mas historicamente as famílias foram tomando formas diferentes, pois sendo uma criação humana é mutável, refletindo o contexto em que está inserida (MIRANDA, 2001).

A Revolução Industrial tem íntima ligação com a transformação construída nos fenômenos sociais. Na família patriarcal, o vínculo existia visando a formação do patrimônio e sua transmissão aos herdeiros, o que levaria a desagregação da família e da própria sociedade a sua dissolução. A família assim equiparava-se a uma unidade de produção.

Com o avanço da sociedade, foram sendo criados novos arranjos familiares, chegando hoje ao limite de que na sua perpetuação, não está presente o elemento sexual, na concepção artificial do homem.

### 4.4 O estabelecimento da paternidade

Em matéria de filiação há dois grandes grupos de "filhos", os reconhecidos e os não-reconhecidos já que não é a toda pessoa que é dado contar com a natural inserção no seio de uma família. Para alguns, em dado momento, a situação que orbitava o universo dos fatos é juridicizada (VELOSO, 2002), surgindo a qualificação jurídica dessas pessoas como pai e filho um do outro, o que gera uma nova realidade pessoal, pois todos têm um genitor masculino, mas nem todos têm um pai, na acepção jurídica e afetiva do termo.

Integram a família tradicional, ao lado da sociedade conjugal, os sistemas formados pelas relações de maternidade, paternidade e filiação e, como mencionado, é questão de interesse público a definição dos vínculos de parentesco, porquanto a cada uma deve ser dado conhecer a sua origem e experimentar o sentimento de inclusão familiar, fator de imponderável relevância para o salutar desenvolvimento humano nos seus mais amplos aspectos (LOBO, 2006, p. 13).

O ordenamento, constitucional, no *caput* do art. 227, impõe como dever do Estado a obrigação de colocar a criança e o adolescente "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" e serve ao

cumprimento desse mandamento o acertamento jurídico das relações de parentesco, que sob o enfoque paterno pode decorrer: (a) de um reconhecimento ficto de paternidade; (b) de um reconhecimento judicial ou forçado (c) de um ato de reconhecimento voluntário; (d) da averiguação oficiosa da paternidade.

No primeiro caso, a relação jurídica paterno-filial é constituída sem que se exija do varão qualquer iniciativa em prol do reconhecimento, já que, partindo da presunção de que a concepção se deu na constância do casamento, incidente aos casos arrolados no art. 1.597 do CCB, fica estabelecido que é pai o marido da mãe.

Igualmente não depende de ato pessoal do genitor a atribuição de paternidade no reconhecimento judicial, que se opera por força do trânsito em julgado de sentença de procedência em demandas investigatórias.

Em relação a esta temática, começa a ser cobrada dos Tribunais e dos doutrinadores a apreciação da relativização da coisa julgada, especialmente em situações nas quais são contrapostos julgamentos de procedência com base na presunção de paternidade pela recusa à realização de perícia genética (teor do recente enunciado sumular n° 301 do STJ<sup>2</sup>) e posterior laudo de exame de DNA excluindo a parentalidade biológica.

Já a averiguação oficiosa de paternidade é uma modalidade híbrida de estabelecimento da parentalidade e da filiação e isto porque o eventual reconhecimento de paternidade não é, ao início, espontâneo, mas provocado por um procedimento administrativo e judicial e, caso não aconteça, pode converter o feito em reconhecimento forçado, via ação investigatória.

Apresentado este conjunto de possibilidades, mais interessa a este estudo o surgimento da vinculação jurídica entre pai e filho como resultado do reconhecimento voluntário da paternidade.

#### 4.5 Reconhecimento voluntário de paternidade

O reconhecimento é ato pessoal e gera para o núcleo familiar laços de parentesco, que é um vínculo jurídico "estabelecido pela lei ou por decisão judicial,

---

<sup>2</sup> Súmula 301 do STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/scon/sumulas/toc.jsp?livre=@docn>>. Acesso em 28 set. 2018.

entre pessoas, principalmente em decorrência de relações familiares, que as identificam como pertencentes a um grupo social que as enlaçam num conjunto de direitos e deveres" (LOBO, 2003). É por vontade própria que se cunha a relação familiar e a prática do ato assenta na liberdade e na sã consciência da paternidade pelo reconhecente.

Nesta modalidade de reconhecimento, o agente se dirige pela própria vontade e, como ato pessoal e livre, afirma, em uma das formas prescritas na lei, ser ele o genitor do reconhecido.

Dito que a vontade é o elemento nuclear do ato, deve-se praticá-lo com obediência aos requisitos quanto à capacidade, conteúdo e forma. Portanto, o reconhecente deve estar apto para expressar a paternidade e deve indicar, com precisão, a identidade do filho resultante da procriação extraconjugal, integrante do outro pólo da relação jurídica que surgirá.

