



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA – EMERON

**CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PARA A CARREIRA DA
MAGISTRATURA**

DALIANE ELEN BRITO MORAIS SANTOS DE LIMA

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A MULTIPARENTALIDADE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILIERO**

PORTO VELHO/RO

2015

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON

**PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A MULTIPARENTALIDADE
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILIERO**

Trabalho de Conclusão de Curso para
obtenção do título de especialização em
Direito para a Carreira da Magistratura.

Orientadora: Dr^a. Úrsula Gonçalves Theodoro
de Farias Souza

PORTO VELHO/RO

2015

RESUMO

Com desenvolvimento e as alterações do conceito de família, em todos os seus aspectos onde havia um entendimento que por meio de uma união estável, em forma de casamento, entre um homem e uma mulher para formação dos seus filhos garantindo assim toda uma estrutura onde os filhos frutos desse enlace tinha o privilégio da qualidade de legítimos, sem questionamentos.

Portando somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a família brasileira, vem ter um novo conceito, sofrendo grande processo de transformação, ocorrendo menos casamentos formais, muitos abolindo até o interesse de ter filhos, abrindo discussão sobre situações antes consideradas tabus, prevalecendo a liberação sexual e as suas escolhas, que bem se diga novas escolhas, como as dos casais homossexuais, que hoje procuram seus direitos como cidadãos comuns, inclusive o direito de constituir família, levando desta forma a uma nova reflexão e visão sobre uma nova formação familiar.

Dentro deste novo contexto social, observando-se a disposição constitucional onde estabelece sem preconceitos de origem, raça, cor, idade, essa nova entidade familiar onde vem causando forte impacto na sociedade, levando a questionar toda a problemática polêmica que envolve o assunto que remontam desde o nascimento da criança até ao seu reconhecimento e os direitos patrimoniais decorrentes deste estado de filiação.

Atualmente, temos três formas de perfilhação: jurídica, biológica e sociológica (afetiva). E ao estabelecer uma filiação, deve-se analisar isoladamente cada caso, pois cada ser humano possui sua individualidade, formação social e dignidade.

Desta forma, o presente trabalho irá abordar quais as variações de estado de filho consideradas pelo ordenamento jurídico brasileiro atualmente, e consequente quais os direitos e deveres decorrentes destes "novos filhos", em especial ao filho afetivo e como seria as formas de entidade familiar existentes no direito pátrio, as formas de filiação, e os quais os direitos e deveres da relação paternal afetiva.

Palavras-chaves: Direito de Família, Paternidade, Biológica, Sócioafetiva.

ABSTRACT

With development and changes of the concept of family in all its aspects where there was an understanding that through a stable, marriage-like, between a man and a woman for training their children thus ensuring all a structure where children fruits of that link had the privilege of legitimate quality, without question.

Carrying only after the enactment of the Federal Constitution of 1988 that the Brazilian family, comes to a new concept, undergoing great transformation process, occurring less formal weddings, many abolishing to the interest of having children, opening discussion of situations previously considered taboos, prevailing sexual liberation and their choices, what good is said new choices, like those of homosexual couples, which now seek their rights as ordinary citizens, including the right to found a family, leading thus to a new reflection and insight into a new formation family.

In this new social context, observing the constitutional provision which establishes without prejudice of origin, race, color, age, this new family unit which has caused strong impact on society, leading to question all the controversial issues surrounding the subject dating back since the child's birth until their recognition and rights in property arising from this state of affiliation.

Currently, we have three types of profiling: legal, biological and sociological (affective). And to establish a membership, one must analyze each case separately because each human being has his individuality, dignity and social training.

Thus, this paper will address which son state variations considered by Brazilian law currently, and consequently what rights and duties under these "novos filhos", especially the affective child and how would the entity forms family existing on parental rights, forms of affiliation, and that the rights and duties of affective parental relationship.

Keywords: Family Law, Parenting, Biological, socio-affective.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
CAPÍTULO I A FAMÍLIA.....	07
1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	07
1.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	08
1.3 FORMAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA	14
1.4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	22
CAPÍTULO II EFEITOS JURÍDICOS DA PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA.....	28
2.1 IGULDADE DE FILIAÇÃO	28
2.2 POSSE DE ESTADO DE FILHO	33
2.3 A OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR	36
2.4 SUCESSÃO	40
CAPÍTULO III A IMPOSSIBILIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR....	45
3.1 A PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	48
CAPÍTULO IV A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE MULTIPARENTALIDADE.....	55
4.1. A POSSIBILIDADE DE DUPLA PATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

O papel da família brasileira moderna é inovador, assumindo uma nova concepção, sendo modificado os direitos e deveres relativos ao papel destinado aos pais e filhos, possibilitando envolvimento de terceiros. Nesse contexto houve uma evolução significativa incompatibilizando a realidade biológica e genética com a natureza atual da paternidade, mas com sérios desvios doutrinários e jurisdicionais.

Atualmente a relação de paternidade supre a identificação biológica, a sua origem independe. Já garantia que as crianças nascidas biologicamente de pais que tiveram uma relação de convivência adquiriam uma situação estável jurídica de filho.

Contudo existem outros entendimentos que sobressaem por valores diversos que o Direito considera predominante, como a dignidade humana aliada a uma afetividade decorrente de um princípio básico assistencial onde se confirma o que os antigos já dizia que “pai é quem cria”, sendo hoje convertido essa premissa em obrigações com força normativa e princípio jurídico.

Desta forma, o presente trabalho visa a abordar o assunto concentrando os estudos na figura paterna onde através desta começa todo o desenvolvimento da criança e do adolescente alicerçando toda a sua base estrutural e a possibilidade de multiparentalidade no ordenamento jurídico pátrio.

Assumindo o papel de pai, qualquer pessoa tomando para si a criança como se fosse sua, pode transmitir as responsabilidades, deveres e princípios corretos perante a sociedade integrando a criança no ambiente familiar propício onde possa ser despertado a relação de afeto e amor e desta forma constituir a verdadeira paternidade socioafetiva, caracterizando assim o novo conceito de família.

Rever os fatores que conferem a competência jurídica quanto à responsabilidade sobre a paternidade socioafetiva que comprehende muito mais que prover alimentos ou causar partilha de herança hereditária, mas sim a singularidade da dignidade humana ,

alertando os juristas, legisladores, técnicos e todo e qualquer profissional de Direito a fazer a distinção necessária entre a figura do genitor e a do pai, para fazer a diferença entre o que cria e o que gera e dizimar de vez a ocasionalidade de qualquer relação sexual que venha a resultar uma concepção indesejável que traz consequências de não constituir família para que essa paternidade assuma os direitos fundamentais da formação de qualquer pessoa, sendo a educação, lazer, cultura, liberdade e respeito à convivência familiar, para que não fique indiferente à vinculação da paternidade, reservando aos filhos os direitos inerentes a relação afetiva, como os adotados e os filhos biológicos.

A natureza metodológica para a realização desta pesquisa será a vertente qualitativa. Qualitativa porque vai tratar de um estudo interpretativo referente à paternidade socioafetiva, permitindo uma análise profunda do tema.

O método de abordagem a ser utilizado nessa pesquisa é o dedutivo, porque tem de inicio a paternidade socioafetiva. Como também é um problema de conhecimento técnico e científico, passando pela formulação de hipóteses. Sendo o método dedutivo para esta pesquisa, o tema é de grande debate jurídico, manifestado pelos operadores do Direito e Magistrados, na busca da melhor elucidação para o evento. Portanto serão estudadas, as características da paternidade socioafetiva, a fim de alcançar o resultado final, que é o objetivo específico, a Paternidade socioafetiva.

O método de interpretação jurídica será o exegético, porque para esse método a premissa maior é a Lei. No caso do nosso estudo será o Código Civil e a Constituição Federal.

Para a realização dessa pesquisa, vamos utilizar a bibliografia documental, ou seja, a partir de materiais já publicados pelos doutrinadores e operadores do direito, como artigos, livros, Código civil, Constituição Federal, como também Jurisprudência dos Tribunais.

Desta maneira, a fundamentação do nosso estudo, será uma análise aprofundada no sistema jurídico vigente, da paternidade socioafetiva, levantamento feito através teoria subjetiva, com a visão do Código Civil e Constituição Federal.

No primeiro capítulo, será estudado o conceito jurídico de família, bem como sua natureza jurídica, evolução histórica, continuando com a formação da filiação socioafetiva e encerrando o capítulo com a formação da filiação socioafetiva e sua evolução histórica.

No segundo capítulo, há a exposição dos efeitos jurídicos da paternidade socioafetiva , bem como a igualdade de filiação e a posse de estado de filho e encerrando o capítulo com a obrigação de alimentar e a sucessão testamentária.

O terceiro capítulo trata de um estudo sobre a impossibilidade jurídica de desconstituição posterior da paternidade socioafetiva, bem como a prevalência da filiação socioafetiva.

CAPÍTULO 1

A FAMÍLIA

1.1 CONCEITO

A vida organizada em sociedade visa a proteção dos indivíduos, e essa organização através dos fatos existenciais é acompanhado pela intervenção do Estado, entidade reguladora dessas condutas, através de normas e regras que possa intervir por meio de sanções resguardando direitos e deveres da sociedade. O Direito através das suas leis prevê tutelar as relações sociais. Contudo a realidade moldura valores que atropelam a legislação.

A espécie humana desde a sua existência procura um agrupamento como algo instintivo e a família não deixa de ser um agrupamento informal entendendo-se como um fator natural humano, uma interação de membros compartilhando interesses, funções em comum. A sua estrutura discorre de certa construção social atrelada a acasalamentos formalizando relação conjugal ou de parentesco.

Como bem diz Rodrigo da Cunha Pereira (2007; p. 29):

O conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear e demarcar o seu limite.

Segundo Marília Faria de Miranda (2010, p. 103-118) o termo família surgiu do latim “famulus”, que significa “escravo doméstico”. Essa nomenclatura surgiu na Roma antiga e era utilizado para designar um grupo que era submetido à escravidão agrícola. A designação usada para família ligada por laços de sangue ou emotivos era a de “família natural”. Naquela época a família era composta por pai, mãe e filhos em uma estrutura patriarcal.

Silvio de Salvo Venosa (2006, p.18) ensina que:

O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como aqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio de tutela dos incapazes por meio da curatela.

A conceituação de família é paradoxal quanto à sua complexidade e dentro da compreensão na área do direito, ocorre um nivelamento de diversos significados, pois são os que mais se alteram no decorrer do tempo. Após a globalização a estrutura familiar vem sendo definida com alargamento a conceituação de outros tempos, ocasionando um verdadeiro fenômeno temporal de ponto de vista sociológico e consequentemente jurídico.

Segundo Mônica Guazzelli (2007, p.69) “Naquele núcleo testamos e compreendemos nossos primeiros afetos, enfrentamos nossas primeiras decepções e frustrações, dividimos alegrias e conquistas. Enfim, é ali que iniciamos nossa jornada”, no qual a doutrinadora narra a importância da família em sua convivência e aprendizados na vida.

1.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO

Estudos antigos conheciam tão somente a figura materna. A do pai era desconhecida, em razão das relações entre membros da mesma família (endogamia), e ainda outros tipos de relações como incestos que justificava-se à época à falta de mulheres durante o período de guerras.

Para melhor compreensão, convém mencionar a seguinte definição de pai:

Quem acolhe, protege, educa, orienta, repreende, veste, alimenta, quem ama e cria uma criança, é pai. Pai de fato, mas, sem dúvida, pai. O ‘pai de criação’ tem posse de estado com relação a seu ‘filho de criação’. Há nesta relação uma realidade sociológica e afetiva que o direito tem de enxergar e socorrer. O que cria, o que fica no lugar do pai, tem direitos e deveres para com a criança, observado o que for melhor para os interesses desta.

(VELOSO, 1997, p. 215).

A paternidade é um dever, construído, principalmente, na afetividade e assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “[...] à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Lei Maior). Cabe ao pai assumir esses deveres, ainda que não seja identificado com a pessoa do genitor.

