



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JÉSSICA DE AGUIAR SILVA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DA FILIAÇÃO
NO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO EM BENEFÍCIO DA
VERDADE SOCIOAFETIVA**

Salvador

2018

JÉSSICA DE AGUIAR SILVA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DA FILIAÇÃO
NO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO EM BENEFÍCIO DA
VERDADE SOCIOAFETIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito, Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona
Filho

Salvador

2018

JÉSSICA DE AGUIAR SILVA

**A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DA FILIAÇÃO
NO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO EM BENEFÍCIO DA
VERDADE SOCIOAFETIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito, Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona
Filho

Aprovada em _____ de _____ de 2018.

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho – Orientador _____

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Iran Furtado Souza Filho - Examinador _____

Mestre em Direito econômico pela Universidade Federal da Bahia

Tiago Silva de Freitas - Examinador _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

*“ É que Narciso acha feio o que não é espelho
E à mente apavora o que ainda não é mesmo velho
Nada do que não era antes quando não somos
mutantes
E foste um difícil começo
Afasto o que não conheço
E quem vem de outro sonho feliz de cidade
Aprende depressa a chamar-te de realidade”.*

(Caetano Veloso).

SILVA, Jéssica de Aguiar. **A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DA FILIAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO EM BENEFÍCIO DA VERDADE SOCIOAFETIVA**. Monografia (Bacharel) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto discutir as possibilidades de alteração jurídica de alteração filiação no Registro Civil de nascimento, baseada nas relações de socioafetividade. Ao longo da pesquisa serão analisadas as modificações na estrutura da entidade familiar que deram origem à família contemporânea, a repercussão dos valores constitucionais no Direito de Família. Ademais, procura-se evidenciar a possibilidade de substituição da paternidade biológica em prol da paternidade socioafetiva, partindo da análise dos recursos disponíveis no ordenamento jurídico pátrio. Diante dessa problemática, fundado no método hipotético-dedutivo, parte dos argumentos gerais para os particulares, para demonstrar que toda filiação é socioafetiva e que algumas, além desta, representam também a verdade registral e biológica.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade; afeto; família; nome; parentalidade, socioafetividade.

ABSTRACT

The present work has the objective of discussing the possibilities of legal alteration of alteration in the Civil Registry of birth, based on socioaffectivity relations. Throughout the research will be analyzed the changes in the structure of the family entity that gave origin to the contemporary family, the repercussion of the constitutional values in Family Law. In addition, it is tried to evidence the possibility of substitution of the biological paternity in favor of the paternity socioafetiva, starting from the analysis of the resources available in the legal order of the country. In view of this problem, based on the hypothetical-deductive method, part of the general arguments for individuals, to demonstrate that all affiliation is socio-affective and that some, besides this, also represent the registration and biological truth.

KEY WORDS: Paternity; affection; family; name; parenting, socio-affectivity.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	10
2.1 Panorama histórico e introdutório: A concepção da família na pós-modernidade	10
2.2 Questões pertinentes ao direito de família em uma perspectiva civil constitucional	14
2.3 O Princípio da Afetividade e a filiação socioafetiva	17
2.4 O Direito Fundamental à convivência familiar na relação filio-parental...22	
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA RELAÇÃO PATERNO/MATERNO-FILIAL	25
3.1. Dever de sustento.....	27
3.2 Dever de guarda	29
3.3 Dever de educação.....	31
3.4 Seria o Afeto um dever?	32
3.2 Pais separados, guarda e direito de visita à luz do abandono afetivo	33
3.5 Desdobramentos do abandono afetivo	34
4. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DA FILIAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO EM BENEFÍCIO DA VERDADE SOCIOAFETIVA.....	Error! Bookmark not defined.
4.1. Aspectos gerais sobre as modalidades filiação e seu reconhecimento .37	
4.2 Alternativas para o reconhecimento da filiação socioafetiva no Registro Civil de Nascimento	41
4.3 Reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e o provimento 63/2017 do CNJ	42
4.4 A possibilidade de adoção unilateral pelo pai/mãe socioafetivo (a).	44
5. CONCLUSÃO	Error! Bookmark not defined.

1 INTRODUÇÃO.

Ao passo em que a sociedade evolui, torna-se cada vez mais difícil a tarefa de encontrar um elemento conceitual, absoluto, que transmita adequadamente o significado de família. No contexto de intensas transformações culturais, com o surgimento de novas tecnologias, novas possibilidades de relações se instituíram na realidade social e institutos tradicionalmente estabelecidos vieram a ser questionados e modificados.

Portanto, o instituto da Família passou por transformações muito significativas, entre elas, as mudanças na maneira como tradicionalmente se concebia a paternidade e a maternidade, além de novas nuances sobre a condição de filho. Essas novas formas de relacionamento interpessoal se projetam intensamente nas configurações familiares, a julgar pelo crescente número de separações, recomposições conjugais, famílias monoparentais, homoafetivas e também de filhos havidos fora do casamento; estes últimos, assim como os filhos de casais divorciados, são os mais suscetíveis às mazelas do abandono material e afetivo por parte de um dos genitores após o fim do relacionamento amoroso.

A partir de uma análise empírica, observa-se que o abandono afetivo e material por um dos genitores é uma situação recorrente nos lares brasileiros. Para além dos problemas socioeconômicos gerados pelo abandono de parental no Brasil, existem ainda as feridas na alma dos filhos que foram abandonados pelos seus pais e que desejam, de alguma forma, desvincular-se de um passado naturalmente dolorido, ou mesmo apagar as informações relativas a uma situação jurídica que não corresponde à sua realidade de fato.

Em tais situações de abandono afetivo, é possível que uma terceira pessoa exerça o papel parental e as responsabilidades do genitor ausente. Esse padrasto, madrasta ou avô que passa a cuidar daquele filho como se fosse seu, exerce a paternidade ou maternidade socioafetiva, baseada no amor, no afeto e na convivência diária familiar, contribuindo para a formação daquele indivíduo. E não há óbice para que isso aconteça! O problema se inicia quando, coexistindo a figura pai/mãe socioafetivo (a), com a do ascendente biológico registral, a filiação socioafetiva passa a ser a única realidade possível e as partes envolvidas

desejam suprimir a filiação constante no Registro Civil, para contemplar a realidade familiar, dada a relação de estima existente entre eles.

Neste cenário, ainda que boa parte da doutrina e da jurisprudência reconheça o valor da socioafetividade, tendo em vista os inúmeros precedentes que autorizam a inclusão do patronímico socioafetivo no Registro Civil, além do reconhecimento, pelo STF¹, da possibilidade de filiação socioafetiva em concomitância com a filiação biológica, o que se observa em uma análise mais atenta, é que o vínculo parental pautado no afeto ainda é preterido em benefício do vínculo biológico/registral, pois no conflito entre as duas modalidades de filiação, a segunda dificilmente será desconstituída em favor da primeira.

O que se observa na doutrina e jurisprudência pátria é que se atribui filiação biológica/registral a característica da irrevogabilidade, algo que é questionável, não apenas pelo prisma jurídico-dogmático, mas pelo prisma sociológico, já que as relações parentais nada mais são do que relações sociais e, portanto, suscetíveis a influência de fatores históricos, culturais e econômicos, que se metamorfoseiam a todo o tempo na sociedade pós-moderna.

Neste sentido, são latentes as mudanças trazidas pela noção de afetividade para a delimitação do próprio conceito de filiação. A legislação atual, entretanto, não prevê expressamente a possibilidade de supressão/substituição do nome do (a) genitor (a) ausente, lastreada no abandono material e afetivo, ainda que admita implicitamente o reconhecimento da socioafetividade e a primazia da realidade familiar para a configuração dos vínculos de parentesco.

A discussão sobre possibilidade de modificação da filiação do registro civil pautada na afetividade ainda é um tema novo, pouco explorado pela leitura jurídica, e particularmente obscuro, em razão da falta de regulamentação ou de vedação expressa, o que caracteriza omissão legislativa.

Além disso, assim como outros institutos do Direito de Família, a filiação possui inúmeros pontos que devem ser discutidos não apenas pelo enfoque jurídico, mas também pelo prisma sociológico, filosófico e psicológico. O estudo

¹ BRASIL.STF. **RE 898.060/SC**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21.09.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo840.htm>. Acesso em: 30 out. 2018

desse instituto é absolutamente necessário pela sua universalidade, relevância e atualidade.

Este trabalho busca discutir possibilidades de alteração jurídica de alteração filiação no Registro Civil de nascimento, baseada nas relações de socioafetividade, levando em consideração as mudanças de paradigma sobre a paternidade e maternidade no Direito de Família na contemporaneidade, além das consequências jurídicas e econômicas advindas dessa possibilidade.

Para tanto, traçaremos um panorama sociológico das relações familiares e também faremos uma análise sobre o Direito das Famílias diante dos valores consagrados pela Constituição Federal. Serão abordados os princípios norteadores do Direito de Família, através prisma jurídico-constitucional, com ênfase no princípio da Afetividade, da Intervenção Mínima e da Solidariedade Familiar.

2 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

2.1 Panorama histórico e introdutório: a concepção da Família na Pós-Modernidade

A partir da segunda metade do século XX, iniciou-se no mundo ocidental um processo histórico de alteração do pensamento humano, designado como pós-modernidade, no qual ocorreram mudanças significativas em múltiplos aspectos da vida humana, culminando em uma nova forma de pensar a realidade e conceber o próprio Homem.

A crítica acerca das máximas que nortearam a vida na modernidade, como a crítica à racionalidade e ao ideal progressista que permeou o mundo moderno, somadas à relativização dos frutos do conhecimento produzidos pela humanidade, sinalizaram a passagem para uma nova era cultural, pautada em novos valores e novos costumes, trazendo à tona não apenas um movimento intelectual propriamente dito, mas um processo de revalorização e reavaliação histórica² como o prenúncio de uma nova etapa da experiência social humana.

Observou-se, em primeiro lugar, a insuficiência das estruturas valorativas instituídas pela modernidade para atender às novas demandas sociais e, conseqüentemente, às demandas de um Homem novo. Nas ciências jurídicas, por exemplo, a objetividade do Direito e o seu ideal de segurança jurídica já não conseguiam abarcar as peculiaridades dos atores sociais, não divisáveis pela legislação abstrata, do mesmo modo que a ideia de igualdade formal (perante a lei) entrou em descrédito, diante da constatação da sua cruel incompatibilidade com a dimensão da igualdade material (real)³.

No campo cultural, essas mudanças foram ainda mais evidentes: surgiram novos padrões de conduta, novos hábitos de consumo, de comportamentos sociais, sexuais, além das inovações no campo das tecnologias da comunicação, que conferiram uma nova dinâmica às interações humanas e

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequencia, nº151, 2008, p. 136.

³ Ibidem, p. 146.

interferiram na forma como se instituem e se desenvolvem os relacionamentos interpessoais, conferindo um ar de instantaneidade ao contato humano, muito característico da pós-modernidade.

Quem melhor relaciona as características do nosso tempo com a mudança dos padrões dos relacionamentos humanos, e o faz de maneira ácida, é Zygmunt Bauman, que cunha o termo modernidade líquida para descrever a fluidez e a volatilidade das relações contemporâneas:

Será que os habitantes de nosso líquido mundo moderno... preocupados com uma coisa e falando de outra? [...] Estão mesmo procurando relacionamentos duradouros, como dizem, ou seu maior desejo é que eles sejam leves e frouxos, de tal modo que, como as riquezas de Richard Baxter, que “cairiam sobre os ombros como um manto leve”, possam “ser postos de lado a qualquer momento”? Afinal, que tipo de conselho eles querem de verdade: como estabelecer um relacionamento ou – só por precaução – como rompê-lo sem dor e com a consciência limpa?⁴

Partindo da perspectiva descrita por Bauman, é possível afirmar que, a partir da pós-modernidade, as relações interpessoais passaram a ser pautadas muito mais na individualidade e na satisfação dos anseios pessoais, e parte dos relacionamentos passaram a ser superficiais e breves, ou quando menos, encontra-se definitivamente superada a ideia do “para sempre”.