Ao oficial do registro, diz Villela, cabe:

registrar uma declaração de vontade e não recolher aos seus livros a descrição de um evento biológico. Logo, o cidadão que comparece espontaneamente a um cartório e registra, como seu filho, uma vida nova que veio ao mundo, não necessita qualquer comprovação genética para ter sua declaração admitida (VILLELA, 1999, p. 140).

Em síntese, a prática do reconhecimento declarado em um dos instrumentos previstos em lei, observando seus requisitos específicos, viabiliza a geração dos efeitos legais via determinação do parentesco e fixação do estado civil. O reconhecente produz um título de atribuição de paternidade, que, com o registro, credita extrajudicialmente a ele e *erga omnes* a parentalidade, fazendo prova da filiação.

Por tudo isto, algumas características distinguem o ato de reconhecimento voluntário de paternidade das outras modalidades de atribuição de parentalidade.

Declarada a manifestação de vontade e constituído o ato, não se pode "desistir" da paternidade. A revogação é prerrogativa conferida ao agente e advém de uma deliberação pessoal, mas no reconhecimento de filhos a lei não admite o arrependimento e faz da irrevogabilidade um dos mais importantes traços da manifestação paterna. O caput do art. 1.609 dispõe que o "reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável" e art. 1.610 acrescenta que o "reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento" (WALD, 2004, p. 22).

Consequentemente, a incondicionabilidade é outra característica do reconhecimento de paternidade, porquanto a manifestação do reconhecente não pode subordinar o ato a qualquer restrição, condição ou termo, como expressamente dita o art. 1.613 do Código Civil. Se houver menção à condição ou termos, o reconhecimento prevalece, tendo-se como não escritas ditas cláusulas. Os efeitos do reconhecimento são ditados pela legislação e moldados pelos valores e interesses públicos afeitos à atribuição do parentesco, com o que estão vedados arranjos que atendam interesses particulares.

#### 4.6 Ação declaratória de paternidade socioafetiva: possibilidade jurídica do pedido

Cumprе enfatizar que a ação de investigação de paternidade envolve o consideração do estado de filiação, procurando significação de relação jurídica desde a demonstração de laços biológicos. Por sua vez, a paternidade socioafetiva tem como suposição a existência de ligame registral, também da relação social e afetiva. Apesar disso, é definitivamente possível e sustentável a avaliação de ação declaratória de paternidade socioafetiva, com amplitude conflitante, ainda que desprovida de avaliação técnica, constitua competente em alcançar deliberação que assegure a filiação com todas suas implicações, como registro civil, direito a alimentos, sucessão e outras garantias.

Para tanto, o que se determinará em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e maior empenho da criança e do adolescente.

Aceitar o contrassenso jurídico da solicitação seria desobrigar-se do acesso à justiça e abandonar a equidade que os tribunais perfilham aos diversos tipos de paternidade.

Ainda afirma-se aceitável atender a direito de estado de filho como motivo satisfatório para exigir o consideração da filiação e, por conseguinte, a declaração da paternidade, posto que exclusivamente esta é apropriada para garantir a verdadeira estabilidade de alguma pessoa.

Frente a isso, o Direito brasileiro não comporta que os estados de filiação não-consanguíneos sejam contraditados por investigação de paternidade com fundamento na falta de origem biológica, porquanto são irreversíveis e intocáveis, no interesse do filho.

Por outro lado, decidiu recentemente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A conservação da paternidade registral, não biológica, apenas se explica no momento que existente relação socioafetiva entre as partes. No caso, o autor pretendia a desconstituição da paternidade em relação ao menor, alegando que foi induzido a erro ao registrar a criança concebida na constância do seu casamento com a genitora. Após separação do casal, através de exame de DNA, restou comprovado que o autor não era o pai biológico da criança, e a partir de então não mantiveram mais qualquer relação, tendo no último contato, a criança se mostrado resistente ao mesmo, referindo-se ao atual companheiro de sua genitora como pai. A 8ª Câmara do TJRS, por unanimidade, excluiu o apelante da paternidade exonerando-o dos alimentos. Conforme o Relator, Desembargador Claudir Fidélis Faccenda, ressaltou que “Não significando o autor o pai biológico do réu, e não havendo relação socioafetiva em meio a eles, a verdade biológica precisa valer-se sobre a verdade registral, abrandando-se a norma do *“pater is est”*”. Referencia: AC 70026792531. (Informe 068/2009 – Jurisprudência do TJRS).