1.2.1. A família no Direito Constitucional Brasileiro

A primeira Constituição Brasileira de 1824, outorgada por Dom Pedro I, não fazia menção quanto a família. O constitucionalista Sergio Resende de Barros (2002, p.26) sustenta:

A ordem política foi o conteúdo inicial das constituições escritas. Desde o final do século XVIII, foram elaboradas na Europa e na América constituições políticas cujo conteúdo era a organização fundamental do Estado, mediante separação dos poderes e a declaração dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. Contendo nada além da separação de poderes e da declaração de direitos, a ordem política foi matéria contida nas constituições do século XIX. A ocupação do direito constitucional eram as relações políticas, não só estritamente, mas também minimamente consideradas: apenas as relações essenciais para o exercício do poder,

travadas entre governantes e governados. Este o conteúdo inicial do direito constitucional.

A segunda Constituição Brasileira de 1821 não trazia um capítulo específico sobre a família, mas por ser a primeira constituição republicana, reconhecia o casamento civil. Deste modo o dispositivo retirou da Igreja o controle do ato jurídico do casamento.

Acerca da Constituição de 1981 explica Waldemar Ferreira (1935) apud Oliveira (2002, p.37):

Constituição de 1981 só reconheceu o casamento civil. Não se preocupou com o religioso. Deixou ao arbítrio de cada casal realizá-lo se e quando lhe aprovouisse. A nenhum dificultou ou impediu o exercício desta faculdade. (...). Só ao casamento civil atribuiu efeitos jurídicos, definindo direitos e impondo deveres ao cônjuges. Derivou dele as relações de parentesco. Fez decorrer dele o regime comum de bens, em falta de convenção antenupcial. Assegurou os direitos dos filhos. Estabeleceu, enfim, um sistema de norma garantidoras da família e da sua dignidade.

“A Constituição de 1934 surgiu em meio a revolução de 30, em completa crise política, econômica e social, sendo previsto no Título V “Da Família, da Educação e da Cultura”, Capítulo I, “ Da Família”, arts.144 à 147 *in verbis*;

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio* , com efeito suspensivo.

Art. 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País.

Art. 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art. 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

O legislador trouxe artigos em que a família se constituiria pelo casamento e suas formalidades, e ao casamento religioso foram estendidos os efeitos civis que na Constituição de 1891 lhe fora abstraídos.

A constituição de 1937 outorgada por Getúlio Vargas manteve o que já era previsto na Constituição anterior, trazendo apenas os art. 124 a 127 nos termos seguintes:

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art.126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole.

A Constituição de 1946 não trouxe quase nenhuma novidade quanto ao conceito de família, vejamos os artigos 163 a 165, in verbis:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o

requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art. 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art. 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em, benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de *cujus*.

A Constituição de 1967 e 1969 apenas seguiram o que já havia sido legislado na Constituição anterior.

A constituição de 1988 foi um grande marco para o direito de família, ao reconhecer a evolução e mudanças deste instituto na sociedade brasileira, e mais, tendo como princípio a dignidade humana, pois o Brasil após o período de ditadura militar, começava uma redemocratização, e assim a Constituição de 1988 considera este elemento fundamental para a formação do ser humano e sua personalidade.

A Constituição, no Capítulo VII do Título VII, ampliou o conceito de família, reconhecendo a união estável, a família monoparental, a igualdade de direito entre os cônjuges e aos filhos.

1.2.2. A família perante o Código Civil

O Código Civil de 1916 disciplinava apenas as famílias brancas, divergindo com as inúmeras miscigenações já existentes na época. Sendo o casamento o único modo de reconhecer a origem de uma família.

Maria Berenice Dias (2007, p. 198) assevera que o Código Civil de 1916:

Regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio, em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos.

Havendo assim uma profunda diferença entre filhos que surgiram de um casamento, que eram considerados filhos legítimos e os oriundos de uma relação fora do casamento que eram considerados ilegítimos.

Segundo o art. 338 do Código Civil de 1916 presumia-se filho legítimo:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339);

II – os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Havendo assim a presunção de paternidade, somente o pai poderia contestar tal presunção.

Nesse contexto Silvana Maria Carbonera (1998, p. 289 e 290) diz que:

Buscando a realização pessoal, o ordenamento foi posto em segundo plano e os sujeitos se impuseram como prioridade. Formaram-se novas famílias, marginais e excluídas do mundo jurídico, mas ainda assim se formaram. A verdade social não se atreve à realidade jurídica e os fatos afrontaram e transformaram o Direito.

Faz-se necessário ressaltar o ponto de vista econômico que atinge o laço familiar desde a economia agrária à economia industrial, o que revolucionou o papel do homem como único provedor, vindo a mulher a partir do século XX a desempenhar papel transformador, participativo e efetivo contribuinte econômico, pois adentra no mercado do trabalho, com efeitos relevantes de subsistência, verdadeira colaboradora na sustentação familiar.

Neste sentido ensina Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 18 e 19):

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No final do século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher alcança os mesmos direitos do marido.

Desta forma veio como consequência alteração na unidade familiar, pois a sustentação não se baseia tão somente no casamento, as uniões sem o ato oficioso do casamento tornaram-se mais comuns, mais aceitas pela sociedade, embora conste na história em várias civilizações antigas esse procedimento, mas o que diferencia é aceitação na sociedade ocidental, o que fez com que a legislação acompanhasse esse novo comportamento social, verificado especificamente após a 2ª guerra mundial.

1.3. FORMAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Acompanha essas modificações a legislação, pois vários entendimentos surgiram em torno destes novos preceitos, os quais incentivaram julgadores a reformar ou reformular códigos, estes eram ancorados em ideias passadas, sem a preocupação com a filiação fora do casamento, como um dos exemplos .

Grandes foram os passos para se chegar a uma sociedade mais igualitária aos filhos como a do Brasil atualmente. A maior modificação veio com a promulgação da Constituição de 1988, este evento sim, foi o grande marco transformador, pois reconheceu outras formas de união, principalmente a tão reiterada premissa do respeito à dignidade humana, advindo normas jurídicas com relevância à pessoa humana, a figura do filho, os direitos e deveres dos cônjuges e o principal, o tratamento de igualdade, não sendo observada, origem ou modalidade de relacionamento, englobando no seu texto a paternidade responsável, o planejamento familiar, bem explícito conforme consta no art. 22 § 6º da referenciada Carta Magna:

Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os

mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Com a Constituição de 1988, diz Maria Berenice Dias (2005, p. 34) :

Instaurou-se a igualdade entre o homem e a mulher, passando a proteger de forma igualitária todos os membros da família, bem como a família constituída pelo casamento e a união estável. Consagrou a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhe os mesmos direitos e qualificações.

Pela complexidade que abrange o Estatuto da Família, o qual incorpora transformações, se faz necessário a disciplinação na consolidação legislativa visando resguardar essa pluralidade concernente a esses novos arranjos familiares, observando-se a consagração já mencionado na Constituição Federal, como de igualdade de tratamento, proteção a todas as espécies de família, reconhecimento de qualquer forma familiar com paridade ao casamento,

Bem mencionado no texto do professor Sérgio Resende de Barros afirmando que:

O afeto é que conjuga... o fato é que não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, nem pai e mãe. Há família só de homens ou só de mulheres, como também sem pai ou mãe...

Acompanhando esse pensamento a família de hoje se tornou um agente socializador da condição humana, bem estabelecido na Declaração Universal dos Direitos do homem onde consta que ela é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado, não podendo ignorar o formato hierárquico que com o decorrer do tempo exigiu sua democratização, não sendo traçado como tão só fundamental as razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais para enfatizar a vida humana, obrigando o regramento jurídico olhar os novos advintos modernos, as novas modificações culturais, e principalmente científicas como os desafios referente às inseminações, fertilizações, barrigas de aluguéis, cirurgias para mudança de sexo, relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, clonagens de células e até de

pessoas, esses procedimentos científicos obrigando gradativa transformação de ordem legislativa, esperando respostas jurídicas a estes novos temas algumas já promulgadas, como a Lei n. 9263 de 12.1.96 que regula o art. 7º do art. 226 da Constituição Federal com o seguinte entendimento:

O Conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (art. 1º)

Esse entendimento aborda o planejamento familiar complementando o dispositivo constitucional que arca com decisões livres e permitindo ao Estado operacionalizar a estrutura governamental visando disponibilizar o necessário para suprir as atividades de ordem educacional e científica como por exemplo, portanto a legislação tem acompanhar essa nova realidade social, essa nova evolução, saber criar mecanismos, ferramentas jurídicas que possam acompanhar, romper com as antigas ideias tradicionais, oxigenar a Lei, com atualizações que possa a vir mudar o direito das famílias, para poder sair da ignorância jurídica que às vezes peca em teimar fechando os olhos para essas novas modificações.

De fato é notória a grande dificuldade em demarcar a estrutura formal do sistema jurídico, pois ainda são engessadas, muitas normas limitam a intervenção que hoje se faz primordial para legitimar o Estado nesse novo papel junto às organizações familiares, é quase crucial que seja compreendido por todos os responsáveis por esses novos aplicativos a evolução do Direito das famílias.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) faz uma análise das transformações que as famílias brasileiras vem sofrendo com o decorrer do tempo, de acordo com do IBGE de 2010:

O censo 2010, divulgado na última semana pelo IBGE, revela o que já se sabia: a família brasileira é plural e vem se transformando continuamente. Nesse contexto, o IBDFAM, que comemora hoje 15 anos de existência, assume papel fundamental no reconhecimento das novas formas de famílias. Confirmando esse cenário, o IBGE aponta que, entre 2000 e 2010, ganha espaços as famílias recompostas, houve um aumento das uniões consensuais, das famílias lideradas por mulheres e do divócio

que quase dobrou em dez anos. Pela primeira vez, o IBGE pesquisou casais do mesmo sexo.

O diretor do IBDFAM nordeste, Paulo Lobo, aponta que essas pesquisas revelaram e revelam o que já se sabia, mas que se encontrava na penumbra da ilegalidade ou desconsideração do direito. “A constituição de 1988 abriu as comportas, permitindo a inclusão das demais entidades familiares, represadas pela exclusividade que o direito atribuía à família matrimonial. A pluralidade familiar, de lá para cá, cresceu e o direito ainda tem muita tarefa de adaptação pela frente”, aponta.

Assim, verifica-se a constatação real por parte do IBGE das novas formas de família brasileira, não sendo mais apenas aquela de outros tempos, passando-se a falar em famílias homoafetivas, de parentalidade socioafetiva, guarda compartilhada, entre outros.

Houve grandes avanços, como a criação do Estatuto da Mulher Casada que data de 1962, a instituição do Divórcio datado de 1977, este revolucionário, pois dissolveu as ideias de sacralização da família e o não tão menos importante como o novo Código Civil, que melhor esclarecendo que data originalmente de 1975 e somente entrou em vigor a partir de 2003, este merecendo uma atenção especial, pois procurou de verdade atualizar os aspectos mais importantes do direito de família, reunindo vários entendimentos jurídicos dispersos e mantendo a consistência do Código anterior como o sistema normativo, mas também sofrendo fragilização quanto a falta de ousadia em temas consagrados, que consequentemente sofre inúmeras interpretações ou emendas promovidas pelo Senado Federal e introduções pela Câmara dos Deputados e ainda pelas comissões. Ele une diversas inovações de ordem legislativa, mas como dito acima ainda frustrantes, disponibilizando a legisladores buscar novas adequações, novos projetos complementares, ressaltando aqui o de autoria do Deputado Ricardo Fiúza que requer alterações em vários dispositivos inerentes ao Direito de família.

Várias são as propostas a serem incorporadas ao novo Código, como quanto ao regime de bens, questão patrimonial, adoção, alimentos, bens dos filhos e outras que envolve aplicação decorrente de casamento que ainda retroagem ao entendimento anterior.

Fica evidenciado que a doutrina atual comporta uma nova visibilidade da família, desiludindo a sociedade de um conceito idealizador, o que se busca hoje estabelecer são

os vínculos afetivos, a eternidade do casamento passa a ser tema ultrapassado e recorrente, carece de superação.