Inserida nesse novo contexto, a família, enquanto instituição elementar da sociedade, essencialmente histórica, vem adquirindo uma nova roupagem, na medida em que novos valores se incorporaram ao seu modo de ser, e a própria motivação para a sua constituição foi alterada, passando a residir no campo da vontade, do afeto e da subjetividade humanas.

Se antes, dentro dos moldes tradicionais, construídos em torno do patriarcado, a família legítima era aquela constituída pelos laços do matrimônio, presentes a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei⁵, hodiernamente a

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p.11

⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Atualizado por Achilles Bevilaqua. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves,

sua concepção passou a ser mais plural e decorre justamente da singularidade e da subjetividade que permeia o ser humano na era pós-moderna: a família monoparental, masculina ou feminina, a família homoafetiva, a família recomposta, simultânea, multiparental, que é, essencialmente a família singular na qual reside o indivíduo pós-moderno, com todas as suas subjetividades e particularidades.

E mesmo que (muitos) aspectos conservadores e sexistas permaneçam e permeiem o tecido social, posto foram disseminados durante muitos séculos, a entidade familiar contemporânea é estruturalmente nova, inserida em um tempo histórico novo, mais plural e, sem dúvidas, mais complexo.

Dentro do contexto social pós-moderno, as relações familiares vêm sendo alteradas substancialmente. O arquétipo da família nuclear, patriarcal, formada por um pai e uma mãe, já não pode ser visto como regra, diante do amplo rol de relações socioafetivas aptas a serem enquadradas e reconhecidas como entidade familiar.

Ademais, houve uma nítida reorganização dos papéis sociais desempenhados pelo homem pela mulher na sociedade pós-moderna em razão do ingresso da mulher no mercado de trabalho, afastando-se do ambiente doméstico, de modo que homens e mulheres passaram a assumir novas posturas dentro do relacionamento amoroso e, sobretudo, no tocante à constituição familiar, à criação e à educação dos filhos.

Assim, o divórcio, o controle da natalidade, a concepção assistida, a reciprocidade alimentar são valores novos que passam a permear o tecido familiar, para torná-lo mais arejado, mais receptivo, mais maleável, mais adaptável às concepções atuais da humanidade e da vida dos humanos⁶, dando origem a uma concepção de família mais aberta, contemplativa de modelos que antes não eram abarcados pela letra fria da lei.

Convém ressaltar, como bem pontuou Giselda Hironaka, que as mudanças

1950. v. 2, p. 41-42, 67.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas**: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 101, p. 154. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v101i0p153-167>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

da sociedade pós-moderna não retiraram da família sua essência e o seu papel de refúgio e fortaleza para os anseios primeiros de cada um de seus membros. Segundo seus ditames, deixaram de prevalecer, todavia, a ideia da indissolubilidade de vínculos, da obrigatoriedade de realização contínua, a qualquer preço e as amarras da não-libertação.⁷

Com o surgimento e reconhecimento de novos arranjos conjugais e parentais, a família ganhou uma nova roupagem, pautando-se muito mais no afeto e menos em fatores econômicos, ou na manutenção das estruturas sociais.

Nesse ambiente de revisão e reavaliação do tradicional conceito de família, a Constituição Federal de 1988 deu um salto qualitativo no sentido do reconhecimento das múltiplas formas de organização familiar⁸ e, mais ainda, o estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e obrigações, pelo homem e pela mulher na sociedade conjugal⁹, e aboliu as designações discriminatórias referentes à filiação que ainda imperavam no ordenamento jurídico pátrio ao atribuir o status de legitimidade a todos os filhos, independentemente de haverem nascido na constância do casamento ou não¹⁰.

A nova ordem constitucional, atrelada ao seu tempo histórico e tomada pelas aspirações da pós-modernidade, revela uma nítida preocupação com a tutela da Dignidade da Pessoa Humana e a promoção justiça social, valores que não eram substancialmente contemplados pelo sistema jurídico positivista vigente até então¹¹. Quando a norma constitucional passou a ocupar o vértice

⁷HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas**: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. Op. Cit. p. 161.

⁸ “Art. 226 § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988

⁹ “Art. 226 § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Ibidem.

¹⁰ “Art. 227, § 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”. Ibidem.

¹¹ SILVA, Victor Emmanuel Ferreira da. **Filhos do afeto: a noção de filiação na pós-modernidade**. Orientadora: Fernanda Pontes Pimentel. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/63627452-Universidade-federal-fluminense-faculdade-de-direito-victor-emmanuel-ferreira-da-silva-filhos-do-afeto-a-nocao-de-filiacao-na-pos-modernidade.html>>. Acesso em: 31 out. 2018. (p. 29).

do ordenamento jurídico pátrio, as normas infraconstitucionais, entre elas os institutos civis e as normas atinentes às relações familiares, passaram a ser interpretadas à luz dos valores constitucionais, os quais servem de bússola a orientar todo o sistema jurídico.

2.2 Questões pertinentes ao Direito de Família em uma perspectiva Civil Constitucional

O movimento de reconhecimento da eficácia direta e imediata das normas fundamentais no Direito privado (e, conseqüentemente, nas relações entre particulares) foi um fenômeno de dimensão global, embasado pelas premissas jusfilosóficas do Pós-positivismo, no qual se observa a valorização dos princípios e superação da primazia da lei positivada, além de um processo de reformulação da própria hermenêutica jurídica.

A visão de um direito positivo concatenado com os valores fundamentais da sociedade deu início a um processo de constitucionalização, despatrimonialização e repersonalização das normas do Direito privado, no qual os institutos civis passaram a ser interpretados à luz das normas constitucionais e estas, por sua vez, passaram a ocupar o ápice do ordenamento jurídico.

No Brasil, a valorização da força normativa dos princípios consubstanciou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fruto do processo de redemocratização e da participação popular, que consagrou valores importantes como a Dignidade da Pessoa Humana e a ideia de um Estado Democrático, passando a ocupar o ápice do ordenamento jurídico.

Esses valores passaram nortear o processo de interpretação de todas as normas infraconstitucionais, entre elas as normas civilistas, dando origem à chamada Constitucionalização do Direito Civil.

A força normativa atribuída ao postulado principiológico da Dignidade Humana alcançou todas as normas infraconstitucionais, que passaram a ser interpretadas com vistas a atender a um objetivo maior, qual seja: a concretização dos direitos e das garantias fundamentais. No Direito Civil e no

Direito de Família, objeto do presente estudo, esse movimento promoveu uma alteração estrutural, na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais, ressaltando que estas últimas assumiram um valor secundário quando a finalidade precípua das normas jurídicas passa a ser o ser humano¹².

Diante dessa nova sistemática, as normas fundamentais emanadas pela Constituição passaram a incidir no Direito Civil e, notoriamente, nas normas do Direito de Família, promovendo a reconfiguração deste ramo do Direito. Um aspecto significativo dessa virada interpretativa foi paulatina instrumentalização da instituição familiar, transformando-a em um meio para o livre e adequado desenvolvimento dos seus integrantes. Sobre essa nova função atribuída à instituição familiar, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam:

É preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam – e infelizmente existem – arranjos familiares constituídos sem amor¹³.

O atendimento a estas finalidades de realização individual somente foi possível por que os princípios constitucionais foram transmutados ao Direito de Família, operando eficácia direta nas relações privadas. Dentre esses princípios, destacam-se a Dignidade da Pessoa Humana, a Igualdade entre os sexos, a Isonomia entre os filhos, o melhor interesse da criança e do adolescente, a Solidariedade, o Planejamento Familiar, a Paternidade Responsável¹⁴.

Acerca da classificação e da definição conceitual desses princípios, já se

¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Revista Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 234- jul/dez 2006. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: **Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**.-4 ed. São Paulo 2014, p. 45.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

ocuparam os diversos manuais jurídicos e, em razão da abundância de fontes, aqui será utilizada a classificação proposta por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho¹⁵, que subdividem entre Princípios Gerais aplicáveis ao Direito de Família (Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Vedação do Retrocesso) e Princípios especiais, peculiares ao Direito de Família, como Afetividade, solidariedade familiar, função social da família, plena proteção à criança e ao adolescente, convivência familiar, Intervenção Mínima do Estado, Proteção ao Idoso¹⁶.

Portanto, a nova sistemática constitucional trouxe em seu bojo características pós-modernas, ao colocar o indivíduo como centro das preocupações e fim precípuo da norma jurídica e, na medida em que todas as normas infra legais tiveram que passar pela filtragem constitucional, a força normativa dos princípios, enquanto principais vetores de interpretação do ordenamento jurídico.

A valorização da força normativa dos princípios consubstanciou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fruto do processo de redemocratização e da participação popular, que consagrou valores importantes como a Dignidade da Pessoa Humana e a ideia de um Estado Democrático, passando a ocupar o ápice do ordenamento jurídico.

Esses valores passaram nortear o processo de interpretação de todas as normas infraconstitucionais, entre elas as normas civilistas, dando origem à chamada Constitucionalização do Direito Civil.

A força normativa atribuída ao postulado principiológico da Dignidade Humana alcançou todas as normas infraconstitucionais, que passaram a ser interpretadas com vistas a atender a um objetivo maior, qual seja: a concretização dos direitos e das garantias fundamentais. No Direito Civil e no Direito de Família, objeto do presente estudo, esse movimento promoveu uma alteração estrutural, na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais, ressaltando que estas últimas assumiram um valor secundário quando a finalidade precípua das

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**. Op. cit., p. 75.

normas jurídicas passa a ser o ser humano

Os princípios constitucionais, consubstanciados nos mais importantes valores da sociedade, quando lançados no universo das leis, possibilitaram uma verdadeira leitura constitucional do ordenamento jurídico e foi nesse cenário que a afetividade, reconhecida implicitamente no texto constitucional, adquiriu relevância jurídica, enquanto elemento estruturante das relações familiares atuais.

2.3 O Princípio da Afetividade e a filiação socioafetiva

Para melhor compreender o Princípio da Afetividade no Direito de família é necessário passar pela análise conceitual do afeto, tarefa que somente será cumprida satisfatoriamente se buscarmos respaldo em outras áreas do conhecimento humano.

Por ser um componente ligado à essência às questões humanas, o Afeto habita o âmago do ser humano e traduz-se em conjunto de sensações psíquicas, que não ocupam o mundo fisicamente. Pela sua própria complexidade e abstração, o afeto não pode ser apreendido apenas pela linguagem jurídica ou por uma fórmula matemática, posto que as ciências exatas e, tampouco as jurídicas, não seriam capazes de alcançar todos os seus signos. Pode-se dizer, ademais, que a literatura jurídica não tem se preocupado em conceituar o afeto, ainda que muito de fale muito em um princípio da afetividade.

Numa definição oferecida pela psicanálise, o afeto é

O equivalente da energia psíquica, dos impulsos, dos desejos que afetam o organismo e se ligam a representações, a pessoas, objetos, significativos. Transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e ainda, influenciam nossa forma de interpretar o mundo.¹⁷

¹⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e psicanálise – Um novo horizonte epistemológico**, p. 6, Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/111.pdf> Acesso em: 12 nov. 2018

Partindo dessa perspectiva, o Afeto, enquanto como um conjunto de sentimentos, não coincide necessariamente com o amor tal como é frequentemente concebido pelo senso comum, afastando-se de eventuais idealizações românticas que permeiam o termo¹⁸. Ainda que possa ser vista como obviedade, tal distinção confere a neutralidade necessária para a procura por uma acepção científica do afeto, enquanto elemento psíquico que abrange o amor, os anseios, os conflitos e as violências que permeiam as relações familiares.

É bem verdade que, sob o prisma jurídico, os conceitos de afeto, afetividade e socioafetividade muitas vezes são tratados como sinônimos, associados à ideia de amor.

Em torno dessa premissa, surgiu toda uma construção jurisprudencial que elegeu o afeto como elemento caracterizador da entidade familiar, vide os inúmeros precedentes envolvendo questões relevantes do Direito de Família, a atos de afeição, cuidado e carinho traduzem a afetividade, elemento indispensável para configuração da relação filio-parental.

Sob a ótica do Direito, o Afeto é concebido como um direito individual, uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos. Trata-se de liberdade – assim como a liberdade de contratar – que não pode ser sonogada, ele diz, e negá-la seria o mesmo que “renegar ao regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito exigido pelo art. 1º da Constituição¹⁹.

