

DIREITO DE FAMÍLIA NO ÂMBITO DO DIREITO DA PERSONALIDADE: FILIAÇÃO EM RAZÃO DA SOCIOAFETIVIDADE

*Luizane Aparecida Motta**
*José Sebastião de Oliveira***

Sumário: 1 *Introdução.* 2 *A filiação socioafetiva e a formação familiar.* 3 *A importância da filiação socioafetiva.* 4 *Adoção e filiação socioafetiva.* 5 *Posse de estado de filho afetivo.* 6 *Conclusão. Referências*

RESUMO: Na atualidade, desponta em nosso direito a importância de uma nova modalidade de filiação, ou seja, a filiação socioafetiva, que representa um avanço em termos de modernidade no Direito de Família e faz parte da garantia da igualdade dos direitos dos filhos prevista na atual Constituição Federal. Não obstante não constar ela da Codificação Civil, hoje já é pacífico na doutrina e na jurisprudência a sua aceitação, como forma de filiação, na composição da família brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação; Família; Socioafetividade; Posse de estado; Constituição.

RIGHT TO FAMILY WITHIN THE PERSONALITY'S RIGHT: FILIATION DUE TO SOCIOAFECTION

ABSTRACT: In the current days, the importance of a new modality of paternity, the social-affective model that represents a progress in the Family Law and is part of the guarantee of equality of the children's rights foreseen on the current Federal Constitution. Nevertheless, it does not belong to the Civil codification, today it is already accepted in doctrine and jurisprudence, as paternity form in composition of the Brazilian family.

* Mestranda em Direito do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. E-mail: Luizane-motta@pop.com.br

** Docente de Direito Civil do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Docente e Coordenador do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do CESUMAR; Docente aposentado de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá - UEM; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP; Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL; Consultor científico *ad hoc* da UEL e UEM; Pesquisador do CNPq.; Advogado na Comarca de Maringá-PR. E-mail: drjso@brturbo.com.br.

WORDKEYS: Paternity; Family; Socio-affectiveness; State's belongs; Constitution.

DERECHO DE LA FAMILIA EN EL AMBITO DEL DERECHO DE LA PERSONALIDAD: FILIACIÓN EN RAZÓN DE LA SOCIO AFECTIVIDAD

RESUMEN: En la actualidad, empieza a surgir en nuestro derecho la importancia de una nueva modalidad de filiación, o sea, la filiación socio afectiva, que representa un avance en términos de modernidad en el Derecho de Familia y hace parte del proceso que garantiza la igualdad de derechos de hijos prevista en la actual Constitución federal. No obstante, no constar de ella en la Codificación Civil, actualmente ya es pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia su aceptación, cómo forma de filiación, en la composición de la familia brasileña.

PALABRAS-CLAVE: Filiación; Familia; Socio afectividad; Posesión del estado, Constitución.

INTRODUÇÃO

A idéia de família instituída no passado, basicamente individualizada, hierarquizada, singular, que serviu de referência ao sistema inserido no Código Civil de 1916, não representa na atualidade um modelo a ser seguido em continuidade do mais antigo organismo social, bem como não é mais a referência única para a satisfação pessoal de cada indivíduo que compõe o seguimento familiar.

O que se busca, atualmente, em termos de realização familiar não está preso ao conteúdo vazio da simples proteção material. Já se acha consagrado na sociedade o fenômeno da transformação, cujo elemento determinante tem simplesmente a denominação de “afetividade”, que nada mais é do que o efeito do amor, carinho, amizade, dedicação, compreendidos nas relações de comunhão, incessantemente surgidas no contexto da nova verificação da família.

2 A FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA E A FORMAÇÃO FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988 revelou princípios constitucionais como os da igualdade e da proibição de discriminação entre a filiação, da supremacia dos interesses dos filhos, da cidadania e da dignidade da pessoa humana, os dois últimos hasteados a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, que afiançam a

igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva, não importando se de reprodução humana natural ou medicamente assistida.

A família como unidade centralizada, na qual os filhos cumpriam papéis predeterminados, sob a autoridade paterna servindo à economia familiar e preservando a continuidade do poder, cedeu seu espaço para a família atual, que diferentemente, se acha formada pelo grupo estabelecido em razão do companheirismo e da reciprocidade afetiva.

Assim, tanto na relação conjugal, como na relação da filiação, o afeto se destaca como elemento indispensável à organização familiar contemporânea. É, pois, pela consagrada afetividade que a família vai cada dia mais se repersonalizando e neste passo demonstrando a efetiva realização desejada.

Nesse novo cenário, está a revelação sociológica da contribuição dos filhos, que independentemente da sua origem, acarretam grande parcela para o desenvolvimento e satisfação da família redesenhada. Família esta que não mais se condiciona a uma descendência genética e flui para um novo rumo em busca da felicidade e da segurança pessoal, nem sempre alcançadas por intermédio das relações estabelecidas em função da realidade biológica.

O critério antes único e verdadeiro para a configuração da fonte instituidora da filiação, não é suficientemente eficaz para dar sentido às relações familiares, contidas no trinômio, pai, mãe e filho.

Como se verifica, num primeiro momento, a verdade era a paternidade matrimonial, pai era o marido da mãe, tutelando um princípio hipócrita de ser sempre esta a realidade biológica, mas o verdadeiro pai pode não ser aquele que a lei atribui como tal.