Belmiro Pedro Welter (2003, p. 147) afirma que:

Nas modernas relações familiares há o predomínio dos interesses afetivos em detrimento do patrimonial, não havendo mais a hierarquia dos seus membros, mas sim o interesse de seus membros na felicidade recíproca.

Ao Direito de Família não é dada a prioridade necessária e essencial merecida, ele vem numa escala inferior a outros direitos que também não deixa de ter sua relevância, como a do Direito das Coisas, Direito das Empresas, mas é hoje o mais evidenciado e recebedor de críticas elogiosas pois prioriza o direito pessoal, este que regulamenta o casamento, separação e divórcio, proteção aos filhos e relações de parentescos, filiação, reconhecimento de paternidade, seguido do Direito patrimonial que regula o regime de bens no todo, como de filhos, alimentos e de família, embora tenham interpretações distintas, mas correlacionados nos seus valores sociais.

Diante de tudo o Direito de família é considerado o mais humano deles, contudo grandes são os empecilhos para serem entendidas as questões subjetivas relativas à família na ordem do direito humano.

Contudo não se pode permitir o seu embaraçamento, a sua obstrução, tem que servir de derivação para se fundamentar como ramo de direito disciplinar à organização familiar, liquidando por fim a antiga discussão, que se aplica ao direito público ou ao direito privado, que perpetuam dúvidas no seu entendimento, em razão da existência de normas imperativas às pessoas e normas imperativas aos interesses que tutelam a coletividade a entidade como família e não aos seus membros, o que vem somente a afirmar a tão debatida questão de sua autonomia, a ser apartado da codificação civil, para que sua composição venha a ser intransmissível, irrevogável, irrenunciável e indisponível, para que os seus três grandes eixos : direito matrimonial, direito parental e direito protetivo ou assistencial sejam imprescritíveis ao desenvolvimento humano, para que o direito de família tenha como único objeto a própria família.

Assevera Maria Berenice Dias (2009, p.42):

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sobre o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

Grande é a esperança de que sejam encontradas adequações atuais ao Direito de família, pois inúmeros são os problemas que vem surgindo diante das mudanças e inovações como já anteriormente dito, problemas que dentro da família moderna é de suporte emocional para que a lei tenha juridicidade abrangente, para que a Lei tenha caráter sem discriminação, para que as interpretadas “sociedade de fato”, tenham atribuições jurídicas que possam assegurar as decisões judiciais referente a estas formas de relacionamentos.

Por muito tempo a Lei jurisdicionava apenas a família constituída pelo casamento, excluindo as relações denominadas adulterinas ou concubinárias, reconhecendo somente a família legítima, sendo totalmente ignorada a família ilegítima, aquelas constituídas sem a formalidade do casamento, devido à época que impedia este reconhecimento (Código Civil de 1916).

Segundo Gizelda Hironaka (2000, P. 17/18):

A família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos. Sabe-se, enfim, que a família é, por assim dizer, a história, e que a história da família se confunde com a história da humanidade.

Entre os valores consagrados, o Código Civil atende a igualdade no âmbito do direito das famílias, que acredito ser uma das grandes conquistas, consolidando o direito e deveres dos cônjuges, em uma mútua colaboração, não tão somente pautando essa

igualdade pura e simplesmente como igualdade entre iguais, mas caracterizada pelo acima exposto, a solidariedade, o afeto, o amor, sem preferências, sendo banida a desigualdade de gêneros, os tratamentos discriminatórios, considerando as diferenças entre homens e mulheres, delas sendo reconhecidas o direito certo e dirigido a pessoa certa, com isonomia de postura jurídica, não permitindo privilégios.

Como conquista-se ressalto aqui a afetividade, a qual também tem seu papel destacado nessa nova seara jurídica, ainda também em composição, carente de consolidação, mas com grande repercussão nos novos tribunais, pois a Constituição embora tenha abraçado o afeto no contexto de sua proteção, a palavra não consta do texto constitucional, falha grande, mas não deixando de assegurar a sua consagração, onde se identifica fundamentos essenciais do princípio da afetividade, como : a igualdade de todos os filhos independentemente da origem, a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos, a formação da comunidade por quaisquer dos pais e seus descendentes e o direito à convivência familiar com absoluta prioridade da criança e do adolescente.

A afetividade talvez seja o grande transformador, norteador, traço identificador nas relações familiares, a qual tem influente papel nesse novo modelo de família, o inicializador destas transformações, apresentando um novo perfil , anulando o aspecto arcaico e instrumental da família.

Maria Berenice Dias (2008, p.321) ressalta que:

Cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse de estado de filho e ao genitor as responsabilidades decorrentes do poder familiar.

Sem dúvida alguma, o comportamento sexual veio a criar um novo olhar aos vínculos conjugais, o qual caracterizou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto, pautada na solidariedade, perdão, paciência, devotamento, transigência, tudo aqui que possa ser entendido como voltado a convivência comum.

A nova família tem como papel principal acabar com a concepção e ignorância de punir quem vive de maneira diversa do que é aceito ou entendido como certo, para que

sirva de parâmetro visando anular com a rejeição às famílias paralelas e às uniões homoafetivas, seu destino é liquidar com essa rigidez normativa e injustificada quanto à omissão da Lei de não querer enxergar a nova condição de vida, de querer regulamentar comportamentos que não consideram aceitáveis, talvez porque negar a existência destes novos fatos gere ônus.

A nova família hoje abrange uma gama de formações, pois até um tempo atrás, apenas era reconhecida como família exclusivamente a relação entre homem e mulher, consolidada pelos laços matrimoniais, o casamento era a instituição mais importante e mais poderosa existente, era o laço sagrado por excelência, de profunda conotação religiosa, política com grande divagação.

Rodrigo da Cunha Pereira (1999, p. 47) entende que:

A família sempre foi representada por um grupo natural de indivíduos, unidos por uma dupla relação biológica: de um lado a procriação, essencial para a continuidade do grupo. De outro, as condições do meio, que postulam o modo de organização desses indivíduos para que se garanta a sobrevivência do grupo.

Esta definição considera mais abrangente, pois envolve uma natureza jurídica do fenômeno, a qual centraliza o casamento como núcleo celular do direito familiar, com seus aspectos formais de cunho material e que repousa nas relações entre os cônjuges. Hoje, o casamento é um assunto polêmico, pois várias são as suas interpretações, onde a maior questão envolve o entendimento ser a de natureza jurídica, para definir como contratual ou institucional.

O entendimento contratualista reporta ao direito canônico, onde o matrimônio tem como regente um contrato civil, observando normas comuns a todo tipo de contrato, contudo nos dias de hoje, sofreu e vem sofrendo grandes variações e aperfeiçoamento. Quanto ao entendimento institucionalista, o casamento tem conotação de instituição social, surgindo sim das vontades dos contraentes, mas regido por normas e efeitos preestabelecidos pela Lei, existe certa liberdade, existe escolhas, contudo após definidas, tem conotação de ordem pública.

A complexidade que envolve o matrimônio é extensa, bem como suas

características que vai da liberdade de escolha do nubente, solenidade do ato nupcial, legislação de ordem pública, união permanente, união exclusiva, a lei envolve este ato com uma gama de solenidades no direito civil.

A preocupação é tão evidenciada que dispõe no Código Civil que trata o direito das famílias de 110 capítulos, tanto que seu início é pelo casamento, onde disciplina requisitos para a sua celebração, ordena direitos e deveres dos cônjuges e diversifica disciplinando vários regimes de bens, onde são abrangidas as questões patrimoniais decorrente de dissolução conjugal.

Embora o sagrado enlace do casamento faça parecer que seja a única forma de constituir família, a Constituição Federal chama de base da sociedade, a família não o casamento por si só. Portanto o casamento pode ter significado de ato de celebração do matrimônio, bem como a relação jurídica que dele se origina, sua natureza jurídica pode pertencer ao ramo do direito público, tanto quanto ao ramo do direito privado, em torno disto existem grandes discussões, grandes divergências.

1.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Existem duas formas de casamento, o civil e o religioso com efeito civil, ambas regidas por uma lei, o Código Civil, o qual regula seus efeitos de validade e de dissolução.

Acompanhando o pensamento que abrange o Direito de família não há como não se falar na família nascida fora do casamento, tão presente nos dias de hoje, como já se fez constar anteriormente, a qual ganhou uma nova perspectiva dentro do Direito, inicialmente não foi conhecida pela legislação, contudo embora alheio aos olhos dos legisladores, sempre foi notória a sua existência.

Com a evolução dos costumes, essas uniões vieram a serem aceitas pela sociedade, sendo criado uma nova conotação introduzida na Constituição Federal, como entidade familiar, determinando a união estável entre o homem e a mulher sob a proteção do Estado, estando o concubinato hoje em regime de legalidade, saindo da

clandestinidade, contudo com muita pouca repercussão jurisdicional, pois veio a ser tratada no âmbito judicial do direito das obrigações e não do direito da família, com suas demandas ainda na maioria sendo apreciadas e julgadas nas varas cíveis e não nas varas de família, não sendo observado a transformação ocorrida, pois ainda é vedada a concessão de herança ao companheiro sobrevivente e a negação de seguridade de direito de habitação ou usufruto de bens, sendo necessário justificações que não deixam de ser tímidas ferramentas para longas questões judiciais.

Maria Berenice Dias (2008, p. 322) assevera que:

Dessa forma, o status de filho pode ser conquistado com o nascimento em uma família matrimonialmente constituída ou família oriunda da união estável, com a adoção, com o reconhecimento da paternidade, voluntário ou forçado, sem que a causa que deu ensejo ao vínculo, entre pai, mãe e filho seja a consanguinidade.

A união estável ainda nos dias de hoje, sofre discriminação, pois ainda não goza do privilégio de entidade familiar, porém inexiste hierarquia entre os dois institutos, merecedoras da mesma proteção do Estado, há quase uma equiparação, o que diverge é o modo de constituição, o casamento é marcado pela celebração e a união estável pela convivência, o que não pode ocorrer é que a Justiça não veja com visão diferenciada, que o tratamento seja igualitário, não retrocedendo ao já estabelecido, que o seu alcance não seja inferior ao originalmente aprovado pela Constituição.

O doutrinador Euclides de Oliveira (2003, p. 38-39) conceitua o casamento civil como:

O casamento civil é o ato em que o Estado intervém desde a habilitação, para controle da existência de impedimentos, até a celebração por autoridade competente. Caracteriza-se como contrato, porque resultante do necessário consentimento dos contraentes, mas depende, ainda, da final declaração do celebrante, de que se acham casados na forma da lei.

Já a lei 9.276/96 conceitua união estável como: união “ entre homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição

de família.

Seguindo o pensamento que vem estabelecer a moderna família, entre todos os tipos de relacionamentos conhecidos, principalmente a reconhecida que é constituída entre a relação interpessoal entre um homem e uma mulher sacramentada pelo casamento, não há como não mencionar, até em razão da atualidade e do assunto ser tão contemporâneo como não tratar sobre a união homoafetiva, pois a legislação ainda é tão ausente quando sequer faz referência a diversidade do sexo.

Esse tipo de união, embora enraizada em preconceitos de até origem histórica, veio a sofrer repúdio e descaso de ordem jurídica e social, mas ali presente aos olhos de todos, o que hoje não se pode negar ou fechar os olhos ao seu conhecimento, e deixar de rotulado como afrontamento ao já estabelecido e ancorado pela ação do Estado.

A ação legislativa ainda é muito tímida, pois não é nada fácil trabalhar contra o repúdio social, com segmentos que são focos de preconceitos e discriminação, a tão renomada minoria, permeiam casas de leis aos longos dos anos, se arrastando projetos para amparar essas categorias, pois viriam a desagravar eleitorados, fazendo com que o Judiciário analise essas ações interligando à vontade do Estado, pouco se tem conhecimento de julgados que reconheçam e apliquem o ordenamento devido a esses tipos de vínculos, meramente possibilitam a receber parcialmente o pedido no que se refere à sociedade de fato, conforme julgado abaixo, onde fica evidenciado o entendimento da carência de pressuposto legal, possibilitando em parte a propositura do feito, sendo:

Processo:REsp 820475 RJ 2006/0034525-4-Relator(a):Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIROJulgamento:02/09/2008Órgão Julgador:T4 - QUARTA TURMA- Publicação-DJe 06/10/2008

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. A despeito da controvérsia em relação à

matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dês que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido

Portanto, daí se verifica o quanto é grande é a luta , bem como a omissão legislativa, o que provoca com que recorram a princípios constitucionais, básicos, como o direito à liberdade e à igualdade, mas vem avançando, porque a persistência do ser humano é feroz e corajosa, fazendo com que aqui faça uma referência a Justiça gaúcha que foi a primeira a destinar uma competência às uniões homo afetivas, onde os Juizados especializados de família apreciam essas uniões, e também a reconhecer a esses relacionamentos como entidade familiar.