Instaurou-se uma discussão a respeito da sua valoração jurídica: seria a afetividade um princípio ou apenas um valor relevante? A doutrina majoritária, cujo maior expoente é Paulo Luiz Netto Lôbo, defende o seu caráter principiológico:

O princípio, por seu turno, indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida

¹⁸ Ibidem. p. 7.

¹⁹ BARROS, Sérgio Resende de. **Direito ao afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont.>>. Acesso em: 31 out. 2018.

segundo formulação grega clássica, sempre atual, de justiça ao caso concreto. [...]. Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade nas relações de família.²⁰

Ricardo Lucas Calderón reafirma que a categorização da afetividade como Princípio e vai além: ele atribui ao princípio da afetividade duas dimensões distintas, uma subjetiva e outra objetiva, as quais, apesar de estarem intimamente relacionadas, apresentam consequências e características próprias. A dimensão objetiva, segundo o Autor, envolve a presença de fatos sociais que exteriorizam uma manifestação de afetividade, enquanto a dimensão subjetiva refere-se ao afeto anímico em si, do sentimento de afeto propriamente dito²¹.

Portanto, segundo esse entendimento, a afetividade no sentido jurídico diverge da afetividade em seu sentido psicológico. Enquanto a primeira reside no mundo dos fatos, a segunda reside na *psiquê* humana. A primeira se consubstancia no sentimento íntimo de cada indivíduo, enquanto a segunda se consubstancia através de gestos exteriores que manifestem o afeto.

Para completar essa classificação, o Autor ressalta que a dimensão subjetiva do Princípio da Afetividade, esta que certamente escapa ao Direito, é, em regra, presumida. Desse modo, sendo constatada a dimensão objetiva da afetividade restará, desde logo, presumida a presença da sua dimensão subjetiva. Portanto, a apuração da afetividade sempre dará pela verificação elementos concretos (objetivos), apreensíveis juridicamente, a partir dos quais se presume o elemento subjetivo da afetividade, pois é tarefa impossível ao operador do Direito sondar o íntimo do coração humano, onde reside o elemento

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Parte Geral**. Op. cit., p. 74-77

²¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O Percorso construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família brasileiro contemporâneo: Contexto e efeitos**, 2011, p.4. Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

subjetivo do afeto.²²

Eis que surgiu toda uma construção jurisprudencial que elegeu o afeto como elemento caracterizador da entidade familiar, vide os inúmeros precedentes envolvendo questões relevantes do Direito de Família, a atos de afeição, cuidado e carinho traduzem a afetividade, elemento indispensável para configuração da relação filio-parental.

Sob a ótica do Direito, o Afeto é concebido como um direito individual, uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos. Trata-se de liberdade – assim como a liberdade de contratar – que não pode ser sonogada, ele diz, e negá-la seria o mesmo que “renegar ao regime e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito exigido pelo art. 1º da Constituição²³.

Ademais, o Princípio da Afetividade possui duas facetas, cada uma delas com efeitos jurídicos distintos. A primeira delas é a face de dever jurídico, voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de parentalidade ou de conjugalidade, vinculando tais pessoas a condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação. A segunda faceta do princípio é a face geradora de vínculo familiar, voltada para as pessoas que ainda não possuam um vínculo reconhecido pelo sistema (seja de parentalidade, seja de conjugalidade), pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstancia um vínculo familiar entre os envolvidos²⁴.

Todavia, ainda persistem posicionamentos contrários à classificação da Afetividade como Princípio. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, reconhecem o afeto como um postulado jurídico, mas posicionam-se contra a sua categorização como princípio jurídico em razão do seu caráter não-vinculante e não obrigatório, considerando as suas características de espontaneidade e subjetividade:

²² CALDERÓN, Ricardo Lucas. O Percurso construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família brasileiro contemporâneo: Contexto e efeitos, 2011, Op. cit. p.4

²³ BARROS, Sérgio Resende de. **Direito ao afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont.>>. Acesso em: 31 out. 2018.

²⁴ Ibidem.

Trazendo a lição dos constitucionalistas para o campo das famílias, infere-se que o afeto não é princípio jurídico por não ter obrigatoriedade, vinculatividade. Ninguém é obrigado a gostar, a nutrir afeto por outra pessoa, mesmo que seja de sua própria família. Daí a fácil e serena conclusão de que o afeto não tem força vinculante, normativa. O afeto é relevante para as relações de família, mas não é vinculante e obrigatório. Cuida-se, portanto, de um postulado - e não de um princípio fundamental (o que lhe daria força normativa).²⁵

A despeito do posicionamento transcrito acima, parece inconcebível pensar o afeto como elemento desprovido de força normativa, apesar do seu inquestionável caráter voluntário e espontâneo. Cumpre destacar que, uma vez configurada a relação socioafetiva, o afeto revela-se como elemento normativo, visto que vincula as partes envolvidas, constituindo-se elemento gerador de responsabilidade. Portanto, dada a sua força normativa, a caracterização como Princípio e não apenas como postulado jurídico parece ser a mais acertada.

Portanto, o afeto enquanto elemento psicológico, voluntário, espontâneo, somente pode ser apreendido pelo mundo externo através de uma conduta positiva. Dito de outra forma, a afetividade se consubstancia por meio de condutas externas, no sentido de amar, educar, conviver e proteger. Estas condutas, por sua vez, são apreciáveis juridicamente e aptas a gerarem vínculos de socioafetividade.

Para completar essa classificação, o Autor ressalta que a dimensão subjetiva do Princípio da Afetividade, esta que certamente escapa ao Direito, é, em regra, presumida. Desse modo, sendo constatada a dimensão objetiva da afetividade restará, desde logo, presumida a presença da sua dimensão subjetiva. Portanto, a apuração da afetividade sempre dará pela verificação elementos concretos (objetivos), apreensíveis juridicamente, a partir dos quais se presume o elemento subjetivo da afetividade, pois é tarefa impossível ao operador do Direito sondar o íntimo do coração humano, onde reside o elemento

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Famílias**. p. 74.

subjetivo do afeto.²⁶

Eis que surgiu toda uma construção jurisprudencial que elegeu o afeto como elemento caracterizador da entidade familiar, vide os inúmeros precedentes envolvendo questões relevantes do Direito de Família, a atos de afeição, cuidado e carinho traduzem a afetividade, elemento indispensável para configuração da relação filio-parental.

É importante perceber, ademais, que através do Princípio da Afetividade, o afeto passou a ser valorado juridicamente, tendo reconhecida a sua importância no desenvolvimento das relações familiares. Da mesma maneira, a necessidade de sua externalização objetiva introduziu o dever de cuidado na ordem jurídica, o qual visa assegurar o adequado cumprimento das funções parentais.

A respeito da filiação socioafetiva, máxima expressão do Princípio da Afetividade no Direito de Família, Paulo Lôbo a considera como um dos mais importantes avanços do direito brasileiro na direção da solidariedade familiar e da primazia da dignidade humana, pois emerge de intensa demonstração de generosidade e respeito com o outro, posto que a paternidade ou a maternidade é conscientemente assumida, ainda que o filho não seja biológico²⁷.

A filiação, nesta hipótese, fundamenta-se na chamada “posse do estado de filho”, quando não derivar de um processo de adoção, quando da expressão do afeto nasce uma situação de fato que passa a ser tutelada pelo Direito, ensejando em direitos e obrigações recíprocas entre pais e filhos socioafetivos, no seio familiar.

2.3.1 O Direito Fundamental à convivência familiar na relação filio-parental

É somente através da convivência familiar que a afetividade germina. A presença é, sem dúvidas, o principal elemento caracterizador da afetividade e pressuposto básico para a construção de relações afetivas saudáveis. Com base nessa premissa, a Constituição Federal de 1988, reconheceu expressamente a

²⁶ CALDERÓN, Ricardo Lucas. O Percurso construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família brasileiro contemporâneo: Contexto e efeitos, 2011, Op. cit. p.4

²⁷ LÔBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 20 de nov. 2018, p. 8.

convivência familiar em relação à criança e ao adolescente, como Direito Fundamental, consoante o seu art. 227, caput.²⁸

Na mesma linha, Estatuto da Criança e do Adolescente assegura ao menor, com absoluta prioridade, a efetivação dos seus direitos fundamentais, entre eles o direito à convivência familiar e comunitária, e de ser criado no seio da família natural ou substituta²⁹, visando a promover, através de ações positivas, a permanência dos menores junto ao grupo familiar com o qual está vinculado afetivamente, como forma de priorizar o seu adequado desenvolvimento pessoal e social.

A convivência familiar, no sentido aqui explicitado, não deve ser resumida à mera coabitação, mas deve ser entendida como a determinação de práticas afetivas. A definição desse direito fundamental não se restringe à satisfação das necessidades dos filhos, mas, sustentada pelo saber *psi*, avança para a prescrição de relações cotidianas suficientemente adequadas do ponto de vista psíquico.³⁰

Justamente por considerar o convívio familiar e o contato afetivo como elementos essenciais ao pleno desenvolvimento humano, o ordenamento jurídico pátrio consagrou a convivência familiar direito fundamental.

Cláudio José Amaral Bahia, citado por Ana Paula Pizarro Tacques, caracteriza as três dimensões inerentes ao direito fundamental à convivência familiar, estando a primeira dimensão contemplada na limitação à intervenção

²⁸ “**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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988

²⁹ **Art. 19**. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF

³⁰ MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. **Abandono Afetivo: Afecto y Paternidad en Instancias Jurídicas**. *Psicol. cienc. prof.* [online]. 2015, vol.35, n.4, p. 5. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v35n4/1982-3703-pcp-35-4-1257.pdf>>. Acesso em; 02 nov. 2018.

estatal no âmbito familiar, a qual tutela a liberdade do indivíduo em constituir família, de qualquer uma das formas previstas, bem como a liberdade do menor ser criado e educado no seio de sua família natural. A segunda dimensão, por sua vez, resta contemplada na promoção da inclusão da família na sociedade, consagrando-a como sujeito de direitos sociais como saúde, educação, moradia etc. e ainda oferece respaldo à promoção dos direitos fundamentais da terceira vez que a família constitui um importante instrumento a favor da coletividade.³¹

Em relação aos ascendentes a convivência familiar se apresenta como um direito-dever, pois abarca tanto o direito fundamental do genitor ao convívio com a prole, e de não ser tolhido dessa convivência, quanto o dever jurídico de cuidado, educação e solidariedade familiar. Nesta linha, genitor não apenas *pode* como *deve* conviver com os filhos, prestando todo o apoio e orientação necessários, podendo ser responsabilizado civilmente se assim não o fizer³².

Portanto, a convivência familiar enquanto direito jusfundamental, pré-requisito para o desenvolvimento da afetividade, deve ser contemplada em todas as modalidades de relacionamento filio-parental e mesmo em relação aos demais familiares, promovendo o estabelecimento e a manutenção de vínculos afetivos, sobre os quais se funda a integridade psíquica do indivíduo.

³¹ BAHIA, Cláudio José Amaral. A natureza jusfundante do direito à família. Apud. TACQUES, Ana Paula Pizarro. **A convivência familiar como direito fundamental: Uma análise das complexidades das entidades familiares contemporâneas.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conviv%C3%A2ncia-familiar-como-direito-fundamental-uma-an%C3%A1lise-das-complexidades-das-entidades-f.>> Acesso em: 04 nov. 2018.

³² BRASIL STJ. REsp. n. 1.087.561- RS, Quarta Turma. Rel Min. Raul Araújo. Julgado em 13.06.2017.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DA RELAÇÃO PATERNO/MATERNAL-FILIAL

A relação de filiação constitui um vínculo social e cultural que liga ascendentes e descendentes e implica no nascimento de direitos e obrigações recíprocas, a serem exercidas na dinâmica de cada família.

O fato de ser pai, mãe ou filho de outrem é, além de uma circunstância existencial das mais relevantes, o fundamento da assunção de algumas responsabilidades, seja no cuidado, orientação e manutenção da prole, seja na solidariedade recíproca entre pais e filhos, além da incorporação dos papéis sociais decorrentes de tais faculdades e encargos.