Num segundo momento, derrubando as “verdades jurídicas”, chega-se por meio dos avanços científicos, à suprema veneração da paternidade biológica, dada a possibilidade de se descobrir, com certeza de quase 100%, a origem genética de uma criança, por exames de sangue, mais precisamente o exame de DNA.

Chega-se, assim à verdade biológica da filiação, mas, mais uma vez, o pai verdadeiro pode não ser o que os laudos laboratoriais determinam. Por fim, pergunta-se: a verdade biológica basta? Sem dúvida que não.

O verdadeiro sentido das relações pai-mãe-filho transcende a lei e o sangue, não podendo ser determinadas de forma escrita nem comprovadas cientificamente, pois tais vínculos são mais sólidos e mais profundos, são “invisíveis” aos olhos científicos, mas são visíveis para aqueles que não têm os olhos limitados, que podem enxergar os verdadeiros laços que fazem de alguém um “pai”: os laços afetivos, de tal forma que os verdadeiros pais são os que amam e dedicam sua vida a uma criança, pois o amor depende de tê-lo e se dispor a dá-lo.

Pais, onde a criança busca carinho, atenção e conforto, sendo estes para os sentidos dela o seu porto seguro. Esse vínculo, por certo, nem a lei nem o sangue garantem.

Conforme se acha instituída, a principal fonte desta autonomia na construção da família moderna, é sem dúvida a liberdade, que estabelece por sua vez a igualdade, princípio ao qual se atribui grande relevância na busca desta conformação familiar,

mormente no que tange à figura dos filhos, enquanto, pessoas imprescindíveis para a designação do conteúdo familiar, não bastando para tanto a disposição da verdade biológica, mas, tendo que se valorizar a realidade socioafetiva.

Nesse sentido encontra-se a disposição de Guilherme de Oliveira afirmando que:

O estado das pessoas, tal como o direito o considera, nunca se deixa reduzir a um dado biológico; a biologia é remodelada pelo homem. Toda a filiação contém, por isso, uma parte adoção. Deve se falar em uma nova paz da família, que procura a verdade biológica, mas que também toma em consideração a verdade sociológica quando ela parece ser favorável aos filhos. Isto porque tende a não ser mais aquele que concebeu o filho, mas aquele que o protege e alimenta, aquele que o ajuda a fazer sua aprendizagem de homem.¹

Assim, consubstanciado neste elemento determinante, a filiação socioafetiva, nada mais é do que aquela filiação compreendida na relação jurídica de afeto, em que se incluem os filhos de criação, o filho adotivo, aqueles filhos reconhecidos de forma voluntária ou judicial, podendo se incluir neste rol até mesmo os filhos participantes nas famílias reconstituídas, que ao serem conduzidos pelos pais que partem em busca de uma nova relação, acabam por estabelecer com o cônjuge, ou companheiro do seu pai ou da sua mãe, uma relação afetiva, podendo inclusive caracterizar neste caso em relação a um ou outro, suposto pai ou mãe, o estado jurídico de filiação.

Obviamente, que esta caracterização ocorre em razão de comprovada aparência e estado de filiação, embora no caso da reconstituição familiar a lei ainda se mostre omissa no que diz respeito aos filhos que ali permanecem, é possível que se tenha por analogia, idêntica compreensão quanto à situação destes citados filhos.

Pois, é flagrante a situação dos filhos que ao se acomodarem em lares reconstituídos, embora não tenham ligação biológica com o marido de sua mãe, ou com a mulher do seu pai, acabam por estabelecer uma relação que em tudo se identifica com aquele que se dá no caso da filiação socioafetiva.

Portanto, é importante sempre ter em mente que o conceito de filiação afetiva está ligado à idéia de qualidade de filho, ou seja, aparência de filho. Logo, faz jus, tal designação, a todos aqueles que se ligam a um pai, uma mãe ou ambos, por laços afetivos, que são externados perante a sociedade, traduzidos neste aspecto, por gestos como, por exemplo, a presença conjunta em público, nos eventos de qualquer natureza, e até mesmo num simples olhar carinhoso.

No tocante à conceituação da filiação socioafetiva, nos termos comumente admitidos, Clóvis Beviláqua destaca que:

Quando uma pessoa, constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família

¹ OLIVEIRA, Guilherme de. **Crítério jurídico de paternidade**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 437.

e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu as suas necessidades, sua manutenção e sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu.²

Esse conceito traduz, na realidade em que consiste a posse de estado de filho e, conseqüentemente, dá perfeita noção do que vem a ser a filiação afetiva, pois o fundamento aqui é exatamente a aparência, que nestas circunstâncias, obviamente é incontestável, que conforme demonstra Clóvis Beviláqua consiste no tratamento, na aparência de filho, afinal, se existe entre duas pessoas uma relação de dependência, onde uma promove o sustento da outra, ampara emocionalmente, responsabiliza-se socialmente e considera a outra como seu filho, não há como contestar a existência de um vínculo afetivo entre elas, ainda que os elementos jurídicos inerentes à filiação não se encontrem presentes, inevitavelmente, resta configurada uma relação de afeto, que deve sim ser resguardada pelo direito tendo em vista sempre, a dignidade da pessoa humana e a proteção do interesse desse suposto filho.