Segundo Welter (2003), ao se considerar como parâmetro que na averiguação de paternidade biológica vem a ser decretada a verdade da filiação, compreendendo a produção do exame genético em DNA, igualmente precisa ser obrigatória a mesma verdade na averiguação da paternidade socioafetiva, já que na Constituição Federal de 1988 habitam somente as duas verdades da filiação: biológica e sociológica. A Carta Política de 1988 afastou do ordenamento jurídico a presunção do aspecto, a ficção, a paternidade simplesmente judicial, abrigando somente as duas verdades, a biológica (art. 226, §§ 4º e 7º da CF) e a sociológica (art. 227, § 6º da CF), entretanto a teoria da ênfase precisa ser justaposta e também precisa-se resistir por isso, para que a disposição judicial afirme a verdadeira, e não a fictícia filiação socioafetiva.

#### 4.7 Outros efeitos jurídicos

O entendimento dessa problemática leva a conclusão que, julgada concludente a ação de verificação de paternidade socioafetiva, decorrem os mesmos efeitos jurídicos dos arts. 39 a 52 do ECA, que vem a ser a aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a modificação do registro civil de nascimento; c) a adoção do sobrenome dos pais sociológicos; d) as analogias de parentesco com os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) o legado em meio a

pais, filho e parentes sociológicos; g) o domínio familiar h) a guarda e o mantimento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc (BRASIL, 1990).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto observa-se que, avançou-se muito no Brasil no que a princípio jurídico especializado denomina paternidade socioafetiva, assim entendida a que se compõe no novo convívio familiar, independente da procedência do filho. A denominação agrupa duas realidades observáveis: uma, a relação determinante do indivíduo no grupo social familiar; outra, a analogia afetiva tecida no tempo em meio a quem adota o papel de pai e quem adota o papel de filho.

Todo evento, por si só, conservar-se-ia no mundo dos fatos, sem qualquer relevância jurídica; entretanto, o fenômeno conjunto gerou a transeficácia para o mundo do direito, que o seduziu como classe própria. Assim sendo, tal migração foi admissível porque o direito brasileiro modificou de maneira substancial, a partir da Constituição de 1988, uma das mais progredidas do mundo em relações familiares, na qual linhas básicas projetaram-se no Código Civil de 2002.

Compondo então o ponto essencial consiste que a relação de paternidade não depende mais da característica analogia biológica em meio a pai e filho. Dessa forma verifica-se que qualquer paternidade vem a ser necessariamente socioafetiva, podendo ter procedência biológica ou não-biológica; porquanto a a paternidade socioafetiva vem a ser gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não-biológica.

De modo tradicional, a condição comum é a presunção legal de que a criança nascida biologicamente dos pais que convivem unidos em casamento adquire o status jurídico de filho. Paternidade biológica aí seria igual à paternidade socioafetiva. Contudo, existe outras suposições de paternidade que não resultam do fato biológico, quando este é contido por outros valores que o direito considera predominantes.

Hoje se tem conhecimento que a paternidade é muito mais que o abastecimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Abrange a constituição de apegos e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, contraídos na convivência familiar durante a infância e a adolescência.

A paternidade é *múnus*, direito-dever, edificada na analogia afetiva e que adota os deveres de realização dos direitos básicos da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à tradição, à distinção, ao consideração, o livre-arbítrio e à convivência familiar” (art. 227 da

Constituição). Portanto, é pai quem adotou tais deveres, ainda que não constitua o genitor.

Nesse sentido, verifica-se outra categoria extraordinária, a qual vem a ser do estado de filiação, abrangida como o que se constitui em meio ao filho e o que admite as obrigações de paternidade, que obedecem aos direitos versados no art. 227 da Constituição. O estado de filiação vem a ser a qualificação jurídica de tal relação de parentesco, incluindo um complexo de direitos e obrigações mutuamente analisadas.

Para tanto, o filho passa a ser o titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai vem a ser titular do estado de paternidade em relação a ele. Portanto, onde existir paternidade juridicamente apreciada existirá estado de filiação. No que diz respeito, ao estado de filiação é presunçoso em relação ao pai registral. Frente a legislação brasileira antevê quatro tipos de estados de filiação, provenientes das seguintes origens: a) por consanguinidade; b) por adoção; c) por inseminação artificial heteróloga; d) por motivo de posse de estado de filiação. A consanguinidade, a mais extensa de todas, banca prever o estado de filiação no momento que os pais são casados ou convivem em união estável, ou ainda na suposição de família monoparental.

Entretanto, o direito brasileiro não admite que os estados de filiação não consanguíneos, mencionados nas alíneas b a d, constituam contraditados por investigação de paternidade, com base na falta de origem biológica, porquanto são irreversíveis e invioláveis, na instância do filho.