Portanto, uma vez constatada a existência da relação filio-parental, seja ela biológica ou socioafetiva, surgem também os direitos e deveres inerentes ao Poder Familiar. Em relação aos filhos, surge o direito de ser cuidado, alimentado, protegido enquanto não possua condições de prover a própria subsistência e, no que toca aos pais, o conseqüente dever de cuidado e assistência, assim como o direito de conservar perto de si a sua prole. Nesse viés, o exercício da parentalidade importa na assunção de encargos e no exercício de determinados papéis. Não é por acaso que alguns autores seguem classificando o Poder Familiar como *múnus público*³³.

Desta maneira, por constituírem direitos e obrigações recíprocas, as relações jurídicas inerentes ao vínculo de filiação podem ser analisadas sob múltiplas perspectivas. O dever de cuidado, por exemplo, o qual foi consagrado em nosso ordenamento jurídico como direito fundamental em benefício do filho, constitui, na perspectiva dos pais, em um dever jurídico consubstanciado nas ações de criar, educar e conviver com os filhos, provendo-lhes os meios e recursos necessários à sobrevivência e desenvolvimento sadio, tanto no aspecto patrimonial como no aspecto imaterial.

Ressalte-se que, embora os direitos e deveres decorrentes da relação filio-parental correspondam, em grande parcela, com as normas que compõem o Poder Familiar, seu conteúdo não se exaure somente nesse Instituto: abrange,

³³ CF DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família, Vol. 5 – 29. ed. p. 618.

ademais, a Solidariedade Familiar, macroprincípio constitucional que perpassa todos os princípios gerais do Direito de Família³⁴, e que abrange inúmeros deveres de cunho moral, inclusive em favor dos filhos maiores e dos pais idosos.

Nessa esteira, verifica-se a existência de normas (sociais e jurídicas) decorrentes da configuração do vínculo paterno/materno-filial que surtirão efeitos em relação ao genitor, à prole e perante terceiros.

Evidentemente, não se pode assegurar que as dinâmicas vivenciadas nas relações familiares, com todas as suas imprevisibilidades, corresponderão sempre ao ideal socialmente esperado, posto que cada família é única, assim como são únicas as circunstâncias em que estão inseridas. Todavia existe um conteúdo mínimo de condutas, definidos socialmente e tuteladas pelo Direito, a que pais e filhos encontram-se vinculados, seja por amor, seja por dever.

O art. 227 da Constituição Federal já tratou de explicitar alguns **desses** deveres atribuídos à família, como saúde, alimentação ao lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, à liberdade e à convivência familiar³⁵.

Na mesma esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente atribui aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores³⁶. Essa última classificação, trazida pelo ECA, se apresenta de uma forma particularmente interessante, posto que cada um desses deveres (sustento, guarda e educação), decorrentes do poder familiar, comporta uma série de elementos que poderão suscitar análises distintas, consoante se observará a seguir.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da Solidariedade Familiar**, IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: [INSERIR A DATA], p. 03.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988

³⁶ “**Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF

3.1. Dever de sustento

O *dever de sustento* implica na obrigação dos pais em prover a subsistência dos seus descendentes quando menores, em decorrência do Poder Familiar. Não se confunde, todavia, com o dever eventual de prestar alimentos em decorrência de outros vínculos de parentesco que não o vínculo paterno/materno-filial, cujo fundamento decorre do Princípio da Solidariedade Familiar³⁷.

A ressalva é importantíssima pois, no âmbito da relação paterno/materno/filial, o dever que concerne aos filhos de prestar alimentos em aos pais necessitados ou mesmo o dever dos pais em prestar alimentos aos filhos maiores quando estes não possuem condições de prover a própria subsistência, não são decorrentes do dever de sustento, enquanto corolário do Poder Familiar, mas justifica-se através do macroprincípio da Solidariedade Familiar, ao qual os membros do grupo familiar encontram-se vinculados reciprocamente³⁸.

Atualmente, prevalece o entendimento de que a terminologia “alimentos” é empregada para se referir não apenas aos alimentos propriamente ditos, mas à satisfação de outras necessidades (culturais, intelectuais, médicas), imprescindíveis à manutenção da vida do alimentando. “Alimentos” compreende, portanto, todas as prestações necessárias para a vida e a afirmação da dignidade do indivíduo³⁹.

Giselda Hironaka pontua que, em relação aos filhos menores, o dever de sustento não se relaciona diretamente com a capacidade financeira do ascendente nem com o grau de necessidade do menor, e, portanto, se o filho dispor de outros meios de prover a sua subsistência, eliminando a necessidade

³⁷ CF ALBUQUERQUE, Lorena Carneiro Vaz de Carvalho. **O poder familiar, a maioria, o parentesco e a obrigação alimentar**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42973/o-poder-familiar-a-maioridade-o-parentesco-e-a-obrigacao-alimentar>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

³⁸ ALBUQUERQUE, Lorena Carneiro Vaz de Carvalho. **O poder familiar, a maioria, o parentesco e a obrigação alimentar**. Op. cit.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**. Op. cit. p. 686.

de alimentos, ainda assim não desaparecerá o dever de sustento por parte do responsável, o qual deverá, em princípio, contribuir para este sustento⁴⁰.

O dever de sustento encontra respaldo, principalmente, no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando que o adequado desenvolvimento da personalidade humana, no aspecto físico, educacional e psicológico, prescinde de condições materiais suficientes para tanto, não sendo possível conceber a promoção da Dignidade da Pessoa Humana sem considerar o seu aspecto econômico.

Da mesma forma, a manutenção da prole fundamenta-se no Princípio da Solidariedade Familiar, o qual incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente, ao tempo que estabelece diretrizes para a interpretação das normas jurídicas e para a solução dos conflitos familiares⁴¹.

Em razão do caráter indispensável da verba alimentar, intrinsecamente ligada à sobrevivência do alimentante, admite-se, de forma excepcional, na hipótese do inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentar, a prisão civil do devedor, como forma de assegurar seu cumprimento.

Trata-se da única hipótese de prisão civil tolerada pelo ordenamento jurídico pátrio, que se justifica pelo propósito de assegurar a própria dignidade e integridade do alimentando⁴², autorizada a partir do atraso das três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo⁴³.

⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direitocivil/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo/>>. Acesso: em 01 nov. 2018.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da Solidariedade Familiar**. IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 15.

⁴² CF. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Prisão Civil Por Alimentos e a Questão da Atualidade da Dívida à Luz Da Técnica de Ponderação de Interesses (Uma Leitura Constitucional Da Súmula 309 do STJ)**: O Tempo É O Senhor Da Razão. Panoptica, 2006. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_1.2_2006_34-59/114>. Acesso em: 10 nov. 2018. p. 10.

⁴³ “Súmula 309. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo” BRASIL.STJ. Súmula nº 309. Disponível em:

Pablo Stolze Gagliano entende que a prisão civil decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar, face à importância do interesse em tela (subsistência do alimentando), é medida das mais salutares, senão necessária, por se considerar que boa parte dos réus só cumpre a sua obrigação quando ameaçados pela ordem de prisão⁴⁴.

Rolf Madaleno, citado por Paulo Luiz Netto Lôbo, discorre sobre o efeito coercitivo da prisão civil por dívida alimentícia, ao considerar o peso do constrangimento social e pessoal decorrente da prisão⁴⁵.

3.2 Dever de guarda

O *dever de guarda*, que da mesma sorte decorre do Poder Familiar, refere-se ao direito-dever dos pais em manter seus filhos menores em sua companhia. A incumbência dos pais em criar e zelar pelos filhos menores traduz de forma suficientemente clara o seu caráter de *dever*, na mesma medida em que *direito* de conservar seus filhos sob sua companhia e vigilância também é cristalino.

Maria Helena Diniz descreve o direito de guarda como o *poder de reter os filhos no lar*, conservando-os junto a si, regendo o seu comportamento em relação com terceiros, proibindo a convivência com certas pessoas ou sua frequência em determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores⁴⁶.

Paulo Lôbo conceitua a guarda como a atribuição conferida a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do

<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=309>. Acesso em 10 nov. 2018.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **A prisão Civil do devedor de alimentos**. 2012.

Disponível em:

<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43552691/Prisao_Civil_-_Pablo_Stolze.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1543606851&Signature=5YA3CrWBOZ8D6c6p8Vp5nKn7x5s%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Prisao_Civil_do_Devedor_de_Alimentos.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018. p. 01.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. **A execução de alimentos pela via da dignidade humana**.

Apud LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil, Famílias**. 4. ed. Saraiva, 2011. p. 396.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. *Op. cit.* p. 623.

filho⁴⁷. Na constância do casamento, o exercício da guarda compete a ambos os genitores. Entretanto, as questões relacionadas à guarda adquire feições mais complexas diante da constatação de múltiplas formas de organização familiar existentes, notadamente a família monoparental e a recombinação.

No que diz respeito à classificação, o Código Civil regulamentou a guarda unilateral, atribuída a apenas um genitor e a guarda compartilhada, assegurando a ambos os genitores o poder familiar.

Além da classificação estabelecida na lei civil, é possível falar em outras modalidades para o exercício do direito de guarda, como a guarda alternada, na qual ambos pais se revezam em períodos exclusivos de guarda, e a guarda compartilhada, na qual a criança permanece no domicílio em que vivia com o casal, na constância do casamento, e os pais se revezam na companhia da mesma⁴⁸.

Importante registrar que, em que pese o seu caráter de direito-dever, a guarda sempre deverá ser considerada resguardando o melhor interesse do menor. Caso a convivência com os genitores implique em danos ao adequado desenvolvimento da prole, a custódia deverá ser transferida a outra pessoa, observando-se, sempre que possível, a existência de relação afetivas prévia entre eles⁴⁹.

Em relação à guarda unilateral, fica assegurado ao genitor não guardião o direito de visitas e de contato com a prole. As questões relacionadas a guarda e direito de visitas serão tratadas mais adiante.

⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008**. Disponível em: <<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 6: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional** - 4 ed. São Paulo, 2014, p. 686.

⁴⁹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência. *Apud*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Op. cit., p. 04.

3.3 Dever de educação

Por fim, o *dever de educação* da prole traduz-se no dever de orientação (intelectual, ética, moral e social) que deve ser desempenhado pelos pais durante a criação dos filhos, com o intuito de assegurar o seu adequado desenvolvimento pessoal, preparando-o para a vida em sociedade.

Trata-se do dever de dirigir-lhes a criação e educação, provendo-lhes os meios para a subsistência e educação, de acordo com os seus recursos e com a sua posição social, tornando-os úteis à sociedade e assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana⁵⁰.

O dever jurídico de educação e criação decorre da acertada premissa de que a preparação para a vida social começa no núcleo familiar, por meio do qual são transmitidos os valores que irão nortear, em grande parte, a conduta social do indivíduo e por essa razão, a entidade familiar pode ser compreendida como

Um veículo de transmissão de pautas de comportamentos, de tradições, de hábitos, crenças, usos e costumes, sendo-lhe atribuído um importante papel na preparação do indivíduo para sua inserção na vida social, além da educação global do ser humano, possibilitando, outrossim, o desenvolvimento da personalidade individual de cada membro⁵¹.

Importante destacar que a atribuição parental de dirigir a criação e educação dos filhos deve respeitar os direitos inerentes à personalidade humana, sendo assegurada à família o direito à autonomia e à vida privada, para determinar *como* se dará a educação dos filhos, observando sempre o bom

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Op. cit., p. 622.

⁵¹ DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil: derecho de família**. Apud. MALUF. Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na Pós-modernidade**, p. 57. Orientador: Roberto João Elias. Tese. Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>>. Acesso em: 20 nov. 2018, p. 57.

senso e os laços afetivos que unem seus membros⁵².

Em razão do seu importante papel formador, o eventual descumprimento do dever de educação e orientação encontra-se intimamente ligado ao abandono afetivo⁵³, posto que o ato de educar pressupõe a existência de convívio familiar e o estabelecimento de uma relação parental permeada pelo afeto.

3.4 Seria o Afeto um dever?

É sabido que incumbe aos pais o dever de guardar, orientar, educar, além de prover a subsistência dos seus descendentes. Ocorre que, sendo a família um núcleo permeado pela afetividade, deverá também, entre outras funções, atender às demandas afetivas dos seus membros, sobretudo quando se trata de seres humanos em formação.