Corroborando essa opinião, Eduardo de Oliveira Leite, tem o seguinte posicionamento:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser uma unidade de caráter econômico, social e religioso, para se firmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, certamente esvaziaram o conceito biológico de paternidade³.

É justamente com base nesse posicionamento que se encontra o fundamento, o cerne do instituto da filiação socioafetiva, que se configura no resultado da transformação social pela quais as relações familiares estão sendo submetidas, nos tempos hodiernos, indubitavelmente à prova da nova roupagem do direito de família na qual os direitos individuais, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade passam efetivamente a ter maior relevância.

Para Luiz Edson Fachin, o conteúdo da socioafetividade tem a seguinte dimensão:

O pai pode ser aquele a quem a lei presuntivamente atribui a paternidade; essa verdade jurídica emerge da presunção '*pater is est*', cujo caráter praticamente absoluto foi consagrado pelo sistema clássico, deve ceder à busca da verdadeira paternidade, do ponto de vista biológico.

Porém, a verdadeira paternidade pode também não se explicar na autoridade genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de formas sólidas e duradouras, capazes de estreitar os laços da paternidade numa relação psico-afetiva, aquele enfim, que além de poder

² BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. v. 6, p. 55.

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 119.

lhe empresta seu nome de família, o trata como sendo seu filho perante o ambiente social⁴.

Assim, é nesta perspectiva que a família, demonstra seu distanciamento da formação puramente biológica e incorpora à sua formação valores afetivos, emotivos e até mesmo psicológicos, fazendo crer que o sentimento de afetividade não se adquire somente através do tradicional nascimento da criança, mas tem tudo para acontecer em razão da convivência, com a dedicação e o cuidado dispensado pelas figuras que supostamente se colocam como pais. Pois para a configuração do amor e da dedicação, não há necessidade da ligação de sangue, o sentimento de estima e consideração pelos semelhantes pode ocorrer em função da própria coexistência, que oportuniza o conhecimento e a afeição.

Em análise ao conteúdo do elemento psicológico da afetividade, Orlando Gomes, destacou a orientação de Carbonier, que ao tratar a questão a coloca na seguinte ordem:

Por desencarnação, entende o mestre francês a substituição, em importância, do elemento carnal ou biológico pelo elemento psicológico ou afetivo e a conscientização de que na formação do homem pesa mais a educação do que a hereditariedade. Mais do que voz do sangue fala a coexistência pacífica, senão a camaradagem⁵.

Por assim entender, tem-se em relação aos dois critérios que conduzem à filiação, posições distintas, que pelo contrário, não se excluem, porém podem se completar. Na discussão que se trava em decorrência do elemento afetividade e do elemento biológico, há que entender que por ambas as formas de aquisição da filiação o que realmente importa é a disposição em busca da realização da pessoa do filho.

Salienta-se que isso não quer dizer que somente a filiação obtida pela via afetiva seja a mais indicada ou que tenha mais relevância. As duas maneiras que possibilitam o estado de filiação, ou, a posse de estado de filho, possuem valores em igual grau de importância e devem ser tratadas com a mesma intensidade.

Desse modo, independentemente de laços de sangue ou de laços afetivos, os filhos, devem ser assistidos como filhos, enquanto, aos pais cabe a missão de bem amar e cuidar para que o estado de posse represente o melhor interesse da criança, razão maior do direito e da realização da personalidade da filiação.

3 A IMPORTÂNCIA DA FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA

O conceito de filiação e sua definição no mundo jurídico têm evoluído, de modo que a filiação socioafetiva tem preponderado, muitas vezes, sobre a filiação biológica. A doutrina tem entendido que, nos casos de inseminação heteróloga, para se definir o parentesco,

⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 163.

⁵ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

deverão ser considerados somente o pai ou a mãe socioafetiva, desconsiderando-se a paternidade ou maternidade biológica, à semelhança do que ocorre na adoção.

O direito de família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área de reprodução humana, mormente envolvendo as fontes da paternidade, maternidade e filiação, e todas essas transformações permitiram a ocorrência de um importante fenômeno, denominado “desbiologização”, ou seja, a substituição do elemento carnal pelo elemento biológico ou psicológico.

Atualmente, as sociedades, em sua maioria, já não consideram a filiação somente sob o aspecto biológico, devendo esta ser compreendida também quanto ao elemento cultural.

Pela atual orientação doutrinária, o pai e a mãe não se definem apenas pelos laços biológicos que os unem ao menor e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, de então assumir, independentemente, do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres em face da filiação, com a demonstração de afeto e de bem querer ao menor. Partindo dessa premissa, pode-se definir a filiação do nascituro concebido por técnicas reprodutivas artificiais, tanto pelo aspecto biológico quanto pelo aspecto socioafetivo, levando-se em conta sempre o melhor interesse da criança.

Para a formação da família e a existência de filiação, é fundamental que haja o consentimento dos cônjuges, e assim ocorrendo, todo e qualquer filho gerado dentro do casamento, ou união estável, por meio de relações sexuais ou da utilização das técnicas de reprodução assistida, será tido como de ambos os cônjuges, independentemente de a técnica utilizada ter sido homóloga ou heteróloga.

Gustavo Tepedino⁶ entende que uma vez estabelecida a paternidade e a maternidade do casal de quem encomendou o material genético, é indiferente a origem genética do esperma doado, para efeito de estabelecimento da filiação. Portanto a doação anônima de esperma não acarreta vínculo de parentesco ao doador.