Diante de tudo o que se vivencia hoje, nada mais justifica a omissão acima mencionada, pelo contrário obriga-se a Justiça a criar a proteção jurídica, não permitindo questionamentos sobre a natureza da formação das pessoas, as quais promovem essas uniões.

É bem verdade que quando questões de ordem familiar chega ao Judiciário, o desgaste afetivo é grande, o que vem a requerer aos membros da Justiça uma formação diferenciada. Essas pessoas hoje seguem também uma nova concepção, uma nova preparação, pois vão lidar com o ser humano, com a pessoa e consequentemente, suas perdas, suas frustrações, suas separações, ausências, portanto tem que ser atuais nos seus desempenhos, tem que saber acompanhar a evolução social, jurídica e científica, para que possam saber interpretar as demandas, os litígios e saber decidir prestando da melhor forma a sua prestação jurisdicional.

Com essa nova formação familiar às varas de família hoje são superlotadas, onde os membros do Judiciário desdobram-se para tentar conciliar, observando com zelo e imparcialidade a veracidade dos fatos, tentar aparar arestas que não possam acarretar sequelas definitivas, este sim pode ser definido hoje como um novo papel do Judiciário, a figura do juiz conciliador.

No Direito da família, nesse novo ramo, se fazem necessários a participação de psicanalistas, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais, os quais integram o Judiciário, operando junto às pessoas nessas novas questões de ordem familiar, sendo hoje imprescindível o auxílio desses profissionais, servindo como suporte às decisões judiciais, aos juízos de família, apresentando novas ferramentas, estas hoje indispensável para resolver conflitos interpessoais.

Para poder encerrar esse capítulo, não tem como não mencionar a situação da filiação, pois segue o ordenamento deste estudo, pois com o grande avanço tecnológico na ciência, em especial a genética, , inseminação artificial, várias modalidades de fertilizações, permite afirmar que não existe ser humano algum que não possua um parentesco consanguíneo, que não tenha pai ou mãe. É bem verdade que a história tornava certa apenas a maternidade, sendo a paternidade objeto de dúvidas. Bem, isso também mudou, hoje é certo provar a paternidade fazendo com que o Judiciário siga essas novas tendências, sustentando seu crivo decisório em ferramentas ou mecanismos oferecidos pela ciência, como o caso do exame de DNA .

De outro prisma a Legislação embora tenha as técnicas necessárias e as ferramentas científicas a seu dispor, balança na possibilidade de que o fato natural da procriação corresponda à filiação de ordem jurídica, possibilitando a caracterização da filiação como relacional decorrente ou não de um vínculo biológico, injetando novos valores a essas novas formas familiares, flexibilizando as normas para igualizar a condição dos filhos, sendo eles legítimos, adotivos, fazendo se observar situações familiares que como por exemplo o afastamento dos filhos biológicos do convívio de seus pais para integrarem uma nova família, abrindo um caminho novo, onde a paternidade passa a ser comportamental, estabelecida no afeto daquele que cria, denominando-se “paternidade socioafetiva”

Nesse contexto o Tribunal de Justiça de Rondônia julgou em favor da paternidade socioafetiva:

APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. DNA NEGATIVO. IRRELEVÂNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Demonstrado o reconhecimento voluntário da paternidade e a existência de vínculos socioafetivos entre as partes, improcede a desconstituição do registro civil.

Além da verdade biológica há a verdade socioafetiva, demonstrada pela relação e os vínculos afetivos existentes entre as partes, sendo este o aspecto determinante para o reconhecimento ou não do estado de filho. Porto Velho, 17 de junho de 2009

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VÍCIO. PREVALÊNCIA DA RELAÇÃO SOCIOAFETIVA.

O reconhecimento de filho é ato jurídico irretratável e irrevogável, somente se admitindo sua anulação nos casos de víncio de consentimento ou de vícios sociais.

Restando comprovado que o registro da criança se deu quando o autor já tinha ciência da possibilidade de não ser o pai da criança, não há que se falar em víncio do consentimento, devendo prevalecer a paternidade socioafetiva e o interesse do menor. Porto Velho, 1 de junho de 2010

Como se verifica neste julgado o Tribunal de Justiça de Rondônia entendeu que os laços afetivos existentes entre as partes são determinantes para formar a relação de filiação.

Este é o objeto principal deste estudo, relevante aos padrões comportamentais desta nova e moderna família, onde não se esgotam os argumentos, permitindo ao mundo jurídico levar em conta o aspecto afetivo das relações, para que esse mundo deixe de ser repositório de dúbias decisões, de pretensas possibilidades, de parciais entendimentos, ao contrário o julgador deve atentar-se as considerações do novo retrato da família atual, voltando-se sempre para que o elemento indispensável para elucidar e transformar essa extensão, seja o amor, elemento este indispensável a constituição da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO 2

EFEITOS JURÍDICOS

2.1 A IGUALDADE DE FILIAÇÃO

Partindo da premissa de que a paternidade sócia afetiva é fato, não podendo ser desconhecida pelo Direito, num campo que abrange suas particularidades, especificações, podendo inclusive sobrepor a paternidade biológica, a qual acarreta consequências nos setores do Direito alimentar, sucessório, etc. Continuaremos a abordar os efeitos que daí prosseguem.

Não há o que se falar em reconhecimento de paternidade seja ela de que forma ocorrer se não for observado inicialmente o princípio constitucional da igualdade absoluta de direitos entre filhos, onde originou o reconhecimento sócio afetivo, como previsto na Constituição Federal, seu art. 227 § 6º, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Maria Helena Diiz (2008, p. 27) comenta sobre o princípio da igualdade entre os filhos:

não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.

O Direito não pode ficar alheio a essa nova temática que hoje tem grande repercussão perante a sociedade, fato transformador, revolucionário em razão de que há muito tempo não tinha o que se falar em paternidade a não ser de cunho biológico, decorrente de geração de um relacionamento entre homem e mulher .

Hoje aa nova e moderna família é entendida pela forma que comunga a vida, o amor, os laços de afetividade, a solidariedade e a responsabilidade entre os seus membros, tem que ter um novo modo de ser vista, seus princípios sustentados pela Constituição Federal emergem numa nova esfera jurídica, carecedora sim ainda de muita reformulações, mas emergente na constitucionalização do direito voltado à dignidade humana, permitindo e possa até se dizer avalisando a abertura de um novo sistema jurídico, outorgando, permitindo aos julgadores a aplicabilidade eficiente no que a Constituição Federal consagrou, os valores sociais dentro de uma organização familiar, para que possa ser protegida no todo. Portando, a revisão destes institutos de direito são necessária.

Maria Christina Almeida (2002,p.24) assevera que:

A Paternidade Sócioafetiva e a Formação da Personalidade Devido à constitucionalização, no Direito de Família contemporâneo, vivem-se um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (AFETO). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais um modelo deste elo a exclusão de que a paternidade seja, antes de tudo, biológica. No entanto, o elo que une pais e filhos é, acima de tudo, socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico.

Destaca-se a I Jornada de Direito Civil, coordenada pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar, do STJ, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), no qual respeitou o reconhecimento da paternidade sócio afetiva, por meio dos enunciados 103 e 108, in verbis:

Enunciado 103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de

parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Enunciado 108 – Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603,

compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva.

Verifica-se ainda o Enunciado 256, aprovado pelo CJF na III Jornada de Direito Civil:

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

Diante dessa nova evolução, se faz necessário um novo ordenamento jurídico que possa regulamentar essa nova condição, nova situação, tendo como base, o elemento afeto, onde possam emanar os preceitos hereditários visando o recebimento de bens, direitos e obrigações.

A família moderna busca uma essência que faz com que os homens não deixem de buscar a felicidade, criando vínculos efetivos sem distinção de raça, religião ou sexo, quebrando o que se caracterizava anteriormente como eternos, até porque relatos remontam à antiga história dos povos onde era tratado como doença, sendo necessário até a mudança do termo para o antes homossexualismo para o hoje homossexualidade

que vem a definir o modo de ser, de viver, de aceitar, de cada pessoa, diante do que o Judiciário teve que acompanhar batizando essas uniões de homoafetivas, provocando espacadamente um resultado feliz dentro do ambiente jurídico, não deixando a identidade dos parceiros ser identificada como um empecilho para decisões, vindo a Constituição Federal atual a mais uma vez fortalecer e amparar os indivíduos como mais uma vez sendo enfática no seu estado de consagrável respeito à dignidade humana.

Jaqueline Filgueras Nogueira (2001, p. 157) assevera que:

É importante na ausência de lei, que o julgador tenha coragem e inove, adequando as normas à realidade social, defendendo assim, os interesses e anseios de uma sociedade desacreditada e carente de justiça.

O conceito foi redefinido observando-se o vínculo afetivo que vem sobrepor a verdade genética, não se faz mais necessária à verdade genética, não se faz mais necessária o assentamento cartorário, bastando apenas expressivas manifestações corporais, bastando muitas vezes o reconhecimento como filho perante a sociedade, gozando do privilégio da condição de filho para fins de condição de herdeiros.

Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil em vigor tem exatamente a mesma redação, consagrando, ambos os dispositivos, o princípio da igualdade entre os filhos, in verbis:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2009, p. 62):

“dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer”, “o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum”

Várias são as interpretações onde incide questões como adoção, hoje até entendida e aceita por pessoas do mesmo sexo, não mais limitando a tutela jurídica a filhos biológicos, mas também aos denominados ``filhos de criação``, perpetuando definitivamente o vínculo afetivo para caracterizar a posse de estado de filho, habilitando desta forma, como instrumento para estabelecer a paternidade sócio afetiva e daí os efeitos jurídicos de sua aplicação, compreendendo desta forma um complexo de direitos e deveres recíprocos.

Desta forma, comprehende-se que por trás da indistinção dos filhos quanto à qualificação, o que realmente importa é a posse de estado de filho. Porém o conceito do que venha a ser posse de estado de filho é algo complexo. Observando-se a verdade sócia afetiva como critério essencial para estabelecer a paternidade, tão relevante a sua importância quanto à verdade jurídica e a verdade biológica, fica então frisado que a posse de estado de filho segue três elementos norteadores, como: nome, trato e fama.

Com relação a afetividade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou o reconhecimento da filiação socioafetiva:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE FILIAÇÃO C/C INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Instalada a paternidade sócio-afetiva ou sociológica, descabidas as alterações registrais determinadas pela sentença. Comprovada sócio afetividade, não é possível a declaração de filiação do pai biológico. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS . TJRS - 7^a C.Cível – Emb.Declar. 70040373714 - Estrela - Rel.: Des. Roberto Carvalho Fraga - Unânime - J. 23.03.2011.

Neste julgado o magistrado analisou o vínculo afetivo, acima da questão do pai biológico que pretendia a declaração de paternidade, ficando cada vez mais evidenciada a supremacia do vínculo afetivo.

A nova família quer hoje acabar com certas distorções, batendo à porta do Judiciário com ingressos de novos fatos, forçando a Justiça a encontrar também novas soluções, acabando de vez com os preconceitos, sabendo respeitar as relações e razões de afetividade, tirando a venda da Justiça a essas novas situações, as decisões judiciais devem prevalecer o entendimento que a finalidade da lei não é a imobilização da vida e sim saber permanecer com ela, adaptar-se, seguir a sua evolução, participar

conforme as necessidades apareçam reger as exigências da justiça com equidade, universalidade e racionalidade.