Finalmente, outra qualidade que passou a se consagrar no direito brasileiro de família foi o da afetividade, percebida como a ligação específica que une duas pessoas por motivo do parentesco ou de outra fonte característica da relação de família. Assim sendo, a afetividade familiar é, porquanto, distinta do ligamento de caráter obrigacional, ou patrimonial, ou societário.

Conforme foi delineado no decorrer do presente estudo, a busca pela relação familiar não existe fim econômico, na qual as dimensões passam a ser sempre decorridas, por exemplo, obrigação de alimentos, ou regime matrimonial de bens, e nem seus membros vem a ser sócios ou associados. Desse modo, a afetividade, sob a visão jurídica, não se confunde com o afeto, como evento psicológico, em que este de fato real necessário.

Portanto, o direito, transformou a afetividade em princípio jurídica, que apresenta força normativa, atribuindo dever e obrigação aos componentes da família, mesmo que de fato existencial em meio a eles presente desaparecido o afeto. Assim, pode haver desafeto entre pai e filho; mas, o direito impõe o dever de afetividade.

A razão dessa preocupação está além dos fundamentos contidos nos arts. 226 e seguintes da Constituição observa o dever de solidariedade entre os membros da família (art. 3º, I, da Constituição), reciprocamente entre pais e filho (art. 229) e todos em relação aos idosos (art. 230). A afetividade vem a ser o princípio jurídico o qual peculiariza, na esfera da família, o princípio da solidariedade.

Faz-se necessário, portanto, batalhar-se por uma legislação que atenda aos anseios da sociedade diante da inegável mudança de paradigmas a fim de tornar mais efetiva a decisão judicial, uma vez que a demora e a reticência na prestação jurisdicional é fonte de descrédito da sociedade.

Em arremate, pode-se concluir que, de qualquer forma, enquanto isto não ocorra, é perfeitamente possível fazer uso da Carta Cidadã, uma vez que filiação e paternidade se constituem em direito fundamental, oferecendo a própria Constituição Federal as garantias processuais a que se consiga o desiderato de ver reconhecida a paternidade socioafetiva. Portanto, fundamenta-se a paternidade socioafetiva na doutrina da proteção integral, sobrepondo-se à biológica.

Pois, isso, passa a ser imprescindível para a Faculdade Damas da Instrução Cristã, a sociedade e os operantes do direito de famílias compreendam a dimensão constitucional atribuída a este assunto, procurando compreendê-lo à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, e do princípio da equidade, e ainda, das adequações do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## 6 REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **União Estável**, artigo publicado na Revista do Advogado nº 58, AASP, São Paulo, março/2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 379-390.

BARCELOS, Daniel Gilson. A formação do estado filiativo na socioafetividade e o direito sucessório por sua decorrência. **jus. com. br**, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069**, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF. 1990.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BULOS, U. L. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Florença Ávila de Oliveira; MARRA, Marlene Magnabosco. Famílias brasileiras chefiadas por mulheres pobres e monoparentalidade feminina: risco e proteção. **Revista Brasileira de Psicodrama**, v. 21, n. 1, p. 141-153, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5, p. 12/14.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de família: v.5**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, C.C. de. A Família no Direito Privado. **Revista do Direito Privado**, n. 19, jul/set. 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São. Paulo: Saraiva, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil** – Direito de Família, p. 542. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, E de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das relações de família. **Revista Consulex**, n. 180, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, in AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). **Código civil comentado**, vol. 16, p. 26. São Paulo: Atlas, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva. In: **Família e dignidade humana**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito da Família, Coord. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (Coord.). **Constituição Federal**, 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional privado**, 2. ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. vol. 3. Campinas: Bookseller, 2001.

MORGADO, Alice Murteira; DIAS, Maria da Luz Vale; PAIXÃO, Maria Paula. O desenvolvimento da socialização e o papel da família. **Análise Psicológica**, v. 31, n. 2, p. 129-144, 2013.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha & DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "Pai, por que me abandonaste?", in GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise** - rumo a uma nova epistemologia, Rio de Janeiro: Imago, 2003.

- PERLINGIERI, P. **Perfis de direito civil**. Introdução no direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- QUEIROGA, Antônio Elias. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SANTOS, Othon Zei Amaral. **Da adoção**: Teoria, legislação, jurisprudência e prática. Araras, SP: Bestboor, 2003.
- SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- Súmula 301 do STJ: **Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade**. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/scon/sumulas/toc.jsp?livre=@docn>>. Acesso em 28 set. 2018.
- TAPAI, Giselle de Melo (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente e legislação correlata**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil**: direito de família. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.
- VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdade e superstições, in **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, vol. I, nº2, p. 140, jul./set. 1999.
- WALD, Arnaldo. **O Novo direito de família**. 15. ed. rev. atual. e ampl. pelo autor, de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2004.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.