4 ADOÇÃO E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva compreende em tese toda e qualquer forma de filiação estabelecida a partir da ausência do vínculo biológico, que por assim dizer, é em verdade considerada aquela relação paterno-filial, em que não há qualquer herança genética, e sim, destacadamente está presente o vínculo da afetividade.

Para enumerar as espécies de filiação socioafetiva, Belmiro Pedro Welter, aponta quatro exemplos que entende ser os mais evidenciados pela doutrina. Admite o autor que nessa espécie de perfilhação estão incluídos os filhos adotivos, os de criação, os que são reconhecidos nas formas voluntária e judicial, tanto em relação à paternidade, quanto à maternidade e finalmente aponta a adoção à brasileira.⁷

⁶ TEPEDINO, 1997 apud LEITE, Gisele. **Clonagem e demais manipulações modernas em face do direito**. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 9 maio 2002.

⁷ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade Entre as Filiações Biológica e Socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p 148.

Sem dúvida, as observações do autor nos dão clara noção da importância do instituto e, principalmente, demonstra sua função social, que corresponde indubitavelmente com a função social do direito, para as relações familiares contemporâneas.

Neste sentido ensina Silvio Salvo Venosa que a filiação adotiva: “[...] é modalidade artificial que busca imitar a filiação natural. [...]. Não resulta de uma relação biológica, mas da manifestação de vontade [...]”⁸.

Também é bastante esclarecedora a opinião de Carlos Alberto Bittar sobre o assunto. Segundo ele: “A adoção é, pois o liame que une pessoas estranhas pelos laços do parentesco civil. Estabelece-se entre adotante e adotado relação de filiação legal, equivalente a natural, no primeiro grau da linha reta”⁹.

A adoção surgiu como um instituto com o objetivo de dar herdeiros a quem não pudesse tê-los, naturalmente, mas também passou por transformações.

Atualmente, adotar significa perpetuar laços jurídicos de filiação. Esse laço, hoje, revela muito mais do que simplesmente adquirir vínculo hereditário, tem como mola mestra a afetividade. O afeto se faz presente com grande força na adoção, uma vez que o estabelecimento dessa adoção familiar é decorrente de uma opção, é aceitar o desafio amoroso de construir um vínculo pela escolha, para a comunhão de uma vida, de idéias e de amor.

Corroborando com as opiniões acima citadas, Maria Helena Diniz, faz algumas observações, dentre as quais se destaca a idéia de que o instituto da adoção, “é uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado”¹⁰.

As opiniões acima citadas baseiam-se em conceitos tradicionais do instituto, contudo é considerado bastante interessante o posicionamento de Tânia da Silva Pereira, que ao fazer referência ao instituto da adoção, molda sua definição aos atuais lineamentos do direito de família moderno, principalmente em face de perspectiva da repersonalização desse instituto, com que aduz a autora:

A adoção destaca-se entre as medidas de colocação familiar. Dentro de uma nova perspectiva o instituto se constitui na busca de uma família para uma criança, abandonando as concepções tradicionais, civis, em que prevalecia a sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família.¹¹

Com esse conceito evidencia-se a preocupação dos doutrinadores modernos no sentido de efetivamente proteger os filhos, principalmente, no que se refere à adoção que anteriormente não dispunha de tamanho respaldo e preocupação do legislador pátrio.

Para Luiz Edson Fachin a adoção se apresenta mediante dupla orientação:

A filiação adotiva, hoje é submetida a um regime dicotômico: há adoção segundo o Código Civil e a adoção segundo a Lei

⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 257.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 235.

¹⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 200. p. 126.

¹¹ Ibid.

n. 8.609/90 (ECA). Os dois sistemas estão submetidos a dois princípios: 1º) O Código Civil discriminava os filhos adotivos, com sérias limitações no direito de sucessão. O princípio da igualdade não permite mais esta discriminação: direitos iguais para os dois tipos de adoção e para todos os filhos. 2º) Anteriormente à Constituição de 1988, exigia-se o estado matrimonial do adotante. Para que a adoção fosse plena, como previa o antigo Código de Menores, era necessário o estado matrimonial do adotante, inclusive um prazo mínimo de carência deste estado [...].¹²

Essas considerações revelam a grande evolução ocorrida no instituto da adoção, assim como dos benefícios dali decorrentes.

Luiz Edson Fachin ainda destaca as características para cada tipo de adoção, que segundo se observa, dada a distinção de leis que regulamentam o referido instituto, ocorre em consequência a individualização dos seus elementos caracterizadores.

Assim, a adoção prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, implica integração completa do adotado com o adotante e seu entorno familiar, suprimindo-se a exigência do estado matrimonial.

Em relação à adoção apontada no Código Civil, esta se encontra definida como ato jurídico *lato sensu*, com natureza de negócio jurídico de caráter não patrimonial.

Com base na doutrina de Eduardo Leite, a adoção é um ato de vontade e um ato jurídico que se prova e se estabelece por meio de um contrato ou por um julgamento, ato de vontade do juiz que supõe previamente a vontade do interessado.¹³

Contudo, entende-se, que na verdade a filiação adotiva retrata perfeitamente espécie de filiação socioafetiva, vez que suas características, traduzem exatamente o fundamento desse instituto, ou seja, a valorização dos laços de afeto, afinidade e o estado de filho.