2.2 A POSSE DE ESTADO DE FILHO

Para melhor compreensão da paternidade sócio afetiva, se faz necessário entender o que é posse de estado de filho.

José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 60) conceitua como:

A posse de estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

O Código Civil desde 1916 já admitia a posse de estado de filiação implicitamente, para fins somente de termo de nascimento, sendo hoje no atual Código Civil, apenas ato ratificador ao anterior, quase sem alteração alguma, deixando ao seu anunciado uma abertura para descaracterizar a omissão presente no ordenamento jurídico, facultando a novos entendimentos ante a falta do termo oficioso, possibilitando novas interpretações, em que deve ser dada a importância devida noção de que a posse de estado de filho de fato mereça , protegendo o direito daqueles que efetivamente desenvolveram e concretizaram uma relação pai e filho.

Segundo Maria Berenice Dias (2007): A noção da posse de estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação.

Em um julgado no Rio Grande do Sul no ano de 1999, até antes do Código Civil de 2002 a Des^a Maria Berenice Dias inovando fez menção à posse de estado de filho para reformar a sentença e para constituindo a posse de estado de filho como verdadeira filiação:

Gerou o autor a posse do estado de filiação por parte do menor, em que desimporta a verdade biológica, devendo-se a tentar nas consequências que a pretendida desconstituição acarretaria. Cresceu tendo o autor como seu pai, Poe certo sofreu com a separação do casal, sendo por demais cruel que agora tenha de abrir mão também da condição de filho que, de forma espontânea e por puro afeto, ele lhe outorgara. (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, AI. 598.403.632, Relator: Eliseu Gomes Torres, 1999)

Mesmo não havendo legislação que indique elementos para que se caracterize a posse de estado de filho, a grande maioria da doutrina estabelece critérios necessários para que seja caracterizado a posse de estado de filho que são: nome, *tractus* e fama.

Pode-se surgir daí controvérsias como o fato de que a utilização do nome da família, o descendente não usá-lo não implicando a sua descaracterização de posse de estado de filho, desde que os demais elementos sejam observados como tratamento de criação e educação por pretensos pais, revelando e divulgando a realidade perante a todos com atitude que possam convencer a relação paterno filial, observando-se com a lógica as singularidades de cada caso.

Várias situações, problemas surgirão a partir desses novos entendimentos para suprir a falta de inscrição no Registro Civil oficialmente no exercício da convicção com aplicação dos princípios fundamentais da razoabilidade e da proporcionalidade para que seja admitida a esse novo estado de filiação a possibilidade de resguardar e proteger a vida dos filhos.

Segundo Cunha Gonçalves (2005,p.291):

a parentalidade socioafetiva possui elementos que caracterizam a posse do estado de filho. Embora não haja legislação específica, grande parte dos doutrinadores os identifica: a *tractatio*, a *nominatio* e a *reputatio*.

O elemento “tratamento” seria a característica da relação que de certa forma tem mais valor, pois, a partir deste tratamento é que vai ser verificado a vontade de serem pai e filho. O tratamento se dá a partir da convivência, consolidando a afetividade.

Este elemento seria o de mais importância para a posse de estado de filho, pois, é o que decorre do dia-a-dia, de como o pai zela e cuida da educação, saúde e formação do seu filho, estando assim estritamente ligado com o sentimento que o pai tem pelo filho,

pelo de como se dá a relação paterno-filial, que é suma importância para que seja consagrada a paternidade socioafetiva.

Jacqueline Filgueras Nogueira (2001, p. 116) diz que:

O trato é o elemento clássico de maior valor para que se estabeleça a „posse de estado de filho, pois é o tratamento que os pais dispensam a seu filho, assegurando-lhe manutenção, educação, instrução, enfim, contribuindo de maneira efetiva para a formação dele como ser humano, que demonstra força para informar a „posse de estado de filho.

A fama é a exteriorização da relação entre pai e filho, é o reconhecimento por terceiros que confirmam a filiação.

José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 66) alega que:

A fama representa a exteriorização do „estado, em que terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público.

Sendo a exteriorização da relação entre pai e filho perante outras pessoas uma das provas existentes para que seja decretada a filiação

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Rondônia julgou em favor da paternidade socioafetiva, considerando a posse de estado de filho:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. ERRO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO EXAME DE DNA. REALIZAÇÃO EXTRAPROCESSUAL. IVALIDADE. SÓCIO-AFETIVA. ESTADO DE FILHO. IRREVOGABILIDADE.

É irrevogável o reconhecimento espontâneo de paternidade de filho havido fora do casamento, quando não há comprovação de erro, dada a imprestabilidade do

exame de DNA realizado extraprocessualmente, mormente considerando a existência do parentesco afetivo gerador da posse do estado de filho em favor do menor.

2.3 A OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR

Sendo reconhecida a posse de estado de filho, passa a surgir os efeitos jurídicos em decorrência desta filiação. A Constituição Federal ao igualar os filhos, determinou a estes direitos e deveres provenientes da relação paterno filial . Sendo que é dever do pai, cuidar, zelar, educar, alimentar seus filhos menores de idade, como é dever do filho maior de idade ajudar os pais na velhice.

Deste modo, pais e filhos devem obedecer aos direitos e deveres advindos da posse de estado de filho, provenientes da verificação dos elementos que constatam tal filiação.

Assim Silvio Rodrigues (2002, p. 398) definiu o poder familiar como:

O conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes

Direitos e deveres estes que estão no art. 384 do Código Civil de 1916 e continuaram existentes literalmente pelo art. 1.634 do novo Código:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;...

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

Deste modo, como bem expresso na legislação atual, cabe aos pais o dever de criar, educar, zelar pela sua integridade física e moral, mesmo este estando em certos casos um pouco mais distante, como é o caso de pais que se separam, mas mesmo assim continuando o dever com o filho é de ambos, pai e mãe.

Sendo a mesma regra para filhos não biológicos, pois, mesmo rompendo-se a relação conjugal, este pai efetivo, deverá cumprir com as obrigações com seu filho e ao mesmo tempo terá que ter resguardado os direitos de pai, tal como o direito de visitação ao filho, que poderá ser acordado entre as partes ou estipulado por sentença do juiz, decisões estas que, atualmente após a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, verificam em primeiro grau o “interesse do menor”.

Porém, não existindo ainda legislação específica sobre o direito de visitação do pai afetivo visitar o filho de sua mulher ou companheira estando separados.

“Como não há legislação a respeito da paternidade socioafetiva, utiliza-se, além dos princípios constitucionais fundamentais, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (art 4º, LICC) (TJRS - *Apelação Cível* nº 70004510483. 8ª C. Cível. Rel. Des. Rui Portanova. - J - 31-10-2002)

Os elementos nome, trato e fama que direcionam a posse de estado de filho, têm como principal base à criação e educação do filho. Silvio Rodrigues (2002, p.403) afirma que esse é o dever principal que incumbe aos pais, provê-los com os elementos materiais para a sobrevivência, bem como fornecer-lhes educação de acordo com seus recursos, capaz de propiciar ao filho, quando adulto, um meio de ganhar a vida e de ser elemento útil à sociedade.

Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal, reforçando a obrigação, dispõe em seu art. 229 que:

os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores" e o Estatuto da Criança e da Adolescência, por sua vez, obriga os pais a matricularem seus filhos na rede regular de ensino - art. 55.

Deste modo, analisando os direitos e deveres provenientes da relação entre pai e filho afetivos, a o que se falar em elementos materiais que possam a surgir de tal relação, de modo que cada dia tem crescido cada vez mais as relações socioafetivas e devemos vislumbrar os efeitos patrimoniais decorrentes deste vínculo.

A obrigação de alimentar entre parentes possui como fundamento o princípio da solidariedade familiar, visto que em decorrência do vínculo de parentesco , decorre o dever de assistência mútua, como preconiza o art. 229 da Constituição Federal, seguido pelo atual Código Civil que disciplina a questão dos alimentos, *in verbis*:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

A obrigação de alimentar também vem baseada no princípio da dignidade humana, visto que, cabe ao Estado disciplinar normas que façam com os cidadãos tenham uma vida digna, sendo a família o principal círculo solidário de uma pessoa. Deste modo, a família baseada no afeto é um dos pontos principais na prestação alimentícia de quem não possa se sustentar sozinho.

No entanto existe divergência na doutrina no tocante ao filho afetivo postular alimentos ao pai biológico. Belmiro Pedro Welter (2007) diz que `` alude à ruptura do vínculo parentesco civil entre os consanguíneos quando o reconhecimento da paternidade socioafetiva, a fim de introduzir um empecilho à aludida prestação alimentar.``

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMBARGOS INFRINGENTES. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO NEGADA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA RECONHECIDA. DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE BIOLOGICA. AO EFEITO DE ATRIBUIR. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AO INVESTIGANTE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.

1. A instituição de obrigação de natureza alimentar, no âmbito do Direito de Família, pressupõe a existência de uma relação jurídica que lhe dê causa- no caso, o dever

de sustento dos pais com a prole ou de um parente em relação a outro (art. 1566 e 1.634).2. O prestígio que se há de conferir ao princípio da dignidade da pessoa humana não faz com que se suprima do ordenamento jurídico infraconstitucional normas que estabelecem o dever alimentar a partir da relação de paternidade-filiação. 3. A sentença admitiu a prática de ato hígido de reconhecimento, bem como reconhece a parentalidade socioafetiva entre o autor e o pai a mantém a paternidade registral. Desse modo, impossível atribuir sequelas jurídicas para instituir dever de alimentar a quem tão somente mantém identidade genética com o autor. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, El. 70021199468, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 2007)

Entendimentos doutrinários e jurisprudências vêm igualando os filhos socioafetivos aos filhos decorrentes do processo de adoção, o que os igualaria aos filhos biológicos.

Belmiro Pedro Welter (2003, p. 188) entende que:

Uma vez julgada procedente a ação de investigação de paternidade e/ou maternidade socioafetiva, decorrem os mesmos efeitos jurídicos dos arts. 39 a 52 do ECA, que são aplicados à adoção, quais sejam: a) a declaração do estado de filho afetivo; b) a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; c) a adoção do nome (sobrenome) dos pais sociológicos; d) as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; e) a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológica; f) a herança entre pais, filho e parentes sociológicos; g) o poder familiar h) a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; i) o direito de visitas etc.

Nada mais natural do que se comparar a filiação socioafetiva com a adoção, isto que, a adoção, deve ser interpretada como um verdadeiro ato de vontade, de amor, a qual possa ser realizada via judicial, sendo que a partir do momento em que passa a ser atribuído ao adotado a condição de filho, será atribuído também todos os efeitos legais de tal adoção, perdendo-se o vínculo de buscar prestação alimentícia aos consanguíneos.

Conforme leciona Sérgio Gischkow Pereira (2004):

A adoção faz-se baseada em laços afetivos poderosos e insere o adotando na vida familiar, integrando-o plenamente. Significa a demonstração pensada a consciência do amor. Quantas vezes o filho biológico, infelizmente, não é desejado (que o diga o enorme número de abortos). É problema que não se dá no referente ao adotivo. Quantos parentes, mesmo nos graus mais próximos, mantêm distância e nutrem ódios recíprocos. Não é o vínculo consanguíneo, por si só, que deve ser levado em

conta, mas a realidade da afeição, da convivência, da assistência, da amizade, da simpatia e da empatia.

A adoção vem da antiguidade desde o Código de Hamurabi, havendo antes da Constituição duas formas: a adoção regida pelo Código Civil e a adoção regida pelo Código do Menores, sendo observado tão somente situações irregulares referente aos menores, contudo não rompendo laços parentais naturais, excluindo adotados de direito de herança em caso de que os adotantes tivessem filhos biológicos. A nova Constituição veio proteger a nova identidade de direitos, a qual estabelecer igualdade não tão somente de direitos entre filhos de qualquer origem mas também igualdade de tratamento a estes filhos equiparado a adoção ao novo ordenamento jurídico em toda sua extensidade.

Conforme doutrina Paulo Luiz Netto Lôbo (2006):

Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, § 5º e 6º); a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º), não sendo relevante a origem ou a existência de outro pai (genitor); o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*).