Ao amor, ao altruísmo e à doação dos seus afetos, indiscutivelmente, ninguém pode ser obrigado. Não há lei humana capaz de determinar surgimento do amor genuíno mesmo porque tal sentimento é inapreciável pelo Direito.

Todavia, essa mesma consciência a respeito do alcance da norma jurídica, nos conduz a uma análise técnica sobre a tutela jurídica do afeto nas relações familiares: Ao Direito, não coube a tutela do Afeto na sua forma subjetiva, mas coube, outrossim, a imposição e a fiscalização do devido cumprimento dos papéis familiares, sobretudo no que tange à relação paterno/materno/filial, aos deveres de assistência moral.

Dito de outra forma, o Afeto em sentido estrito jamais poderá ser classificado como um dever jurídico. Todavia, a convivência familiar, que é pressuposto da Afetividade, essa sim possui obrigatoriedade, do mesmo modo como são obrigatórias as condutas que externam o dever de cuidado e orientação em relação à prole.

⁵² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Op. cit., p. 623.

⁵³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Op. cit., p. 04.

Ressalte-se que os deveres inerentes ao Poder Familiar⁵⁴ resguardados por lei, abrangem não apenas o dever de assistência material, mas o dever de assistência moral. Portanto, quando um pai ou uma mãe se nega a conviver com o filho, negando-lhe afeto, incorre no descumprimento dos deveres inerentes ao Poder Familiar⁵⁵, podendo ser responsabilizado civilmente por esta conduta.

Segundo Paulo Lôbo, o abandono afetivo nada mais é que o inadimplemento dos deveres jurídicos de parentalidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o Direito não o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas⁵⁶.

Em última análise, quando se fala de abandono afetivo, não se fala necessariamente da ausência de amor: É possível que um (a) genitor (a) ausente *ame* seu filho, sem nunca ter prestado sequer uma conduta positiva em prol do seu desenvolvimento, sua formação, descumprindo, dessa forma, os deveres inerentes à parentalidade.

3.2 Pais separados, guarda e direito de visita à sombra do abandono afetivo

A parte introdutória deste trabalho já antecipou a ideia de que o divórcio, a dissolução da união estável e dos relacionamentos amorosos de uma maneira geral constituem circunstâncias propícias ao eventual do abandono afetivo por parte do genitor a quem não coube o exercício da guarda.

A ausência física, a quebra ou a inexistência da convivência familiar diuturna, consequência do rompimento das relações amorosas, é o principal elemento do afastamento entre pais e filhos, caracterizado pela ausência, não somente de afeto, mas de todos os atos de cuidado inerentes à relação filio-

⁵⁴ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: Acesso em: 12 nov. 2018.

⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Maria Cláudia. **Nem só de pão vive o Homem**. Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006 (p. 674). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

⁵⁶ LÔBO. Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Famílias**. Op. Cit., p. 312.

parental.

Quanto mais, reitere-se, o abandono afetivo ou o efetivo descumprimento dos deveres inerentes à parentalidade possui consequências jurídicas definidas, dentre as quais destaca-se a responsabilização civil pelos danos decorrentes de eventuais omissões, que poderão ser imputados ao genitor (a) que lhe deu causa.

Relembre-se que, o afastamento em razão da dissolução do vínculo de parentalidade nem sempre ocorrerá por culpa do genitor afastado. As circunstâncias poderão ser as mais variadas possíveis.

Todavia, o genitor afastado deve ser responsabilizado se comprovadamente agiu com desídia em relação ao seu dever de fiscalização da educação da prole, ou se deixou de prestar assistência aos filhos em razão formação de uma nova família.

Em outras situações, aquele a quem coube a guarda dos filhos pode dar causa ao afastamento parental, o qual confunde a relação conjugal com a relação parental. Ou mesmo em razão reconstrução da própria vida afetiva, imaginando que estaria atribuindo ao filho um novo pai ou uma nova mãe.

Neste viés, as visitas entre genitor não-guardião e prole constituem-se num verdadeiro *poder-dever*, “como forma de [se] atender às necessidades morais e psicológicas da prole”. O que ocorre é que no “direito brasileiro, não existem sanções típicas aplicáveis àqueles que descumprem as condições impostas ao direito de visitas”⁵⁷.

3.5 Desdobramentos do abandono afetivo

O descumprimento dos papéis parentais e o conseqüente abandono da prole, nos termos até aqui explorados, é potencialmente danoso à personalidade do filho negligenciado.

O início da formação psíquica do indivíduo e o início da sua educação social ocorre por meio da convivência familiar somente se concretiza através do afeto.

⁵⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Op.cit., p. 04.

Portanto, é patente que o atendimento das necessidades da prole não se esgota no aspecto material, com o adimplemento do dever de sustento. Pelo prisma da Afetividade, ser privado do convívio de um ou de ambos os pais é capaz de gerar um sofrimento imensurável ao indivíduo, sobretudo nos primeiros anos de vida, com repercussões em diversos aspectos existenciais.

Os danos decorrentes da negligência e do abandono afetivo maculam o ser humano enquanto ser dotado de personalidade, a qual se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de modo que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada⁵⁸.

Portanto, a nova sistemática constitucional trouxe em seu bojo características pós-modernas, ao colocar o indivíduo como centro das preocupações e fim precípua da norma jurídica e, na medida em que todas as normas infra legais tiveram que passar pela filtragem constitucional, a força normativa dos princípios, enquanto principais vetores de interpretação do ordenamento jurídico.

A valorização da força normativa dos princípios consubstanciou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988, fruto do processo de redemocratização e da participação popular, que consagrou valores importantes como a Dignidade da Pessoa Humana e a ideia de um Estado Democrático, passando a ocupar o ápice do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, tem-se a previsão contida nos incisos I e II do Art. 1.634, acerca do dever dos pais com relação aos filhos menores, de “dirigir-lhes a criação e educação”, bem como “tê-los em sua companhia e guarda”. Tais deveres paternos não guardam relação com o suprimento das necessidades materiais que se faz por meio do pagamento de pensão alimentícia. A lei é muito clara ao impor aos pais a companhia, a guarda, a direção de sua educação. E, se tais deveres são descumpridos em razão da ausência e/ou recusa paterna, estamos diante de nítidos atos ilícitos.⁵⁹

⁵⁸ Idem, *Ibidem*.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Maria Cláudia. Nem só de pão vive o Homem.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos (...). Em suma, amar é faculdade; cuidar é dever⁶⁰.

4. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ALTERAÇÃO DA FILIAÇÃO NO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO EM BENEFÍCIO DA VERDADE SOCIOAFETIVA

A instituição familiar chegou à pós-modernidade para adquirir uma face renovada alterando paulatinamente os seus valores e a sua forma, passando a abrigar em seu cerne os laços de afeto, a valorização da dignidade humana e a autonomia individual.

Na medida em que a individualidade passou a ocupar uma posição de destaque na tomada das decisões afetivas em razão da crescente relevância jurídica atribuída ao afeto, a formação do núcleo familiar passou a ser norteadada por motivações afetivas, criando espaço para o estabelecimento do parentesco decorrente do liame afetivo ao lado do parentesco decorrente da consanguinidade.

Da mesma forma, observou-se, como consequência da reafirmação do Estado laico, o rompimento da regra que determinava a indissolubilidade do casamento e a consequente aceitação social do divórcio nas hipóteses em que o casamento/coabitação deixava de ser um meio para a realização pessoal e a felicidade dos cônjuges.

Nesse contexto, a face da família mudou. Enquanto no passado identificavam-se como membros de famílias o pai, mãe e filhos, na atualidade a doutrina e jurisprudência pátrias enfrentam situações bastante originais: essas mesmas famílias podem se compor de dois pais e um filho, duas mães e um filho, tios que moram com sobrinhos, casais que, ao se

Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>>. Acesso em: 02 dez. 2018., p. 675.

⁶⁰ BRASIL, STJ. REsp. n. 1.159.242 - SP, Terceira Turma. Rel Min. Nancy Andrighi. Julgado em 04 de Abril de 2012 p. 9. Disponível em: <http://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/recurso-especial-n-1-159-242-sp>. Acesso em 13 nov. 2018.

unirem, trazem consigo para a nova relação o próprio filho, enfim, famílias cuja identificação está longe de se traduzir como convencional⁶¹.

Ademais, a posição enfática do afeto nas relações familiares promoveu mudanças no exercício da parentalidade, sobretudo no que concerne ao vínculo estabelecido entre o cônjuge/companheiro e os filhos do outro, e das relações jurídicas decorrentes dessa convivência familiar. Passa-se, dessa forma, a indagar acerca das alternativas disponíveis para o reconhecimento das relações instituídas pais e filhos por afinidade no Registro Civil de Pessoas Naturais, como forma de garantir os direitos inerentes ao estado de filiação e assegurar o adequado exercício dos papéis parentais.

Todavia, como será demonstrado nos próximos subitens, a inexistência de previsões legais claras e inequívocas a respeito da possibilidade de reconhecimento da parentalidade socioafetiva e a conseqüente alteração dos assentos registrais evidencia o enorme abismo entre a realidade das famílias formadas pelo afeto e o direito posto, o que gera uma zona de insegurança jurídica em relação a questões pertinentes, como alimentos, direito sucessório e poder familiar.

4.1 Aspectos gerais sobre as modalidades filiação e seu reconhecimento.

A filiação é uma situação jurídica referente ao estado da pessoa, que traduz a capacidade de ser filho. Em que pese termos, historicamente, o critério biológico como o princípio básico da filiação, o pensamento jurídico pós-moderno evoluiu para considerar também filiação baseada no afeto, dissociada do vínculo biológico, a qual se configura através da posse do estado de filho.

Assim, é possível conceituar a filiação como o vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente da fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga (sêmem do marido ou do companheiro: óvulo da mulher ou companheira) ou heteróloga (sêmem de outro homem, porém com o

⁶¹ FRÓES, Carla Baggio Laperuta; TOLEDO, Iara Rodrigues de. **Da afetividade e do direito personalíssimo ao patronímico/matronímico**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50a074e6a8da4662>>. Acesso em: 11 nov. 2018., p. 02.

consentimento do esposo ou companheiro; ou óvulo de outra mulher, com anuência da esposa ou companheira), assim como em virtude da adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado do filho⁶².

A filiação natural, proveniente da relação sexual entre o homem e a mulher sem qualquer assistência médica, constitui exercício normal da natureza na busca pela preservação da espécie, podendo ocorrer dentro ou fora do casamento⁶³. Com efeito, é a partir da filiação natural que decorrem, em um primeiro momento, as presunções de paternidade natural descritas nos incisos I e II do art. 1597 do Código Civil:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento⁶⁴.

A filiação decorrente das técnicas de reprodução assistida resulta da intervenção no processo de concepção natural em razão da dificuldade ou impossibilidade para gerar um filho. Pode ser homóloga, quando ocorre a

⁶² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação. 2ª. ed. São Paulo: Editora Atlas 2011 apud SALOMÃO, Marcos Costa; HAHN, Noli Bernardo. **O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a Constituição Federal de 1988**, 2017. Disponível em: <http://www2.colegioregistrals.org.br/_upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20DR%20NOLI_143197879304.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁶³ COSTA, Marcos; HAHN, Noli Bernardo. **O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a Constituição Federal de 1988**, 2017. Disponível em: <http://www2.colegioregistrals.org.br/_upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20DR%20NOLI_143197879304.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁶⁴ BRASIL, Lei de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

manipulação dos gametas do próprio casal, e heteróloga, quando a concepção é levada a efeito com o material genético de doador anônimo⁶⁵.

Já a filiação adotiva é decorrente de um processo judicial. Trata-se de um parentesco eletivo, por decorrer exclusivamente de um ato de vontade, (...) gerando um vínculo de parentesco por opção.⁶⁶ Decorre, portanto, não de um fator biológico, mas de um fator socioafetivo, no qual o filho adotivo terá todos os direitos e impedimentos inerentes à filiação natural.