O instituto da filiação socioafetiva, representa na prática o entendimento que já se consagrou majoritário em nosso direito de família, admitindo-se quanto ao fato da qualidade de pai, que os verdadeiramente considerados são aqueles que criam os filhos sob o expresso interesse de lhes dar amor, carinho, dedicação e não os que apenas procriam, estes muitas vezes apenas com a qualidade de origem biológica.

De modo que a partir da idéia de adoção, a afetividade nas relações da filiação, passou a ser igualmente expressiva nos casos em que mesmo não se estabelecendo a filiação pelo vínculo jurídico e nem biológico, há entre os supostos pais e a criança uma relação estreitada, em que o amor, o carinho, enfim os cuidados dispensados, representam idêntica preocupação inerente à condição paternal, fazendo-se denotar a qualidade da filiação sociológica que neste caso a criança assistida é denominada de filho de criação.¹⁴

¹² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 216.

¹³ LEITE, op. cit., p. 122.

¹⁴ WELTER, op. cit., p. 148-149.

Conforme se vê, essa forma de filiação, embora represente o segmento familiar constituído sob a influência da afetividade, carece, no entanto, de maior preocupação por parte do ordenamento jurídico, haja vista a grande incidência de casos hoje colocados para apreciação jurídica e que por descaso da lei, terminam com decisões alicerçadas apenas com base nos princípios constitucionais, que embora representem a máxima legal, muitas vezes são ainda insuficientes.

Por fim, referindo-se às espécies de filiação socioafetiva, não se pode deixar de mencionar aquela decorrente da adoção à brasileira, cuja identificação ocorre nos casos “em que alguém reconhece a paternidade ou a maternidade biológica, mesmo não o sendo, cuja conduta é tipificada como crime (art. 299, parágrafo único, do CP)”.

5 POSSE DO ESTADO DE FILHO AFETIVO

A questão pertinente à posse do estado de filhos, além de ser de grande relevância, ainda é no direito pátrio, extremamente tímida, uma vez que não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma norma que regulamente a referida situação, sendo, portanto, questão apenas tratada pela doutrina e pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, onde, aliás, a citada terminologia é bastante usada, assim como muito considerada, nas decisões do aludido órgão, os aspectos afetivos nas relações de família.

Esse cenário tem como conseqüência uma maior dificuldade para o aplicador de a norma resolver os casos concretos, que em função da já mencionada mudança, pertinente à amplitude do conceito de família, tem se tornado muito comum nas relações contemporâneas.

Assim, a incorporação desse instituto em nossa legislação se faz urgente e indispensável, pois a partir disso as questões pertinentes ao direito de filiação poderão ser analisadas à luz da nova ideologia do direito de família contemporâneo, que, atualmente, se funda eminentemente na ideologia do afeto.

A falta de regulamentação da posse de estado de filho no direito brasileiro é alvo de severas críticas por parte daqueles que entendem a relações familiares do ponto de vista afetivo, consoante opinião de João Baptista Villela, se considerar como fundamento da paternidade, ou das relações de filiação o elemento afetivo, então: “torna-se imperioso abrir espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no direito de família não pode ficar limitado ao âmbito da prova [...]”.¹⁵

Quanto ao conceito doutrinário de posse do estado de filho, José Ramos Boeira preceitua que “uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno - filial em que há o chamamento de filho e a aceitação ao chamamento de pai”¹⁶.

¹⁵ VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: Verdade & Superstições. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Belo Horizonte, n. 2, jul./ago./set. 1999, p. 132.

¹⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: Posse de estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 60.

Nota-se do conceito acima exposto que para a caracterização da posse de estado de filho, o elemento fundamental é o *status*, a aparência de filho que é externada para a sociedade.

Logo, o conceito de posse de estado de filho deve ser entendido em relação aos direitos e deveres dos filhos para com seus pais e esse em relação àqueles.

Nesse particular, é importante lembrar que em países como França e Portugal, a posse de estado de filho encontra-se devidamente regulamentada, de acordo com Julie Cristine Delinski que:

A “posse de estado” exerce papel fundamental na reforma francesa, mas importa esclarecer que o sistema francês protege num primeiro momento a verdade biológica, que se refere a paternidade decorrente da procriação; contudo, ao lado dessa verdade se encontra um destaque especial ao valor das relações de afeto, buscando a coincidência da verdade biológica com a verdade sócio-afetiva¹⁷

Diante desses apontamentos, fica evidente a urgência da regulamentação da posse do estado de filho, uma vez que sua inserção no ordenamento jurídico torna muito mais fácil e eficaz a resolução de questões pertinentes à filiação, além é claro de torná-las mais justas e condizentes com os ditames constitucionais e com os anseios da sociedade.

A caracterização da posse do estado de filho carece de três requisitos: *a nominatio*, *a tractus* e *a reputatio*.

Dessa forma, a pessoa deve ser tratada como se filho fosse, o suposto pai deve atender a manutenção, à educação e etc. e deve ainda haver constante consideração em relação ao filho nas relações sociais, em outras palavras, para que alguém seja considerado filho, deve a sociedade assim o reconhecer, são as pequenas situações do cotidiano que darão ao filho esse *status*, evidentemente, não necessariamente todos os requisitos, mais a presença de alguns deles, já nos dão, pelo menos o indício de uma relação de afeto.