O Tribunal de Justiça de Rondônia julgou nesse sentido:

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA.
PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.

Demonstrada a existência de paternidade socioafetiva constituída por meio de adoção à brasileira, a realização de exame de DNA que indique a exclusão da condição de pai biológico, por si só, e não havendo coação ou vícios no ato, é insuficiente para desconstituir o ato jurídico da filiação, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e de desatendimentos aos direito básicos do menor.

2.4 SUCESSÃO

Após a Constituição Federal introduzir em nosso ordenamento jurídico a igualdade entre filho, não se atribuindo mais aos filhos adotivos e afetivos qualquer caráter discriminatório com relação aos direitos e deveres paterno-filial, inclusive ao direito de sucessão.

Considerando existentes os laços de afeto e a posse de estado de filho com seus elementos necessários, serão legalmente considerados pai e filho conforme expressos anteriormente e diante do art. 227, § 6º, Constituição Federal que ressalta o princípio da igualdade entre filhos, é estritamente proibido qualquer elemento discriminatório em relação à filiação. Assim, sendo considerado filho socioafetivo legalmente, este terá os mesmos direitos dos filhos sanguíneos, inclusive o direito da sucessão legítima

Importante ressaltar o que vem a ser sucessão legítima, é aquela que decorre do falecimento de alguém, e assim sendo, os herdeiros são chamados para assumir os bens do falecido, deste modo, morrendo uma pessoa que tenha patrimônio e não deixou testamento, esta herança será repassada aos herdeiros legítimos. Este patrimônio será entregue aos herdeiros de acordo com a vocação hereditária, que está elencada no art. 1.829 do atual Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Continuando com a mesma comparação da filiação socioafetiva com a adoção, o ECA ao dispor do processo sucessório na adoção afirma que, *in verbis*:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

(...)

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação

Importante ressaltar a importância da paternidade socioafetiva:

A Carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade socioafetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição [...]. (MADALENO, 2000, p. 41).

Visto que a sucessão hereditária é baseada nas relações entre o herdeiro e o autor da herança na convivência familiar, o filho socioafetivo não poderá ficar desamparado. A sucessão legítima é aquela baseada no princípio da solidariedade:

Na medida em que o homem é um ser essencialmente social, que está em constante interação com os demais, é preciso que todos nós tenhamos a consciência da dignidade do outro. Nesta perspectiva, a construção de uma sociedade solidária que busque erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem discriminações (CF/1988, art. 3º, III e IV), preconiza não que sintamos algo de bom pelo outro, mas que nos comportemos como se sentíssemos. Tem-se, portanto, o que podemos chamar de solidariedade objetiva ou dever de solidariedade. Este por ser visualizado em diversas instâncias. Na orientação do dever de solidariedade entre os membros da família, estão as regras da sucessão legítima [...]. (NEVARES, 2006, p. 144).

Partindo desta premissa a busca é incessante quanto ao direito sucessório do filho socioafetivo, assunto polêmico imbuído de vários entendimentos e muito atual, são vários posicionamentos, bem como vários questionamentos, pois parte do princípio meramente afetivo, lógico que reconhecido devidamente perante o diploma legal, tão explicitado na Carta Magna em seu art. 227, já reiterada vezes aqui mencionado.

Com a evolução do novo conceito de família, o que consequentemente força a Legislação também seguir o mesmo linear, com observância a igualdade entre os filhos, sendo eles de origem diversas, como adotados,biológicos, via inseminação artificial, etc,,, vem o Código Civil em vários artigos preservar juridicamente esse novo entendimento, como um novo ordenamento jurídico caracterizando a forma justa, moral na sua aplicabilidade diária.

O que o Direito tem que fazer valer, de fato é regular essas novas situações sociais, onde ressalta-se aqui a paternidade sócio afetiva para que o reconhecimento desta nova forma de paternidade seja aceita veementemente em todos os seus efeitos legais,

A partir daí vem a maior de todas as questões, a de cunho sucessório, pois no âmbito jurídico, permite-se vários entendimentos o que viria a ser proferida decisões divergentes, mas que obriga-nos a direcionar a visão para que não surjam atos discriminatórios, para que o princípio da dúvida não prevaleça em juízos de julgamento quanto a veracidade da paternidade sócio afetiva.

Bem claro recentemente ocorreu uma decisão que vem integrar esse novo entendimento jurídico, onde o juízo de bom senso prolatou o que estamos aqui indagando, o que seria um grande avanço no campo jurídico brasileiro, demonstrando que nossos julgadores estão preparados para essa nova expectativa social, e que a apreciação esta sendo analisada sempre levando em conta a preservação da dignidade humana, sendo:

TJ/SC: Filha de doméstica criada por patrões tem direito à herança da mãe afetiva

A 4ª Câmara de Direito Civil do TJ reconheceu a existência de paternidade e maternidade socioafetiva no caso de uma mulher que, filha de empregada doméstica, a partir dos quatro anos de idade foi criada pelos empregadores, após a morte da mãe biológica. Naquela ocasião, eles obtiveram a guarda provisória da menina.

A prova dos autos revela, como indicado pelo relator, desembargador Jorge Luiz da Costa Beber, que à autora foi dedicado o mesmo afeto e oportunidades concedidos aos filhos biológicos do casal. Ambos figuraram, ainda, como pais nos convites para o baile de debutantes e casamento da demandante, que era inequivocamente tratada como membro do núcleo familiar.

Com a morte da mãe afetiva, excluída a autora da respectiva sucessão, iniciou-se o litígio, que culminou com a declaração da paternidade e maternidade socioafetiva para todos os fins hereditários, já na comarca de origem.

“Uma relação afetiva íntima e duradoura, remarcada pela ostensiva demonstração pública da relação paterno-materno-filial, merece a respectiva proteção legal, resguardando-se direitos que não podem ser afrontados por conta da cupidez oriunda de disputa hereditária”, salientou o desembargador Costa Beber. A decisão foi unânime.

Fonte:

BRASIL – Tribunal de Justiça de Santa Catarina – em 23 de outubro de 2012 – Disponível em:

<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action;jsessionid=6F07FFC639A9FDB73ADAF17B92E00C7D?cdnoticia=26830>

Acesso em: 26 de outubro de 2012.

Em conclusão , ressalta-se e enaltece aqui a relação socioafetivo como uma proporção extensa para que não pare dívidas em qualquer processo onde venha a ser necessário analisar e decidir no campo de Direito de Sucessão, a legitimidade igualitária do filho reconhecido legalmente de forma sócio afetivo, sendo esta interpretada como cabível perpetuando a solidariedade que tanto prega a nossa Constituição humanizando o nosso Direito no maior de todos os valores , a dignidade humana, esta que não canso de mencionar.

CAPÍTULO 3

A IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO POSTERIOR DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Partindo da prerrogativa como o constante por Maria Berenice Dias no Manual de Direito das Famílias, 5^a Edição sendo:

O Direito das famílias por estar voltado à tutela da pessoa- é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Em sua maioria, é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis.

Desta forma a maior preocupação caracteriza-se por preservar a ampla defesa dos interesses dos filhos, consequentemente atender as necessidades inerentes dos pais, onde no Direito de Família judicialmente falando sofreu e sofre maior impacto. Diante disto, lacunas tem que ser preenchidas visando compatibilizar uma legislação diga-se de forma grosseira, mas real extravagante que tenta exaustivamente acompanhar essa nova família, totalmente transformada e transformadora, a qual foge completamente do modelo tradicional.

Alguns estudiosos entendem que essa nova família que foi reorganizada com novo perfil ocasionada em razão das mudanças estruturais na sociedade, como monoparentais, homoafetivas, tem uma função instrumental, contudo acredito que essa função vem sendo usada de forma técnica, mas divergentes em decisões plurais, mas ressalta-se voltadas à proteção da pessoa humana.

Assevera Paulo Luiz Lôbo Neto (2000, p. 1):

A constitucionalização do direito civil, da qual é corolário a repersonalização das relações de família, veio cambiar esta situação, tornando a afetividade um princípio fundamental da filiação, fulcrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dando continuidade a este trabalho que é inerente a paternidade socioafetiva, a qual foi consagrada pela Constituição Federal no campo da igualdade de filiação ,se fez renovar essa nova situação familiar com relevante significado derivado da convivência e não do sangue, prevalecendo que filhos são filhos, sendo eles que forem e de que forma forem, adulterinos, biológicos, ilegitímos, legítímos, etc.

José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.93) defende que:

O nosso Código Civil deveria incorporar, expressamente, o conceito de “posse de estado de filho,” em quatro dimensões, sendo elas: como meio de prova, como ação de constatação-declaração, como causa de pedir e como causa de pedir de ação negatória.

Existem outras formas de se constituir uma relação socioafetiva que são consagradas no nosso ordenamento jurídico e que depois de consumado todo processo de filiação, existentes todos os critérios legais, fica impossibilitada sua desconstituição.

Como na adoção de acordo a doutrina e existentes todo o processo legal se torna irreversíveis. Sendo, consumado todo o processo de adoção, tem-se a consumação efetiva da filiação, que não pode mais ser desfeito.

O Código Civil enfoca também a possibilidade de nascimento de filhos com a inseminação artificial.

Existente a possibilidade de inseminação homóloga (CC 1.597, III) é aquela que pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o semêm provenha do marido ou companheiro. E a inseminação heteróloga (CC 1.597, IV) é aquela cujo semêm é de um doador que não é o marido ou companheiro.

Destaca-se que se a inseminação heteróloga faz-se sem o consentimento do marido, este pode impugnar a paternidade. Se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade que assumiu (CC 1.597, V).

Belmiro Pedro Welter (2004, p. 78) preconiza que existem quatro espécies de filiação sociologia:

São elas: a adoção judicial; o filho de criação; a adoção à brasileira e o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade e/ou maternidade.

Os julgadores com relação à paternidade socioafetiva devem manter a paternidade para evitar maiores traumas aos filhos, não devendo ser permitida a sua desconstituição, pois resultaria em uma grande complexidade de cunho psicológico e jurídico, exceto que haja interesse próprio do registrando em manifestar seu interesse de anular seu próprio registro, até porque o estado de filho adquirido, não se perde, conforme demonstrado abaixo:

TJ-MG - Apelação Cível AC 10701120248888001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 09/06/2014

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE PATERNIDADE - REGISTRO DE NASCIMENTO - VÍCIOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. O reconhecimento da paternidade é ato irretratável, podendo ser anulado apenas quando comprovado que o ato se acha inquinado de vício, inexistindo ainda qualquer relação afetiva desenvolvida entre o genitor e a infante, o que não se

observa na hipótese em comento, impondo-se a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

TJ-MG - Apelação Cível AC 10024097432058001 MG (TJ-MG)

Data de publicação: 26/02/2014

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - CAUSA DE PEDIR - EVENTUAL INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - NÃO EVIDENCIADO - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IRREVOGABILIDADE DO RECONHECIMENTO. O reconhecimento de filho, mesmo não sendo eventualmente o pai biológico, realizado em registro de nascimento, é irrevogável, salvo comprovação de vínculo de vontade, cujo ônus probatório incumbe à parte interessada em anulá-lo. Não demonstrado vínculo formal ou material necessários à procedência do pedido, tampouco a ausência da paternidade sócio-afetiva, não há como desfazer, fundamentado na inexistência de eventual vínculo biológico, ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, notadamente à vista do direito da criança de ter preservado seu estado de filiação.

A existência de várias situações traz à luz do esclarecimento a questão quanto à predominância da paternidade socioafetiva, como por exemplo, não sendo mais cabível o reconhecimento biológico se o estado de filiação já estiver sido decretado, não deixando, contudo de haver conflitos entre ambas, mesmo havendo demonstrado efetivamente a posse de estado de filho e a desconstituição deste fato ser impossível, pois o interesse da criança deve ser observado como principal critério de avaliação para dirimir as decisões dos julgadores, caso haja necessidade de solucionar possíveis conflitos onde venha a ser discutida questões referente à paternidades biológicas e socioafetivas.