Finalmente, a filiação socioafetiva, decorrente a posse do estado de filho, resulta de uma situação de fato. Trata-se de um vínculo de filiação detido por aquele que desfruta do estado de filho, ou do estado de filho afetivo⁶⁷. Sem a ocorrência do ato formal de adoção, tal modalidade de filiação decorre exclusivamente da convivência, dos atos de afeto e de consideração recíproca

A despeito desta clássica (e didática) classificação das modalidades de filiação, é possível afirmar, com respaldo de grande parte da doutrina, que toda a relação de parentalidade deve ser, necessariamente, socioafetiva. Neste viés, a existência de uma relação pautada no afeto é pressuposto indispensável para existência da filiação, em qualquer das suas variedades.

Para Rolf Madaleno, o real valor da filiação se encontra na verdade afetiva e jamais ascendência genética, posto que o vínculo biológico, quando desligado do afeto e da convivência, nada mais representa do que um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra do descuido e da pronta rejeição.⁶⁸

Segundo seus ditames, não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.⁶⁹ Visto desse modo, a existência de uma efetiva relação os

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 400.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 481.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2015, p. 405.

⁶⁸ MADALENO, Rolf. *Filiação sucessória*. Porto Alegre: Magister, IBDFAM, v.0, out. /nov. 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/102.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

⁶⁹ *Ibidem*.

membros é condição *sine qua non* para a verificação da efetiva parentalidade.

Para que possa operar seus efeitos jurídicos, a filiação (seja ela natural, homóloga, heteróloga, socioafetiva ou decorrente de um processo de adoção) deve ser reconhecida.

O ato de reconhecimento da filiação é ato formal, de livre vontade, irrevogável, incondicional e personalíssimo, praticado ordinariamente pelo pai⁷⁰, seja por ato voluntário ou judicial, gerando um complexo de direitos e obrigações.

No reconhecimento voluntário ou espontâneo, é suficiente a manifestação de vontade, válida e solene, declarando que determinada pessoa é seu filho. Já o reconhecimento judicial ou coativo dá-se por meio de sentença, proferida no bojo de uma Ação de Investigação de Paternidade, e reconhece que determinada pessoa é progenitor de outra.⁷¹

Registre-se que a Constituição Federal de 1988, após encerrar as discriminações legais referentes à filiação, declarando que “*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias*”, impede que sejam inseridas no Registro Civil de Nascimento informações que diferenciem a espécie de filiação ou o modo do seu reconhecimento, como o estado civil dos pais, se aquele registro deriva de mandado judicial, de adoção ou de qualquer outro ato que possa leva-lo à distinção⁷².

[...] por qualquer prisma que se analise, antes de ser fato, a filiação decorre, necessariamente, de um ato de vontade. Mesmo quando proveniente de um descuido sexual, não

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**. Op. cit. p.

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 12^a.ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 253.

⁷² SALOMÃO, Marcos Costa; HAHN, Noli Bernardo. **O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a Constituição Federal de 1988**, 2017. Disponível em: <http://www2.colegioregistrals.org.br/_upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20DR%20NOLI_143197879304.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

passa de um ato de vontade. É produto de um ato voluntário sexual. Igualmente, pode ser expresso de maneira mais ostensiva e certa, seja por meio registral, seja por meio de declaração testamentária, ou no bojo de um processo judicial. Também é ato de vontade, ainda que tácito, no exercício paulatino da convivência, do cuidado, da solidariedade. Ser pai e seu filho decorre, necessariamente, de um ato de vontade, de um aceite, de uma confirmação, seja dos pais, quando da sua concepção, ou em momento posterior; seja dos filhos, quando do seu aceite, ou da sua renúncia⁷³.

4.2 Alternativas para o reconhecimento da filiação socioafetiva no Registro Civil de Nascimento

Como consequência da quebra de paradigmas nas relações familiares, sobretudo diante da reconstituição dos relacionamentos afetivos, ocorreram mudanças no exercício da parentalidade, notadamente no âmbito dos núcleos familiares reconstituídos, compreendidos como aquelas *estruturas familiares originados do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior*⁷⁴.

Nessas situações, quando (a) novo (a) cônjuge ou companheiro (a) passa a conviver com a prole e a contribuir para o seu desenvolvimento, muitas vezes sobrepondo-se em relação ao papel desempenhado pelo genitor biológico com o qual a criança não convive, no exercício dos papéis parentais.

Após a recomposição das famílias, antes traumatizadas pela separação oriunda da dissolução da relação entre os genitores, pode acontecer o afastamento e até a omissão afetiva entre um dos genitores e os seus filhos e, em muitos casos, essa ausência acaba por ser preenchida com o novo parceiro do pai ou da mãe dessa criança, que passa a conviver, respeitar e ser cuidada

⁷³ SILVA, Victor Emmanuel Ferreira da. **Filhos do afeto: a noção de filiação na pós-modernidade**. Op. cit. p. 53-54.

⁷⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85

pelo pai socioafetivo⁷⁵.

No âmbito dessas relações parentais, é possível que o pai socioafetivo deseje garantir ao filho todos os direitos inerentes a seu estado (de filiação), por meio da filiação registral, de maneira que a realidade formal se coadune com a experiência familiar vivenciada por eles, além de garantir ao filho socioafetivo todas as prerrogativas pessoais e patrimoniais decorrentes do estado de filiação. Apesar de ser uma situação corriqueira na realidade família contemporânea, observa-se uma enorme carência legislativa para regular as relações jurídicas existenciais e patrimoniais decorrentes dessas novas conformações familiares.

Atualmente, a despeito do pouco suporte jurídico a respeito dessas relações parentais, existem duas alternativas para o reconhecimento da filiação socioafetiva pela via registral: o reconhecimento da multiparentalidade, na qual a parentalidade socioafetiva coexiste com o vínculo biológico, e a adoção unilateral pelo cônjuge do genitor biológico que convive com o menor, amparada pelo §1º do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.3 Reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e o provimento 63/2017 do CNJ

O reconhecimento da filiação baseado na posse do estado de filho ocorre pela verificação concreta da relação paterno-filial exteriorizada através da convivência familiar. Trata-se, portanto, da situação daquele que não é filho biológico de outrem e nem mesmo passou pelo processo de adoção, mas ocupa posição pública na família, como se filho fosse. Tal condição socioafetiva é inteiramente baseada no afeto⁷⁶.

⁷⁵ FRÓES, Carla Baggio Laperuta; SANDRI, Jussara Schmitt. A supremacia da paternidade socioafetiva em face da paternidade biológica: aspectos doutrinários e jurisprudenciais. In: **Direito de família** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: José Sebastião de Oliveira, Luciana Costa Poli. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f03b7237e53e6d51>>. Acesso em: 11 nov. 2018, p. 14.

⁷⁶ SALOMÃO, Marcos Costa; HAHN, Noli Bernardo. **O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a Constituição Federal de 1988**, 2017. Disponível em: <http://www2.colegioregistrals.org.br/_upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20DR%2

Durante muito tempo, o reconhecimento da filiação socioafetiva ocorreu mediante processo judicial, onde se certificava a relação através de uma sentença, por meio do qual era expedido um mandado judicial de averbação para o Cartório de registro Civil das Pessoas naturais onde se encontrava o registro civil de nascimento do filho socioafetivo

O reconhecimento da filiação socioafetiva foi resultado de uma construção doutrinária e jurisprudencial, e durante muito tempo ocorreu mediante processo judicial, onde se certificava a relação através de uma sentença, por meio do qual era expedido um mandado judicial de averbação para o Cartório de registro Civil das Pessoas naturais onde se encontrava o registro civil de nascimento do filho socioafetivo.

A partir do provimento nº 63/2017 do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, passou a ser possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva diretamente no cartório do registro civil, sem necessidade de chancela judicial.

A norma trouxe expressa em seu bojo a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da pluriparentalidade ou multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de ocorrer o reconhecimento de filho, mesmo quando já existam no registro pai e mãe, desde que colhidas as anuências.

A nova norma permite às famílias recompostas que a verdade real sobre a filiação conste nos documentos do registro civil, sem a necessidade da chancela judicial, possuindo o oficial do registro civil a competência para analisar cada caso e deferir ou não o pedido de reconhecimento.

Trata-se de mais um ato de jurisdição voluntária, estendido ao registrador público do Brasil, que está presente na maioria dos municípios e é conhecedor da realidade local. Novamente o Poder Judiciário delega um ato, que antes lhe era exclusivo, visando a desjudicialização, do reconhecimento da parentalidade socioafetiva.

O entendimento foi aplicado pelo desembargador Alexandre Bastos, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em decisão monocrática, para

garantir o direito de um casal lésbico registrar uma criança que é filha biológica de uma das mulheres.

As autoras conseguiram na Justiça o reconhecimento de sua união estável. Apesar disso, os pedidos da maternidade socioafetiva e da retificação do registro de nascimento do filho foram negados pelo juízo da infância e juventude.

O desembargador reformou a decisão ao entender que o caso analisado não se trata de uma adoção por parte da outra mãe. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de permitir o reconhecimento de filiação socioafetiva sem que haja adoção, conforme se extrai da fundamentação adiante exposta. Daí, a incidência do artigo 932, V, b do CPC, que determina o julgamento monocrático”, explicou.

No mérito, o magistrado entendeu que, neste caso, existe a distinção entre a adoção e outras espécies de filiação socioafetiva. Segundo ele, entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, é possível registrar a paternidade ou maternidade socioafetiva diretamente nos Cartórios Extrajudiciais de Registro Civil, sem intervenção do Judiciário.

“O presente caso enquadra-se perfeitamente à hipótese, pois no registro de nascimento da criança cuja filiação afetiva pretende-se declarar, consta apenas o nome da mãe biológica. Verifica-se que na adoção unilateral ocorre a destituição do poder familiar do pai biológico já registrado, o que não se coaduna com a hipótese, em que não há pai registral”, detalhou.

Disse ainda que, se o pedido não é de adoção, não se justifica a atuação exclusiva de varas de infância e juventude, cuja competência absoluta e incondicional está tratada de forma exaustiva no artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.4 A possibilidade de adoção unilateral pelo pai socioafetivo.

Uma vez configurada a relação de parentalidade socioafetiva, decorrente da formação da nova entidade familiar, para garantir que o filho socio

afetivo goze dos mesmos direitos inerentes à filiação biológica/registral, algumas famílias recorrem ao instituto da adoção unilateral.

não somente para beneficiá-los materialmente, mas também para desempenhar, mais concretamente, o poder parental, juntamente com o genitor biológico com quem convive o menor e dar visão jurídica ao laço que aproxima um cônjuge ou companheiro dos filhos do outro⁷⁷.

Trata-se de uma verdadeira gambiarra jurídica, decorrente da ausência de suporte legal para regulamentar essas relações de parentalidade socioafetiva, que permite a substituição da linha paterna ou materna, unilateralmente, privilegiando a relação parental de fato exercida pelo pai/mãe biológico e o seu cônjuge/ companheiro (o qual exerce a parentalidade socioafetiva) em detrimento do poder familiar do genitor biológico que não cumpre com seus papéis parentais.

Nesta adoção, chamada de unilateral, a biparentalidade fática que se estabelece entre o cônjuge da mãe e o pai biológico da criança (parentesco por afinidade) pode tornar-se de direito, diante da possibilidade de ser concedida a adoção na forma

Art.1.589 (...) § 1º Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade permitindo a substituição na linha paterna ou materna, unilateralmente⁷⁸.

O artigo 41, §1º, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) prevê a adoção pelo cônjuge ou companheiro do filho do outro parceiro, cuidando, portanto, o dispositivo em comento da adoção singular ou unilateral.

Sob essa perspectiva, tem-se que a regra geral da adoção é de total e absoluta ruptura dos vínculos do parentesco consanguíneo, bem como a dependência da adoção de prévia destituição do poder familiar do outro genitor.

Assim, a adoção integra plenamente o filho na nova família, mas, ao mesmo tempo, destrói todos os vínculos com a família de origem, persistindo apenas o impedimento matrimonial.

No entanto, esta é uma hipótese excepcional de adoção, pois não desaparece o poder familiar do pai ou mãe consanguíneos, e vincula, simultaneamente, o adotado ao pai ou mãe adotante e, também, a seus respectivos parentes, ampliando a rede de relações familiares. Em virtude deste caráter híbrido da adoção unilateral, determina-se o duplo impedimento matrimonial: um em relação à sua família de sangue, outro em relação à sua família adotiva.