No que respeita à caracterização dos requisitos concernentes à posse de estado de filho Eduardo dos Santos destaca que tal situação depende: Da personalidade de cada pessoa, do seu temperamento e caráter, da sua categoria e condição social, situação econômica e familiar, grau de educação e instrução e hábitos, isso porque se pode chamar alguém de filho sem lhe dar o tratamento de filho¹⁸.

De forma mais simplificada Julie Cristine Delinski, leciona que “a posse de estado de filho, consubstancia-se na integração de três elementos: o *nomen*, o *tractus* e a *fama*.”¹⁹

No mesmo sentido é a opinião de José Bernardo Boeira acerca da classificação dos elementos da posse de estado de filho o autor faz as seguintes considerações:

¹⁷ DELINSKI, Julie Cristine. **O Novo Direito da Filiação**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 100.

¹⁸ SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 459-462.

¹⁹ DELINSKI, op. cit., p. 43.

os elementos que caracterizam e constituem a posse de estado são, tradicionalmente, indicados pela doutrina como sendo, o *nome*, *trato e fama*.

Assim, deve o indivíduo ter sempre usado o *nome* do pai ao qual ele identifica como tal; que o pai o tenha *tratado* como seu filho e tenha contribuído, nesta qualidade, para a sua formação como ser humano; que tenha sido constantemente, reconhecido como tal na sociedade e pelo presumido pai. Aqui a *fama* representa a exteriorização do “estado”, em que terceiros consideram o indivíduo como filho de determinada pessoa, ou seja, mostra que ele é conhecido como tal pelo público²⁰.

Observa-se que tanto em relação aos elementos caracterizadores, quanto à forma como esses se exteriorizam, não há discordância para os doutrinadores, principalmente em relação à opinião desses dois últimos autores citados, uma vez que ambos fazem colocações bastante parecidas, e baseadas de modo geral nos mesmos fundamentos.

Contudo, é importante ter-se em mente que referidos requisitos não se manifestam necessariamente de maneira uniforme, sendo notado em igual intensidade seus três elementos, haja vista que em alguns casos observa-se, que um desses elementos ser menos evidente, ao passo que outro requisito acaba por se sobrepor.

Em relação à presença de tais requisitos, José Bernardo Boeira informa que: “A intensidade com que irá revelar-se à posse de estado de filho pode variar de acordo com eventuais impedimentos que possa ter o pai em identificar, publicamente, esta situação”²¹.

Prossegue o autor dizendo que: “Os elementos trato e fama, possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado”.

Neste sentido percebe-se que a fama e o trato em muitas situações irão sobrepor-se ao nome, já que esse depende de alguns outros eventos que não a simples vontade e afinidade do suposto pai. Para que esse dê ao suposto filho seu nome, além do laço de afetividade e da demonstração desses é necessário que o estado conceda-lhe tal pretensão.

Conseqüentemente, nem sempre estariam presentes os três requisitos da posse do estado de filho, mas sem dúvida a demonstração inequívoca de um desses, torna o estado de filho facilmente perceptível.

Do exposto fica evidente que os requisitos supramencionados não são taxativos, uma vez que a caracterização da posse do estado de filho nos induz a uma outra situação, que na verdade se consubstancia numa conseqüência da caracterização desse estado.

Eduardo Leite leciona que: “A filiação socioafetiva pode até nascer de indício, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social”²².

Ante esses dizeres, resta claro que a ideologia do afeto é que permeia a filiação socioafetiva, sendo que diante dos elementos caracterizadores da relação entre pai e filho o fator biológico torna-se insignificante em face do caráter afetivo.

²⁰ BOEIRA, op. cit., p. 62-63.

²¹ Idem, p. 40.

²² LEITE, op. cit., p. 84.

Esse posicionamento ajusta-se a lição de Belmiro Pedro Welter, quando esse menciona que: “a paternidade socioafetiva é a única que garante a estabilidade social, edificada no relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano”²³

Corroborando esse entendimento, José Bernardo Ramos Boeira faz a seguinte indagação: “ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”²⁴

A idéia do autor, que, aliás, também é seguida pelos doutrinadores aqui já mencionados mais uma vez vem confirmar que o direito contemporâneo está muito mais voltado para o ser humano e seus direitos fundamentais, do que para os aspecto patrimonial, que dominou o direito durante muito tempo, mais uma vez observa-se a preocupação em se fortalecer e enaltecer o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando mais importante à função social do direito o afeto a essência das relações familiares.

Vale ainda destacar que é justamente na evidência do vínculo afetivo que se consubstancia o reconhecimento da filiação socioafetiva, suas bases estão justamente na comprovação do estado de filho, e quanto a esse particular, a doutrina tem seguido um mesmo posicionamento, valendo-se os doutrinadores dos mesmos argumentos para caracterizar e sustentar referido instituto.

No Brasil, embora nunca se tenha obstado a filiação socioafetiva, ela tem se desenvolvido e sido mais discutida nos centros acadêmicos, bem como pelos operadores do direito nos últimos anos. A tendência é que, com o desenvolvimento da sociedade se amplie cada vez mais à aplicabilidade da filiação socioafetiva.