3.1 A PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

É interessante ressaltar aqui que a aplicabilidade do Direito da personalidade para tratar a impossibilidade de desconstituição posterior da filiação socioafetiva, pois é entendido que não há fragmentação na personalidade humana e sim devendo ser

protegida quanto ao já tutelado judicialmente, como bem explicitado na revista extraída do site jusbrasil (Disponível em www.jusbrasil.com.br acesso em 07 de novembro de 2012) abaixo descrito:

De conseguinte, se a convivência, a afetividade ou ambas vêm a ser interrompidas por fatos, não há a cessação da relação de filiação socioafetiva, e por uma razão simples a cláusula geral de tutela de personalidade humana proíbe tal dissolução, que significaria retirar ao indivíduo, por vontade de outrem (e por vezes visando um interesse meramente patrimonial) um dos mais relevantes fatores de construção de sua identidade própria e de definição de sua personalidade.

Concretamente situações como a adoção brasileira é a real prova de que não se permite a desconstituição da filiação socioafetiva, onde não se permite o questionamento o ato do assento de registro, seja qual for o argumento utilizado, sendo os mais frequentes a cessação de vínculos concretos e a questão genética, ficando bem claro que a adoção à brasileira, deve ser incorporada sua aplicação no dia a dia e caso sendo necessário devendo ser demonstrada como exercício de afetividade para definido qualquer argumento de tentativa de anulação do registro, mesmo que haja afastamento por parte dos pais, forte fator solicitado para impugnar a filiação socioafetiva. Portanto o registro realizado deverá ser permanente, pois há um compromisso do adotante. Segue exemplo de jurisprudência em pedido de anulação de registros, sendo:

EMBARGOS INFRINGENTES. ACAO DE ANULACAO DE REGISTRO DE NASCIMENTO MOVIDA POR IRMAOS DO FALECIDO PAI. No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer, sempre que resultar da espontânea materialização da posse de estado de filho. o falecido pai do demandado registrou-o, de modo livre, como filho, dando-lhe, enquanto viveu,

tal tratamento, soando ate mesmo imoral a pretensao dos irmaos dele (tios do reu) de, apos seu falecimento, e flagrantemente visando apenas mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vinculo. Desacolheram os embargos. (8 fls). (segredo de justica). (Embargos Infringentes nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 11/10/2002)

Preconiza Belmiro Pedro Welter (2003, p. 148):

A quarta identificação de filiação sociológica decorre da conhecida “adoção à brasileira”, em que alguém reconhece a paternidade ou maternidade biológica, mesmo não o sendo [...]. Nesse caso, pode ser edificado o estado de filho afetivo (posse do estado de filho), tornando, dessa forma, irrevogável o estabelecimento da filiação, na forma dos arts. 226, §§ 4º e 7º, e 227, § 6º, da Constituição Federal, pelo que a declaração de vontade, tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser pai ou mãe de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretratável.

Portanto o registro realizado deverá ser permanente, pois há um compromisso do adotante. Segue exemplos de jurisprudência em pedido de anulação de registros, sendo:

ACAO ANULATORIA. REGISTRO DE NASCIMENTO. A ação de anulação de registro de nascimento, aforada pelos avós paternos, alem de mascarar ação negatória de paternidade, cuja titularidade e exclusiva do progenitor, e inviável em razão de transação efetuada entre as mesmas partes em ação de anulação de partilha, e proposta também pelos avos. Carência de ação. Recurso provido. (AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 589028752, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. CELESTE VICENTE ROVANI, Disponível em www.tjrs.js.br)

EMBARGOS INFRINGENTES. ACAO DE ANULACAO DE REGISTRO DE NASCIMENTO MOVIDA POR IRMAOS DO FALECIDO PAI. No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer, sempre que resultar da espontânea materialização da posse de estado de filho. o falecido pai do demandado registrou-o, de modo livre, como filho, dando-lhe, enquanto vive tal tratamento, soando até mesmo imoral a pretensão dos irmãos dele (tios do réu) de, após seu falecimento, e flagrantemente visando apenas mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vínculo. Desacolheram os embargos. (8 fls). (segredo de justica). (Embargos Infringentes nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Disponível em www.tjrs.jus.br).

Outro exemplo claro de impossibilidade de desconstituição da filiação socioafetiva é quando solicitada judicialmente a investigação de paternidade com pedido de anulação do registro, onde será avaliado o que vai predominar, **se é o vínculo socioafetivo, biológico ou registral.**

O que fica bem evidenciado é que essas ações têm cunho de interesse patrimonial, principalmente quando vêm à tona questões de herança, contudo analisando pelo lado que envolve o interesse do registrado, onde a desconstituição do estado de filho vem ser prejudicial à estrutura familiar adquirida e existente e ainda a situação psicológica, não há o que ser considerado para julgar procedente tais ações, pois mais importante é a situação relação filial e a preservação da dignidade humana, conforme ensina Maria Berenice Dia (ano 2008, pg. 364) , sendo:

Verificada a existência do vínculo afetivo entre pai registral de investigante, reconhecida a presença da posse do estado de filho, não há como conceder efeitos registrais à sentença. A declaração do vínculo biológico não surte efeitos no registro

civil e, em consequência, não ocorrem sequelas de ordem matrimonial ou sucessória. Esse é mais um motivo descabido exigir a prévia desconstituição do registro ou, até mesmo, a cumulação da ação de investigação com pedido de anulação do assento de nascimento.

É bem verdade, ficando bem esclarecido que a sentença que julgar procedente a ação produzirá os efeitos de reconhecimento, inclusive deixando a critério do registrando o direito efetivo de viver com quem o acolheu e criou, independentemente de que forma foi contestada esse relacionamento e ainda surtindo efeitos de fixação de alimentos provisionais a definitivos.

Desta forma, é entendido que a sentença tem cunho meramente declaratório, não surtindo nenhum efeito registral, não possibilitando nenhuma mudança quanto à filiação considerada por afeto e conveniência, ficando ainda esclarecido que também não procederá nenhum efeito de ordem patrimonial, meramente para declarar a filiação biológica, pois o entendimento visa proteger a verdade afetiva.

Como a sentença tem efeito declaratório, ela permite efetivar no âmbito jurídico uma situação já existente de fato com caráter personalíssimo, conforme bem definido no art. 4º do Código de Processo Civil, sendo: “ O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I-da existência ou da inexistência de relação jurídica; II-da autencidade ou falsidade de documento-Parágrafo único. É admissível a ação declaratória ainda que ocorrido a violação do direito`` (Cahali,2006,p.).

Desta forma é que é inserida a prestação jurisdicional em todos as suas consequências legais inclusive efeitos retroativos, dando direitos a atos sucessórios anterior e posterior a sentença, portanto em conclusão a este liame estes são os resultados verídicos da sentença declaratória: a feitura ou a alteração do registro civil de nascimento; a adoção do sobrenome dos pais afetivos; as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; a irrevogabilidade da paternidade e da maternidade sociológicos; a herança entre pais, filhos e parentes sociológicos; o poder familiar; a guarda e o sustento do filho ou pagamento de alimentos; o direito de visitas, entre outros.

O novo ordenamento jurídico vem apenas a demonstrar que esse novo modelo de família traz uma grande visibilidade ao afeto, ocorrida em virtude da evolução humana junto à sociedade, buscando com essas novas doutrinas disseminar o ato discriminatório

tão enraizado na nossa sociedade, sobressaindo-se o ato de criar como seu filho, amando-o, acolhendo-o, protegendo-o independentemente da verdade real, fugindo à origem estabelecida, conforme demonstra julgados abaixo descritos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PROCEDIDO O REGISTRO VOLUNTÁRIO DO FILHO DE SUA COMPANHEIRA NO OFÍCIO COMPETENTE, O MERO 'ARREPENDIMENTO', PORQUE DESFEITA A UNIÃO, NÃO EXTINGUE A CONDIÇÃO DE FILHO, PREVALECENDO A FILIAÇÃO AFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. RECURSO DESPROVIDO.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. DESCABIMENTO. 1. Se o autor era casado com a mãe do menor e o acolheu como filho, quando poderia presumir a inexistência do liame biológico, em virtude de separações e reconciliações, e sempre manteve com ele estreito relacionamento, ao longo de nove anos, ficou evidenciada a situação de paternidade socioafetiva, não podendo pretender a desconstituição do vínculo parental. 2. A alteração do registro, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude), o que não restou comprovado nos autos. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA)

APELAÇÃO CÍVEL. NEGAÇÃO DE PATERNIDADE. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO JURÍDICO PATERNO-FILIAL. SOCIOAFETIVIDADE. Não prospera a pretensão do apelante que visa, em demandas anulatória de registro civil e alimentos e negatória de paternidade cumulada com exoneração de pensão alimentícia que tiveram julgamento conjunto, atacar o ato de reconhecimento voluntário de paternidade por ele levado a efeito, uma vez que não provou qualquer vício, seja de vontade ou de forma, que tenha maculado o ato jurídico de reconhecimento por ele realizado. Ademais, o apelado conta 14 anos de idade e, ao longo do tempo, conviveu no seio da família como se filho do recorrente fosse, estando caracterizada a posse de estado de filho. É oportuno lembrar que filho não é objeto descartável, que se assume quando convém e se dispensa por ato de simples vontade. NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (SEGREDO DE JUSTIÇA)

Tendo em vista tratar-se de assunto relativamente novo, reconsidere aqui a flexibilização aonde novas jurisprudências vem considerando que seja investigada não tão somente a filiação biológica, mas também a filiação socioafetiva, pois como seu acolhimento vem sendo cada vez mais inserido no âmbito jurídico é mais do que salutar

admitir-se as consequências imputadas judicialmente através de ações próprias onde o grande advento probatório trata-se do exame de DNA, pois quando ocorre de haver julgamento procedente sem a existência dessa prova pericial, vem ocorrendo busca pelos genitores para tentar desconstituir a paternidade lhe atribuída via sentença judicial.

Essa possibilidade vem sendo amparada em foro jurisprudencial, como segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DO LIAME BIOLÓGICO APONTADA NO EXAME DE DNA. DESCABIMENTO DA DETERMINAÇÃO DE CONTINUIDADE DO PAGAMENTO DA PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. DESCABIMENTO DO ESTUDO SOCIAL PARA INVESTIGAR O LIAME SOCIOAFETIVO. 1. Ficando cabalmente comprovada a inexistência do liame biológico entre a autora e o investigado, inexiste título jurídico que a habilite a continuar recebendo a pensão previdenciária. 2. Ausente o vínculo biológico de filiação, descabe cogitar de eventual relacionamento socioafetivo, pois se cuida de ação de investigação de paternidade, onde a parte autora busca o reconhecimento forçado da paternidade. 3. O pedido de reconhecimento forçado da paternidade é absolutamente incompatível com o vínculo de socioafetividade, que tem como pressuposto o reconhecimento voluntário da relação jurídica de filiação pelo pai, quando sabe inexistir o liame biológico. 4. A paternidade socioafetiva é, a rigor, a posse de estado e tem como pressupostos o nome (nomen), o tratamento (tractatus) e a reputação (fama). 4. Se a causa de pedir o foi o reconhecimento forçado da filiação biológica, descabe cogitar de filiação socioafetiva, revelando-se desnecessária a realização do estudo social que foi determinado. Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO AGRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL.

Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.

Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar.

Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.

APELO PROVIDO.

O que vem acontecendo é a necessidade de novos ajustamentos a essa nova realidade que ainda permite muitos questionamentos, mas ficando bem claro para que a Legislação Brasileira insira no seu contexto jurídico, elementos suficientes para assegurar, tutelar e consignar a filiação socioafetiva com novos aprimoramentos visando alcançar o princípio constitucional já tão mencionado, resguardando o vínculo afetivo, o trato de criar o filho como se fosse o seu independente de laço biológico.

Para assegurar a relação paterno - filiar no campo jurídico familiar com dispositivos legais tuteláveis, para que esse direito seja materializado, subsidiando situações injustas em justas, possibilitando a edificação familiar segura e prosperala, altruísta, para que o elo afetivo integralize o laço familiar,

independente do registro notarial.