Sobre a questão da adoção, por parte do padrasto ou da madrasta, do filho do cônjuge ou companheiro, o STJ, no REsp 1.106.637, reconheceu a legitimidade do padrasto para requerer a destituição do poder familiar do pai biológico, como medida preparatória para a adoção da criança.

A decisão resultou no reconhecimento da legitimidade do padrasto para o ajuizamento de pedido preparatório de destituição do poder familiar do pai biológico da criança, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente. Segundo o ECA, esse procedimento ocorre por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse. O padrasto foi o autor de Ação Originária no TJ-SP, que lhe deu ganho de causa.

O pai biológico, inconformado com a decisão do TJ paulista, recorreu ao STJ. A 3ª Turma do STJ, no entanto, entendeu que não há como reformar o acórdão recorrido, uma vez que a regra estabelecida no artigo 155 do ECA foi devidamente observada.

No caso em questão, a mulher do policial teve com o pai biológico da menina um relacionamento de seis meses, que resultou na gravidez e consequente nascimento da criança. Os dois, apesar disso, nunca moraram juntos e o pai só conheceu a filha três meses depois do nascimento. Em 2002, o pai passou a morar na Austrália, onde permaneceu por três anos, sem jamais

manifestar qualquer interesse pela criança. Lá, envolveu-se com entorpecentes e acabou sendo deportado.

Segundo o padrasto, em momento algum, desde o nascimento da menor, o pai biológico agiu ou se comportou como tal, tanto emocional como financeiramente. Segundo ele, o pai biológico descumpriu claramente seus deveres e obrigações, com nítida demonstração de desamor e desinteresse.

O policial civil contou que passou a conviver com a mãe da criança quando esta tinha dois anos e assumiu integralmente a família, tornando-se, com o decorrer do tempo, pai da menor “de alma e de coração”. Destacou, ainda, que ele e sua mulher trabalham, possuem um lar estável e vivem em ambiente agradável com as filhas, na companhia de pessoas sãs e idôneas moral e financeiramente.

A relatora do recurso no STJ, ministra Nancy Andrichi, afirmou que o alicerce do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança. “Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados”, ressaltou.

No Direito das Famílias o vínculo biológico tradicionalmente ocupou um lugar de preferência em relação ao vínculo socioafetivo, na medida em que somente era considerado legítimo o filho biológico havido na constância do casamento. Essa concepção, todavia, foi cedendo espaço diante das mudanças sociais e dos novos arranjos familiares, até perder totalmente o sentido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que expressamente proibiu quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação¹.

Por isso, a partir de 1988 o Direito passou a se ocupar mais intensamente do vínculo socioafetivo enquanto definidor das configurações familiares, o que pode ser considerado como uma das mudanças mais significativas na estrutura do Direito das Famílias.

Além disso, a progressiva despatrimonialização do Direito Civil e a posição de destaque ocupada pela autonomia da vontade no Direito Privado fazem saber que as relações de parentesco, dentre elas a filiação, pertencem à

esfera mais íntima do seio familiar, devendo atender apenas em um segundo momento aos interesses do Estado. Como ressalta João Baptista Vilella, citado por Paulo Luiz Netto Lôbo² no processo de refinamento cultural do matrimônio, constitui traço fundamental o encapsulamento da vida íntima na esfera interna da família. Assim, atribuir a paternidade ao marido da mulher não significa proclamar uma identidade biológica, pois a família não tem deveres de exatidão biológica perante a sociedade, pelo que, se a mulher prevarica e pare um filho que não foi gerado pelo seu marido, isso tendencialmente é matéria da economia interna da família. Pode ser um grave problema para o casal, como pode não ser um problema.

De acordo com Maria Berenice Dias, a intervenção estatal nas relações familiares somente se justifica pela busca da promoção do bem-estar social. Nesse novo paradigma do Direito de Família, no qual autonomia familiar ganha enorme força, eis que surge o questionamento acerca de um dos seus dogmas: a concepção do estado de filiação constante nos assentos registrais como situação jurídica indisponível, calcada no vínculo biológico, do qual nem mesmo o indivíduo maior e capaz, em consenso com seu genitor e diante da inexistência do vínculo afetivo e convivência familiar, poderão abrir mão mediante o acordo de vontades.

Tal questionamento nasce da seguinte conjuntura: Se a filiação socioafetiva separou-se da origem genética e se o Direito de Família cuida predominantemente de relações privadas, como pode o indivíduo ser obrigado a manter em seus assentos registrais um estado de filiação que efetivamente nunca ocorreu, em detrimento da paternidade socioafetiva ou mesmo da inexistência de qualquer filiação sob o argumento de tratar-se de matéria de interesse público indisponível?

Quais os fundamentos jurídicos que sustentam a indisponibilidade do estado de filiação? A análise dessa celeuma passa necessariamente definição do que seriam interesses indisponíveis. Embora o Código Civil de 2002 restrinja a possibilidade de transação aos direitos patrimoniais de caráter privado, Pontes de Miranda já enfatizava que a transacionabilidade de direitos públicos ou não patrimoniais era perfeitamente possível, desde que disciplinada por lei especial.

Todavia, a doutrina majoritária trata da indisponibilidade da filiação como um dogma, o que dificulta a tomada de soluções satisfatórias para os inúmeros casos em que se busca a alteração das informações contidas nos assentos registraes, suprimindo ou substituindo o vínculo de filiação em razão da absoluta ausência de convívio familiar.

Como bem pensaram Stolze e Pamplona “Não cabe, portanto, ao Estado, intervir na estrutura familiar da mesma maneira como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito do dirigismo estatal, aqui, encontra-se em oposição ao próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal”.

É necessário, portanto, se debruçar sobre o tratamento que nosso Direito tem dado a essa questão jurídica, diante da enorme sensibilidade do tema e também, entender o que diz a lei, como os tribunais têm se comportado em relação ao tema, quais as implicações patrimoniais da alteração do estado de filiação.

O Direito de Família é extremamente dinâmico, pois acompanha as constantes mudanças sociais, nossos valores como pessoas e como integrantes de um núcleo familiar. A legislação não consegue antever todos os modos de ser no mundo tridimensional, ocasionando a simples reprodução da realidade social passada; ela retrata um dado momento da história, mas com atraso, como sempre acontece com o ato de legislar.

Precisa-se, portanto que a lei esteja municiada com normas flexíveis, ajustáveis em tempo real, adaptáveis a fatos cada vez mais líquidos e inéditos. O ser do ser humano (genético, afetivo e ontológico) não é passível de ser aprisionado em fórmulas prontas da lei.

Ou seja, não é somente o legislador que faz emergir o ser do ser humano, mas também o intérprete⁷⁹. Há sempre uma outra forma de entender o Direito de Família e, portanto, ele não pode ser focado apenas na redação da lei. Exige-se que os textos legais sejam compreendidos e interpretados em interação com a doutrina e a jurisprudência atuais. Com efeito, as mudanças realizadas no tratamento das relações familiares ocorreram em razão do importante papel de

⁷⁹ WELTER, 2009a, p. 299

adequação que a doutrina e a jurisprudência têm proporcionado para adaptar as alterações sociais ao texto da lei. Conforme ressalta Rolf Madaleno,

Embora o texto do Código Civil de 2002 tenha absorvido no Livro de Direito de Família uma quantidade expressiva de emendas, mesmo assim não permitiram pudesse restar recepcionado como um Código moderno, verdadeiramente atualizado e coerente com as mudanças sociais ocorridas ao largo dessas quase três décadas de uma ebulição social. Uma das principais características das relações em família é a sua interminável evolução, pois o homem em família, movido pelo afeto, pelo amor, pela felicidade individual e coletiva e pelas suas convicções, não se conforma com os limites impostos pela lei.

Portanto, não é admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e destiná-las como emissárias únicas da proteção estatal, quando a sociedade.

Claramente acolhe outros modelos de núcleos familiares e demonstra que aquelas previamente listadas não espelham toda a realidade da família brasileira. As peculiaridades do Direito de Família deixam em aberto o questionamento sobre a pertinência de um código autônomo, distinto do Código Civil. Em alguns sistemas jurídicos, como o da Suíça e das antigas Repúblicas Populares do sistema socialista, existe uma distinção entre o Direito Civil e o Direito de Família⁸⁰.

Assim, diante da complexidade das transformações verificadas na realidade brasileira, frente às novas composições familiares que se materializaram sem que a Lei tivesse tempo de prever e proteger seus direitos, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) construiu o Projeto de Lei n. 2.285/2007, chamado de “Estatuto das Famílias”, que tramita na Câmara dos Deputados. Esse projeto cuida de todas as matérias relacionadas ao direito de família, com visão inovadora e contemporânea, apontando para uma melhor regulamentação dessas matérias, buscando soluções para conflitos e demandas familiares, a partir de novos valores jurídicos como o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade.

⁸⁰ LÔBO, 2011, p. 46.

O Deputado Sérgio Barradas Carneiro, ao apresentar o projeto ao Congresso Nacional, afirmou que estava “convencido de que ele traduz os valores consagrados nos princípios emergentes dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal e protege as variadas entidades familiares protegidas na moderna sociedade brasileira”⁸¹.

Este projeto, apesar de fortificar o parentesco por afinidade e tutelar as famílias reconstituídas, ainda não prevê a multiparentalidade em seu texto. Assim, uma inclusão legal que preveja a multiparentalidade nas famílias reconstituídas, em virtude da condição tridimensional do ser humano, concedendo todos os efeitos oriundos das diversas filiações simultaneamente, daria segurança jurídica aos seus membros, o que não ocorre atualmente, tendo em vista a disparidade entre algumas decisões dos tribunais brasileiros.

De acordo com Maria Berenice Dias, a intervenção estatal nas relações familiares somente se justifica pela busca da promoção do bem-estar social. Nesse novo paradigma do Direito de Família, no qual autonomia familiar ganha enorme força, eis que surge o questionamento acerca de um dos seus dogmas: a concepção do estado de filiação constante nos assentos registrais como situação jurídica indisponível, calcada no vínculo biológico, do qual nem mesmo o indivíduo maior e capaz, em consenso com seu genitor e diante da inexistência do vínculo afetivo e convivência familiar, poderão abrir mão mediante o acordo de vontades.

Tal questionamento nasce da seguinte conjuntura: Se a filiação socioafetiva separou-se da origem genética e se o Direito de Família cuida predominantemente de relações privadas, como pode o indivíduo ser obrigado a manter em seus assentos registrais um estado de filiação que efetivamente nunca ocorreu, em detrimento da paternidade socioafetiva ou mesmo da inexistência de qualquer filiação sob o argumento de tratar-se de matéria de interesse público indisponível?

Quais os fundamentos jurídicos que sustentam a indisponibilidade do estado de filiação? A análise dessa celeuma passa necessariamente definição do que seriam interesses indisponíveis. Embora o Código Civil de 2002 restrinja

⁸¹ MADALENO, 2011, p. 7

a possibilidade de transação aos direitos patrimoniais de caráter privado, Pontes de Miranda já enfatizava que a transacionabilidade de direitos públicos ou não patrimoniais era perfeitamente possível, desde que disciplinada por lei especial.

Todavia, a doutrina majoritária trata da indisponibilidade da filiação como um dogma, o que dificulta a tomada de soluções satisfatórias para os inúmeros casos em que se busca a alteração das informações contidas nos assentos registrais, suprimindo ou substituindo o vínculo de filiação em razão da absoluta ausência de convívio familiar.

Como bem pensaram Stolze e Pamplona “Não cabe, portanto, ao Estado, intervir na estrutura familiar da mesma maneira como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito do dirigismo estatal, aqui, encontra-se em oposição ao próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal”.

É necessário, portanto, se debruçar sobre o tratamento que nosso Direito tem dado a essa questão jurídica, diante da enorme sensibilidade do tema e também, entender o que diz a lei, como os tribunais têm se comportado em relação ao tema, quais as implicações patrimoniais da alteração do estado de filiação.

O Direito de Família é extremamente dinâmico, pois acompanha as constantes mudanças sociais, nossos valores como pessoas e como integrantes de um núcleo familiar. A legislação não consegue antever todos os modos de ser no mundo tridimensional, ocasionando a simples reprodução da realidade social passada; ela retrata um dado momento da história, mas com atraso, como sempre acontece com o ato de legislar.