No âmbito da filiação socioafetiva surgem inúmeras indagações, algumas delas até de difícil resposta, haja vista que essas relações não dispõem de regulamentação expressa, fato esse que as relega a interpretação do operador do direito, e inevitavelmente torna-se bastante subjetiva.

Embora o direito brasileiro não faça referência expressa ao instituto da posse do estado de filho, é necessário fazer algumas considerações.

Primeiramente, é importante destacar que a posse de estado de filho, não encontra previsão expressa legislação brasileira, diferente do que ocorre em outros países como na Alemanha onde o Código civil prevê de forma expressa o instituto da posse de estado de filho (§§ 1.616 ff BGB).²⁵

Criticando essa omissão da legislação, João Baptista Villela tece o seguinte comentário: “Se o fundamento da paternidade é de natureza afetiva e não biológica, torna-se imperioso abrir espaço, entre nós, à posse do estado de filho, cujo papel no direito de família não pode ficar limitado ao âmbito da prova [...]”²⁶.

²³ Idem, p. 150.

²⁴ Idem, p. 59.

²⁵ CÓDIGO Civil Alemão. **Direito de Família – BGB**. Tradução de Elisete Antonink. 9. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 2002. p. 55-56

²⁶ VILLELA, op. cit., p. 132.

Quanto ao conceito doutrinário de posse do estado de filho, destaca-se que: de acordo com o entendimento de José Bernardo Ramos Boeira a posse do estado de filho caracteriza-se como, “uma relação afetiva, íntima e duradoura, caracterizada pela reputação frente a terceiros como se filho fosse, e pelo tratamento existente na relação paterno - filial em que há o chamamento de filho e a aceitação ao chamamento de pai”²⁷.

Comenta ainda o referido autor, que conceito de posse de estado de filho deve ser entendido em relação aos direitos e deveres dos filhos para com seus pais e esse em relação àqueles, ainda menciona que:

Não se pode esquecer, que a posse do estado de filho se constitui na base sociológica da filiação, necessitando somente que o nosso ordenamento a eleve da categoria apenas probatória para um caráter jurídico, como já fizeram as legislações mais modernas”²⁸.

Mário Aguiar salienta que:

A posse de estado de filho, apresenta-se como um reconhecimento tácito de grande valia, por constituir-se em verdadeiro estado de permanente e reiterado comportamento dos pais em relação ao filho, que valoriza o reconhecimento por sedimentação.²⁹

A explicação de Silvio Rodrigues acerca do que vem a ser a posse do estado de filho é bastante simples, mas concentra todos os elementos formadores desse instituto, dando excelente noção do que efetivamente o caracteriza, sendo dessa forma, a posse de estado de filho para o autor:

[...] é aquela situação de fato que se estabelece entre o pretense pai e o investigante, capaz de revelar tal parentesco. O primeiro chama o segundo de filho, e este, de pai àquele. O investigado mantém o menor, paga por suas roupas e por sua educação, trata-o com carinho com que habitualmente um pai trata o filho. Enfim, o comportamento, tanto de um como de outro, aos olhos dos vizinhos, dos amigos, e de todos em geral, parece revelar que efetivamente se trata de pai e filho.³⁰

A caracterização da posse do estado de filho nos induz a uma outra situação, que na verdade se consubstancia numa conseqüência da caracterização desse estado. Essa situação diz respeito ao reconhecimento da filiação socioafetiva.

²⁷ Idem, p. 60.

²⁸ Idem

²⁹ Idem, p. 128.

³⁰ Idem, p.368.

Assim como em relação à filiação biológica, a filiação socioafetiva também está sujeita a necessidade e de comprovação, por isso a importância da constatação dos requisitos necessária à demonstração do estado de filho.

Quanto a esse aspecto, Eduardo Leite leciona que: “A filiação socioafetiva pode até nascer de indício, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao filho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social”³¹.

Ante esses dizeres, resta claro que a ideologia do afeto é que permeia a filiação socioafetiva, sendo que diante dos elementos caracterizadores da relação entre pai e filho o fator biológico torna-se insignificante em face do caráter afetivo.

No Brasil, embora nunca se tenha obstado a filiação socioafetiva, ela tem se desenvolvido e sido mais discutida nos centros acadêmicos, bem como pelos operadores do direito nos últimos anos. A tendência é que, com o desenvolvimento da sociedade se amplie cada vez mais à aplicabilidade da filiação socioafetiva.

Entre os questionamentos mais frequentes um que nos parece bastante conflitante diz respeito à paternidade socioafetiva ser oposta contra reconhecimento pleiteado por pai biológico. Sobre essa questão, alguns comentários de Eduardo de Oliveira Leite parecem bastante pertinentes embora não esgotem a controvérsia.

Neste sentido comenta o referido autor:

A iniquidade gerada pelo exagerado apego ao elemento biológico levou o constituinte de 1988 a encarar o problema sob novo ângulo, talvez menos jurídico, mas bem mais próximo da realidade social. A inserção da noção de paternidade responsável pôs um fim, ao menos formalmente, à insustentável supremacia da paternidade biológica. A independência entre a linha biológica e a jurídica era demais veemente para que o legislador não se apercebesse, das novas tendências.³²

O posicionamento do autor nos dá a idéias de que a paternidade socioafetiva pode prevalecer em detrimento da biológica, contudo o assunto ainda carece de maior regulamentação, dando margem dessa forma a interpretação diversa da acima mencionada.