Como ensina Maria Helena Diniz (2007) Não se será pai em razão de uma decisão judicial, porque para sê-lo é preciso: a) querer bem a prole, estando presente em todos os momentos; b) ser o farol que o guia nas relações com o mundo; e c) constituir o porto firme que o abriga nas crises emocionais e nas dificuldades da vida. Pai é quem cria e educa. A relação paterno-filial não se esgota na hereditariedade, mas em fortes laços afetivos, numa trajetória marcada por alegrias e tristezas, podendo ser oriunda da verdade socioafetiva.

CAPÍTULO 4

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE MULTRIPARENTALIDADE

4.1. A POSSIBILIDADE DE DUPLA PATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme já abordado a realidade que se verifica na Sociedade atual, é um número cada vez maior de variações de tipos de famílias, cabendo, então, ao Direito prever mecanismos para melhor regular estas entidades, conferindo segurança jurídica aos envolvidos nessas relações e, em especial, às crianças, muitas vezes vítimas de disputas judiciais.

No entanto, não se pode atribuir, hierarquia entre os critérios de fixação da filiação, um critério não é, necessariamente, excludente do outro. Em algumas situações esses critérios poderão se complementar e viabilizar a pluralidade de paternidades/maternidades, ou seja, a multiparentalidade.

Bem como, deve-se considerar que a existência de uma paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, quanto as suas obrigações. Já julgou nesse sentido o Tribunal do Rio Grande do Sul no acórdão nº 70039013610:

Incabível a alegação de existência de paternidade socioafetiva com terceiro para eximir o pai biológico das suas obrigações morais e materiais perante a filha. A ação foi proposta quando a investigante tinha 13 anos de idade e desde que soube a verdade sobre sua origem procurou aproximação com o apelante antes do aforamento da demanda, sem qualquer oposição por parte do pai registral. Não pode o apelante se valer da paternidade socioafetiva, desvirtuando sua finalidade de evitar que os filhos reconhecidos simplesmente de um momento para outro fiquem sem pai, para continuar se eximindo de

suas obrigações de pai em relação à apelada, preterida desde o nascimento. A filiação socioafetiva, tão festejada na jurisprudência, não se presta a socorrer o mesquinho interesse material do apelante, que quer continuar negando à filha os direitos que lhe pertencem: nome, alimentos e herança. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.

A multiparentalidade é aquela que se propõe a legitimar a maternidade ou paternidade de alguém que ama, educa e cria como se pai fosse, sem desconsiderar a mãe ou pai biológico

Podendo se conceituar o instituto da multiparentalidade, segundo Pereira (2013, online) como:

A multiparentalidade significa o parentesco constituído por múltiplos pais, ou seja, quando um filho tem mais de um pai e/ou mais de uma mãe. Os casos mais comuns são os de padrastos e madrastas exercendo as funções paternas e maternas, paralelamente aos pais biológicos e registrais (...)

Assim o sendo, a multiparentalidade é um fenômeno sociológico através do qual uma mesma pessoa possui plurais paternidades e/ou maternidades.

Para um melhor desenvolvimento dos filhos, essa função paterna/materna pode ser exercida por mais de um pai ou mais de uma mãe simultaneamente, sendo possível que existam mais de um vínculo materno ou paterno-filiais.

Reconhecendo assim, que a verdadeira maternidade está baseada na afetividade, ressaltando ainda que a exteriorização da maternidade é mais importante que a verdade biológica, pois compõe o verdadeiro amor que se origina com o nascimento e se aperfeiçoa durante a vida.

4.2 – DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO A MULTIPARENTALIDADE

Conforme disposto a multiparentalidade, caracteriza-se como um fenômeno das famílias contemporâneas, no qual uma mesma pessoa possui mais de uma paternidade e/ou maternidade.

Independentemente da existência ou não de prescrição normativa este fenômeno existe na sociedade atual. Todavia o ordenamento jurídico pátrio, precisa ser flexibilizado para melhor regular a multiparentalidade, uma vez que não há nenhum impedimento no ordenamento jurídico, como sabemos as legislações tendem a se adaptar às evoluções da sociedade, por outro lado, no direito de família, precisaria ele ser formatado uma pouco mais rápido para melhor adequar o instituto em sua moldagem.

De modo que, de nada adianta conservar a paternidade engessada em um modelo de singularidade absoluta diante de novas realidades de famílias. Sendo atualmente o desafio do Direito de Família, ampliar a proteção jurídica hoje destinada a uma única modalidade de vínculo paterno-filial aos plurais vínculos paternos que ocorrem de fato na sociedade.

Com efeito, o Direito não é um conjunto enfeixado de normas estagnadas, com definições e conceitos pré-formulados de forma fechada. Emanada da própria natureza das relações humanas o caráter aberto e dinâmico do ordenamento jurídico, o que se depreende das constantes mudanças legislativos, doutrinárias e jurisprudências, pautadas no pragmatismo e na evolução da sociedade, notadamente em se tratando do Direito de Família.
(ANDRIGUI e KRUEGUER, 2006, p.87)

Para quer se preserve os direitos constitucionais, se faz necessário que coexista os vínculos parentais afetivos e biológicos. De modo que, a opção pelo vínculo biológico ou afetivo pode gerar traumas nos envolvidos. Não

apenas na criança, mas também nos pais que a pleiteiam, visto que um poderá exercer as funções de pai enquanto o outro, com a derrota, não terá nem mesmo acesso à criança.

Desta forma, é desumano e totalmente contra o que a Constituição Federal preconiza, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, ter que se optar por um ou outro pai, não sendo nunca a melhor solução a ser adotada. Uma vez que, ambos os pais ou mães que criaram a criança possuem condições de dar amor e afeto e são igualmente importantes para aquela. Sendo assim, valorizar somente a verdade biológica e desprezar a relação afetiva vai na contra mão ao princípio da afetividade que está previsto na Constituição. E se a criança opta pelo pai biológico, está desprezando o pai afetivo.

Sendo assim, a melhor solução é o reconhecimento concomitante da paternidade biológica e afetiva, resguardando todos os interesses da criança.

Segundo Maria Goreth Valadares (2013, p. 76-91), é possível o reconhecimento da multiparentalidade, no qual aduz:

“O Direito, como guardião das relações sociais, deve se ater às mudanças advindas das relações familiares, tendo uma postura ativa. Julgar pela impossibilidade jurídica da pluriparentalidade em todo e qualquer caso concreto, sob o pretexto de que uma pessoa só pode ter um pai ou uma mãe, não atende as expectativas jurídicas de uma sociedade multifacetada. Os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da Solidariedade Familiar, da Igualdade das filiações e da Paternidade Responsável devem ser a base e a estrutura das decisões ligadas à pluriparentalidade.”

Para ilustrar essa evolução, reporta-se aos autos da ação de investigação de paternidade nº 0012530-95.2010.8.22.0002, ajuizada na Vara Cível da Comarca de Arquimedes, Rondônia, em sede da qual a magistrada Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz proferiu sentença inédita na época

reconhecendo a multiparentalidade, nos termos da decisão:

Diante de todo o exposto e a singularidade da causa, é mister considerar a manifestação de vontade da autora no sentido de que possui dois pais, aliado ao fato que o requerido M. não deseja negar a paternidade afetiva e o requerido E. pretende reconhecer a paternidade biológica, e acolher a proposta ministerial de reconhecimento da dupla paternidade registral da autora.

[...]

Serve a presente de mandado de averbação ao Cartório de Registro Civil de Pessoais Naturais de Jaru/RO, para acrescentar no assento de nascimento n. 45.767, fl. 184 do Livro A-097, o nome de [...] na condição de genitor, e de seus pais na qualidade de avós paternos, sem prejuízo da paternidade já reconhecida por [...], passando a autora a chamar-se: [...] (RONDÔNIA, 2012).

Tratava-se de um caso de uma menina de 11 anos, que havia sido registrada e criada pelo companheiro de sua mãe, porém, quando da descoberta pelo pai biológico da existência da menina, os dois vieram a criar laços e vínculos, conforme restou demonstrado pelas provas e estudos psicossociais realizados

Finalizando aqui fica explanado que essas novas modificações no âmbito do Direito de Família, as que exigem que os julgadores voltem suas decisões buscando adequar as lacunas a serem preenchidas para que seja tutelado o que a Carta Magna prevê, a igualdade entre os filhos, prevalecendo seu supremo grau de ordenamento jurídico, pois é importante ser lembrado que embora a procriação seja relevante, mas aqueles que destinam-se a criar com afeto, amor, dedicação os que não tem seu vínculo consangüíneo, demonstram o real sentimento de construção de um afeto que nasceu na convivência, formando o caráter do ser humano, o qual é transmitido como

experiência de vida, não deixando dúvidas quanto ao pai que acompanha o desenvolvimento do seu filho, cumprindo com suas obrigações parentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se neste trabalho o real sentido da nova família, família esta que serve como instrumentalização para formação do ser humano construtivamente, para que os direitos fundamentais, como alimentação, saúde, lazer, cultura, educação estejam inseridos na consagração do estado de filho, não apenas prevalecendo o vínculo biológico, como fator norteador para exalação de decisões de cunho jurídico visando preservar a dignidade humana.

Verifica-se que o avanço foi grande, obrigando o mundo jurídico a observar e analisar aquilo que a sociedade apresentou e vem apresentando, estando bem declarado na nossa Constituição atual, que embora deixe várias atenuantes a serem questionadas, é expressamente sábia e moderna no que condiz ao pleito familiar.

Ficou bem salientado que toda paternidade é socioafetiva, independentemente de sua origem, biológica ou não, o que de fato diferencia ou faz referência é o convívio familiar, o que vem estabelecer o estado de filho e consequentemente a qualificação jurídica, criando um complexo de direitos e obrigações que são consideradas no âmbito do direito de família.

Portanto, diante da realidade atual onde urge a necessidade de atualizar a legislação brasileira, que sirva o presente para reforçar um melhor entendimento por parte dos legisladores em aduzir dispositivos legais, visando tutelar a referência parental, evitando o que hoje se caracteriza como desvios doutrinários que vem abrangido de jurisprudências diferenciadas, que em algumas situações ainda refletem negativamente no campo das sucessões, ocasionando muitas vezes longas demandas jurídicas proteladas, em razão da falta de uma unificação jurídica que sirva de parâmetro para que os julgadores tenham maior respaldo para sanear com salutar justiça essas ações.

Com este trabalho viso que seja preservada a verdade jurídica, e que ela

seja resultante do que a Carta Magna conceituou, desmitificando o que a legislação priorizava, ou seja, a confusão entre genitor e pai, fundamentando o princípio de que todos os filhos são iguais, encerrando paradigmas equivocados, como as impropriedades previstas na Súmula n. 301 do STJ, que viola garantias constitucionais, como por exemplo, a imposição da paternidade presumida a que resulta da recusa ao exame de DNA.

Chamo a atenção aos aplicadores da Lei para não tenham apenas olhares com força meramente normativa para feitos que envolvam conflitos de ordem de paternidade socioafetiva, para que não seja interpretada como uma excepcionalidade, mas sim como uma força construtiva que traz consigo fatores sociais que formam a integralidade da criança, consolidada no ambiente familiar.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. Uma Análise Jurídica da Pluriparentalidade: da Ficção para a Vida como ela É. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v. 14, n. 31, p. 76-91, dez/jan. 2013. p. 82.

S

www.ibdfam.org.br - acesso em: 02 de novembro de 2012.

RONDÔNIA, Tribunal de Justiça, 2^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia Relator: Des. Roosevelt Queiroz Costa , 2009) Disponível em www.tjro.jus.br , acesso em 02 de setembro de 2012.

RONDÔNIA, Tribunal de Justiça, 1^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Relator, Des. Gabriel Marques de Carvalho,2010) Disponível em www.tjro.jus.br , acesso em 02 de setembro de 2012.

www.tj.rs.jus.br

Apelação Cível Nº 70016287252, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 28/02/2007.

Apelação Cível Nº 70020316832, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/09/2007. Disponível em www.tjrs.jus.br.

Apelação Cível Nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do

RS, Relator: Cláudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07/05/2009. Disponível em www.tjrs.jus.br

Apelação Cível Nº 70039013610, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/02/2011.