Precisa-se, portanto que a lei esteja municiada com normas flexíveis, ajustáveis em tempo real, adaptáveis a fatos cada vez mais líquidos e inéditos. O ser do ser humano (genético, afetivo e ontológico) não é passível de ser aprisionado em fórmulas prontas da lei.

Ou seja, não é somente o legislador que faz emergir o ser do ser humano, mas também o intérprete⁸². Há sempre uma outra forma de entender o

⁸² WELTER, 2009a, p. 299

Direito de Família e, portanto, ele não pode ser focado apenas na redação da lei. Exige-se que os textos legais sejam compreendidos e interpretados em interação com a doutrina e a jurisprudência atuais. Com efeito, as mudanças realizadas no tratamento das relações familiares ocorreram em razão do importante papel de adequação que a doutrina e a jurisprudência têm proporcionado para adaptar as alterações sociais ao texto da lei. Conforme ressalta Rolf Madaleno,

Embora o texto do Código Civil de 2002 tenha absorvido no Livro de Direito de Família uma quantidade expressiva de emendas, mesmo assim não permitiram pudesse restar recepcionado como um Código moderno, verdadeiramente atualizado e coerente com as mudanças sociais ocorridas ao largo dessas quase três décadas de uma ebulição social. Uma das principais características das relações em família é a sua interminável evolução, pois o homem em família, movido pelo afeto, pelo amor, pela felicidade individual e coletiva e pelas suas convicções, não se conforma com os limites impostos pela lei.

Claramente acolhe outros modelos de núcleos familiares e demonstra que aquelas previamente listadas não espelham toda a realidade da família brasileira. As peculiaridades do Direito de Família deixam em aberto o questionamento sobre a pertinência de um código autônomo, distinto do Código Civil. Em alguns sistemas jurídicos, como o da Suíça e das antigas Repúblicas Populares do sistema socialista, existe uma distinção entre o Direito Civil e o Direito de Família⁸³.

Assim, diante da complexidade das transformações verificadas na realidade brasileira, frente às novas composições familiares que se materializaram sem que a Lei tivesse tempo de prever e proteger seus direitos, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) construiu o Projeto de Lei n. 2.285/2007, chamado de “Estatuto das Famílias”, que tramita na Câmara dos Deputados. Esse projeto cuida de todas as matérias relacionadas ao direito de família, com visão inovadora e contemporânea, apontando para uma melhor regulamentação dessas matérias, buscando soluções para conflitos e demandas

⁸³ LÔBO, 2011, p. 46.

familiares, a partir de novos valores jurídicos como o afeto, o cuidado, a solidariedade e a pluralidade.

5. CONCLUSÃO

No Direito das Famílias o vínculo biológico tradicionalmente ocupou um lugar de preferência em relação ao vínculo socioafetivo, na medida em que somente era considerado legítimo o filho biológico havido na constância do casamento. Essa concepção, todavia, foi cedendo espaço diante das mudanças sociais e dos novos arranjos familiares, até perder totalmente o sentido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que expressamente proibiu quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Por isso, a partir de 1988 o Direito passou a se ocupar mais intensamente do vínculo socioafetivo enquanto definidor das configurações familiares, o que pode ser considerado como uma das mudanças mais significativas na estrutura do Direito das Famílias.

Além disso, a progressiva despatrimonialização do Direito Civil e a posição de destaque ocupada pela autonomia da vontade no Direito Privado fazem saber que as relações de parentesco, dentre elas a filiação, pertencem à esfera mais íntima do seio familiar, devendo atender apenas em um segundo momento aos interesses do Estado. Como ressalta João Baptista Vilella, citado por Paulo Luiz Netto Lôbo² no processo de refinamento cultural do matrimônio,

constitui traço fundamental o encapsulamento da vida íntima na esfera interna da família. Assim, atribuir a paternidade ao marido da mulher não significa proclamar uma identidade biológica, pois a família não tem deveres de exatidão biológica perante a sociedade, pelo que, se a mulher prevarica e pare um filho que não foi gerado pelo seu marido, isso tendencialmente é matéria da economia interna da família. Pode ser um grave problema para o casal, como pode não ser um problema.

De acordo com Maria Berenice Dias, a intervenção estatal nas relações familiares somente se justifica pela busca da promoção do bem-estar social. Nesse novo paradigma do Direito de Família, no qual autonomia familiar ganha enorme força, eis que surge o questionamento acerca de um dos seus dogmas: a concepção do estado de filiação constante nos assentos registrais como situação jurídica indisponível, calcada no vínculo biológico, do qual nem mesmo o indivíduo maior e capaz, em consenso com seu genitor e diante da inexistência do vínculo afetivo e convivência familiar, poderão abrir mão mediante o acordo de vontades.

Tal questionamento nasce da seguinte conjuntura: Se a filiação socioafetiva separou-se da origem genética e se o Direito de Família cuida predominantemente de relações privadas, como pode o indivíduo ser obrigado a manter em seus assentos registrais um estado de filiação que efetivamente nunca ocorreu, em detrimento da paternidade socioafetiva ou mesmo da inexistência de qualquer filiação sob o argumento de tratar-se de matéria de interesse público indisponível?

Quais os fundamentos jurídicos que sustentam a indisponibilidade do estado de filiação? A análise dessa celeuma passa necessariamente definição do que seriam interesses indisponíveis. Embora o Código Civil de 2002 restrinja a possibilidade de transação aos direitos patrimoniais de caráter privado, Pontes de Miranda já enfatizava que a transacionabilidade de direitos públicos ou não patrimoniais era perfeitamente possível, desde que disciplinada por lei especial.

Todavia, a doutrina majoritária trata da indisponibilidade da filiação como um dogma, o que dificulta a tomada de soluções satisfatórias para os inúmeros casos em que se busca a alteração das informações contidas nos assentos

registrais, suprimindo ou substituindo o vínculo de filiação em razão da absoluta ausência de convívio familiar.

Como bem pensaram Stolze e Pamplona “Não cabe, portanto, ao Estado, intervir na estrutura familiar da mesma maneira como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito do dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal”.

É necessário, portanto, se debruçar sobre o tratamento que nosso Direito tem dado a essa questão jurídica, diante da enorme sensibilidade do tema e também, entender o que diz a lei, como os tribunais têm se comportado em relação ao tema, quais as implicações patrimoniais da alteração do estado de filiação.

Afinal, é através da troca de cuidados e do convívio que o homem pode construir a sua história. A pós-modernidade é constituída através de fatos verificados in concreto, e não através de meras formalizações. Daí a importância de se privilegiar a verdade socioafetiva vivenciada por inúmeras famílias e reconhecer a possibilidade do nascimento de uma outra verdade relativa à filiação.

REFERÊNCIAS.

ALBUQUERQUE, Lorena Carneiro Vaz de Carvalho. **O poder familiar, a maioria, o parentesco e a obrigação alimentar**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42973/o-poder-familiar-a-maioridade-o-parentesco-e-a-obrigacao-alimentar>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

BAHIA, Cláudio José Amaral. A natureza jusfundante do direito à família. Apud. TACQUES, Ana Paula Pizarro. **A convivência familiar como direito fundamental: Uma análise das complexidades das entidades familiares contemporâneas**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conviv%C3%Aancia-familiar-como-direito-fundamental-uma-an%C3%A1lise-das-complexidades-das-entidades-f.>> Acesso em: 04 nov. 2018.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direito ao afeto**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont.>>. Acesso em: 31 out. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Atualizado por Achilles Bevilaqua. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950. v. 2.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequencia, nº151, 2008.

BRASIL, Lei de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 dez. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **O Percurso construtivo do Princípio da Afetividade no Direito de Família brasileiro contemporâneo: Contexto e efeitos**, 2011, p.4. Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

COSTA, Marcos; HAHN, Noli Bernardo. **O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a Constituição Federal de 1988**, 2017. Disponível em: <http://www2.colegioregistrals.org.br/_upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20ODR%20NOLI_143197879304.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 2015 [AQUI, ESTÁ FALTANDO O VOLUME, A EDIÇÃO E O LOCAL].

DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil: derecho de família**. Apud. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na Pós-modernidade**, p. 57. Orientador: Roberto João Elias. Tese. Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família, Vol. 5 – 29. Ed. [FALTA O LOCAL E O ANO].

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Prisão Civil Por Alimentos e a Questão da Atualidade da Dívida à Luz Da Técnica de Ponderação de Interesses (Uma Leitura Constitucional Da Súmula 309 do STJ): O Tempo É O Senhor Da Razão**. Panoptica, 2006. Disponível em:

<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_1.2_2006_34-59/114>. Acesso em: 10 nov. 2018.

FRÓES, Carla Baggio Laperuta; SANDRI, Jussara Schmitt. A supremacia da paternidade socioafetiva em face da paternidade biológica: aspectos doutrinários e jurisprudenciais. In: **Direito de família** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: José Sebastião de Oliveira, Luciana Costa Poli. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f03b7237e53e6d51>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

FRÓES, Carla Baggio Laperuta; TOLEDO, Iara Rodrigues de. *Da afetividade e do direito personalíssimo ao patronímico/matronímico*. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50a074e6a8da4662>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação. 2ª. ed. São Paulo: Editora Atlas 2011. *apud*. SALOMÃO, Marcos Costa; HAHN, Noli Bernardo. **O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a Constituição Federal de 1988**, 2017. Disponível em: <http://www2.colegioregistrals.org.br/_upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20ODR%20NOLI_143197879304.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A prisão Civil do devedor de alimentos**. 2012. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43552691/Prisao_Civil_-_Pablo_Stolze.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1543606851&Signature=5YA3CrWBOZ8D6c6p8Vp5nKn7x5s%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Prisao_Civil_do_Devedor_de_Alimentos.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2018. p. 01.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Volume 6: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional.-4 ed. São Paulo, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito e psicanálise – Um novo horizonte epistemológico**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/111.pdf> Acesso em: 05 nov. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade.** Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 101, p. 154. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v101i0p153-167>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em:

<<http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-total/direitocivil/pressuposto-elementos-e-limites-do-dever-de-indenizar-por-abandono-afetivo/>>. Acesso: em 01 nov. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Guarda e Convivência dos Filhos Após a Lei nº 11.698/2008.** Disponível em:

<<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. **Princípio da Solidariedade Familiar.** Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: [05 nov. 2018].

MADALENO, Rolf. **A execução de alimentos pela via da dignidade humana.** *Apud* LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil, Famílias.** 4. ed. Saraiva, 2011.

_____. **Filiação sucessória.** Porto Alegre: Magister, IBDFAM, v.0, out./nov. 2007. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/102.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Atribuição da guarda na desunião dos pais: reconstrução do instituto a partir da figura primária de referência. *Apud*.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil.** Revista Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 234 - jul/dez 2006. Disponível em

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. **Abandono Afetivo: Afecto y Paternidad en Instancias Jurídicas.** *Psicol. cienc. prof.* [online]. 2015, vol.35, n.4, p. 5. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v35n4/1982-3703-pcp-35-4-1257.pdf>>. Acesso

em: 02 nov. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Maria Cláudia. **Nem só de pão vive o Homem**. Sociedade e Estado, Brasília, v. 21, n. 3, p. 667-680, set./dez 2006 (p. 674). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

SALOMÃO, Marcos Costa; HAHN, Noli Bernardo. **O reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva, resultante da posse do estado de filho, após a Constituição Federal de 1988**, 2017. Disponível em: <http://www2.colegioregistrals.org.br/upload/ARTIGO%20MARCOS%20E%20ODR%20NOLI_143197879304.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SILVA, Victor Emmanuel Ferreira da. **Filhos do afeto: a noção de filiação na pós-modernidade**. Orientadora: Fernanda Pontes Pimentel. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2016. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/63627452-Universidade-federal-fluminense-faculdade-de-direito-victor-emmanuel-ferreira-da-silva-filhos-do-afeto-a-nocao-de-filiacao-na-pos-modernidade.html>>. Acesso em: 31 out. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.087-561 RS 2008/ **0201328-0**. Quarta Turma. Relator: Ministro Raul Araújo. DJe: 18/08/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0/inteiro-teor-490422312?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp n. 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), Terceira Turma. Relatora Mininistra. Nancy Andrighi. 04.04.2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100798/Julgado_1.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – **Direito de Família**. 12^a.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