Outra questão que merece destaque é quanto à possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva por escritura pública, tendo em vista que nada dispõe a esse respeito o Código, já que esse instituto não é tratado de forma expressa pelo direito parece perfeitamente possível, principalmente tendo em vista a constituição que garante aos filhos igualdade de direitos.

A possibilidade de contestação da paternidade sócio-afetiva em detrimento da paternidade biológica é bastante polêmica, tendo em vista mais uma vez a falta de

³¹ Idem, p. 84.

³² Idem, p. 119.

regulamentação expressa do assunto, contudo, parece bastante conveniente o entendimento de João Baptista Vilella que em seu artigo sobre paternidade e filiação, menciona que: “Direito ao reconhecimento tem-no, entretanto, todo aquele, e somente aquele, a quem falte pai juridicamente estabelecido”.³³

A opinião do autor traduz exatamente uma questão de extrema importância, pois a lei neste sentido propiciou uma dupla interpretação, permitindo por vezes que o direito ao reconhecimento, seja da paternidade socioafetiva, seja da paternidade biológica, fosse usado para fins outros que não apenas propiciar aquele que não tem pai o direito de tê-lo seja esse decorrente de vínculo biológico ou afetivo.

Entre os questionamentos mais freqüentes, na seara do direito de família, merece destaque a oposição da paternidade socioafetiva em relação à paternidade biológica.

A referida questão é sem dúvida uma das mais polêmicas e relevantes, principalmente, ante a falta de regulamentação expressa sobre o tema e até mesmo pela carência de jurisprudência sobre o assunto, merecendo mais uma vez destaque o Tribunal do Rio Grande do Sul, que é o único do país a tratar do tema, valendo-se das expressões, laços de afeto, filho sócio afetivo e outras pertinentes ao tema.

Com base nessas lições, resta claro que a matéria pertinente à filiação, tem outra dinâmica com a proclamação da Constituição Federal de 1988, é a partir da consagração dos princípios constitucionais encartados na referida carta magna que o direito de família começa a passar por transformações, especialmente no tocante as relações decorrentes da filiação.

Esse fato ocorre justamente em função de que as relações pertinentes à filiação passaram a ter outro *status* em função dos princípios que informam as relações filiais, após a Carta Magna de 1988.

Nessa nova ótica não basta apenas à verdade biológica, há também que se considerar a questões pertinentes aos laços de afeto.

A possibilidade de contestação da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica é bastante polêmica, tendo em vista mais uma vez a falta de regulamentação expressa do assunto, que permite entendimentos diversos.

O desenvolvimento social e, principalmente, familiar, a busca pela verdadeira paternidade encontra-se num momento em que a efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética; funda-se num elemento a mais – o socioafetivo.

Assim, não é possível analisar uma situação referente à filiação apenas do aspecto biológico, uma vez que muitos outros elementos certamente influenciam e forma referida relação, e tais elementos sem dúvidas são relevantes, quando se considerar as relações familiares sob a ótica dos princípios consagrados pela Constituição Federal e, principalmente, tendo em vista a dinâmica do direito e a dificuldade do legislador em acompanhar a evolução dos acontecimentos sociais.

Assim, é necessário que sempre se tenha em mente que a norma jurídica não foi criada para perpetuar para todo o sempre, ao contrário, uma vez que seu papel é

³³ Idem, *passim*.

regulamentar os fatos sociais e esses, inevitavelmente, se alteram no decorrer dos tempos e cabe ao legislador resguardar e regulamentar de forma mais benéfica à sociedade tal situação.

6 CONCLUSÃO

O instituto da filiação, de expressiva importância na continuidade familiar, igualmente tornou-se objeto de prioridade do direito, novas regras se ergueram na codificação atual.

Dessa vez em função da determinada paridade, o reconhecimento do afeto entre pai e filho, a denominada filiação socioafetiva, que embora não tenha sido objetivada pela lei, face aos princípios instigantes do novo direito de família, passou a receber do direito a pretendida tutela.

Assim, conclui-se que a atual fase em que se encontra o direito de família, faz denotar a distância que existe na contextualização das normas instituídas no passado. Há em torno da moderna estrutura normativa e da atual forma de interpretação legislativa a presença estampada da repersonalização do direito familiar que conta com a constitucionalização das regras codificadas, uma vez que não viu o legislador outra saída para a solução dos conflitos decorrentes das relações familiares senão a adaptação do direito material à luz do direito constitucional.

E, nesse passo de preocupação, cabe ao operador do direito de família, fazer a implantação do processo de adaptação, cuja evolução familiar requer para a consumação da verdadeira finalidade social do direito, ou seja, o bem comum que nessa ordem representa a família bem assistida e amparada.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. v. 6.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: Posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CÓDIGO Civil Alemão. **Direito de Família – BGB**. Tradução de Elisete Antonink. 9. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 2002.

DELINSKI, Julie Cristine. **O Novo Direito da Filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família.** Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LEITE, Gisele. **Clonagem e demais manipulações em face do direito.** Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 09 maio 2002.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério jurídico de paternidade.** Coimbra: Almedina, 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord). **Direito de Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito de Família.** Coimbra: Almedina, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: Verdade & Superstições. **Revista Brasileira de Direito de Família,** Belo Horizonte, n. 2, jul./ago./set. 1999.

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